

Fernando A. N. Galvão da Rocha (Org.)

Estudos de *Compliance* Criminal



A implantação de um programa de integridade criminal atende a duas finalidades básicas. Por um lado, o programa pretende evitar a prática de crimes no desenvolvimento das atividades empresariais, por meio do controle dos riscos que lhe são inerentes, de modo a satisfazer sua função preventiva. Por outro, o programa deve oferecer resposta adequada aos problemas que foram identificados por seus mecanismos de controle nas atividades empresariais. Neste sentido, é necessário instituir procedimentos para corrigir os problemas encontrados e comunicar às autoridades competentes a notícia da ocorrência de eventuais crimes. Por meio de tais providências, o programa de integridade criminal atende à sua função de confirmação do Direito. Muito embora não exista na legislação infraconstitucional penal um mandamento expresso ou implícito para que as empresas estabeleçam programas de integridade visando à prevenção dos crimes, muitas pessoas jurídicas passaram a implantar programas para controlar os riscos inerentes às suas atividades e evitar a responsabilização criminal da própria empresa e das pessoas físicas que nela exercem atividades empresariais. O tema do compliance criminal tem se tornado cada vez mais importante. O texto que ora apresento ao leitor é fruto das discussões realizadas no curso da disciplina Compliance criminal do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, que é vinculada à área de Estudos sobre Direito Penal Contemporâneo. Espera-se que as reflexões desenvolvidas possam estimular a cultura da integridade, bem como o aprimoramento das medidas que visam a prevenção dos crimes empresariais.



Estudos de *Compliance* Criminal

Estudos de *Compliance* Criminal

Organizador:

Fernando A. N. Galvão da Rocha



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.)

Estudos de Compliance Criminal [recurso eletrônico] / Fernando A. N. Galvão da Rocha (org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

244 p.

ISBN - 978-65-87340-07-4

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Compliance; 2. Coletânea; 3. Brasil; 4. Direito; 5. Criminal; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumario

Apresentação	9
Fernando A. N. Galvão da Rocha	
1	10
Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa de empresas no processo penal	
Débora Santos Tavares	
2	26
Delitos de organização e criminalidade empresarial	
Mathias Oliveira Campos Santos	
3	49
Acordos de não persecução penal por infrações econômicas: análise do modelo consensual dos Estados Unidos	
Marlos Corrêa da Costa Gomes	
4	76
Reflexões sobre a eficácia punitiva na responsabilização penal das pessoas jurídicas	
Carlos Henrique Alvarenga Urquiza Marques	
5	107
Programa de integridade e responsabilidade penal da pessoa jurídica	
Fernando A. N. Galvão da Rocha	
6	146
Responsabilidade penal da pessoa jurídica e defeito de organização: da (ir)relevância da adesão a um programa de compliance para a aferição da responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil	
Rafael Barros Bernardes da Silveira	

7.....	168
Canais institucionais de denúncia	
Paola Alcântara Lima Dumont	
8	180
Considerações sobre o anonimato e sigilo de <i>whistleblowers</i> no Brasil	
Felipe Machado Prates	
9.....	202
Investigações internas e a privatização do processo penal sob a ótica da autoregulação regulada	
Ciro Costa Chagas	
10	218
Redução de riscos da investigação interna autorregulada	
Danilo Emanuel Barreto de Oliveira	

Apresentação

Fernando A. N. Galvão da Rocha

A implantação de um programa de integridade criminal atende a duas finalidades básicas. Por um lado, o programa pretende evitar a prática de crimes no desenvolvimento das atividades empresariais, por meio do controle dos riscos que lhe são inerentes, de modo a satisfazer sua função preventiva. Por outro, o programa deve oferecer resposta adequada aos problemas que foram identificados por seus mecanismos de controle nas atividades empresariais. Neste sentido, é necessário instituir procedimentos para corrigir os problemas encontrados e comunicar às autoridades competentes a notícia da ocorrência de eventuais crimes. Por meio de tais providências, o programa de integridade criminal atende à sua função de confirmação do Direito.

Muito embora não exista na legislação infraconstitucional penal um mandamento expresso ou implícito para que as empresas estabeleçam programas de integridade visando à prevenção dos crimes, muitas pessoas jurídicas passaram a implantar programas para controlar os riscos inerentes às suas atividades e evitar a responsabilização criminal da própria empresa e das pessoas físicas que nela exercem atividades empresariais.

O tema do compliance criminal tem se tornado cada vez mais importante.

O texto que ora apresento ao leitor é fruto das discussões realizadas no curso da disciplina *Compliance criminal* do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, que é vinculada à área de Estudos sobre Direito Penal Contemporâneo. Espera-se que as reflexões desenvolvidas possam estimular a cultura da integridade, bem como o aprimoramento das medidas que visam a prevenção dos crimes empresariais.

Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa de empresas no processo penal

*Débora Santos Tavares*¹

1. Introdução

A criminalidade econômica apresenta muitos desafios à imputação da responsabilidade penal individual. A pluralidade de agentes, a divisão de tarefas, a delegação de funções e a fragmentação da informação dificultam a identificação do autor responsável por determinada conduta típica, ilícita e culpável praticada no âmbito da sociedade empresária².

Tendência em vários países do mundo, uma das estratégias político-criminais de combate à criminalidade empresarial caracteriza-se pelo incentivo à colaboração das empresas no processo penal e à adoção de estruturas internas de prevenção de delitos conhecidas pelo termo *compliance* criminal.

Em síntese, pode-se dizer que à liberdade de auto-organização empresarial corresponde o correlato dever de autorregulação conforme determinados parâmetros estabelecidos pelo Estado, de modo que as

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

² ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 38-40.

sociedades empresárias se tornam “fiscais de si próprias”³. É o que se chama de autorregulação regulada.

Com a Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) celebrada em 1997⁴, diversos países comprometeram-se a exigir que empresas adotassem medidas anticorrupção, inclusive por meio da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela corrupção de funcionário público estrangeiro (art. 2º)⁵.

Além dos acordos de não persecução penal (*non-prosecution agreements* e *deferred prosecution agreements*) caracterizados pelo princípio da oportunidade processual, nos Estados Unidos há previsão expressa de redução da pena para a pessoa jurídica que comunicar previamente a ocorrência de ilícitos, nos termos da *Sentencing Guidelines Federal*⁶.

Na Espanha, o Código Penal prevê a confissão da infração e a efetiva colaboração com a investigação criminal como circunstâncias atenuantes da responsabilidade penal da pessoa jurídica (*artículo 31 quarter*).

No mesmo sentido, no Chile⁷ a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelos crimes de lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo e concussão pode ser significativamente atenuada quando a organização coopera efetivamente com as investigações criminais, noticiando os fatos ilícitos apurados à autoridade competente.

A postura colaborativa como meio de defesa está diretamente relacionada à realização de investigações internas em sociedades empresárias, fenômeno ainda pouco explorado no processo penal brasileiro. Isso porque, diversamente dos países supracitados, no Brasil os principais incentivos legais à cooperação de empresas com o Estado para

³ SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 221.

⁴ No Brasil, a Convenção foi promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678/2000. Posteriormente, a Lei nº 10.467/2002, tipificou o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B do CPB).

⁵ SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 31.

⁶ ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; SILVA, Douglas Rodrigues da. Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 61-90., jun. 2019.

⁷ Ley 20.393, de 02 de dezembro de 2009.

apuração de ilícitos ainda são restritos ao direito administrativo sancionador.

Conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, a Lei 12.846/2013 determina que a colaboração da pessoa jurídica para a apuração das infrações deve ser considerada na aplicação da sanção administrativa (art. 7º, VII) e regulamenta os chamados acordos de leniência (art. 16).

A influência dos acordos de delação premiada na Operação Lava Jato⁸ e a criação do acordo de não persecução penal pela Lei 13.964/2019 (art. 28-A), contudo, apontam para o crescente protagonismo da chamada justiça negocial no Brasil. A tendência é de que no futuro (próximo ou distante) a postura colaborativa de pessoas jurídicas seja um meio de defesa cada mais vez mais comum no processo penal.

2. Breve panorama para empresas brasileiras

Embora a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil seja limitada à prática de crimes ambientais (art. 3º da Lei nº 9.605/98), o Anteprojeto de Código Penal (PLS nº 236 de 2012), em trâmite no Senado Federal, prevê a sua ampliação para crimes contra a administração pública e a ordem econômico-financeira (art. 39).

Entre as penas previstas (art. 71), destacam-se a perda de bens e valores, a publicidade do fato em órgãos de comunicação de grande circulação e as restrições de direito pelo prazo de 01 (um) a 05 (cinco) anos – suspensão parcial ou total das atividades; interdição temporária do estabelecimento; proibições de participar de licitação e celebrar contratos com a Administração Pública, de obter empréstimos do Poder Público e de que seja concedido parcelamento de tributos (art. 72).

⁸ Segundo dados disponíveis no site do Ministério Público Federal, só no STF já foram homologados 138 acordos de colaboração até 09.12.2019. Fonte: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>.

Além disso, a pena de liquidação forçada será aplicada à pessoa jurídica utilizada preponderantemente para financiar ou facilitar a prática de crimes (art. 71, §3º).

Caso o PLS nº 236 seja definitivamente aprovado, as sociedades empresárias deverão lidar com um cenário de novos desafios no Brasil – como enfrentar os riscos criminais da atividade empresarial?

Embora as pessoas jurídicas ainda não encontrem incentivos legais para a adoção do *compliance* criminal e de uma postura colaborativa no processo penal, dois motivos principais justificam a importância do assunto: (i) o expressivo número de empresas brasileiras que atuam no comércio internacional⁹ e a (ii) os programas de *compliance* criminal não servem apenas à defesa da pessoa jurídica.

Com efeito, as normas que sancionam a corrupção internacional caracterizam-se pela relevante aplicação extraterritorial. É o caso do *FCPA* - Estados Unidos (1977), e do *Bribery Act* - Reino Unido (2010)¹⁰.

O *FCPA*, por exemplo, é aplicável a qualquer empresa que tenha ações ou outros valores mobiliários registrados no país (*American Depositary Receipts* - *ADR*). As empresas poderão ser investigadas e responsabilizadas por ato de suborno a funcionário público praticado em território americano ou por qualquer meio de comunicação que passe pelos EUA (ligação telefônica, e-mail, mensagem de texto etc.).

Segundo o *The United States Department of Justice (DOJ)*, o acordo de não persecução penal celebrado com a Petrobrás resultou no pagamento de US\$ 853,2 milhões de multa por violações ao *FCPA*. Conforme a notícia oficial divulgada pelo *DOJ* em 27.09.2018¹¹, a empresa não notificou voluntariamente os ilícitos, mas colaborou totalmente com as investigações. A cooperação incluiu a realização de uma investigação

⁹ Conforme os dados disponibilizados pelo Ministério da Economia, por exemplo, 27.510 empresas brasileiras foram cadastradas como “exportadoras” em 2019. Fonte: <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/estatisticas-de-comercio-exterior/empresas-brasileiras-exportadoras-e-importadoras>.

¹⁰ MARTÍN, Adan Nieto. A prevenção da corrupção. In MARTÍN, Adan Nieto (org). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2º ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 388.

¹¹ Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/petr-leo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-million-fcpa-violations>.

interna completa e de medidas corretivas, como a substituição do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva.

Por outro lado, os programas de *compliance* criminal não influenciaram apenas a defesa da pessoa jurídica. Em 2012, o famoso julgamento da Ação Penal nº 470 (caso “Mensalão”) demonstrou a relevância do tema para a imputação da responsabilidade penal de administradores ou diretores de empresas. O termo “*compliance*” é citado mais de 500 vezes no acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF)¹².

No caso, identificou-se que o Governo teria liberado verbas a grupos publicitários por meio de manobras ilícitas, tendo sido depositadas em uma instituição bancária. No julgamento, os Ministros do STF consideraram o fato de que o setor de *compliance* da instituição financeira teria apontado diversas irregularidades nas operações, o que foi ignorado pelo órgão diretivo da instituição. Os diretores foram ao final condenados pelo crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998)¹³.

No contexto da autorregulação regulada, pode-se dizer que é atribuído à alta cúpula da empresa verdadeiro dever de vigilância sobre a atividade empresarial, de modo que diretores ou administradores podem responder penalmente por omissão imprópria quando podiam agir para evitar o resultado típico relacionado à sociedade empresária (art. 13, §2º, do Código Penal).

Parte da doutrina defende que o especial dever de agir dos dirigentes da empresa para evitar o delito se fundamenta no controle sobre a empresa como fonte de perigo. Segundo Heloísa Estellita¹⁴:

O fundamento dessa posição seria a responsabilidade pela criação de uma fonte de perigo, da qual possam advir danos a bens jurídicos de terceiros ou da coletividade, do que decorreria o dever de adotar as medidas necessárias

¹² Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>.

¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 200.

¹⁴ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 117-118.

para prevenir a ocorrência desses danos. A criação lícita de uma fonte de perigo implica o correlato dever de cuidar para que esses perigos não se realizem em resultados típicos. O reverso da liberdade de criar um foco de perigo é o dever – e, pois, a responsabilidade – de cuidar para que desse foco não advenham danos a terceiros ou à coletividade.

Fato é que a responsabilidade penal dos diretores da organização não é fundada exclusivamente na existência do dever de garante, sob pena de se criar uma inadmissível responsabilização objetiva nos crimes omissivos impróprios¹⁵. Verificada a existência do especial dever de agir para evitar o ilícito empresarial, passa-se à análise da tipicidade, ilicitude e culpabilidade da conduta omissiva.

Ainda pouco explorado no Brasil, o panorama de riscos criminais da atividade empresarial para a pessoa jurídica e seus dirigentes justifica a importância do estudo sobre a face preventiva do direito penal econômico e suas aplicações no processo criminal.

3. Investigações internas como meio de defesa: uma análise à luz dos acordos de leniência

Seguindo as orientações da ISO 19.600-2014, o Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, estabeleceu uma série de parâmetros para avaliação dos programas de *compliance* no Brasil (art. 42).

Entre eles, destacam-se o comprometimento da alta cúpula da empresa; a criação de um código de ética aplicável indistintamente a empregados, administradores e terceiros (como fornecedores de serviços); a análise periódica de riscos; a existência de canais denúncia e a aplicação de medidas disciplinares em caso de violação ao programa.

Nesse contexto, os procedimentos de investigação interna são comumente utilizados para apuração de determinada irregularidade

¹⁵ LUZ, Ilana Martins. Compliance omissão imprópria. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 240.

(geralmente identificada através do canal de denúncias¹⁶) e aplicação das medidas disciplinares previamente estabelecidas no código de ética da empresa.

A investigação torna-se fundamental inclusive para demonstrar a efetividade do programa e contribuir para a criação de uma verdadeira cultura corporativa – se o denunciante suspeita que não será levado a sério, não aceitará os riscos da utilização do canal de denúncias¹⁷.

Por outro lado, os procedimentos internos de investigação também podem ser utilizados como meio de defesa da pessoa jurídica no processo penal. Quanto mais informações a empresa reunir sobre o ilícito, maior será o poder de negociação sobre eventual acordo de não persecução penal com as autoridades, por exemplo.

A colaboração de empresas no processo penal por meio de investigações internas teve origem nos Estados Unidos a partir do caso *Watergate*, com a evidente escassez de recursos da *Securities and Exchange Commission* (SEC) para enfrentar os macro escândalos de corrupção no mundo empresarial a partir da década de 1970¹⁸.

No Brasil, os acordos com grandes sociedades empresárias são comuns no direito da concorrência e mais recentemente, no direito administrativo sancionador. Conforme a Lei 12.529/2011 (art. 86), o acordo de leniência no âmbito da política antitruste somente poderá ser celebrado com a primeira empresa que noticiar o ilícito (prática de cartel).

Isso significa que no campo do chamado “direito premial”, a empresa que identifica rapidamente a conduta ilícita e comunica em primeiro lugar às autoridades pode se beneficiar de maiores vantagens. O modelo

¹⁶ Conforme pesquisa da *Association of Certified Fraud Examinors*, nas organizações que possuem canal de denúncias, 46% das fraudes foram detectadas por meio do canal. Fonte: SPINELLI, Mário Vinicius Classen. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 285.

¹⁷ MORENO, Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 259.

¹⁸ VERÍSSIMO, Carla. Incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 298.

adotado na legislação de defesa da concorrência inclusive inspirou a regulamentação dos acordos de leniência com organizações empresariais pela Lei Anticorrupção (art. 16 da Lei 12.846/2013)¹⁹.

O fato de os acordos antitruste e anticorrupção aplicarem-se a ilícitos com características comuns à criminalidade econômica empresarial (caráter associativo, dificuldade de obtenção de provas, lesão a bens jurídicos de titularidade difusa²⁰) demonstra que a colaboração de pessoas jurídicas pode se tornar um fenômeno comum também no processo penal.

Para García Moreno, as informações obtidas por meio de investigações internas podem ser indispensáveis para a elaboração da estratégia de defesa da empresa, caso seja posteriormente instaurada uma ação penal. Segundo a autora, “contar com informação dos fatos antes de que esta chegue às mãos do promotor de justiça ou do juiz e poder administrá-la à sua conveniência coloca a entidade em posição muito vantajosa”²¹.

4. O princípio da não autoincriminação empresarial

Realizado o procedimento de investigação interna para apuração de irregularidades, a pessoa jurídica tem o dever de comunicar os ilícitos identificados às autoridades?

À exceção da obrigação de denunciar operações suspeitas atribuída às pessoas físicas e jurídicas sujeitas aos mecanismos de controle previstos na Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998), a empresa não é obrigada a comunicar ilícitos e colaborar com investigações criminais ou ações penais eventualmente instauradas.

¹⁹ TAFARELLO, Rogério Fernando. Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados. Revista Brasileira da Advocacia. Vol. 4. Ano 2. p. 211-131. São Paulo: Ed. RT, jan-mar. 2017, p. 215.

²⁰ Ibidem, p. 220.

²¹ MORENO, Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 260.

Embora o tema não seja pacificado, adota-se no presente artigo o entendimento no sentido de que a garantia constitucional de não autoincriminação (art. 5º, LXIII, CF/1988) deve ser compreendida em sentido amplo, deve ser compreendida em sentido amplo, aplicável também às organizações.

Ao reconhecer o direito à indenização por danos morais²², o direito à imagem²³ e o direito de propriedade às empresas, os Tribunais Superiores consolidaram o entendimento jurisprudencial no sentido de que pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza²⁴.

Ainda que a garantia de não autoincriminação não seja expressamente prevista para pessoas jurídicas²⁵, fato é que se os entes coletivos estão sujeitos à responsabilização criminal, também devem ser protegidos pelo direito de não produzir provas contra si mesmas. Foi esse o entendimento adotado pelo Tribunal Inglês no caso *Triplex Safety Glass Co. Ltd vs Lancegay Safety Glass*²⁶.

Em 2018, o Conselho Federal da OAB editou o Provimento nº 188 para regulamentar as investigações defensivas realizadas por advogados²⁷. Conforme o Documento, a investigação orienta-se para produção de prova que pode ser utilizada em propostas de acordo de leniência, de colaboração premiada e em outros procedimentos de natureza criminal (art. 3º). Ainda, estabeleceu-se que o advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados (art. 6º).

²² Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça.

²³ Nesse sentido, REsp 1504833/SP; REsp 1407907/SC.

²⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 348.

²⁵ O Código de Processo Penal estabelece normas destinadas exclusivamente a pessoas naturais e a Lei 9.605/1998 não prevê regras procedimentais sobre a ação penal movida contra empresas para a apuração de crimes ambientais.

²⁶ MACHADO, Jónatas E. M. e RAPOSO, Vera L. C. O Direito à não Auto-Incriminação e as pessoas colectivas empresariais. In: Revista Direitos Fundamentais & Justiça nº 8 - jul./set. 2009. Disponível em: http://www.dfg.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/o8_Artigo_1.pdf555.

²⁷ Disponível em: <https://www.oab.org.br/util/print?numero=188%2F2018&print=Legislacao&origem=Provimentos>.

Embora não exista uma obrigação legal de reportar os resultados da investigação interna às autoridades, a orientação da ISO 19.600 é de que as empresas considerem essa possibilidade (*voluntary self disclosure*) em troca de possível mitigação das consequências do *noncompliance*²⁸.

No Brasil, o Decreto 8.420/2015 prevê a redução da penalidade de multa nos casos em que a pessoa jurídica comunique espontaneamente o ato lesivo à Administração Pública antes da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) (art. 18, inciso IV). A obrigação de apurar fatos ilícitos e entregar os resultados às autoridades, no entanto, pode ser incluída em acordos de leniência que venham a ser firmados pelas empresas²⁹.

Conforme a orientação editada pela Controladoria-Geral da União (CGU) “Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas” (2015)³⁰, a empresa deve utilizar os dados obtidos com a investigação interna para subsidiar uma cooperação efetiva com as autoridades, em troca de benefícios no processo administrativo de responsabilização.

No acordo celebrado com o Ministério Público Federal durante as investigações da Operação Carne Fraca, a J&F Investimentos S.A. (*holding* do grupo JBS) se comprometeu a realizar uma investigação interna completa para apurar os ilícitos identificados e apresentar as provas obtidas³¹. No mesmo sentido são os acordos de leniência firmados entre o MPF e a Odebrecht S.A.³², Braskem S.A.³³ e Mullen Lowe Brasil Publicidade Ltda³⁴.

²⁸ VERÍSSIMO, Carla. Incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 299.

²⁹ *Ibidem*, p. 299.

³⁰ Disponível em: www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-pdf.

³¹ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/acordo-leniencia>.

³² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf>.

³³ Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/04/Termo-de-Acordo-Braskem.pdf>.

³⁴ Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/mullenlowe.pdf>.

5. Limites à privatização do processo penal: valor probatório das investigações internas

Enquanto a organização é beneficiada com vantagens de não persecução penal ou redução significativa de sanções, o Estado tem acesso a meios de prova que provavelmente não obteria sem a colaboração da pessoa jurídica (documentos sigilosos, e-mail de empregados, etc.).

A despeito de suas vantagens, a atividade investigativa privada pode causar graves riscos aos direitos fundamentais dos investigados. Em determinados casos, as investigações internas podem representar uma verdadeira privatização do processo penal. Segundo Adán Nieto³⁵:

Através de diversos mecanismos (atenuações da pena, não responsabilização da empresa), o Estado premia aquelas empresas que colaborem com o processo penal ou administrativo sancionador, aportando provas. Convém não perder de que vista que a investigação interna pode se converter em um processo penal “teleguiado” por parte do promotor de justiça ou do juiz, abrindo-se a porta de uma sorte de fraudes, na qual o Estado se afasta das estritas regras do jogo, aplicáveis ao processo penal, para tentar investigar por meio da própria empresa, em um marco jurídico mais flexível, como é o caso das investigações internas.

Nesse contexto, é preciso estabelecer limites para a validade da investigação e utilização da prova obtida em futura ação penal. O procedimento de investigação interna deve ser previamente estabelecido e acessível a todos os empregados e diretores da empresa, a fim de assegurar o “devido processo legal interno”³⁶.

Para suprir a ausência de normas jurídicas que regulamentem concretamente o tema, recomenda-se a criação de um código de investigações internas³⁷ pela empresa, com regras expressamente defini-

³⁵ MARTÍN, Adan Nieto. Investigações internas. In MARTÍN, Adan Nieto (org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2º ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 296-297.

³⁶ LUZ, Ilana Martins. *Compliance omissão imprópria*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 135.

³⁷ MARTÍN, Adan Nieto. Investigações internas. In MARTÍN, Adan Nieto (org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2º ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 295.

das sobre prazos, garantias e deveres do investigado, proteção do denunciante, sigilo das informações, equipe responsável pelo comando da investigação, documentação das provas obtidas e medidas cautelares que podem ser adotadas pela organização.

A documentação completa de todas as informações obtidas com a investigação torna-se ainda mais importante com a recente publicação da Lei Anticrime (Lei 13.964/2019), que regulamenta a preservação da cadeia de custódia da prova no processo penal (art. 158-A a art. 158-F do CPP).

Para Gustavo Badaró³⁸, a cadeia de custódia da prova não se limita à coleta de elementos materiais coletados no local do crime – a sua aplicação também deve ser estendida a elementos “imateriais” registrados eletronicamente, como o conteúdo de e-mails, mensagens de texto e conversas telefônicas.

Por outro lado, considerando que atividade investigativa privada pode afetar significativamente a relação laboral existente entre a empresa e o empregado eventualmente investigado, a validade do procedimento interno de investigação pressupõe também a estrita observância das normas do direito do trabalho.

No caso de instituições financeiras, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) fixou entendimento no sentido de que é ilícita a quebra de sigilo bancário de correntistas empregados sem autorização judicial, ainda que por sindicância interna, com ampla defesa e sem divulgação a terceiros (art. 5º, X, CF/88). Por outro lado, se o acesso a movimentações financeiras ocorre de forma indistinta em relação a todos os correntistas da instituição, para cumprir determinação legal prevista na Lei 9.613/98 (art. 11, II e §2º), não haveria ilicitude³⁹.

Em outro caso, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região entendeu que se a empresa se vale de procedimento investigatório para

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Cadeia de Custódia e sua Relevância para a Prova Penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org). Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 522.

³⁹ TST, RR-566-91.2014.5.23.0001, 6ª Turma, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 14/06/2019.

apuração de irregularidades cometidas pelo empregado, a aplicação de qualquer penalidade antes do prazo previsto para o fim da investigação é ilícita porque viola o princípio da ampla defesa⁴⁰.

Durante a atividade investigativa, contudo, o surgimento de conflitos entre deveres do empregado e garantias penais de defesa é bastante provável. Uma questão é particularmente relevante – o empregador pode realizar entrevistas com o investigado? O investigado tem a obrigação de responder às perguntas?

Parte da doutrina entende que a empresa pode utilizar-se do poder disciplinar para interrogar o empregado e aplicar sanções, mas em razão da garantia constitucional de não autoincriminação, o depoimento do investigado não poderá ser utilizado contra ele em eventual ação penal⁴¹.

Em qualquer hipótese, o entrevistado deve ser informado prévia e plenamente sobre os seus direitos, sobre os fatos que estão sendo investigados e qual destino a empresa poderá dar para a sua declaração⁴².

Nos casos em que o tratamento de dados pessoais de empregados ou terceiros seja utilizado no procedimento de investigação, deve-se observar rigorosamente as regras dispostas na Lei 13.709/2018, que entrará em vigor em agosto de 2020. Conforme a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o tratamento de dados pessoais deve ser consentido, transparente e limitado ao mínimo necessário para a realização de finalidades legítimas do controlador (art. 6º).

6. Conclusão

Na direção da estratégia político-criminal de combate à criminalidade econômica adotada em diversos países do mundo a partir da década de 1970, o Projeto de Lei nº 236/2012, em trâmite no Senado Federal,

⁴⁰ TRT 3ª Região RO-01064201405203004, 11ª Turma, Rel. Juíza Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, DJE:19/03/2015.

⁴¹ VERÍSSIMO, Carla. Incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 298.

⁴² MARTÍN, Adan Nieto. Investigações internas. In MARTÍN, Adan Nieto (org). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2º ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 316.

aponta que no Brasil, a tendência é de ampliação da responsabilidade penal da pessoa jurídica para além dos crimes ambientais.

Nesse contexto, a postura colaborativa da pessoa jurídica, que já é um meio de defesa adotado por diversas organizações no âmbito do direito da concorrência (Lei 12.529/2011) e do direito administrativo sancionador (Lei 12.846/2013), pode se tornar um fenômeno cada vez mais comum no processo penal.

Além de constituírem elemento fundamental dos programas de *compliance* criminal para apuração de irregularidades, os procedimentos de investigação interna representam um mecanismo importante de colaboração com as autoridades. Quanto mais informações forem reunidas sobre o ilícito apurado, maior será o poder da empresa de negociação sobre eventuais sanções aplicadas.

Fato é que a atividade investigativa privada não poderá ser utilizada em benefício da pessoa jurídica quando violar direitos fundamentais do investigado, o que compreende a estrita observância das garantias penais e processuais penais, das normas do direito do trabalho e da Lei Geral de Proteção de Dados.

Embora ainda não existam incentivos legais para adoção do *compliance* criminal e para a colaboração no processo penal, a importância do direito penal econômico preventivo se justifica pelo expressivo número de empresas que atuam no comércio exterior e se sujeitam às normas de combate à corrupção internacional.

Além disso, o dever de vigilância sobre a atividade empresarial atribuído aos dirigentes da empresa demonstra que a criação de estruturas internas de prevenção contra ilícitos não é útil apenas à defesa da pessoa jurídica.

7. Referências

- ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; SILVA, Douglas Rodrigues da. *Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 61-90., jun. 2019. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151436. Acesso em: 22 dez. 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A Cadeia de Custódia e sua Relevância para a Prova Penal*. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org). Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- BELTRAME, Priscila Akemi. *Investigações internas*. In MARTÍN, Adan Nieto (org). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2º ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- LUZ, Ilana Martins. *Compliance omissão imprópria*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- MACHADO, Jónatas E. M. e RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não Auto-Incriminação e as pessoas colectivas empresariais*. In: Revista Direitos Fundamentais & Justiça n° 8 - jul./set. 2009. Disponível em: http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/o8_Artigo_1.pdf555
- MARTÍN, Adan Nieto. *A prevenção da corrupção*. In MARTÍN, Adan Nieto (org). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2º ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- MARTÍN, Adan Nieto. *Investigações internas*. In MARTÍN, Adan Nieto (org). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2º ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

- MORENO, Beatriz García. *Whistleblowing e canais institucionais de denúncia*. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). *Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberrArs, 2016.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SPINELLI, Mário Vinicius Classen. *Whistleblowing e canais institucionais de denúncia*. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). *Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- TAFARELLO, Rogério Fernando. *Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados*. *Revista Brasileira da Advocacia*. Vol. 4. Ano 2. p. 211-131. São Paulo: Ed. RT, jan-mar. 2017.
- VERÍSSIMO, Carla. *Incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

Delitos de organização e criminalidade empresarial

*Mathias Oliveira Campos Santos*¹

1. Introdução

As organizações ostentam uma importância inquestionável na configuração da sociedade contemporânea. É por meio delas que o sistema capitalista se retroalimenta, que grupos de pessoas se associam em torno de uma finalidade comum e que o Estado confere funcionalidade aos seus atos.

Com efeito, é possível vislumbrar algumas organizações que transcendendo a figura de seus fundadores e/ou representantes legais, adquiriram identidade/personalidade própria. Sublinhe-se àquelas que, por meio de uma cultura organizacional criminógena, influenciam (e incentivam) seus *stakeholders* e colaboradores a prática de comportamentos ilícitos. Tudo isso desperta interesses e dúvidas tanto ao aplicador da lei quanto ao pesquisador dos fundamentos da punição estatal de natureza penal, uma vez que se trata de um assunto pouco explorado pela academia.

Tratando-se de responsabilidade penal é sempre necessário ter maior cautela e zelo científico. Afinal, se discute sobre os limites da atuação punitiva estatal. Não sem motivo que Luís GRECO, em um estudo

¹ Advogado Criminalista. Mestrando em Direito Penal Contemporâneo pela UFMG. Pesquisador do tema: Autoria mediata pelo domínio por organização na criminalidade de empresa. Especialista em Prevenção e repressão à corrupção pela Universidade Estácio de Sá (2018). Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito (PUC-MG) (2016).

sobre o valor da dogmática penal, defende que o papel da ciência jurídica é justamente oferecer razões aos portadores de poder. Entretanto, o poder não se interessa por razões *per si*, mas, pelo seu suporte de legitimação². O uso de poder sem boas razões é uma arbitrariedade comparável ao período primitivo, quando prevalecia o uso da força. O direito não pode ser apenas exercício de poder, é necessário algo que informe, ainda que minimamente, ao cidadão a natureza, extensão dos direitos afetados e o motivo de tal medida, de modo que o reconheça como sujeito de direitos e deveres. Em síntese, o direito é a tentativa de domar o poder por razões³.

Logo, a dogmática jurídica constitui um elemento imprescindível nas decisões judiciais, inclusive, alçando o posto simbólico de quarto poder⁴. E só é assim se conferir previsibilidade, racionalidade e segurança a decisão judicial - afastando soluções e respostas meramente *ad hoc* e casuísticas -, por intermédio de uma cientificidade legitimada pela própria lógica do direito.

O direito, por sua vez, não pode se situar totalmente alheio à lógica ontológica, sob pena de regular o nada, com distintos critérios (muitas vezes incoerentes entre si) e perder sua legitimidade. Portanto, deve se atentar aos fenômenos tais como se apresentam na vida em sociedade, suas características e consequências. Já em um momento posterior, considerando todos estes elementos informacionais, realizar um juízo axiológico, de modo que fatos com aspectos similares tenham consequência jurídica semelhante. Com efeito, a título de ilustração, quando se sobrepõe esta lógica no Direito Penal, pode se afirmar que todo delito se assemelha pela condição de ser, no mínimo, uma ameaça a um bem jurí-

² GRECO, Luís. Dogmática e ciência do Direito Penal. In: **As razões do direito penal. Quatro estudos**. Tradução e organização: Eduardo Viana; Lucas Montenegro; Orlandino Gleizer. - 1. Ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 28.

³ GRECO, Luís. Dogmática e ciência do Direito Penal. [...]. P. 25

⁴ SCHUNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. In: **Direito Penal, Racionalidade e Dogmática. Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. - 1. Ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2018. P. 89.

dico penalmente tutelado⁵ ou frustração de uma expectativa normativamente institucionalizada⁶. Não se questiona, outrossim, que mesmo que as consequências jurídicas do crime variem em espécie e intensidade, ainda são penas.

A questão, entretanto, se apresenta complexa e nebulosa quando se verificam fenômenos sociais, com peculiaridades desconhecidas, âmbito de atuação exponencial e, portanto, potencial lesivo mais do que significativo, serem tratados como se fossem fatos corriqueiros e pouco significativos do cotidiano democrático.

Neste sentido, na contramão da realidade e do contexto de expansão dos delitos de organização no Brasil⁷, grande parcela da doutrina se ocupa exclusivamente com os conflitos de natureza interindividual⁸, em uma crença irracional de que a lógica construída para estes se adequa àqueles, sem maiores reparos. A partir deste equívoco de perspectiva (replicada muitas vezes pela jurisprudência), se ignoram elementos indispensáveis e simplificam questões complexas, o que paradoxalmente agrava o quadro de confusão conceitual, minando a legitimidade racional da norma penal.

A participação de vários indivíduos na prática de um delito sempre foi um tema desafiador no direito penal, mormente, quando à natureza das contribuições ao resultado típico são distintas e quem dê causa ao fato não ostente culpabilidade. Situação que abre portas para as lacunas de punibilidade ou pior, para a figura da exoneração recíproca⁹.

⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

⁶ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal: Teoria do Injusto Penal e culpabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P.61.

⁷ Neste tópico, oportuno se mencionar os casos de esquemas de organização criminosa branca, estruturados pela corrupção endêmica (Mensalão e a Lava Jato), organizações criminosas violentas (PCC), os grupos terroristas e os escritórios especializados em Lavagem de Dinheiro, que funcionam como verdadeira engrenagem do crime organizado.

⁸ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011. P.45.

⁹ GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. P. 44.

O legislador brasileiro, em uma tentativa pragmática de superação deste problema no âmbito da criminalidade empresarial, positivou a figura da responsabilidade penal da própria pessoa jurídica (PJ)¹⁰, limitada ao âmbito dos crimes ambientais. Tema que muito embora não seja nenhuma novidade dogmática, uma vez que já era previsto em várias legislações estrangeiras¹¹, movimentou a comunidade científica brasileira. Inicialmente, a doutrina majoritária rejeitou a possibilidade¹², com argumentos baseados na incapacidade de ação da PJ e no secular brocado *societas deliquere non potestas*. Atualmente, entretanto, já não é possível defender com tanta veemência tal linha argumentativa. Sobretudo, considerando que a jurisprudência das cortes superiores¹³, brasileira e estrangeira, acolheu a responsabilização penal da PJ, o que ecoou na academia¹⁴.

No âmbito das pessoas físicas, que é o que importa neste feito, a solução legislativa foi a de positivar e expandir os delitos de organização¹⁵,

¹⁰ Art. 3º da Lei n. 9.605/98. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. BRASIL. LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998. **República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

¹¹ Pode se citar a Espanha, Holanda, Portugal, Irlanda, Noruega, Finlândia, Islândia, Dinamarca, Suécia, Estados Unidos, Japão, etc. BRODT, Luís Augusto Sanzo. MENEZHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. **Revista dos Tribunais**. RT. Vol. 961. Novembro, 2015.

¹² PRADO, Luis Regis *et al.* **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.; SILVA, Guilherme José Ferreira da. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

¹³ Vide o voto no Recurso extraordinário (RE) 548181/PR. Rel. Min Rosa Weber.

¹⁴ GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, 2º ed, Del Rey, 2009. GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: rumo à autorresponsabilidade penal**. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVALE, John (Org.). Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. v. 2. São Paulo: Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014. Em língua estrangeira me parece ser interessante a leitura de: SOLA, Javier Cigüela. El injusto estructural de la organización: aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica. **Revista para el análisis del derecho**. InDret 1/2016. Barcelona, Enero de 2016.

¹⁵ Neste sentido, Lucas Montenegro “[...] Em ordem cronológica: há o velho art. 288 CP, que desde 2013 ganhou nova roupagem, não se referindo mais a quadrilha ou bando, mas a associação criminosa; a Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) pune grupamentos que ameacem o regime vigente e o Estado de Direito (art. 16) e a participação em organização militar ilegal (art. 24); a Lei dos Crimes de Lavagem (Lei 9.613/98) prevê pena para quem participa de grupos dirigidos à prática daqueles crimes (art. 10, § 20, II); há uma primeira definição legal de grupo criminoso organizado no Decreto 5.015/04 (artigo 2, Convenção de Palermo); organizações voltadas para o tráfico de drogas também recebem tratamento diferenciado na Lei 11.343/06, arts. 35, 36 e 37; há uma nova definição legal, agora de organização criminosa, no art. 20 da Lei 12.694/12; a Lei 12.720/12 adicionou um novo tipo ao Código Penal, em que se pune envolvimento em organização paramilitar (art. 288-A CP); a coroação desse

cujo conteúdo mínimo de injusto é o de estar organizado a um grupo de pessoas para um determinado fim ilícito¹⁶. Entretanto, diferente da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pouco se estudou sobre as características deste peculiar modelo de crime¹⁷.

Assim, o artigo apresenta os aspectos gerais dos delitos de organização, de modo a ofertar razões que justifiquem e tornem mais racional sua punição, especialmente, na criminalidade empresarial. Mais do que isso, em um último tópico, será analisada a influência que as instituições exercem nas pessoas e apresentada uma moderna solução que pode vir a reduzir o número de delitos corporativos.

2. Aspectos gerais dos delitos de organização

A Constituição da República, em seu artigo 5^o, inciso XVII, assegura o direito à associação¹⁸, desde que para fins lícitos. Além disso, veda a agregação de caráter paramilitar¹⁹. Mais do que uma importante previsão

desenvolvimento, a Lei 12.850/13, traz mais uma definição legal e pune a participação nas organizações definidas como criminosas; por fim, a Lei 13.260/16, que, além de criar um tipo penal de participação em organização terrorista (art. 3 o), resolve incluir na Lei 12.850/13, art. 10, § 2o, um inciso com o fim de nos esclarecer (pasmem!) que uma organização terrorista é uma organização criminosa. [...]”. Os delitos de organização no direito brasileiro. **Portal Jota**. Coluna Penal em foco. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/os-delitos-de-organizacao-no-direito-brasileiro-06112019>. Acesso em 28 de novembro de 2019.

¹⁶ Há doutrina que se dedicando ao crime de organização criminosa (Lei n. 12.850/13), afirma que a referida legislação não se desincumbiu do dever de revelar o conteúdo da proibição. GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo. A inobservância da taxatividade da Lei Penal nas denúncias por crime organizado. **Jornal de Ciências Criminais**. São Paulo, vol. 2. N.2, n.2, p. 7-60, jul - dez. 2019. Discorda-se frontalmente deste entendimento, justamente pelo fato de que trata-se de um delito de organização, que não deve ser analisado sob as premissas tradicionais (como se fosse um delito unissubjetivo) – maiores aspectos dogmáticos serão apresentados na sequência do texto. De qualquer forma, ainda que a autora esteja parcialmente correta, o dever da doutrina não se limita a indicar defeitos na legislação, mas, também apontar soluções e critérios complementares de forma a comunicar perfeitamente o conteúdo do injusto.

¹⁷ As exceções são ESTELLITA, Heloísa. GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, RBCCrim 91, 2011; e CERVINI, Raul; ADRIASOLA, Gabriel. **El derecho penal de la empresa**: desde una visión garantista. Buenos Aires/Montevidéu: B de F, 2005; que se propõem a examinar os delitos dentro da empresa por uma metodologia distinta da tradicional e MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro. **Portal Jota**. Coluna Penal em foco. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/os-delitos-de-organizacao-no-direito-brasileiro-06112019>. Acesso em 28 de novembro de 2019.

¹⁸ Aqui entendido de forma ampla, não se limitando ao instituto jurídico civil das associações, previsto no Código Civil.

¹⁹ Artigo 5^o, inciso XVII, CRFB/88 - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **República Federativa do Brasil**. Brasília.

constitucional, a associação entre indivíduos é uma condição indispensável do ser humano enquanto participante da vida em sociedade. Basta ver a famosa máxima de ARISTOTELES, para quem o homem é um animal político por natureza, possuindo uma predisposição a viver na *pólis*²⁰. É esta característica que explica o motivo de vivermos em uma relativa dependência com nosso meio social, sobretudo, com as organizações.

O nada paradoxal é que as organizações nada são além de uma construção humana, cuja finalidade é variável conforme o interesse de seus representantes. É de se ressaltar, entretanto, que apesar deste liame entre mandatários e corporação, os atos das organizações não se confundem com os de seus gestores. Trata-se de ato de natureza institucional²¹, cujo indivíduo que executou, independentemente de suas motivações, não o fez em seu nome. Em outros termos, transcende ao individual e é imputável, principalmente, ao corpo coletivo. Tal quadro não é nenhuma novidade ao jurista, especialmente, àquele habituado com a práxis societária. Afinal, as associações, sociedades empresariais, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada possuem personalidade jurídica própria²².

De qualquer modo, independentemente da regulamentação jurídica extrapenal e de eventual possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, os fatos criminosos praticados no âmbito de uma organização devem ser reconduzidos as pessoas físicas que, consciente e

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

²⁰ ARISTOTELES. **Política**. (edição bilingue). Trad. De Antônio C. Amaral e Carlos Carvalho Gomes. Lisboa: Veja, 1998.

²¹ MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro. **Portal Jota**. Coluna Penal em foco. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/os-delitos-de-organizacao-no-direito-brasileiro-06112019>. Acesso em 28 de novembro de 2019.

²² Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos. VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. BRASIL. LEI N^o 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil. **República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

voluntariamente, deram causa ao resultado típico²³, bem como deve ser reprimido o ato de se organizar para tal finalidade.

Destaque-se que a Constituição da República não veda a punição para associações com finalidade ilícitas genéricas, inclusive, ainda apresenta mandado de criminalização implícito²⁴ a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. MONTENEGRO ainda apresenta um argumento a mais para a criminalização dos delitos de organização:

[...] Por que punimos o envolvimento em uma organização criminosa? O interesse aqui não é colocar em questão se devemos punir. Parece-me difícil sustentar que um membro da Al Qaeda ou do Escritório do Crime não deve ser punido por integrar tais organizações. Mas a pergunta continua sendo importante, porque de sua resposta depende a configuração concreta que daremos aos delitos de organização. Portanto, por que punir?

Minha proposta é, em resumo, a seguinte: fazer parte de uma organização criminosa é punível, porque essas organizações são agentes coletivos ilícitos.

[...]

Instituições têm uma função. Tomemos, por exemplo, uma universidade e tentemos imaginá-la sem a função de aquisição e difusão do conhecimento. O que sobra da universidade? Não à toa, exige-se de pessoas jurídicas que declarem seus fins quando de sua constituição (art. 46, I, CC).

Mas é importante perceber que o ponto aqui não é jurídico, senão conceitual. Não é possível compreender uma instituição sem lhe atribuir uma função. No caso das organizações criminosas, não é difícil enxergar qual é sua função: a prática de delitos por parte de seus membros.

Dito isso, é possível entender, com mais nitidez, por que punimos a participação numa organização criminosa. As ações dessas organizações são interpretadas à luz de sua função de praticar crimes. Se alguém se submete

²³ Daí é de se destacar a importância do desenvolvimento da temática da autoria e participação em direito penal. Para se visualizar o quadro de desordem e caos da aplicação da teoria do domínio do fato no direito brasileiro, recomenda-se o artigo: LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Luís Greco *et ali.* 1. Ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014. P. 123-168.

²⁴ “[...] **MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO**: A Constituição da República determina que o legislador penal se debruce sobre matérias específicas. Exs.: Racismo, tortura, tráfico, corrupção eleitoral (este é implícito). [...]” PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal** - Parte Geral. 3ª Ed. rev. Atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017. p. X/XI.

às regras e à atividade de uma organização criminosa, suas ações serão interpretadas como ações da organização e não podem ser compreendidas senão como a realização de seu fim criminoso. [...]”²⁵

Com efeito, a partir deste conjunto de argumentos, deve-se afirmar a possibilidade (e necessidade) de criminalizar a organização com fins ilícitos, sobretudo, para que o Estado não incorra em tutela penal deficiente. Não menos importante, deve-se iniciar o desenvolvimento de uma dogmática própria que auxilie a imputação individual quando crimes forem praticados em nome de um ente coletivo, ou seja, dos delitos de organização.

Em primeiro lugar, é de todo evidente que os delitos coletivos são necessariamente plurissubjetivos²⁶, isto significa que, para que a conduta seja considerada crime é imprescindível a intervenção de mais de um sujeito ativo²⁷. Além disso, há doutrina mais minuciosa que dividem os delitos plurissubjetivos pelo *modus operandi*. Nesse sentido, a conduta dos agentes pode ser paralela (associação criminosa), convergente (adulterio e bigamia)²⁸, ou divergente (rixa)²⁹. Muito embora a praticidade destas classificações seja muitas vezes questionável, para os fins deste estudo, são relevantes para *a priori* afirmar que os delitos de organização são plurissubjetivos e paralelos. Circunstâncias que significam apenas que, neste grupo de casos, os agentes devem estar alinhados com a finalidade de cometer crimes.

Entretanto, deve se fazer a reserva lógica de que nem todos os delitos plurissubjetivos e paralelos são delitos de organização, ou seja, essas

²⁵ MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro. **Portal Jota**.

²⁶ Na mesma linha, Lucas MONTENEGRO: “[...] 4) Um elemento pessoal. Não há organização sem homens e mulheres que as integrem. A legislação, em alguns casos, estabelece limites, como o mínimo de quatro pessoas na Lei 12.850/13. É impossível traçar um limite conceitual, mas casos de uma organização com duas pessoas, como sugere, por exemplo, o art. 35 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), são seguramente muito raros.[...] MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro. **Portal Jota**.

²⁷ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal** - Parte Geral. 3ª Ed. rev. Atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017. P. 201.

²⁸ Acrescentamos os delitos de corrupção passiva e ativa.

²⁹ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1 - 19º Ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013. P. 283.

características são ainda insuficientes para definir o objeto de nossa investigação. Deve-se verificar, além da finalidade criminosa, o potencial lesivo da associação. Afinal, o normal é que os delitos organizativos sejam acompanhados de outros crimes. É dizer a organização não existe *per si*, senão porque o homem quando se organiza com seus iguais amplia exponencialmente sua esfera de atuação, conseguindo fazer muito mais do que poderia se estivesse sozinho³⁰. Os agentes, portanto, se organizam para profissionalizar a prática delitiva, auferindo resultados muito difíceis de serem alcançados de forma “desorganizada”.

Daí que o caráter organizacional deve ser ressaltado³¹. A associação entre agentes só poderá ser considerada organização se tiver uma mínima estrutura pautada em um regramento próprio (ainda que implícito). Não à toa algumas organizações criminosas são conhecidas pelo senso de disciplina de seus integrantes no cumprimento das regras, cuja violação é usualmente punida com a morte³². Além disso, a existência e o cumprimento voluntário de regras pressupõem um comando, ainda que mínimo. Assim, é que se indica que as organizações devem ter uma estrutura hierárquica, cuja cúpula tem a tomada de decisões, conforme a acertada expressão do legislador da Lei n. 12.850/13 – associação “estruturalmente ordenada”³³.

Entretanto, as sociedades empresariais, em razão de sua própria natureza jurídica, já são organizadas em uma estrutura hierárquica, pautada pela existência de regras. O artigo 966 do Código Civil considera

³⁰ GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva**. P. 67.

³¹ MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro. **Portal Jota**.

³² O Código Penal do PCC. **O antagonista**. 2018. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/sociedade/o-codigo-penal-pcc/>. Acesso em 03 de dezembro de 2019; MACEDO, Fausto; SERAPIÃO, Fábio. AFFONSO, Julia. O código de ética da facção que arranca o coração. **Estadão**. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-codigo-de-etica-da-facao-que-arranca-coracao/>. Acesso em 03 de dezembro de 2019

³³ “Importante não é a formalização das regras, mas a persistência da estrutura e a existência de padrões de atuação. A definição na Lei 12.850/13 aponta, num feliz acerto do legislador, para elemento organizacional ao exigir que a associação seja “estruturalmente ordenada”. Não é suficiente que um grupo se reúna para cometer delitos de forma coordenada. Essa coordenação tem de ser estruturada, ou seja, a estrutura tem de ser reconhecível nas diferentes decisões e atuações do grupo.” MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro. **Portal Jota**.

como empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica *organizada* para a produção ou a circulação de bens ou de serviços³⁴. Logo, há uma similaridade parcial entre os elementos de empresa e organização criminosa³⁵. Nesse sentido, ESTELLITA e GRECO:

[...] Se levarmos em conta o dado por todos conhecido de que a maioria dos crimes econômicos é praticada no contexto empresarial e confrontarmos as características da empresa com as das associações (e organizações criminosas, ou para usar um termo genérico que abranja os dois fenômenos, as associações criminosas), chegaremos a um quadro preocupante: há uma parcial identidade entre seus elementos essenciais.

Partindo, por exemplo, dos três traços essenciais selecionados por Zuñiga Rodríguez, quais sejam (a) *organização*, (b) *fim de lucro* e (c) *cometimento de crimes graves*, veremos que tais elementos encontra-se frequentemente presentes no que Schünemann designou de criminalidade de empresa: “A soma dos delitos econômicos que se cometem a partir de uma empresa”, “por meio da atuação para uma empresa”. A *empresa*, tanto quanto a *organização criminosa*, é composta por um grupo de pessoas (normalmente mais de quatro), associados em uma organização, com objetivos comuns, divisão de trabalho, códigos de conduta, sistema de tomada de decisões, tendência a autoconservação (associação permanente). Está orientada ao fim de lucro. E as pessoas que dela formam parte podem vir a cometer delitos, [...]

E aqui se observa mais uma aproximação entre os fenômenos: muito raramente, no contexto da criminalidade de empresa, haverá a prática de um só crime. [...] O que conduz ao preenchimento também de um requisito clássico dos crimes de associações criminosas, como nosso art. 288 do CP: o fim de “perpetração de uma série indeterminada de delitos.” [...] ³⁶.

A dificuldade no âmbito da criminalidade econômica é como identificar uma organização criminosa, sem rotular *a priori* todas as sociedades empresariais como criminosas. Até porque o regular registro

³⁴ BRASIL. LEI N.º 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil. **República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

³⁵ ESTELLITA, Heloísa. GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: RBCCrim 91, 2011.

³⁶ ESTELLITA, Heloísa. GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: RBCCrim 91, 2011.

e exercício da atividade empresarial constitui um risco permitido³⁷, ou seja, a empresa é uma organização lícita e tutelada pelo direito. Entretanto, é preciso pensar nos casos em que agentes a instrumentalizam para a prática reiterada de delitos – desenvolvendo uma verdadeira organização formalmente lícita e substancialmente criminosa.

ESTELLITA e GRECO se propõem a solucionar a questão a partir da análise do bem jurídico tutelado como critério distintivo. Assim, apresentam duas correntes, a primeira, majoritária, defende que os delitos de organização podem ser sintetizados como um ataque a bens jurídicos coletivos ou supra individuais, como a “ordem pública”, “segurança pública” e outros termos abstratos de conteúdo semântico abstrato/nebuloso. Entretanto, pesa contra tal perspectiva a generalidade destas concepções. Além disso, ainda que se tome como certo, as dificuldades práticas permanecem, já que em nada auxilia no juízo prático de alcance e limitação do próprio tipo penal, são de difícil verificação empírica; tutelam o tudo e o nada; servem a todos os senhores. Por fim, não tem a objetividade que um direito penal moderno exige. A segunda corrente, minoritária e não isenta de críticas, é um pouco mais complexa. Segundo seus defensores, os tipos de organização conteriam uma antecipação da punibilidade em razão de seu especial potencial lesivo, ou seja, os bens protegidos seriam os dos tipos correspondentes ao âmbito de atuação ilícita da organização³⁸.

Contra a segunda concepção poderia se objetar que, se fosse assim, o delito associativo deveria ser absorvido pela prática do crime fim. Ocorre que este é o ponto chave da questão, o perigo que causa o delito de organização não se dirige ao bem concreto que a prática de um crime-fim viola, mas, sim a todos os bens da mesma natureza, dos quais um núme-

³⁷ ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: Estudo sobre a responsabilidade de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo. Marcial Pons. 2017. P. 128.

³⁸ ESTELLITA, Heloísa. GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. RBCCrim 91, 2011.

ro indeterminado de pessoas é titular³⁹. O delito de organização transcende ao risco isolado de um bem determinado para colocar em perigo a existência dele no âmbito da coletividade afetada pela atuação da organização. É dizer, a título de exemplo, quando os processos delitivos regulares da organização dão causa ao resultado jurídico previsto no tipo de manipulação do mercado (artigo 27-C da Lei n. 6385/76)⁴⁰, deve se punir os agentes envolvidos: 1) pela lesão ao bem jurídico estabilidade e integridade do mercado de capitais⁴¹ e 2) por organizarem-se para lesionar referido bem jurídico. É essencial que tenha existido o ato de organizar-se com a finalidade de lesionar o bem jurídico, a partir de uma perspectiva macro, de forma prologada no tempo. Trata-se da punição por constantes atos preparatórios, cuja legitimidade se apoia na razão de que a organização criminosa tem um potencial lesivo muito mais significativo que o delinquente particular. Portanto, no ponto 2, do exemplo acima, o que se pune não é a manipulação do mercado, mas a constante ameaça que o referido bem jurídico está sujeito só pela existência de uma organização cuja finalidade é justamente lesioná-lo, reiteradamente, em um determinado local, repita-se.

Ocorre que, muito embora a segunda corrente seja muito melhor que a primeira por exigir o critério da “organização específica e atual para a lesão reiterada do bem jurídico em uma determinada localidade”, por si só não é hábil para distinguir uma organização criminosa de uma sociedade empresarial habitualmente envolvida em crimes. O critério de que se subtrair os eventuais delitos ocorridos na empresa, restar uma

³⁹ ESTELLITA, Heloísa. GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosas. RBCCrIm 91, 2011.

⁴⁰ Manipulação do Mercado

Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

⁴¹ É certo que há intensa divergência doutrinária sobre o bem jurídico deste delito. De qualquer forma, adota-se a classificação de Juliano Breda, exclusivamente para conferir maior racionalidade ao exemplo dado. BITENCOURT, Cesar Roberto. Breda, Juliano. Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais. - 3. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

sociedade empresarial, com objeto e atividade lícita, bem definida e quadro de funcionários regular, não se estará diante de uma organização criminosa⁴², só serve para distinguir as empresas de fachada das regulares. Com esta linha de argumentação, deixam-se impunes organizações criminosas que estejam atuando por meio da estrutura organizada inerente à própria sociedade empresarial. É o exemplo da famosa empreiteira protagonista na Operação Lava Jato, que malgrado tivesse objeto, função lícita e quadro regular de funcionários, também contava com uma organização criminosa que atuava por meio da sociedade empresarial, em um sofisticado setor especializado em lavagem de dinheiro e outros delitos de natureza econômica, inclusive, de forma praticamente automatizada.

Para melhor entender o argumento, veja-se: Javier Cigüela SOLA apresenta uma tipologia de estruturas organizacionais, com cinco modelos. Veja-se: (1) *Estrutura preventiva*: aquela organizada de forma adequada e onde existe processo de comunicação e formação orientados ao cumprimento da norma; (2) *Estrutura neutra*: aquela que não existe mecanismos de formação e conscientização do pessoal para a prevenção de delitos, ainda que exista um mínimo *standard* de organização e informação sobre os deveres e riscos jurídicos – correspondendo com os padrões de *compliance* exigíveis; (3) *Estrutura facilitadora*: aquela que, sem incentivar a comissão de delitos, tampouco tem os adequados sistemas de controle e prevenção dos mesmos; (4) *Estrutura incentivadora*: aquela estimula seus empregados, mediante pressão econômica e psicológica, a obtenção de benefícios por meio da prática de ilícitos penais; (5) *Estrutura anuladora*: aquela que anula a individualidade de seus empregados, por meio de pressão psicológica⁴³. Muito embora, a quarta e quinta estrutura estejam em vias de ser rotuladas como organizações

⁴² ESTELLITA, Heloísa. GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: RBCCrim 91, 2011.

⁴³ SOLA, Javier Cigüela. El injusto estructural de la organización: aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica. *Revista para el análisis del derecho*. InDret 1/2016. Barcelona, Enero de 2016.

criminosas, porque nelas há uma tendência objetiva no sentido da prática de delitos, falta uma relativa automatização das condutas delitivas.

A automatização delitiva é o que difere uma organização criminosa de uma sociedade empresarial envolvida com práticas criminosas. Afinal, é a partir dela que o crime vira regra e não exceção dentro da corporação. É este requisito que demonstra, de forma objetiva, que à finalidade atribuída a organização deixou de ser a informada em seu ato constitutivo para ser delituosa. Com efeito, em empresas parcialmente tomadas por um grupo criminoso organizado, o critério ainda é hábil para distinguir as zonas de licitude e ilicitude.

Mas não é tão simples quanto parece, este critério pressupõe um aspecto temporal. A organização deve ser estável e duradoura de modo a colocar em real ameaça, a partir de uma visão mais abstrata, o respectivo bem jurídico que visa lesionar.

Daí é que a imputação subjetiva se destaca, porque é necessário que os agentes não só queiram integrar a organização, mas também nela permanecer, anuindo a todo momento com o processo regular delitivo (automatização). Dito de outra forma, o elemento volitivo vai além do dolo de integrar a organização, o agente se dispõe voluntariamente a executar as ordens da cúpula, ainda que pessoalmente não vá auferir nenhum benefício imediato com tal medida. O indivíduo aceita que os interesses do ente coletivo são hierarquicamente superiores aos seus, a vontade coletiva (ordenada pelo comando) prevalece à individual. Portanto, ao integrante de tal organização só é dada a autonomia do “como” será realizado crime (muitas vezes nem isso), porque o “se”, já foi decidido pela cúpula da organização, em um momento anterior⁴⁴.

A questão que se levanta a partir do elemento volitivo, é saber qual o motivo de os agentes colocarem os interesses e valores da coletividade acima de seus individuais. Sobretudo, no âmbito da criminalidade econômica – tema que será tratado no tópico a seguir.

⁴⁴ ESTELLITA, Heloísa. GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: RBCCrim 91, 2011.

3. A influência do comportamento coletivo na empresa

Javier Cigiuela SOLA, muito embora reflita especificamente sobre a responsabilidade dos sujeitos coletivos, argumenta de forma bastante persuasiva que uma parcela da criminalidade contemporânea já não pode ser corretamente explicada do ponto de vista meramente individual. Afinal, não raramente um integrante de uma organização dirige sua ação exclusivamente no sentido de executar uma ordem recebida de seu superior. Assim, requer-se uma compreensão a partir de uma perspectiva estrutural ou sistêmica, ou seja, entender se a cultura corporativa favorece o comportamento criminoso. Com efeito, isso pode ser visto na violência política dos regimes totalitários, no início do século XX, e atualmente, aparece sob o véu da complexidade das organizações sociais, onde os indivíduos são meras peças de uma engrenagem e por isso, não conseguem controlar o curso dos acontecimentos de que estão imersos⁴⁵.

É usual que os integrantes (de baixa hierarquia) das organizações reproduzam acriticamente os valores repassados pela cúpula da organização. Entretanto, se a partir disto há o cometimento reiterado de crimes, evidentemente, a situação deve ser mais bem compreendida. Assim, deve-se questionar: o comando da organização, direta ou indiretamente, pode influenciar o agente a violar à norma penal? A partir de argumentos criminológicos e da psicologia cognitiva e social, a resposta é afirmativa. Ressalve-se, desde logo, que as razões apresentadas a seguir são explicações do comportamento delitivo e não justificativas jurídicas que visam elidir uma eventual responsabilização penal.

Segundo a psicologia cognitiva, âmbito que estuda o processo de conhecimento humano⁴⁶, o conceito central que deve ser analisado é o

⁴⁵ SOLA, Javier Cigiuela. El injusto estructural de la organización: aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica. *Revista para el análisis del derecho*. InDret 1/2016. Barcelona, Enero de 2016.

⁴⁶ SPINILLO, Alina Galvão; ROAZZI, Antônio. *Psicologia: Ciência e Profissão* vol. 9 n.3. Brasília, 1989. ISSN 1414-9893. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931989000300008>. Acesso em 04 de dezembro de 2019.

desvio cognitivo. Trata-se de uma racionalidade limitada, na qual os agentes operam com limitações cognitivas, erros de percepção, erros de análises e julgamentos tendenciosos⁴⁷. Daí quando a psicologia cognitiva se refere aos processos de desvios cognitivos gerados a partir da atuação humana em grupo, sublinha que as pessoas se associam a um grupo, nos quais o conjunto de padrões ou normas varia de um para o outro. As regras deste conjunto são impostas através de pressão, seja diretamente pelos membros do grupo ou indiretamente pelo líder⁴⁸, quem substancialmente ostenta o domínio do inconsciente coletivo. Nesta situação, a aprovação dos integrantes da organização e o sentimento de pertencimento são gatilhos importantes para que exista uma limitação cognitiva e falhas de julgamento. Sobretudo, caso se trate de pessoas que não se sintam integradas à corporação se não participarem de algum grupo ou atividade⁴⁹.

A partir disso, os indivíduos em um grupo estão sujeitos ao denominado efeito arrasto, ou vulgarmente conhecido como efeito manada. Este modelo de desvio cognitivo trata-se da diminuição não intencional do juízo crítico, com a tendência de fazer ou acreditar em algo só porque muitas pessoas o fazem⁵⁰.

Além disso, uma vez internalizados na organização, seus integrantes estão ainda mais propensos a desvios cognitivos. O desvio de grupo, um dos mais comuns, trata-se da necessidade humana de estreitar os laços com os membros de seu grupo, bem como rejeitar e se afastar dos integrantes de outros grupos^{51,52}.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Fundamentos del Derecho penal de la Empresa**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014. P. 248.

⁴⁸ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. Terceira Edição. Trad. Lenke Peres, São Paulo: Perarson Makron Book, 2001. p. 640-641.

⁴⁹ GUARAGNI, Fábio André. STEIDEL, Evelin. Desvios de personalidade em grupos empresariais e neutralização por compliance: uma tentativa para minimizar o impacto da corrupção no horizonte da criminalidade? IN: **Direito penal econômico. Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. SOBRINHO, Fernando Martins Maria (org)¹ Ed. Londrina: Thoth Editora. 2017. P. 53.

⁵⁰ DREWS, Cláudio. **Vieses Cognitivo**, 2010. **Psicologia RG**. Disponível em: <<http://psicologiarg.blogspot.com.br/2010/04/vieses-cognitivos.html>>. Acesso em 05 de dezembro de 2019.

⁵¹ HEAVYRICK, Ricardo. **Vieses Cognitivos. História e Caos**. 2013. Disponível em: <<http://historikaos.blogspot.com.br/2013/05/vieses-cognitivos.html>>. Acesso em 04 de dezembro de 2019.

Com efeito, os modelos de desvio cognitivo demonstram a correção da teoria da associação diferencial - desenvolvida por SUTHERLAND quando investigava o fenômeno social dos crimes de colarinho branco. Segundo este modelo teórico, o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que o definem de modo aceitável e em isolamento dos indivíduos que o rotulam como inaceitável⁵³. Logo, a depender da cultura organizacional da corporação, o comportamento delitivo pode aflorar ou ser devidamente reprimido, o que é demonstrado com ainda maior rigor pela psicologia social.

Em um sentido bem similar à teoria da associação diferencial, a psicologia social tem como pressuposto mínimo que o ser humano aprende a ser bom ou mau, independentemente da herança genética, personalidade ou legado familiar. A psicologia social se propõe a analisar as origens de um determinado comportamento a partir da situação concreta que o agente se encontrava, em contraponto da abordagem tradicional que busca explicar as condutas desviantes utilizando dos elementos constitutivos da personalidade. Em uma comparação, pode-se falar que a abordagem tradicional/constitutiva da psicologia está para a social/situacional da mesma forma que o médico de saúde está para a política de saúde pública. Enquanto o médico busca a fonte da enfermidade no próprio agente, a política de saúde pública analisa as condições do ambiente cuja enfermidade se propagou⁵⁴.

Um destacado psicólogo social é o professor Philip ZIMBARDO, que ficou conhecido pelo experimento da prisão de Stanford. Neste estudo, um grupo de universitários foi dividido em guardas e prisioneiros em

⁵² Tratando das seitas destrutivas ante ao Direito, María Luisa MAQUEDA ABREU descreve que: [...] “la pertenencia a una secta que ... amén de tener un carácter falsamente religioso, tenía como finalidad llevar a cabo unas actividades clandestinas consistentes, entre otras, en influir mediante coacciones en los individuos que captaba “el cambio de su personalidad”, “**haciéndoles perder todo lazo afectivo con sus familiares y amigos**” [...] (grifos não originais). MAQUEDA ABREU. María Luisa. Las sectas destructivas ante el derecho. **Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, ISSN 0210-9700, N.º. 18, 2004.

⁵³ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de Colarinho Branco** - versão sem cortes. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2014. P. 351.

⁵⁴ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**: como pessoas boas tornam-se más. Trad. Tiago Novaes Lima. -7ª ed. - Rio de Janeiro: Record, 2019. P. 26.

uma prisão simulada. Muito embora o prazo inicial fosse de duas semanas, o fim do experimento teve que ser antecipado em 7 dias, porque os estudantes transformaram-se em violentos e sádicos guardas ou em prisioneiros extremamente abalados emocionalmente⁵⁵.

A partir deste experimento, ZIMBARDO concluiu que existem fatores que aumentam a probabilidade de que pessoas sem nenhum histórico criminoso cometam delitos, como o anonimato, a desumanização, o distanciamento da vítima, conformidade social etc. O elemento de maior destaque é a obediência à autoridade⁵⁶. Em síntese, é o fato de o indivíduo receber uma ordem criminosa e não se recusar a cumprir, mesmo sabendo de sua ilicitude, porque se trata de uma tarefa que lhe foi atribuída por seu superior, que, em tese, assumiu a responsabilidade do ato⁵⁷. Sem contar que usualmente a negativa de se obedecer à ordem, é uma rejeição ao sistema da própria organização/ uma afronta ao *status quo*, o que pode vir a causar retaliações e *violência mediata* contra o agente – sem entretanto que se constitua uma coação moral irresistível. Não se questiona que:

[...] O poder do sistema envolve a autorização ou a permissão institucionalizada de se comportar das formas prescritas ou de proibir e punir ações contrárias a elas. Ele fornece a “autoridade maior” que dá legitimidade ao cumprimento de papéis, obediência às regras, e tomada de ações que seriam ordinariamente inibidas por leis, normas morais e éticas preexistentes. [...] ⁵⁸

Outra contribuição da psicologia social é o aperfeiçoamento das técnicas de neutralização moral. Segundo descreve Eduardo SAAD-DINIZ, remetendo-se a um estudo clássico de SYKES e MATZA, são cinco categorias de argumentos que neutralizam os valores morais dos indivíduos.

⁵⁵ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**. Record, 2019.

⁵⁶ Temática que foi objeto de estudo de outro psicólogo social, o professor Stanley Milgram In: MILGRAM, Stanley. **Obediência à autoridade: uma visão experimental**. tradução de Luiz Orlando Coutinho Lemos.-Rio de Janeiro: F. Alves, 1983.

⁵⁷ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**. Record, 2019. P. 390.

⁵⁸ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**. Record, 2019. P. 320.

Em primeiro lugar, o sujeito nega sua responsabilidade, a delegando para alguém, seja hierarquicamente superior ou inferior (é similar ao desvio egoísta⁵⁹). Posteriormente, são argumentos a negação do dano e da vítima (que mereceu a ofensa), a condenação de quem acusa e o apelo a elevados valores, em obediência a obrigações distintas das jurídicas⁶⁰.

Por fim, uma medida que pode neutralizar os métodos de neutralização moral e diluir os desvios cognitivos (prevenindo as conduta delitivas) são os programas de *compliance*, desde que o foco principal seja o de implantar uma cultura ética e moral no âmbito empresarial.

4. Conclusão

As organizações ostentam uma importância evidente e inquestionável na configuração da sociedade contemporânea. Entretanto, algumas transcenderam a figura de seus fundadores e/ou representantes legais, adquirindo identidade/personalidade própria e por meio de uma cultura organizacional criminógena, influenciam (e incentivam) seus *stakeholders* e colaboradores a prática de comportamentos ilícitos.

Certo é que o paradigma penal tradicional interindividual não se mostra adequado para apresentar soluções científicas para este modelo de criminalidade macro, denominado: *delitos de organização*.

A partir desta insuficiência dogmática, apresentou-se elementos mínimos dos delitos de organização: (1) caráter organizacional; (2) automatização da conduta criminosa; (3) elemento temporal; (4) vontade dos agentes de integrar e permanecer na organização; (5) natureza plurissubjetiva e paralela.

Discutiu-se, também, a influência do comportamento coletivo nas individualidades, a partir de conceitos próprios da criminologia (associação diferencial) e da psicologia cognitiva (espécies de desvio cognitivo) e

⁵⁹ [...] Sesgo egoísta (*sel-service bias*): entre otras manifestaciones, se refiere a la tendencia de un agente a sentirse autor de sus aciertos y éxitos, pero a evitar responsabilizarse de sus errores. [...] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Fundamentos del Derecho penal de la Empresa**. P. 255.

⁶⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia Corporativa**. 1ª ed. - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P.169.

social. Além de tratar, brevemente, das categorias de neutralização moral.

Por fim, conclui-se que uma medida que pode neutralizar os métodos de neutralização moral e diluir os desvios cognitivos são os programas de *compliance*, desde que o foco principal seja o de implantar uma cultura ética e moral no âmbito empresarial.

5. Referências

ANTAGONISTA. O Código Penal do PCC. **O antagonista**. 2018. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/sociedade/o-codigo-penal-pcc/>. Acesso em 03 de dezembro de 2019;

ARISTOTELES. **Política**. (edição bilingue). Trad. De Antônio C. Amaral e Carlos Carvalho Gomes. Lisboa: Veja, 1998.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1 – 19º Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cesar Roberto. BRENDA, Juliano. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRASIL. LEI N º 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil. **República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRASIL. LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998. **República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. **Revista dos Tribunais**. RT. Vol. 961. Novembro, 2015.

- BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. Curitiba: Juruá, 2013.
- CERVINI, Raul; ADRIASOLA, Gabriel. **El derecho penal de la empresa**: desde una visión garantista. Buenos Aires/Montevidéo: B de F, 2005.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 2. São Paulo: Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014.
- DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. Terceira Edição. Trad. Lenke Peres, São Paulo: Perarson Makron Book, 2001.
- DREWS, Cláudio. Vieses Cognitivo, 2010. **Psicologia RG**. Disponível em: <<http://psicologiarg.blogspot.com.br/2010/04/vieses-cognitivos.html>>. Acesso em 05 de dezembro de 2019.
- ESTELLITA, Heloísa. GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. RBCCrim 91, 2011.
- ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: Estudo sobre a responsabilidade de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo. Marcial Pons. 2017.
- GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, 2º ed, Del Rey, 2009.
- GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo. A inobservância da taxatividade da Lei Penal nas denúncias por crime organizado. **Jornal de Ciências Criminais**. São Paulo, vol. 2. N.2, n.2, p. 7-60, jul - dez. 2019.
- GRECO, Luís. Dogmática e ciência do Direito Penal. In: **As razões do direito penal. Quatro estudos**. Tradução e organização: Eduardo Viana; Lucas Montenegro; Orlandino Gleizer. - 1. Ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GUARAGNI, Fábio André. STEIDEL, Evelin. Desvios de personalidade em grupos empresariais e neutralização por compliance: uma tentativa para minimizar o impacto da corrupção no horizonte da criminalidade? IN: **Direito penal econômico. Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. SOBRINHO, Fernando Martins Maria (org)¹ Ed. Londrina: Thoth Editora. 2017.

JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal: Teoria do Injusto Penal e culpabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. Luís Greco *et ali*. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MACEDO, Fausto; SERAPIÃO, Fábio. AFFONSO, Julia. O código de ética da facção que arranca o coração. **Estadão**. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-codigo-de-etica-da-facao-que-arranca-coracao/>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

MAQUEDA ABREU. María Luisa. Las sectas destructivas ante el derecho. **Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, ISSN 0210-9700, N^o. 18, 2004.

MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no direito brasileiro. **Portal Jota**. Coluna Penal em foco. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/os-delitos-de-organizacao-no-direito-brasileiro-06112019>. Acesso em 28 de novembro de 2019.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3^a Ed. rev. Atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Luis Regis *et al*. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SAAD-DINIZ. Eduardo. **Vitimologia Corporativa**. 1^a ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **ADPCP**. 1988. P. 529-558.

SCHUNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. In: **Direito Penal, Racionalidade e Dogmática. Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

SIQUEIRA, Flávia. Responsabilidade penal pelo produto e imputação: Delimitação de âmbitos de responsabilidade na empresa pela produção e comercialização de produtos defeituosos ou “impróprios para o consumo”. **Comentários ao direito penal econômico brasileiro**. Org. LOBATO, José Danilo Tavares *et al.* – Belo Horizonte: E. D’Plácido. 2017.

SOLA, Javier Cigüela. El injusto estructural de la organización: aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica. **Revista para el análisis del derecho**. InDret 1/2016. Barcelona, Enero de 2016.

SPINILLO, Alina Galvão; ROAZZI, Antônio. **Psicologia: Ciência e Profissão**. vol. 9 n.3. Brasília, 1989. ISSN 1414-9893. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931989000300008>. Acesso em 04 de dezembro de 2019.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de Colarinho Branco** – versão sem cortes. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2014.

ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**: como pessoas boas tornam-se más. Trad. Tiago Novaes Lima. -7ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2019.

Acordos de não persecução penal por infrações econômicas: análise do modelo consensual dos Estados Unidos

Marlos Corrêa da Costa Gomes ¹

1. Introdução

O modelo tradicional de *enforcement* criminal contra as infrações econômicas, pelos membros do DOJ (*Department of justice*), em especial da FCPA (*Foreign corrupt practice act*), se pautou pela via binária entre denunciar ou arquivar acusações contra indivíduos ou corporações por mais de um século². No entanto, a partir dos anos 2000, esse modelo histórico passou a considerar uma terceira via para aplicar a legislação, qual seja, a utilização de acordos de resolução extrajudiciais. Dentre estes destacam-se dois³, o NPA (*non prosecution agreement*) e o DPA

¹ Associado Sênior de Compliance e Investigação do escritório Trench Rossi Watanabe Advogados. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes/RJ. LLM em Direito Societário e Mercado de Capitais pelo IBMEC/RJ. Certificado internacional pela *Professional Evaluation and Certification Board* (PECB) na ISO 37001 (*Anti-bribery Management Systems*). Bolsista do *Summer Academy Latin America* da IACA (*International Anticorruption Academy*). Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

² Koehler, Mike. "Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement." *UCDL Rev.* 49 (2015): 497.

³ "[...]Under a non-prosecution agreement, or an NPA as it is commonly known, DOJ maintains the right to file charges but refrains from doing so to allow the company to demonstrate its good conduct during the term of the NPA. Unlike a DPA, an NPA is not filed with a court but is instead maintained by the parties. [...]Under a deferred prosecution agreement, or a DPA as it is commonly known, DOJ files a charging document with the court,³⁷⁹ but it simultaneously requests that the prosecution be deferred, that is, postponed for the purpose of allowing the company to demonstrate its good conduct. DPAs generally require a defendant to agree to pay a monetary penalty, waive the statute of limitations, cooperate with the government, admit the relevant facts, and enter into certain compliance and remediation commitments, potentially including a corporate compliance monitor.[...]" Disponível

(deferred prosecution agreement), cuja característica principal é estabelecer um processo negocial entre as autoridades e as empresas buscando um equilíbrio entre o pressuposto punitivo (incluindo a reabilitação através de reformas corporativas estruturais), o ressarcimento pelos danos causados e a manutenção da atividade econômica.

Esse novo modelo de aplicação da legislação ganhou rapidamente defensores, dentre eles o DOJ que, com a sua necessária, mas não limitada, atuação voltada para o combate da corrupção (*lato sensu*), passou a utilizar com certa frequência tais instrumentos sob o argumento de que uma condenação pela via tradicional do judiciário provocaria danos irreparáveis às empresas e principalmente as vítimas.

Essa narrativa é fruto do pensamento do mundo pós Enron⁴, caso paradigmático que promoveu uma série de debates em torno dos efeitos colaterais de condenações criminais de grandes organizações. Era preciso (re) pensar o padrão de responsabilização das pessoas jurídicas em decorrência da prática de infrações econômicas.

Neste contexto surgem estes novos instrumentos que, em complemento aos tradicionais *plea bargainings*, dispensam o reconhecimento de culpa pelas empresas e combinam um sistema punitivo centralizado na restituição, nas multas, em reformas no sistema de governança corporativa e de compliance das empresas, no confisco, dentre outras obrigações. Importante destacar que tais inovações não foram desenvolvidas através de alterações legais, mas antes de mudanças na prática do exercício da autoridade de *enforcement* (DOJ) por meio de *guidelines*.

Para se ter uma idéia deste universo, a partir de 2004 o órgão (DOJ) celebrou nada menos que 125 acordos⁵ entre NPA (*Non Prosecution*

em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>> Acesso em: 19 de Março de 2020.

⁴ Wray, Christopher A., and Robert K. Hur. "Corporate criminal prosecution in a post-Enron world: The Thompson memo in theory and practice." *Am. Crim. L. Rev.* 43 (2006): 1095.

⁵ Disponível em: <<http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>> Acesso em: 15 de Novembro de 2019.

Agreement) e DPA (Deferred Prosecution Agreement), uma média de 8.3 por ano. Numa comparação quantitativa com o modelo Brasileiro de *enforcement* anticorrupção, a CGU (Controladoria geral da União), no âmbito da União, desde 2014 - data de início da vigência da lei n. 12.846/2013 - celebrou nove acordos de leniência.

A importância de tais instrumentos vai muito além da simples resolução de um caso que envolva a prática de infrações econômicas, abrange a imposição de multas elevadas⁶, muitas vezes consideradas exageradas, assim como dispensam o reconhecimento da culpa⁷ - requisito típico dos *plea agreements* - e promovem reformas nas estruturas de governança corporativa das empresas, sanções muitas vezes sequer previstas na legislação. Esse tipo de justiça consensual que ganhou forma no início dos anos 2000 vem sendo objeto de críticas por parte da doutrina, em especial a norte americana, em que pese causar uma sensação de punição das empresas e resgatar o sentimento de justiça por parte da sociedade.

No entanto, sob o argumento da necessidade de punição exemplar e de concretização do sistema de justiça penal dos Estados Unidos, viu-se nas últimas duas décadas uma expansão na utilização de acordos de resolução, muitos deslocados do poder judiciário. Esse movimento somente foi possível a partir da publicação de memorandas, a inclusão do capítulo oitavo na *sentencing of organizations (US sentencing guidelines)* e a inclusão de novos dispositivos no manual para atuação dos membros do DOJ (*principles of federal Prosecution of Business organizations*).

As críticas da doutrina em relação ao emprego desses instrumentos passa pelos custos excessivos para celebração de tais acordos⁸, a ausência

⁶ Diamantis, Mihailis E. "Clockwork corporations: A character theory of corporate punishment." *Iowa L. Rev.* 103 (2017): 507.

⁷ Brandon L. Garrett, Collaborative Organizational Prosecution, in PROSECUTORS IN THE BOARDROOM: USING CRIMINAL LAW TO REGULATE CORPORATE CONDUCT 154, 157 (Anthony S. Barkow & Rachel E. Barkow eds., 2011)

⁸ Benjamin M. Greenblum, Note, What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements, 105 COLUM. L. REV. 1863, 1885 (2005)

de verificação científica quanto a sua eficácia⁹, potenciais violações do Estado de Direito¹⁰, a regulação indireta¹¹ através de acordos resolutivos, assim como a discricionariedade ampla conferida aos membros do DOJ para impor obrigações não previstas em lei. Há alguns que sugerem a impunidade e o confronto com o dilema de se promover condenações de grandes corporações¹².

Este cenário de negociação poderia implicar no sentimento negativo de privilégio desmesurado dos grandes grupos econômicos, que dificilmente seriam condenados, salvo pela via do judiciário. Considerando a ampliação cada vez maior do escopo de responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção, é preciso compreender de que maneira seria possível conferir legitimidade a legislação penal sem frustrar o pensamento coletivo por justiça¹³.

A proposta do presente artigo científico se justifica diante do cenário brasileiro, que também sofre dos mesmos problemas e críticas do modelo norte americano, sendo necessário compreender os aspectos histórico/teórico, visando traçar um paralelo propositivo em busca de soluções sancionatórias inovadoras que de fato realizem a punição (especialmente os elementos da reabilitação e intimidação), sem deixar de lado a necessária transformação da cultura corporativa através de estímulos regulatórios (push ou nudge¹⁴, expressões da economia comportamental).

O artigo se estrutura em três partes complementares. A primeira parte apresentará o contexto histórico do consensualismo penal nos Estados Unidos e as mudanças regulatórias promovidas no tempo. A

⁹ Laufer, William S. "A very special regulatory milestone." *U. Pa. J. Bus. L.* 20 (2018): 392.

¹⁰ Jennifer Arlen, Prosecuting beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements, 8 *J Legal Analysis* 191, 221 (2016).

¹¹ Arlen, Jennifer, and Marcel Kahan. "Corporate governance regulation through nonprosecution." *U. Chi. L. Rev.* 84 (2017): 323.

¹² Brandon, Garrett. *Too big to Jail*. Harvard University Press, 2014.

¹³ Darryl K. Brown, Street Crime, Corporate Crime, and the Contingency of Criminal Liability, 149 *U. PA. L. REV.* 1295, 1334-35 (2001)

¹⁴ Thaler, Richard H., and Cass R. Sunstein. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Penguin, 2009.

segunda parte se propõe compreender os requisitos e os fatores levados em consideração pelas autoridades para a celebração dos acordos, assim como potenciais violações de direitos constitucionais. A terceira e última parte pretende analisar as críticas da doutrina ao modelo atual de *enforcement* adotado pelos membros do DOJ, com recorte para o modelo sancionatório baseado nos acordos de não persecução penal com as grandes corporações, propondo correlacionar as mesmas ao modelo brasileiro de aplicação da lei anticorrupção.

Considerando que o modelo brasileiro de responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção (*Lato Sensu*) foi influenciado pelos norte-americanos, modelo de justiça consensual que tem sido compartilhado, no âmbito federal, pelas autoridades da CGU (Controladoria Geral da União), da AGU (Advocacia Geral da União) e do MPF (Ministério Público Federal), encontra-se a justificativa para analisar as críticas direcionadas à atuação discricionária dos membros do DOJ.

No Brasil, já foram celebrados alguns acordos de leniência que envolveram aproximadamente 13 bilhões¹⁵ de reais, dentre multas, restituições e enriquecimento ilícito, sem contudo haver estudos que evidenciem cientificamente o resultado das medidas sancionatórias centralizadas em multas e restituição integral do dano. Não se tem claro ainda qual é o resultado deste modelo que baseia e se sustenta no viés punitivista, pautado no discurso moralista de efetividade do sistema de justiça e de punição rigorosa das corporações.

Contudo, assim como nos Estados Unidos, não são considerados os demais custos assumidos pelas empresas a título das obrigações de fazer (ex. investigações internas, contratação de uma equipe de compliance, aquisição de tecnologia, aumento do orçamento da área responsável etc.), assim como do investimento realizado após os acordos para

¹⁵ Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>> Acesso em: 20 de Novembro de 2019

supostamente garantir a redução das infrações econômicas e promover mudanças de comportamentos.

Tal situação tem gerado um aumento nos custos de compliance das corporações após a celebração dos acordos de não persecução, sem contudo encontrar amparo dos mesmos investimentos pelo Estado - resultando na distribuição desigual da responsabilidade pela prevenção da corrupção.

Diante do cenário atual de utilização em massa de acordos de não persecução extrajudiciais por atos de corrupção, não é possível confirmar o resultado de reabilitação e intimidação das corporações, com a consequente redução dos crimes corporativos, ao revés, tem promovido desincentivos às empresas, que tem receio de produzir provas e se autoincriminar, sem encontrar do lado do Estado uma verdadeira parceria no controle das infrações econômicas.

2. Acordos de não persecução: origem e fundamento

O modelo de justiça criminal consensual dos Estados Unidos, especialmente a partir dos anos 2000, priorizou a responsabilização das pessoas jurídicas por infrações econômicas, em nível federal, renunciando aos direitos e garantias constitucionais das empresas. A atuação das autoridades de *enforcement* da lei, em particular da FCPA, se desenvolveu, desde a década de 1970, à margem da lei e ordenada por guias orientativos (*guidelines*) que serão aprofundados no tópico seguinte.

O presente capítulo apresentará a evolução dos instrumentos de *soft law*, quase regulatórios, publicados pelo DOJ, com a finalidade de direcionar as investigações, estabelecer os processos de negociação de acordos, definir os fatores para a avaliação da concessão de benefícios, assim como as estratégias adotadas, de maneira oposta ao oferecimento de denúncias ao poder judiciário.

Na sequência, serão apresentados alguns direitos constitucionais destinados às empresas que, apesar da pouca aplicabilidade ou restrição

conferida pela jurisprudência norte-americana, vivem o dilema de decidir entre negociar um acordo de resolução (inclusive extrajudicial) e ter encerrado um caso envolvendo atos de corrupção, ou se defender em juízo, servindo-se de todos os direitos e garantias constitucionais outorgados às empresas, mas correndo o risco de ter as suas atividades econômicas extirpadas em decorrência de uma sentença penal condenatória considerada de “morte”.

2.1 A sequência orientativa dos memorandos

2.1.1 Memorando Holder

O ano de 1994¹⁶ determinou o marco inicial para a utilização dos acordos de resolução com as pessoas jurídicas por infrações econômicas, tendo a celebração de um DPA (*deferred prosecution agreement*) pelo DOJ com a seguradora Prudential se tornado um referencial histórico. Tal acordo é considerando um dos primeiros a envolver uma grande empresa¹⁷ que, para evitar sanções impostas no âmbito de um processo penal regular, se comprometeu com obrigações de fazer consistentes em reformas internas¹⁸. Naquela época, não havia qualquer dispositivo que regulasse a adoção de tais instrumentos negociais, pelo contrário, os membros do DOJ se valiam de um poder discricionário, sem amparo legal, para, ao mesmo tempo, punir a empresa e evitar uma condenação via judiciário.

Nesse sentido, era preciso estabelecer os fatores que deveriam ser levados em consideração pelos membros do DOJ para decidir entre pro-

¹⁶ Mary Jo White, *Corporate Criminal Liability: What Has Gone Wrong?*, in 2 37TH ANNUAL INSTITUTE ON SECURITIES REGULATION 815, 818 (PLI Corp. Law & Practice, Course Handbook Ser. No. B-1517, 2005). Koehler, M. (2015). *Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement*. UCCL Rev., 49, 497. E Arlen, Jennifer, and Marcel Kahan. "Corporate governance regulation through nonprosecution." U. Chi. L. Rev. 84 (2017): 323.

¹⁷ ALEXANDER, Cindy R.; MARK A. Cohen. *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements*. In: Rev. 52, Am. Crim. L., p. 537, 2015.

¹⁸ Disponível em: <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/prudential.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2019.

cessar formalmente uma empresa ou propor um acordo de não persecução penal. Foi assim que, no dia 16 de junho de 1999, o governo norte-americano divulgou o *memorandum Holder*, documento destinado a todos os membros do DOJ, responsável por estabelecer as diretrizes e critérios para a avaliação da oportunidade e conveniência em se trazer acusações contra as pessoas jurídicas.

Um dos princípios estruturantes do documento é a responsabilização penal das empresas por infrações econômicas, centralizado nas teorias da dissuasão e retribuição. Apesar de passados mais de 20 anos da promulgação da FCPA (*Foreign Corrupt Practice Act*), em 1977, poucos foram os casos registrados envolvendo empresas condenadas formalmente por crimes.

O documento adotou algumas premissas, aparentemente equivocadas, de que a realização de acusações formais contra empresas promoveria a intimidação de indivíduos e mudanças de comportamento no ambiente corporativo. Este referencial elaborado pelo DOJ reforçou a ideia de imputação da conduta do agente à pessoa jurídica, fruto da teoria *respondeat superior*, que atribui a responsabilidade da pessoa jurídica desde que o ato tenha sido praticado por pessoa com poderes no âmbito das suas atribuições (estatutárias ou contratuais) e que tenha sido em benefício (direto ou indireto) da empresa. Desde a guerra civil, as cortes norte-americanas depositaram na teoria vicariante a atribuição da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas pelos atos dos seus agentes¹⁹.

Para decidir entre a formalização de uma acusação (denúncia) contra as empresas e a negociação de um acordo de resolução, os membros do DOJ deveriam levar em consideração, além dos fatores típicos considerados para as pessoas físicas, quais sejam, a suficiência das evidências, a probabilidade de êxito no julgamento, as prováveis dissuasões, reabili-

19 N.Y. Cent. & Hudson River R.R. Co. v. United States, 212 U.S. 481, 494-96; see also JAMES P. COX & THOMAS LEE HAZEN, TREATISE ON THE LAW OF CORPORATIONS § 8:21 (3d ed. 2010)

tações, outros oito fatores²⁰. Tais fatores ampliaram, em certa medida, os poderes conferidos aos promotores, especialmente com relação à atribuição de responsabilidade às empresas. Percebe-se uma forte justificativa para a responsabilização das pessoas jurídicas como fator de garantia contra a impunidade e de promoção de punições severas, marca da expressão dos teóricos retributivistas.

O documento, apesar de não prever expressamente no seu corpo as expressões NPA e DPA, sinalizou aos promotores a necessária avaliação das condutas corporativas pré-acusatórias, reconhecidas por intermédio da cooperação das empresas com as investigações, das denúncias voluntárias, das ações imediatas de remediação, na linha do compromisso implícito (*good corporate citizenship*) sinalizado pelo governo à iniciativa privada no início da década de 1990. Tal compromisso se refletiu de variadas formas, por meio da publicação de documentos (manuais ou guias orientativos), os quais ofereceriam incentivos para uma parceria das empresas com a administração pública na prevenção da corrupção.

A despeito dessa parceria tácita, merece destaque a crítica de William Laufer²¹, da Universidade da Pensilvânia, em relação ao desequilíbrio na distribuição de responsabilidade pelo *enforcement* da lei e da transferência quase que integral para a iniciativa privada do ônus investigativo. O resultado dessa suposta parceria teria estimulado o desenvolvimento da indústria de *compliance*, ampliando demasiadamente o custo para estar

20 "1. The nature and seriousness of the offense, including the risk of harm to the public, and applicable policies and priorities, if any, governing the prosecution of corporations for particular categories of crime (see section III, *infra*); 2. The pervasiveness of wrongdoing within the corporation, including the complicity in, or condonation of, the wrongdoing by corporate management (see section IV, *infra*); 3. The corporation's history of similar conduct, including prior criminal, civil, and regulatory enforcement actions against it (see section V, *infra*); 4. The corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing and its willingness to cooperate in the investigation of its agents, including, if necessary, the waiver of the corporate attorney-client and work product privileges (see section VI, *infra*); 5. The existence and adequacy of the corporation's compliance program (see section VII, *infra*); 6. The corporation's remedial actions, including any efforts to implement an effective corporate compliance program or to improve an existing one, to replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, to pay restitution, and to cooperate with the relevant government agencies (see section VIII, *infra*); 7. Collateral consequences, including disproportionate harm to shareholders and employees not proven personally culpable (see section IX, *infra*); and 8. The adequacy of non-criminal remedies, such as civil or regulatory enforcement actions (see section X, *infra*)" Disponível em: < <https://www.friedfrank.com/files/QTam/holdermemo.pdf> > Acesso em: 19 de Março de 2020

21 LAUFER, William S. *A very special regulatory milestone*. In: *U. Pa. J. Bus. L.* 20, p. 392, 2018.

em *compliance* pelas empresas, sem quaisquer parâmetros regulatórios aceitáveis para a necessária verificação científica dos programas de *compliance*.

Após alguns anos da publicação do guia de orientação aos promotores do DOJ, os americanos foram alvejados com um novo escândalo corporativo, na sequência de eventos criminosos corporativos, desde a renúncia de Richard Nixon na década de 1970, dessa vez, envolvendo a empresa de energia Enron. A companhia, sediada em Houston, com faturamento anual na época de, aproximadamente, 100 bilhões de dólares, se viu implicada em gravíssimas acusações de fraude e violações da FCPA. Na esteira do caso Enron, encontrava-se a auditoria Arthur Andersen LLP, considerada uma das cinco maiores empresas de auditoria do mundo, que foi formalmente acusada pelo DOJ por obstrução da justiça²² após evidências de que a empresa incentivou a destruição de provas relacionadas a auditoria da Enron²³.

O caso ganhou contornos dramáticos, após o sócio da empresa de auditoria recusar um acordo de resolução (DPA) com as autoridades norte-americanas, ocasionando a sua condenação por um júri²⁴ – sob a acusação de “persuadir consciente e corruptamente outra pessoa, com a intenção de causar ou induzir qualquer pessoa a reter documentos ou alterar, destruir ou mutilar documentos para uso em um processo oficial” – e a posterior sentença condenatória que, dentre as sanções impostas, determinou a cassação da licença para prestação de serviços de consultoria e auditoria de empresas listadas no mercado de capitais.

O resultado quase natural de uma decisão que retira da empresa o direito de exercer a sua atividade econômica só poderia ser um, a demissão em massa de aproximadamente 28 mil profissionais, além da instauração de um processo de recuperação judicial diante do estado pré-

22 Disponível em: <https://casetext.com/case/roquet-v-arthur-andersen-llp-2>. Acesso em : 4 dez. 2019.

23 Peter Spivack & Sujit Raman, Regulating the „New Regulators“: Current Trends in Deferred Prosecution Agreements, 45 AM. CRIM. L. REV. 159, 160 (2008)

24 Uma análise mais detalhada do caso envolvendo a empresa de auditoria pode ser verificado em: GARRETT, Brandon. *Too big to Jail*. Harvard University Press, 2014.

falimentar da empresa - confirmando o que alguns chamam de “sentença de morte”²⁵.

A partir daquele momento, passou-se a discutir novas maneiras de realização do sistema de justiça penal nos Estado Unidos, em especial para se combater as infrações econômicas, uma realidade enfrentada pelo mundo pós-industrial, provocando reflexões acerca do modelo sancionatório adotado pelo DOJ. Os promotores passaram a priorizar a reabilitação das empresas em detrimento das acusações formais pela via do processo judicial, estabelecendo novas metas de efetivação da justiça, alicerçadas no padrão consensual.

Proveniente desse contexto, o “mundo pós-Enron” viu emergir a culpabilidade pela falha do dever de vigilância²⁶ dos chamados *gatekeepers*, cuja atribuição de responsabilidade decorreria, por exemplo, da causalidade omissiva²⁷. Mas tais profissionais, exercentes de funções de verificação, análise e avaliação de informações relevantes do mercado de capitais, também falharam no dever de garantir a conformidade dos processos de prevenção contra as infrações econômicas²⁸.

Os membros do DOJ passaram a sofrer críticas constantes em virtude da super criminalização das pessoas jurídicas e indivíduos, cujo resultado após as acusações e o processo judicial, culminaria em prejuízos para os terceiros interessados (empregados, acionistas etc.). De certa maneira, essa perspectiva de prejuízo para terceiros, vítimas das condutas praticadas no ambiente corporativo, se tornou um gatilho para o governo resolver os casos de corrupção por meio de acordos de resolução.

Nesse sentido, o governo norte-americano passou a considerar principalmente os efeitos colaterais resultantes de condenações judiciais,

25 Carrie Johnson, Ruling Won't Deter Prosecution of Fraud, WASH. POST, June 1, 2005.

26 WEISSMAN, Andrew; WEISSMAN, Andrew. *Rethinking criminal corporate liability*. In: *Ind. LJ* 82 p. 441, 2007

27 SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: *Compliance*. Belo Horizonte: Fórum (2018). p.1

28 COFFEE Jr.; John C. *Gatekeeper failure and reform: The challenge of fashioning relevant reforms*. In: *BUL Rev.* 84, p. 301, 2004.

como a proibição de contratar com a administração pública e a suspensão dos direitos de exercício da atividade profissional (auditoria, advocacia etc.). No entanto, sob o manto da moralidade punitivista e a retórica da integridade corporativa, ainda carecem de um maior aprofundamento teórico os impactos que a indústria do *compliance* ocasionou e que será abordado a seguir.

2.1.2 Memorando Thompson

Para responder às críticas feitas ao DOJ, no mundo pós-Enron, foi publicado em 2003 o memorando *Thompson*²⁹, documento orientativo denominado “*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*”. O foco principal do documento era estabelecer parâmetros mínimos para a avaliação da cooperação das organizações em processos de investigação, assim como a aferição da efetividade dos programas de *compliance* como condição para receber reduções de multas e se habilitar para negociar um acordo com as autoridades.

A avaliação dos programas de *compliance*, como elemento a ser considerado no processo de negociação passa, definitivamente, a ser um critério de ponderação para apreciação das autoridades que, combinado com a colaboração das empresas, poderiam “premiar” boas práticas.

Contudo, ainda que o documento tenha sido divulgado com a intenção de estabelecer as balizas para a atuação das autoridades, o suposto incentivo à produção de provas, a realização de investigações internas corporativas e a cooperação irrestrita das empresas, acabou propiciando um ambiente favorável para o cometimento de uma série de violações de direitos individuais³⁰ no campo das novas técnicas de investigação.

O voluntarismo inicialmente traçado pelo documento, fruto da cooperação a partir da manifestação livre da vontade do indivíduo (ou

29 Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20_privwaiv_dojthomp.authcheckdam.pdf. Acesso em: 27 nov. 2019

30 Eduardo Saad Diniz. Ética negocial e *compliance*, p. 128.

empresa), foi substituído pelas práticas coercitivas, ameaçadoras e sustentadas justamente nas provas produzidas pelas empresas.

Um caso real que marcou esse período diz respeito a *Big Four* KPMG, uma das maiores auditorias do mundo, que esteve envolvida em supostas práticas ilícitas na virada do século³¹. Alguns dos seus empregados e sócios seniores, acusados de participação no "esquema" de corrupção (*lato sensu*), haviam avocado o direito de serem defendidos por advogados, cujo custeio dos honorários deveria ser antecipado pela empresa.

No entanto, sob o argumento de que os membros do DOJ pressionaram a empresa a renunciar tal direito, proibindo o custeio das despesas de honorários para a defesa em juízo dos seus empregados, a KPMG informou a todos que não cumpriria com esta obrigação, pois do contrário não conseguiria celebrar o seu acordo de resolução com o DOJ e ter reduzida as sanções impostas (especialmente a multa).

O caso foi parar na justiça³², tendo a corte do distrito Sul de Nova Iorque entendido que o dispositivo do Memorando Thompson que exige das empresas a renúncia aos direitos, alguns constitucionais, visa em última análise obter condenações e a imposição de sanções aos indivíduos a qualquer custo. Contudo, segundo a decisão, esta não deveria ser a finalidade precípua das autoridades, muito pelo contrário, deveria estar inserida na sua missão alcançar a justiça, que não é realizada a partir de coações ou ameaças pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei.

Aceitar que as autoridades possam negociar direitos individuais, sem a participação dos seus titulares, e ainda restringindo o acesso a justiça ao recusar o custeio dos honorários dos defensores, viola direitos fundamentais, cuja defesa deveria ser um pilar na atividade das autoridades de enforcement. Neste sentido a corte reconheceu que a conduta dos agentes do DOJ violou a quinta e sexta emendas constitucionais, que

³¹ Disponível em: < <https://www.sec.gov/news/press/2003-16.htm> > Acesso em: 16 de Março de 2020.

³² Disponível em: < <https://casetext.com/case/us-v-stein-38#caf7b48e-d850-4dc3-839a-d35fd463f7d9-fng> > Acesso em: 16 de Março de 2020.

conferem a todos os cidadãos um julgamento justo e a assistência de um defensor constituído para que o devido processo legal, assim como a ampla defesa/contraditório, sejam observados.

O caso é relevante, pois provoca uma série de reflexões acerca da legitimidade dos acordos celebrados a partir dos anos 2000, além de promover discussões a respeito dos limites de atuação dos membros do DOJ e das garantias necessárias para as empresas, além dos indivíduos, no curso dos procedimentos de investigação.

2.1.3 Memorando Mc Nulty

Para corrigir as falhas geradas a partir da publicação do documento anterior (*Thompson memo*), o governo publicou, em 2006, o *memorandum Mc Nulty*³³, que rediscutiu a imprescindível observância de direitos e princípios fundamentais, criando restrições e limites para a utilização de práticas investigativas, muitas vezes consideradas ilegais, contra as organizações.

Acrescenta-se na pauta o debate em torno do sigilo profissional do advogado (*attorney client privilege*³⁴), exigindo-se das autoridades, além da comprovação da necessidade legítima³⁵, autorizações formais do alto escalão do Departamento de Justiça para se estabelecer negociação que envolva a renúncia de direitos - incluindo a não autoincriminação e compartilhamento de documentos oriundos do trabalho entre clientes e advogados.

O documento procurou estabelecer um processo para que os promotores pudessem requerer a renúncia das empresas e indivíduos a tais

33 Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf Acesso em: 27 nov. 2019.

34 Steven M. Witzel, *Privilege Waivers' Role in Deferred and Non-Prosecution Agreements*, 250 N.Y. L.J. no. 47, Sept. 5, 2013.

35 "Legitimate need was based on four factors: (1) the likelihood and degree of benefit the information would provide, (2) alternative means of obtaining the information, (3) voluntary disclosures already provided, and (4) the risk of negative consequences of a waiver to a corporation. Disponível em: < https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf> Acesso em 10 de Dezembro de 2019.

direitos fundamentais, assim como a imposição de condicionantes, não proibidas pela lei, para celebração de acordos de resolução (ex.: a proibição de custeio de despesas com advogados para o exercício da defesa de direitos individuais).

Não parece incomum os promotores exercerem do seu poder discricionário, quase absoluto, de *enforcement* da lei, para obter provas ou confissões de testemunhas e investigados, em condições precárias e sem a proteção de direitos, motivo pelo qual as previsões expressas no documento foram importantes para impor limites à atuação dos membros do DOJ.

Contudo, apesar da tentativa de conter a saga punitivista das autoridades, as práticas abusivas e coercitivas continuaram sendo alvo das críticas da doutrina e da prática jurídica nos Estados Unidos³⁶. A discricionariedade conferida aos membros do DOJ para avaliar a cooperação das empresas, impor obrigações de fazer sem previsão legal, exigir a renúncia de direitos (alguns fundamentais), dentre outras condutas, passou a ser objeto de estudos e debates intensos nos Estados Unidos.

2.1.4 Memorando Filip

Por fim, o último documento³⁷ que segue a linha histórica desde o final da década de 1990, de “regulação” das práticas preventivas empresariais anticorrupção e do *modus operandis* dos membros do DOJ, foi publicado em 2008, intitulado “*Filip Memo – Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*”.

³⁶ Marks, Colin P. "Thompson/McNulty Memo Internal Investigations: Ethical Concerns of the Deputized Counsel." *Mary's LJ* 38 (2006): 1065; Bishop, Keith Paul. "The McNulty Memo-Continuing the Disappointment." *Chap. L. Rev.* 10 (2006): Stein, Noah D. "Prosecutorial Ethics and the McNulty Memo: Should the Government Scrutinize an Organization's Payment of Its Employees' Attorneys' Fees." *Fordham L. Rev.* 75 (2006): 3245.

³⁷ Na última década, o DOJ publicou outros documentos-guia relacionados à seleção de monitores externos em processos de negociação, pré-acordos de resolução (“Morford Memo”), assim como o “Yates memo” que retomou o equívoco de modelagem sancionatória para os indivíduos, chamados *gate keepers* (responsabilidade individual) e, mais recentemente (2019), o documento “Benzkowski Memo” que tentou propor parâmetros de avaliação da efetividade dos programas de *compliance* – sem, contudo, ser possível afirmar o seu resultado, considerado-se que nem o conceito de efetividade foi desenvolvido pelo DOJ, muito menos a proposta foi calçada em parâmetros cientificamente comprovados quanto à concreta capacidade dos programas de *compliance* promoverem mudanças comportamentais e a redução das infrações econômicas.

O governo norte-americano, pela primeira vez, por intermédio do referido guia, acrescentou um dispositivo expresso no manual de justiça (“Justice Manual”) – que, até 2018, se chamava “*US Attorneys Manual*” – para fins de se estabelecerem balizas à atuação dos promotores em sede de crimes federais cometidos por empresas.

O documento propunha revisar o memorando anterior (“MC nulty”), estabelecendo-se critérios para proposição dos acordos de resolução por atos de corrupção, considerando-se fatores de cooperação, produção de provas antecipadas pelas empresas e os esforços para a implementação de programas de *compliance*. O documento é um compendio de toda a atividade de *enforcement* das autoridades em casos de condutas criminosas em nível federal, respondendo, em parte, às críticas à ampliação dos poderes conferidos pelo Estado e o aumento na utilização do modelo negocial para resolver casos de suborno (ou demais infrações econômicas).

2.2 Direitos constitucionais das pessoas jurídicas

O primeiro direito constitucional conferido as empresas diz respeito à quarta emenda³⁸ que, apesar da crítica³⁹ a pouca ou quase nenhuma aplicabilidade prática, consagra a proteção contra atos arbitrários sobre o exercício do direito de propriedade e a privacidade. Coloca-se de um lado o direito do Estado de, tendo fundadas suspeitas sobre o cometimento de um crime ou conduta ilegal, investigar condutas violadoras da lei; e, de outro lado, os direitos do cidadão, sendo reconhecido que as pessoas jurídicas têm alguns dos direitos e garantias individuais tais como a privacidade e propriedade⁴⁰ – de não ter a sua privacidade e/ou propriedade invadida sem um motivo justo e legítimo.

38 Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/fourth_amendment. Acesso em: 27 nov. 2019.

39 GARRET, Brando. The constitutional standing of corporations. p. 122-128.

40 William W. Bratton, Jr., The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History, 41 STAN. L. REV. 1471 (1989) p. 1507-08

Ocorre que tal direito constitucional não parece ser amplamente reconhecido na prática, pois, diferentemente da jurisprudência conferir uma concepção mais restrita para o direito individual, no caso das pessoas jurídicas, o judiciário tende a interpretar o dispositivo de maneira mais ampla, privilegiando o direito do Estado⁴¹ – geralmente exercida pelas agências reguladoras e autoridades de *enforcement* – de apurar suspeitas contra as pessoas jurídicas. Em alguns casos, a jurisprudência reconhece o direito do Estado de acessar documentos das pessoas jurídicas com base em uma mera suspeita⁴², sob o fundamento da legitimidade do Estado em comprovar que o comportamento corporativo está em conformidade com a lei e o interesse público.

Um dos casos de maior repercussão jurídica quanto a interpretação da quarta emenda na aplicação de casos envolvendo pessoas jurídicas foi o julgamento do caso *Dow Chem. Co. v. United States*⁴³. O caso envolvia uma suposta utilização de veículos aéreos pelas autoridades de uma agência ambiental, ante o fundamento do legítimo interesse público, para investigar supostas práticas industriais contra legislação ambiental. A corte decidiu que a realização de diligências (buscas) consistentes na coleta de imagens aéreas sem a autorização judicial prévia configura violação da quarta emenda, aplicável para casos que envolvam pessoas jurídicas.

O segundo direito constitucional, aplicável às pessoas jurídicas, é o da sexta emenda, que concebe uma série de garantias aos réus criminais: direito a um julgamento público em prazo razoável; direito de acesso à justiça e a defesa um advogado; direito a júri imparcial; direito de conhecer os acusadores; e direito de ter acesso às provas acusatórias. Assim, a

41 Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/186/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

42 Even if one were to regard the request for information in this case as caused by nothing more than official curiosity, nevertheless law enforcing agencies have a legitimate right to satisfy themselves that corporate behavior is consistent with the law and the public interest. United States v. Morton Salt, 338 U.S. 632 (1950). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/632/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

43Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar_case?case=2807189437219807369&q=Dow+Chem.+Co.+v.+United+States&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1. Acesso em: 27 Novembro. 2019

jurisprudência dos Estados Unidos já se deparou com o tema e reconheceu tais direitos das pessoas jurídicas⁴⁴.

O terceiro direito de envergadura constitucional é o do devido processo que, nos casos criminais, confere às empresas tutela contra os abusos cometidos pelas autoridades de *enforcement* no curso de investigações. O dever de evidenciar a culpabilidade das empresas e indivíduos, produzir provas e apurar condutas, por meio das investigações, não pode incorrer na violação de direitos e se afastar de técnicas lícitas de produção de provas. A presunção de inocência não pode, sem sentido, ser desprezada; e, pelo contrário, é pressuposto para a formação da culpa.

Apesar dos direitos previstos, muitas empresas preferem negociar acordos de resolução, se possível, extrajudiciais. A justificativa decorre de alguns fatores tais como o custo elevado para o exercício do direito de defesa no judiciário, os efeitos colaterais de uma condenação que podem levar à sentença de morte das empresas, até mesmo os riscos de imagem os quais derivam de um processo judicial (*trial*).

Ainda que algumas empresas tenham elementos fático-probatórios ou jurídicos para o exercício da defesa, o resultado de condenações criminais, a exemplo do caso Enron, sugere que a melhor opção para as empresas é resolver o caso por meio de acordos e da assunção de obrigações de dar ou fazer. As técnicas adotadas pelas autoridades para convencer as empresas cooperarem, objeto de julgados e estudos, parece se colocar a margem das garantias e princípios constitucionais - reforçando ainda mais as críticas à retórica da integridade, a violação de direitos e necessidade de verificação científica da eficácia do modelo sancionatório adotado há décadas.

44 United States v. R. L. Polk. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-polk-4> e Int'l Union, United Mine Workers of Am. v. Bagwell. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/512/821.html>. Acesso em: 5 de Dezembro de 2019.

3. Críticas à utilização dos acordos de resolução

Os esquemas de corrupção (lavagem de dinheiro, suborno e evasão de divisas), geralmente praticados em quadrilha, se modernizaram com o tempo, tornando a atividade investigativa do Estado cada vez mais complexa, penosa e custosa. Alguns estados, em condições cada vez mais precárias (de pessoal, tecnológica e financeira) ou sem priorização de política criminal para o combate de infrações corporativas, se veem limitados na sua capacidade de deter os crimes.

Surgem, nesse contexto, instrumentos de promoção da colaboração das empresas com o Estado, a exemplo dos NPAs e DPAs norte-americanos, buscando-se a realização do *enforcement* da lei, assim como a aplicação da pena às empresas “delinquentes”. No entanto, os incentivos conferidos aos agentes participantes desse processo negocial não podem nem ser insuficientes, sob pena de criar um ambiente de desestímulo à cooperação, nem demasiados, cujo risco poderia ser estimular o cometimento de infrações⁴⁵.

Nesse sentido, os incentivos para a celebração de acordos de não persecução por atos de corrupção (*lato sensu*) no mundo pós-Enron vem sofrendo críticas em diversos níveis e com distintos fundamentos jurídicos. Portanto, o presente tópico procurará abordar algumas das críticas ao modelo atual de *enforcement* do DOJ, para os casos de infrações cometidas por empresas.

A primeira crítica direcionada aos acordos de não persecução (NPA/DPA) diz respeito à potencial violação da separação de poderes, devido à exclusão do poder judiciário do processo de imposição de penas⁴⁶ (multa, restituição integral do dano, demissões de dirigentes etc.). Os poderes conferidos aos membros do DOJ, considerados amplamente discricionários, proporcionam uma atuação quase regulatória dos representantes do poder executivo. Tais poderes incluem, mas não se limitam,

⁴⁵ Rose Ackerman. *Corruption and government*. p.217

⁴⁶ Barkow & Barkow. *Prosecution in the board room: introduction*. p. 1-6.

a requisição de documentos, a produção de provas e investigação, a inquirição de testemunhas, a negociação de acordos de não persecução (alguns extrajudiciais, a exemplo dos NPAs), a imposição de sanções monetárias e obrigações de fazer, sem amparo legal.

A amplitude da discricionariedade dos promotores pode incluir, por exemplo, a imposição de monitores externos para fiscalizar e acompanhar o atendimento integral das obrigações impostas pelas autoridades de *enforcement*. Em alguns casos, inclusive, houve acusação de conflito de interesses envolvendo os promotores do DOJ⁴⁷ no processo de indicação e seleção de monitores externos, cujo custo para a sua realização é considerado extremamente elevado. O processo de negociação entre os escritórios de advocacia que assessoram às empresas e os membros da autoridade de *enforcement* não é transparente, sem publicidade, alcançada apenas para alguns casos que são divulgados em sítio de *internet* do Departamento de Justiça.

Com relação ao suposto monopólio regulatório e “judicial” exercido pelas autoridades de *enforcement*, alguns autores sugerem a participação obrigatória do judiciário em todos os casos que se proponham ser resolvidos por meio de acordos⁴⁸. A sugestão seria transferir para o poder judiciário a avaliação quanto ao atendimento de interesse público, condicionando a homologação dos acordos à participação das vítimas por meio de audiências públicas. Apesar da crítica não estar embasada em argumentos mais cientificamente comprovados, merece toda a atenção e reflexão a partir da argumentação jurídica.

Uma segunda crítica à atuação dos promotores e a utilização de acordos de resolução diz respeito ao risco de violação do Estado de direito (*rule of law*)⁴⁹. Pressupõe-se que o Estado de Direito se opõe justamente ao uso arbitrário ou abusivo do poder, especialmente quando

47 Disponível em: <https://www.nytimes.com/2008/03/11/washington/11cnd-ashcroft.html>. Acesso em: 27 nov. 2019.

48 GARRETT, Brandon. *Too bid to jail*, p. 282-283.

49 ARLEN, Jenifer. *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements*, p. 206-207.

o Estado impõe limitações ao exercício de liberdades individuais, mas também empresariais (livre-iniciativa ou liberdade econômica). Considerando-se que o Estado moderno conferiu poderes discricionários ao executivo, não apenas para aplicar a lei, mas também para limitar o exercício de direitos e deveres individuais, seria preciso se estabelecerem também limitações aos representantes desse poder.

O exercício do poder e de autoridade deve encontrar limitações, servindo-se precipuamente para o atendimento do interesse público. Quando os promotores deixam de lado o interesse público e buscam alimentar interesses pessoais, é preciso que o sistema legal imponha restrições para a utilização do poder e seu uso arbitrário ou que desvia da sua finalidade.

A supervisão⁵⁰ também pode exercer um papel fundamental na limitação do uso autoritário do poder, principalmente se for realizada externamente como no caso da revisão judicial. O poder judiciário poderia realizar a função de se verificar a legalidade das medidas sancionatórias impostas às empresas, a renúncia de direitos fundamentais e até aspectos processuais. Contudo, até mesmo este ponto ainda não é um consenso na doutrina, havendo críticas para a ausência de comprovação científica da eficiência e eficácia na participação do poder judiciário no processo negocial para os acordos de não persecução.

Uma terceira crítica concentra-se na inadequação dos termos e condicionantes dispostos nos acordos. Esses não promoveriam os efeitos que se espera de dissuasão e reabilitação, por meio de propostas de reformas estruturantes nas organizações⁵¹. Sugere-se o aumento dos valores em multas, a priorização dos processos judiciais e a consequente condenação das empresas. E o suposto resultado poderia representar na efetividade do caráter intimidatório da pena.

50 ARLEN, Jenifer. *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements*. p. 209.

51 GARRETT, Brandon. *Structural reform prosecution*. p. 933.

Contudo, com máximo respeito as opiniões em contrário, não parece razoável supor que as multas elevadas e a submissão dos acordos ao crivo do poder judiciário, por si só, promoveriam os elementos da pena. O *déficit* de estudos empíricos, no Brasil, a respeito dos efeitos das sanções monetárias talvez pudesse responder a essas e a outras perguntas, mas o caminho pela via da multa certamente não parece ser o melhor.

4. Conclusões

O aumento significativo na utilização de acordos de não persecução penal (consensuais) pelas autoridades de *enforcement* da lei, especialmente da FCPA, na virada do presente século, encontra a sua justificativa no “mundo pós-Enron”. A decisão tomada pela empresa, na época, que recusou a proposta de resolução extrajudicial feita pelo governo e optou pela via do poder judiciário, teve um efeito devastador que culminou com a demissão em massa de milhares de empregados e a cassação da licença para prestar serviços de auditoria no Estados Unidos.

O resultado de uma condenação judicial de uma pessoa jurídica parece ter sido compreendido por ambos os setores, tanto público, quanto privado, nos aspectos financeiro, jurídico e social, como uma sentença considerada pena de “morte”.

Para reverter um cenário catastrófico, o governo norte-americano se valeu dos poderes conferidos ao Poder Executivo e passou a orientar a atuação dos seus membros, em particular do DOJ, para a aplicação da lei e responsabilização das pessoas jurídicas a partir da negociação de acordos resolutivos.

A responsabilidade da pessoa jurídica, cuja teoria dominante era a vicariante, passa por um processo de transformação para uma teoria da culpabilidade corporativa, fundamentada na avaliação dos elementos corporativos – considerando-se, portanto, para a imputação da responsabilidade da pessoa jurídica, não mais o elemento subjetivo do agente causador do dano, mas sim a complexidade do negócio, o quantitativo de

empregados, a existência de um programa de *compliance*, a participação da alta administração na promoção da ética, a estrutura de governança e riscos, dentre outros.

Contudo, o modelo de justiça criminal consensual nos Estados Unidos não está imune às críticas. Antes, padece dos mesmos problemas que outros países da América do Sul. A retórica da integridade corporativa, somada à necessidade de o Estado dar concretude à lei, contribuiu para a formação de um ambiente que fomentou a indústria de *compliance*, distante de padrões regulatórios adequados para o exercício do dever punitivo do Estado.

O crescimento no uso dos NPAs e DPAs é seguido do aumento dos investimentos pelas empresas em programas de *compliance*, contratação de equipes, realização de investigações internas, instalação de canais de denúncia, abrindo o campo para a persecução penal do Estado, com maior ênfase, sem, contudo, encontrar os mesmos investimentos pelo Governo no combate da corrupção.

Essa suposta parceria, simplificada pelo implícito acordo da “*good corporate citizenship*”, parece não estar igualmente equilibrada, cabendo atualmente às empresas um dever de vigilância quase que absoluto contra as infrações econômicas. O resultado dessa distribuição desigual de responsabilidades pelo *enforcement* da lei, estimulado pela ideia de autorregulação, se reflete em acordos extrajudiciais ou parcialmente judicializados sem verificação quanto à capacidade de intimidar/dissuadir (*deterrence*) e reabilitar as empresas.

No jogo de *compliance*, a preocupação com as vítimas pode ser renegada à condição de discurso. E quem mais se beneficia com o cenário de consensualismo exacerbado parece ser o Estado e as empresas. No entanto, há muito o que ser debatido, principalmente a partir da pesquisa empírica, cujo contributo pode estar justamente na confirmação ou refutação das hipóteses concebidas.

Avaliar se os programas de *compliance*, implementados após a celebração de acordos de não persecução, promoveram mudanças no

ambiente corporativo, ou reduziram as infrações econômicas, realizando-se alguns dos elementos da pena (ex. dissuasão e reabilitação), pode ser um caminho para se confirmar em que medida o modelo atual de *enforcement* e sancionatório é eficaz.

5. Referências

ROSE ACKERMAN, Susan, and BONNIE, J. Palifka. *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*. Cambridge university press, 2016.

ARLEN, Jennifer. "Prosecuting beyond the rule of law: corporate mandates imposed through deferred prosecution agreements." *Journal of Legal Analysis* 8, no. 1 , 2016.

ARLEN, Jennifer. KAHAN, Marcel. "Corporate governance regulation through nonprosecution." *U. Chi. L. Rev.* 84, 2017.

ALEXANDER, Cindy R.; MARK A. Cohen. The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements. In: *Rev. 52, Am. Crim. L.*, p. 537, 2015.

Barkow, Anthony S., and Rachel E. Barkow, eds. *Prosecutors in the boardroom: Using criminal law to regulate corporate conduct*. NYU Press, 2011.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Acordos de leniência. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>> Acesso em 20 de março de 2020

BRATTON, William W. Jr. The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History, 41 *STAN. L. REV.* 1471,1989.

BROWN, Darryl. Street Crime, Corporate Crime, and the Contingency of Criminal Liability, 149 *U. PA. L. REV.* 1295, 1334-35 , 2001.

COFFEE Jr.; John C. Gatekeeper failure and reform: The challenge of fashioning relevant reforms. In: *BUL Rev.* 84, p. 301, 2004.

DIAMANTIS, Mihailis E. "Clockwork corporations: A character theory of corporate punishment." *Iowa L. Rev.* 103, 2017.

GARRETT, Brandon. Collaborative Organizational Prosecution, in *PROSECUTORS IN THE BOARDROOM: USING CRIMINAL LAW TO REGULATE CORPORATE CONDUCT* 154, 157 (Anthony S. Barkow & Rachel E. Barkow eds., 2011)

GARRETT, Brandon. *Too big to Jail*. Harvard University Press, 2014.

GARRETT, Brandon L. "The constitutional standing of corporations." *University of Pennsylvania Law Review* 163, no. 1, 2014.

GARRETT, Brandon L. "Structural reform prosecution." *Virginia Law Review*, 2007.

GRENBLUM, Benjamin. Note, What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements, 105 *COLUM. L. REV.* 1863, 1885 (2005)

JOHNSON, Carrien. Ruling Won't Deter Prosecution of Fraud, *WASH. POST*, June 1, 2005.

KOEHLER, M. Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. *UCDL Rev.*, 49, 2015.

LAUFER, William S. "A very special regulatory milestone." *U. Pa. J. Bus. L.* 20, 2018.

MARKS, Colin P. "Thompson/McNulty Memo Internal Investigations: Ethical Concerns of the Deputized Counsel." *Mary's LJ* 38, 2006.

NEW YORK TIMES. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2008/03/11/washington/11cnd-ashcroft.html>. Acesso em: 27 nov. 2019.

N.Y. Cent. & Hudson River R.R. Co. v. United States, 212 U.S. 481, 494-96; see also JAMES P. COX & THOMAS LEE HAZEN, *TREATISE ON THE LAW OF CORPORATIONS* § 8:21 (3d ed. 2010)

OKLAHOMA PRESS. PUBLISHING CO. v. Walling. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/186/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: *Compliance*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SPIVACK, Peter. RAMAN, Sujit. Regulating the „New Regulators“: Current Trends in Deferred Prosecution Agreements, 45 AM. CRIM. L. REV. 159, 160, 2008.

STANFORD LAW SCHOOL and SULLIVAN CROMWELL LLP. Foreign Corrupt Practices Act Cleringhouse.

STEIN, Noah D. "Prosecutorial Ethics and the McNulty Memo: Should the Government Scrutinize an Organization's Payment of Its Employees' Attorneys' Fees." *Fordham L. Rev.* 75, 2006.

THALER, Richard. SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Penguin, 2009.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, Seventh Circuit Feb 9, 2005

UNITED STATES. Department of Justice. Memorandum: Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.

UNITED STATES v. STEIN, 435 F. Supp. 2d 330 (S.D.N.Y. 2006)

UNITED STATES v. Morton Salt, 338 U.S. 632 (1950). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/632/>. Acesso em: 27 nov. 2019

UNITED STATES v. R. L. Polk. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-polk-4> e *Int'l Union, United Mine Workers of Am. v. Bagwell*. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/512/821.html>. Acesso em: 5 de Dezembro de 2019.

WHITE, Mary Jo. Corporate Criminal Liability: What Has Gone Wrong?, in 2 37TH ANNUAL INSTITUTE ON SECURITIES REGULATION 815, 818 (PLI Corp. Law & Practice, Course Handbook Ser. No. B-1517), 2005.

WEISSMAN, Andrew. Rethinking criminal corporate liability. In: *Ind. LJ* 82 p. 441, 2007

WITZEL, Steven. Privilege Waivers' Role in Deferred and Non-Prosecution Agreements, 250 N.Y. L.J. no. 47, Sept. 5, 2013.

WRAY, Christopher A., and Robert K. Hur. "Corporate criminal prosecution in a post-Enron world: The Thompson memo in theory and practice." *Am. Crim. L. Rev.* 43, 2006.

Reflexões sobre a eficácia punitiva na responsabilização penal das pessoas jurídicas

*Carlos Henrique Alvarenga Urquiza Marques*¹

1. Introdução

O contexto das discussões sobre *compliance criminal* traz à voga a temática da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A análise realizada por um programa de *compliance* voltado à previsão de qualquer consequência juridicamente negativa à empresa e ao afastamento de responsabilização por ilícitos, deve passar necessariamente pela verificação do instituto.

É certo que, compreender profundamente a responsabilização criminal dos entes morais demanda uma abordagem cirúrgica de alguns dos temas mais complexos do Direito Penal. Contudo, para a análise que interessa aos programas de governança corporativa, o aspecto mais relevante encontra-se na questão sancionatória.

Como é impossível impor uma pena restritiva de liberdade à pessoa jurídica, a análise de riscos de uma responsabilização criminal é a ponderação quase restrita à perda patrimonial que pode advir em caso de condenação.

¹ Bacharel, Mestre e Doutorando pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado atuante na área criminal. Delegado de Prerrogativas da Comissão de Prerrogativas da OAB/MG. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Professor universitário do ensino superior e pós graduação, com foco nas disciplinas criminais. Palestrante em diversos eventos e autor de artigos técnicos em publicações especializadas.

Nesta perspectiva de ponderação, a tentativa de quantificar os prejuízos leva *compliance* a ser compreendido ora como contrato, ora como investimento de risco.

Compreender o *compliance* criminal como objeto de simples contrato comutativo, em que se espera uma ampla previsibilidade das prestações, riscos e obrigações, é desconhecer em absoluto ao que ele se propõe.

E mesmo na comparação a um investimento de risco, no qual há ampla margem de incerteza, circunscrita a um limite máximo de perda previsível, subestima-se a caoticidade dos sistemas persecutórios. No ponto mais crítico das incertezas que os programas de *compliance* devem enfrentar, está a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

O espectro punitivo a que se sujeitam os entes coletivos é amplo. Mesmo uma tentativa de sistematização de consequências e impactos possíveis é uma tarefa imensamente desafiadora.

Para permitir uma melhor dimensionalização de tais consequências, naquele juízo de ponderação que motiva a adoção de uma governança corporativa, é que importam os estudos direcionados a compreender os diversos aspectos das punições cabíveis ao ente moral.

A presente análise destina-se precisamente a discutir as sanções criminais impostas aos entes morais, no plano da eficácia. Procura-se, através das reflexões propostas, contribuir com a avaliação de risco dos programas de *compliance criminal*.

2. Pressupostos assumidos

Várias discussões jurídicas circundam a temática da responsabilização criminal das pessoas jurídicas. A maior parte delas provavelmente limita-se ao campo mais teórico do instituto, mas também existem dificuldades práticas.

Se entre questões práticas e teóricas, estas prescindem aquelas; e se as discussões sobre a pena se alocam no ponto mais externo da operacio-

nalidade; então, para discorrer sobre os elementos sancionatórios, é preciso pacificar todo ruído que envolve as questões antecedentes.

Em outras palavras, é necessário fazer o esforço de ignorar todas polêmicas jurídicas que envolvem a responsabilidade penal dos entes fictícios. Só assim será possível tecer ponderações estéreis que, portanto, não estejam contaminadas com deficiências por ventura intrínsecas ao instituto.

Para tanto, alguns pressupostos devem ser assumidos.

O primeiro deles é de que as normas que implementam a responsabilização penal do ente coletivo são válidas, vigentes e eficazes.

Isso não significa apenas considerar que qualquer percalço doutrinário se tome por superado pela opção política do legislador. Implica em reconhecer a constitucionalidade da leitura que, no art. 225, §3º da Constituição Federal, identifica a submissão de pessoas jurídicas à jurisdição criminal.

Esse ponto nevrálgico legitima toda legislação ordinária – sob análise no item seguinte – e é o pressuposto mais básico de aplicação do instituto. Afinal, por óbvio, não existe relação jurídica sem norma que a preceda.

Mas para se procedimentalizar a imputação criminal pretendida, outros premissas devem ser assumidas.

Tomando a perspectiva analítica do crime, insta apaziguar as divergências sobre a natureza da ação. Não cabe aqui se ocupar da natureza da ação emanada pela pessoa jurídica, pouco importando se seu representante ao realiza-la está a representar o ente moral ou é ele próprio a vontade manifesta.

Tomando a perspectiva analítica do crime, insta primeiramente relevar as divergências sobre a natureza da pessoa ficta e dos elementos de sua conduta.

Várias são as concepções dogmáticas sobre esta natureza. Fernando Galvão esclarece:

Ao longo da história, várias correntes doutrinárias disputaram por explicar a natureza da pessoa jurídica. O esforço dogmático foi capaz de produzir muitas teorias, sendo que três delas são consideradas clássicas sobre o assunto: a da ficção, da realidade objetiva (que chega ao seu ponto extremo na construção da realidade orgânica), e da realidade jurídica².

Para a análise proposta, não é necessário optar por qualquer destas teorias. Afinal, o processamento e condenação dos entes morais, em qualquer esfera jurídica, jamais demandou que o legislador optasse expressa por um ou outra. Afinal, conforme salienta Galvão, “a natureza da pessoa jurídica é problema que não encontra solução pacífica na doutrina, muito embora o tempo seja discutido há muito tempo”³.

Portanto, pouco importa se na ação emanada pela pessoa jurídica, a pessoa física está a representá-la ou consubstancia o próprio ente coletivo em suas condutas.

Também não interessa ocupar-se de considerações acerca de dolo e culpa. Aliás, mesmo a existência desses elementos na imputação criminal de pessoas jurídicas – negada na projeção de responsabilidade penal objetiva – é matéria que excede o recorte proposto.

Ainda que possa influenciar a dosimetria das penas ou qualquer regime punitivo, não é propriamente o aspecto sancionatório que se pretende abordar. É importante, neste ponto, restringir-se à apreciações sobre o valor

A culpabilidade, por fim, não será também discutida. Relevante que seja para se compreender a adequação dessa forma de responsabilização aos modelos clássicos de imputação⁴ – ou à elaboração de novos⁵ – não contribui verdadeiramente para as discussões sobre penalidade.

Não se despreza o valor de tais discussões para a doutrina jurídica. Trata-se de uma forma de imputação criminal relativamente nova que carece de maturação científica.

² (ROCHA, 2003, p. 33).

³ (*Ibidem*, p. 32).

⁴ (PUIG, 2014, p. 4).

⁵ (DETZEL e DETZEL, 2016, p. 11)

Porém, a análise das sanções penais dos entes coletivos não pode esperar a pacificação de todos esses assuntos interregnos. Por vezes a doutrina penal abstém de se aproximar do tema, sob argumento de haver imbróglis que antecedem a análise da pena.

Os pressupostos e abstenções assumidos parecem permitir a serenidade necessária para a abordagem que se pretende.

3. Panorama legislativo brasileiro

Talvez uma das maiores dificuldades práticas da responsabilização criminal de pessoas jurídicas e fonte das mais robustas discussões, advenha da escassez normativa brasileira.

Basicamente existem dois diplomas normativos: a Constituição Federal e a Lei 9.605/98.

A previsão constitucional tem um caráter legitimador da responsabilização penal do ente coletivo. Não apenas insere o instituto no Ordenamento Jurídico Brasileiro, como traz validade à normatização infraconstitucional.

É o parágrafo terceiro do artigo 225, que dispõe o seguinte⁶:

Art. 225, §3º:As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A resistência da doutrina jurídica brasileira em aceitar a inovação legislativa levou a críticas das mais variadas a este parágrafo⁷. A redação,

⁶ Compatível com a compreensão de que o instituto foi abertamente recebido pelo Ordenamento Brasileiro, interpreta-se o art. 173, §5º da Constituição Feral, como uma referência à responsabilidade penal da pessoa jurídica, quando dispõe que: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

⁷ Um posicionamento curioso é de que a menção a pessoas “físicas ou jurídicas”, seguida das sanções “penais e administrativas”, levaria à correspondência, por posicionamento textual, das sanções penais exclusivamente às pessoas físicas e das sanções administrativas às jurídicas. Todavia, a sintaxe do trecho não corrobora com esse entendimento.

contudo, não parece trazer qualquer dúvida em relação à intenção do legislador. A sujeição de pessoas jurídicas às sanções penais é claramente estabelecida, conforme Galvão:

A estrutura do dispositivo deixa claro que os infratores estarão sujeitos a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Em aposto explicativo, fica esclarecido que os infratores podem ser pessoas físicas ou jurídicas⁸.

Daí a lei 9.605/98 dispor sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Dos oitenta e dois artigos dispostos em oito capítulos, interessa aqui o capítulo segundo - “Da Aplicação da Pena” - especialmente nos artigos vinte e um a vinte e quatro.

De acordo com o primeiro desses artigos, o vinte e um, à pessoa jurídica são aplicáveis as penas de multa, restrição de direitos e prestação de serviços à comunidade.

Os dois próximos artigos destinam-se a especificar restrições de direitos e prestações de serviços aplicáveis às pessoas jurídicas, quando autoras de crime ambiental.

Segundo o artigo 22, as penas restritivas de direitos são: i) suspensão parcial ou total de atividades; ii) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; e a iii) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

Os parágrafos que seguem o *caput*, delimitam as hipóteses de aplicação de cada uma das penas. A suspensão de atividades diz-se aplicável quando a pessoa jurídica não estiver obedecendo as disposições legais ou regulamentares.

A interdição é para quando o estabelecimento, obra ou atividade “estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida”. Também, quando houver violação de disposição legal ou regulamentar.

⁸ (ROCHA, 2003, p. 6).

O terceiro parágrafo daquele artigo 22 é o que, referindo-se à proibição de contratar com o poder público, traz a previsão mais genérica. Prevê apenas que a proibição não pode exceder o prazo de dez anos. Inclui ainda, na mesma hipótese, a obtenção de subsídios, subvenções ou doações do poder público.

Seguindo adiante, o artigo 23 descreve as formas de prestação de serviço à comunidade. Tem-se o a) custeio de programas e de projetos ambientais; b) execução de obras de recuperação de áreas degradadas; c) manutenção de espaços públicos; e d) contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Desnecessário que seja fazer uma descrição pormenorizada de cada uma das formas de prestação, vale apontar a evidente relação com a função restaurativa da pena e, por óbvio, com o papel de recuperação ambiental que o diploma legal procura desempenhar.

Por fim, o artigo 24 traz uma disposição que vale ser transcrita:

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Note-se que há uma previsão explícita de encerramento forçado e definitivo das atividades da pessoa jurídica. As críticas sobre o dispositivo serão feitas oportunamente, mas já aqui cabem duas observações.

Primeiramente, é interessante apontar que os entes morais sujeitos à essa penalidade são exclusivamente aqueles utilizados instrumentalmente para os fins específicos de *permitir*, *facilitar* ou *ocultar* a prática do crime ambiental.

Além desses verbos, cabe indagar se é possível impor essa punição àquelas empresas com uma relação mais direta com o delito. De fato, a redação do dispositivo parece não reconhecer a possibilidade da empresa ser a própria autora do crime, mas mero instrumento utilizado pela pessoa física. Questiona-se então, se a exegese mais adequada não impede a

liquidação forçada daquela pessoa jurídica que não tenha permitido, facilitado ou ocultado o crime, mas seja propriamente a autora do delito.

Uma segunda observação pertinente é o destino da liquidação da pessoa jurídica.

Embora as disposições do artigo anterior tenham demonstrado a intenção de que a função restaurativa das penas impostas sejam voltadas aos interesses ambientais, a previsão do artigo 24 traz a contrapartida de uma destinação ao Fundo Penitenciário Nacional.

Parece, portanto, destoar das diretrizes essenciais assumidas pelo aspecto punitivo da lei 9.605/98. Indaga-se se uma destinação a programas de proteção ao meio ambiente não seria mais adequada.

De mais a mais, são estas as disposições legais do Ordenamento Jurídico Brasileiro que regulam e delimitam as penas impostas às pessoas jurídicas, pelos crimes pelos quais podem ser penalmente responsabilizadas.

3. Breves apontamentos sobre legislações estrangeiras

Para contextualizar o posicionamento da legislação pátria, no macro contexto internacional, convém noticiar sucintamente a perspectiva jurídica de outros países que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ao que se observa, a tradição anglo-saxã, a exemplo dos Estados Unidos, tem maior familiaridade com o instituto. Embora seja um grande captador e influenciador de inovações neste campo, o *common law*, apresenta dificuldades estruturais para comparação legislativa com países de tradição continental⁹.

É interessante portanto, ver como este “costume jurídico” ganha espaço nos ordenamentos continentais: mais similares ao brasileiro.

⁹ (TIEDEMANN, 1996, p. 101).

Inclusive, é na relação do Direito Continental, com o Anglo-saxão, através da Organização das Nações Unidas, que Leandro Sarcedo identifica a origem da regulação Italiana do tema¹⁰.

A Constituição italiana prevê expressamente a responsabilização individual. Contudo, a necessidade de efetivar alguns tratados internacionais obrigou o país peninsular a articular o sistema persecutório. De tal maneira, que foi necessário escamotear uma responsabilização administrativa transvestida de criminal.

E assim, através do Decreto Legislativo n° 231/01, a Itália sistematizou um modelo de responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas por ilícitos penais, cujo processamento se dá sob a jurisdição criminal.

A Áustria adota este mesmo modelo para efetivar o Protocolo para a Harmonização da Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias. Assim, sobre a regulamentação legislativa austríaca (*Bundesgesetz über Verantwortlichkeit van Verbänden für Straftaten – Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*), Robert Planas afirma:

Assim as coisas, o facto de se estabelecer a responsabilidade (não penal) para a pessoa colectiva no processo penal permite concluir que o legislador austríaco seguiu a já mencionada via *quasi*-penal entre o Direito Penal e o direito administrativo sancionador¹¹.

Günter Heine observa que Alemanha e Suíça foram aquém do viziño austríaco. Procuraram regulamentar a matéria, mas permaneceram adstritos, respectivamente, à responsabilização administrativa e à responsabilidade pelo resultado¹².

Também na Europa, há destaque à Espanha, que aplicou a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica em larga escala a partir da Lei Orgânica n° 05/2010, que fez alterações ao artigo 31 do Código Penal Espanhol.

¹⁰ (SARCEDO, 2014, p. 175).

¹¹ (PLANAS, 2007, p. 468).

¹² (HEINE, 1996, p. 21).

E como as intenções punitivas ficaram bem estabelecidas e foram vários os crimes abarcados pela implementação legislativa, o exemplo espanhol constitui um excelente objeto para análise científica, como bem trabalhou Juan Carlos Carbonell¹³.

Outro país cuja realidade é próxima à brasileira e foi bem sucedido em implementar a responsabilização criminal da pessoa jurídica, é o Chile.

Assim como no caso italiano, os chilenos foram forçados pelo contexto de tratados internacionais a regular a matéria.

Estabeleceu então a imputabilidade criminal de entes coletivos para os delitos de lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo e corrupção¹⁴.

Por essas breves considerações, é possível concluir que a responsabilização criminal do ente coletivo é uma tendência atual do contexto internacional, embora suas raízes estejam se expandindo já há alguns anos.

Aliás, Heine lembra que Japão, Coreia, Holanda e Iugoslávia regulamentaram o instituto ainda nos anos 70, enquanto Dinamarca, Noruega e Suécia, apenas nos anos 80. França em 1994 e Finlândia em 1995. Na mesma década de 90, vários outros países já contavam com projetos legislativos em andamento¹⁵.

Vários mais possuem propostas em discussão.

4. Olhar crítico sobre as penas impostas às pessoas jurídicas

Tendo-se analisado brevemente os dispositivos legais que trazem as penas oponíveis às pessoas jurídicas, cabe agora realizar a análise crítica sobre elas.

¹³ (MATEU, 2017).

¹⁴ (SARCEDO, 2014, p. 188).

¹⁵ (HEINE, 1996, p. 26).

É possível categorizar as sanções penais impostas às pessoas jurídicas em sanções pecuniárias, proibição de contratar com o poder público, publicação de sentença condenatória e extinção ou interdição de empresas¹⁶.

4.1 Sanções pecuniárias

As sanções pecuniárias estão no centro das análises jurídicas sobre as punições às pessoas jurídicas. Não apenas de natureza penal, mas especialmente partindo do pressuposto de que é o dinheiro que nutre o ente moral e justifica sua existência, as punições que atacam o patrimônio estão próximas do retributivismo esperado pelo senso comum¹⁷.

Na esfera criminal a sanção pecuniária é a principal atribuída à pessoa jurídica. Primeiramente pela impossibilidade lógica de encarceramento. A multa, mais direta expressão dessa modalidade de pena, é a primeira resposta dada pelo poder estatal à conduta criminosa imputada ao ente ficto¹⁸.

Considerando as funções da pena, o valor retributivo da sanção pecuniária está na imposição de uma perda patrimonial equivalente ao dano causado. No caso da degradação ambiental, esse cálculo é particularmente difícil de ser realizado. Como mensurar a poluição de um rio?

O que permite alguma referência, por exemplo, é comparar a poluição de um rio maior com um rio menor. Mas buscar um valor que satisfaça alguma pretensão de justiça parece um disparate.

Afinal, não é sempre que o dano ambiental afeta um patrimônio perfeitamente mensurável de alguém.

¹⁶ Para essa divisão categórica, leva-se em consideração o espectro de punições do direito pátrio e do panorama internacional analisado no item anterior. Esta opção foi feita para que as críticas trazidas pelas análises dos dispositivos alienígenas pudessem ser utilizadas. Também convém, para que o as proposições do item 5, adiante, possam utilizar o respaldo de outros ordenamentos.

¹⁷ (SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS, 2009, p. 39).

¹⁸ (TIEDEMANN, 1996, p. 107)

Mas do outro lado do dano causado, onde se encontra a pessoa jurídica responsável, é possível intuir uma cifra que seja significativa, a partir de uma análise patrimonial da empresa.

Mas qualquer quantia alcançada não realizará a pretensão retributiva – o que faz indagar se as penas por crimes ambientais devem perseguir essa função –, mas se orienta pela função preventiva da pena.

No contexto de prevenção geral, não parece ser necessário um *quantum* punitivo que faça a empresa ficar evidentemente em dificuldades. Além do valor simbólico da punição em si, o valor nominal da sanção exerce suficientemente bem aquela função preventiva.

É na prevenção especial, ou específica, que as sanções patrimoniais recebem os parâmetros de aplicabilidade mais racionais.

Isso porque a eficácia pretendida com as sanções pecuniárias parte de uma relação: potencial de perda patrimonial *versus* vantagem derivada da violação, devendo aquela superar esta.

Sandra Guida, ao explicar o papel do risco no bojo programas de Compliance Criminal para Multibancos, ensina que “o risco é a relação existente entre as chances de algo negativo ocorrer *versus* o tamanho do impacto que tal fato terá sobre o negócio”¹⁹.

É exatamente a lógica de risco que entra em jogo na imposição de sanções pecuniárias. E por ser tão pertinente ao cotidiano da atividade empresarial, essa categoria de penas tem um grande respaldo do órgãos persecutórios e do poder judiciário.

A ausência de dados estatísticos e pesquisas específicas, impede afirmar que esta seja a espécie de pena mais eficaz para a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Pelo menos em relação à pretensão de que o ente não volte a delinquir, talvez seja o caso, por tudo que se ponderou anteriormente. Mas mesmo sob esta perspectiva, é possível intuir alguns problemas desta forma de sanção.

¹⁹ (GUIDA, 2018, p. 70)

O primeiro deles relaciona-se justamente às dificuldades de chegar a um *quantum* que desestimule a reincidência.

Foi dito que a análise patrimonial da pessoa jurídica traz parâmetros de aferição mais mensuráveis do que se faz possível pela perspectiva do dano ao meio ambiente. Contudo, a complexidade da avaliação patrimonial é escalonada pelo tamanho do ente coletivo. E por tamanho deve-se considerar não apenas a estrutura empresarial, mas também a composição societária, o poder de mercado, faturamento e inúmeros outros fatores.

De tal modo, que a avaliação patrimonial torna-se insuficiente para a aferição do *quantum* necessário à tornar a punição pecuniária seguramente eficaz para todas hipóteses de crime ambiental.

Se o parâmetro patrimonial passa a ser insuficiente, melhor sorte não tem qualquer outra avaliação econômica. Os fluxos de capital e as dinâmicas mercadológicas tornam as tentativas de compreender a capacidade econômica do ente, uma atividade astrológica.

A aferição daquele valor razoável ou, ao menos, mínimo para promover uma sanção eficaz, constitui um obstáculo significativo.

O erro “para menos” significa impor uma penalidade que, naquele cálculo de risco, torne viável à perpetuação do dano ambiental. Já o erro “para mais”, cria um outro problema para o sistema punitivo: o prejuízo a terceiros.

A penalidade que supera o limite do razoável, pode tornar inviável a atividade explorada pelo ente coletivo. Daí obriga-lo a promover dispensas ou mesmo a encerrar definitivamente suas atividades.

Há certamente espaço para se questionar a atinência do princípio da intranscendência da pena²⁰ à relação entre pessoa jurídica e pessoa física que lhe presta serviços. Em outras palavras, é pertinente a defesa de que não há transcendência da pena imposta ao ente moral à pessoa física, posto tratar-se de esferas autônomas de responsabilização.

²⁰ Constituição Federal, Art. 5º, XLV: XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Havendo ou não violação à qualquer princípio, é impossível negar o disparate que há nas repercussões negativas das penas que, impostas à pessoa jurídica, resvalam nos indivíduos que se relacionam à ela de qualquer maneira.

São funcionários, parceiros comerciais, prestadores de serviços, beneficiários indiretos do empreendimento e toda sorte de particulares que de alguma forma são favorecidos pela atividade empresarial exercida por aquele entre ficto.

A punição que extrapola os limites da razoabilidade tem um potencial incalculável de prejuízo a todos eles.

Aliás, no cálculo de prejuízos *versus* benefícios é impossível prever quando a sanção pecuniária – mesmo a mais branda – imposta à pessoa jurídica, implicará na extinção de uma vaga de emprego.

Essa característica de “imprevisibilidade dos prejuízos a terceiros” relativiza a suposta eficiência da pena pecuniária e coloca em cheque a compreensão intuitiva de que é a mais adequada das penalidades oponíveis à pessoa jurídica.

Donde surge o interesse por investigar as demais.

4.2 Proibição de contratar com o poder público

A proibição de contratar com o poder público é uma forma de penalidade que coloca as vantagens da relação público privado em barganha com a pessoa jurídica.

No Brasil, o dispositivo representativo desta pena inclui o recebimento de outros benefícios, como investimentos e subsídios. Considerando que muitas vezes são formas de fomento propiciadas em condições de juros baixos, prazos longos e diversas outras vantagens, essa modalidade sancionatória ganha contornos expressivamente mais rigorosos.

O que entra em jogo, em parte, é a reputação da empresa. Há certamente um desestímulo inerente à condição de inidoneidade à contratar

com o poder público, principalmente em âmbitos corporativos de concorrência agressiva e valorização da confiança²¹.

Mas o potencial para eficácia desta pena está inserida naquele mesmo contexto de avaliação de riscos e vantagens na perpetração do dano ambiental. Em outras palavras, é possível assumir que a questão revertesse indiretamente em uma análise patrimonial do que se pode perder sem os contratos públicos.

Ao contrário da punição pecuniária diretamente atribuída, há aqui a vantagem de uma parametragem mais clara para o quantum sancionatório. Aproveita, por exemplo da expressa contabilização de valores licitados.

Por outro lado, há a aparência de uma modalidade que não causa prejuízos irremediáveis ao ente coletivo. “As empresas poderiam ainda contratar com o poder público”, argumenta-se.

Vale, contudo, lembrar que, para certos ramos de atividade, a relação com o poder público é determinante para a prosperidade do empreendimento. São casos em que o produto oferecido ou serviço prestado tem como único ou absolutamente preponderante consumidor, o poder público.

Quão muitos seriam os clientes de uma empresa de aplicação de asfalto, sem os trabalhos para os governos municipais, estaduais e federal? A proibição de contratar é certamente fatal a ramos como este.

Por outro lado, é circunstancial para ramos que pouco tem absorvido pelos contratos públicos, de modo que não há como prever eficácia significativa desta punição para eles.

Além deste obstáculo, que dificulta a compreensão do valor significativo da proibição de contratação, para cada pessoa jurídica em particular, parece pertinente apontar o risco de prejuízo a princípios econômicos e contratuais.

²¹ Risco de Reputação é um dos riscos de maior relevância, em especial para instituições financeiras que se baseiam na confiança do mercado, sendo que, uma vez que sua imagem tenha sido afetada, impactos de grandes proporções podem ser refletidos, atingindo sua credibilidade, momento em que há quebra de confiança no âmbito cliente e forte impacto no âmbito mercado (GUIDA, 2018, p. 48).

Embora não seja uma espécie de sanção exclusivamente criminal, é importante notar que a proibição de contratar com o poder público implica no cerceamento de uma liberdade individual. É a liberdade de contratar, que, em um macro contexto, insere-se na primazia da liberdade econômica²².

Esta é uma consequência que deve ser levada em consideração pelo aplicador da pena. Por uma perspectiva positiva (no sentido de eficácia da pena), pode colocar a pessoa jurídica em uma posição de tamanha desvantagem concorrencial, que desestimule a prática do ato delituoso.

Mas por outro lado, se não regrado em relação à abrangência e duração dos efeitos, pode ter um efeito negativo absolutamente perverso. Pode-se promover um desequilíbrio inesperado no mercado e, no caso de danos irreparáveis ao posicionamento comercial da empresa, implicar em sua extinção.

4.3 Publicação de sentença condenatória

Esta é uma espécie de sanção que não encontra correspondente direto no direito penal brasileiro.

Talvez não seja necessária uma regulação nesse sentido em razão das determinações já impostas pelo art. 93, IX, da Constituição Federal. De toda feita, vale colocar sob análise esta consequência da punição criminal da pessoa jurídica, ainda que possa ser vista por certos ordenamento, incluindo o brasileiro, como mera característica das sentenças judiciais.

Depurando os efeitos da publicação da sentença penal condenatória, enquanto espécie punitiva, é possível notar o tom expositivo da medida. A intenção é, por óbvio, sujeitar a imagem da empresa condenada, ao escárnio da opinião pública²³.

²² E considerando que impõe a limitação a um direito fundamental, convém defender que esta punição seja restrita ao âmbito penal, onde o procedimento goza de maiores garantias, conforme será explicado adiante.

²³ (SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS, 2009, p. 43)

Os efeitos esperados, dos quais dependem a eficácia da sanção, envolvem a reprovação social da conduta que levou à punição. Mais do que isso, dependem de uma conduta proativa – de não contratar – daquele que estabelece relações com a empresa ou consome seus produtos ou serviços.

Isso quer dizer que, se uma pessoa jurídica for condenada por qualquer crime ambiental, a eficácia da publicação dessa sentença condenatória, enquanto efeito que desestimulará a reincidência, pode ser tanto significativa quanto nula.

Se os parceiros comerciais daquela empresa irão abandoná-la, se seus clientes irão deixar de contratar seus serviços ou se o preço de suas ações no mercado de capitais irão sofrer queda, são fatores que demandam uma análise técnica que foge à disponibilidade do julgador, no momento que determina a exposição da sentença condenatória.

A existência de concorrentes para os serviços ofertados, a robustez da companhia e a sensibilidade do mercado, são alguns dos inúmeros fatores externos que podem afetar em maior ou menor escala os efeitos negativos esperados pela publicação de uma sentença penal condenatória.

De tal maneira que, para os ordenamentos em que a publicação não é uma consequência automática do julgamento, não é possível considerar esta uma punição com alta eficácia punitiva imanente. A falta de previsibilidade sobre os efeitos negativos que podem advir, impedem sua recomendação como pena autônoma. Apenas, quando não seguir automaticamente ao julgamento da demanda, como um *plus* da condenação principal capaz de aumentar a possibilidade de que a pena alcance seus fins.

Ressalte-se, porém o seu valor como corolário do princípio da informação, certamente caro ao Estado Democrático de Direito, mas especialmente importante, no contexto da violação a bens transindividuais, para a garantia do direito à autodefesa do cidadão.

4.4 Extinção ou interdição de empresas

Ignorando as críticas ao art. 24 da Lei 9.605/98, que desviam as discussões para a interpretação da natureza conferida à extinção e interdição de empresas²⁴, convém dispensar breves esforços analíticos sobre o valor punitivo desta medida.

Parece intuitivo que a extinção ou interdição se enquadrem no espectro mais severo de punições cabíveis à pessoa jurídica. Esta afirmativa é apenas em parte verdadeira. As circunstâncias fáticas podem dizer o contrário, a partir, por exemplo da situação econômica moribunda de empresa a ser extinta, ou de uma intervenção pontual em um dos muitos setores de uma companhia. Em ambos os casos, é fácil imaginar que punições outras, como uma pena pecuniária significativa, atingiriam uma dimensão retributiva superior.

Mas se for considerado que a punição será alocada no ponto especificamente mais sensível do empreendimento, é possível verificar nesta uma expressão muito eloquente do poder repressivo estatal.

De fato, há quem trace um paralelo entre a extinção da pessoa jurídica e a morte da pessoa física, de modo que a proibição desta segunda circunstância (pena de morte), implique na impossibilidade de imputação da pena extintiva da empresa.

Esta comparação parece forçar a compreensão do instituto para além do razoável. Não convém compartilhar deste entendimento. Vale, contudo, aproveitar a percepção da pena extintiva como mais severa consequência possível ao ente fictício²⁵.

E se *ultima poena* for, indispensáveis serão os critérios de razoabilidade e justiça para sua aplicação.

Considerando que a extinção de uma empresa pode gerar reflexos na economia, nas esferas particulares de muitos trabalhadores e na dis-

²⁴ Questiona-se se o dispositivo prevê verdadeiramente uma pena. Independente da resposta, existem paralelos em ordenamentos estrangeiros, o que legitima as considerações feitas aqui e as projeções estipuladas para um modelo punitivo eficaz contra as pessoas jurídicas.

²⁵ E por vezes tão severa, que sua aplicação se torna inviável. Este tema será melhor desenvolvido adiante.

ponibilização de produtos e serviços, convém atribuir esta penalidade à uma agressão severa ao valor jurídico tutelado.

Mais do que isso, parece ser prudente exigir que o crime seja cometido no bojo de uma filosofia criminógena da instituição, mas não como um comportamento isolado, ainda que habitual.

A opção do legislador brasileiro, diga-se de passagem, seguiu essa orientação. É a interpretação mais razoável do dispositivo que prevê a liquidação forçada da pessoa jurídica “constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar” a prática de crime definido naquela lei.

Na perspectiva da eficácia, esta parece uma opção punitiva capaz de atender contundentemente ao viés inibitório da pena. Óbvio: a empresa interdita ou liquidada não pode delinquir.

Mas mesmo à conduta típica primeva, há um desestímulo nesta previsão normativa. Se o órgão gestor da pessoa jurídica faz um cálculo de risco na tomada de decisões, a possibilidade de liquidação forçada definitivamente impõe um contrapeso significativo às vantagens do comportamento ilícito²⁶.

Nesse sentido, dentre todas espécies sancionatórias aqui tratadas, esta se apresenta como a que alcança maior potencial de eficácia punitiva em relação aos parâmetros escolhidos.

Há, contudo, uma manobra administrativa que pode esvaziar esse potencial. Trata-se da criação sistemática de pessoas jurídicas de fachada ou da irrelevância de uma constituição jurídica regular, para os proprietários do empreendimento.

Se a pessoa jurídica foi criada exclusivamente com a finalidade de perpetrar crimes, e se a previsibilidade de lucro depende do cometimento desses ilícitos, a possibilidade de dissolução constitui risco intrínseco fatal e indissociável. O defeito da punição, neste caso é a possibilidade que têm, os gestores e beneficiários físicos do empreendimento, de se desvencilhar com “facilidade” da empreitada.

²⁶ (SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS, 2009, p. 41)

Superar este e outros estratagemas sofridos pelas formas mais difundidas de responsabilização penal da pessoa jurídica, apontados nos itens anteriores, autoriza promover considerações especulativas de uma alternativa melhor. É o compromisso assumido a seguir.

5. Uma proposta punitiva alinhada às particularidades sancionatórias penais

5.1 Adequando a punição ao Direito Penal

O paradigma punitivo ocidental é, desde o século XVIII, a restrição de liberdade. Não poderia ser diferente. Tomando o homem como referencial jurídico, são os seus atos que tem relevância no plano social. E quando os valores considerados essenciais neste plano sofrem alguma forma de violação, através do crime, é tanto o homem a causa eficiente do dano, quanto o justo responsável a responder por ele.

Dentre as inúmeras formas de responsabilização possíveis, o retrospecto histórico parece ter proporcionado um espectro amplo e criativo de punições cabíveis ao indivíduo.

Até que o contexto humanista trouxe balizas mais ou menos consensuais para os instrumentos punitivos.

E se subsistem indagações sobre a posição da pena de morte - enquanto negação absoluta e definitiva que é da vida - em relação aos limites humanistas, parece não haver dúvidas sobre pena restritiva de liberdade. É, por isso, há muito considerada, com certa uniformidade, o *ultimum supplicium* do sistema persecutório.

A punição mais extrema deve ser excepcional. Assim, o modelo de garantias individuais, estabelecido para limitar racionalmente o poder do Estado, “exerce” um controle procedimentalista sobre os instrumentos persecutórios. Carbonell explica:

O segundo dos argumentos que se costuma utilizar contra a admissão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é o de que, ainda reconhecendo

a necessidade de que estejam submetidas a um regime sancionador em consonância com seu potencial lesivo para os valores protegidos pelo Direito, o arsenal de respostas jurídicas que se alcança com o Direito Patrimonial e, sobretudo, com o Administrativo, seria suficiente. Pense-se que em nosso Direito é possível impor sanções administrativas elevadíssimas, capazes de gerar um efeito de prevenção geral mais que suficiente. Tal argumento, porém, não parece compatível. Em primeiro lugar, porque bendiz a perversão existente em nosso Direito sancionador em torno à gravidade das respostas. É o Direito Penal, com seu arsenal garantista, o que se deve ocupar das mais graves²⁷.

Portanto, o Direito Penal, repleto que é de garantias, torna-se sinálgma de um sistema de punições excepcionais.

Eis então que as construções jurídicas do século XXI transformam as entidades de existência fictícia em potenciais autores de crimes.

5.2 Adequando o Direito Penal à responsabilização penal da pessoa jurídica

O ser humano primeiramente tornou-se persecutível (e punível) por condutas delituosas, para só depois ser merecedor de um sistema de racionalização persecutória. Dalí é que a processo penal ganhou um papel estigmatizante sobre aqueles que se submetem a ele.

A imputação penal das pessoas jurídicas trilhou um caminho diverso. O caráter estigmatizante parece ter pesado na opção política pela responsabilização criminal. Objetivou-se imprimir um valor repressivo especial à determinadas ofensas provocadas pelos entes coletivos. Todavia, ao que se observou nas considerações feitas nos tópicos anteriores, o rótulo de punição criminal não contribui de qualquer forma para a eficácia das penas impostas.

Conviria então manter a responsabilização dos entes morais restrita ao plano administrativo ou cível.

²⁷ (MATEU, 2017, p. 7)

Mas, se a vontade democrática sustenta um âmbito de responsabilização criminal, o proveito que se pode vislumbrar desta condição parece ser o potencial de proporcionar uma maior eficácia punitiva. Ao menos, em um grau que não seria possível nos outros âmbitos de imputação.

Certamente, esse raciocínio parte do pressuposto de que penas mais extremas são mais eficazes. Parece ser uma aferição lógica. Afinal, penas mais rigorosas somente são justificáveis, se produzirem um resultado mais desejável. Daí conotação de “desejável” dialogar com plano da eficácia.

Em outras palavras, as penas excepcionais são características do âmbito punitivo criminal. Além disso, o “revestimento” garantista que o Direito Penal proporciona, só se justifica frente à possibilidade de imposição de punições extremas e inaplicáveis em outros ramos do Direito.

De fato, se não se está a propor uma utilização da força, que implique na agressão a valores íntimos, direitos inalienáveis ou a qualidades da dignidade humana invioláveis de outra forma, não parece haver propósito no estabelecimento de garantias que tornam o sistema persecutório burocrático.

Contudo, sendo opção política do legislador a prescrição de responsabilidade penal das pessoas jurídicas e havendo, conforme demonstrado, uma carência por modelos punitivos eficazes, o espaço do Direito Penal, para punições extremas, vem a calhar.

Convêm então às necessidades repressivas e retributivas do Estado, frente ao ente coletivo delituoso, que o âmbito penal possa trabalhar com a expectativa de penas excepcionais, eis que se vê eivado de garantias.

E se as penas restritivas de liberdade são o *ultimum supplicium* para pessoa física, qual seria o gênero de repreensão extremo ao ente moral?

5.3 Diretrizes para uma solução punitiva eficaz

Conforme as discussões no item 4.4, a literatura considera a extinção forçada da pessoa jurídica a mais grave das penas oponíveis. De fato, em termos de relevamento de direitos fundamentais, em prol da ordem

pública, certamente a liquidação forçada da empresa justifica o rótulo de punição criminal.

Estão ali em jogo, a liberdade de associação dos sócios; a autonomia da vontade refletida na liberdade de gestão; e ainda, considerando uma sociedade que exerça atividades lícitas e ilícitas, o direito ao exercício do trabalho lícito²⁸.

Desta forma, parece adequado que o procedimento jurídico que leve à punição desta natureza seja eivado de garantias robustas.

Todavia, a pretensão assumida no presente texto refere-se à eficácia punitiva e não à correta adequação da punição à um determinada veia jurídica.

Assim sendo, vale remeter novamente às considerações do item 4.4. Ali ficou demonstrado que a intervenção do Estado no sentido de extinguir a pessoa jurídica tem o potencial para provocar efeitos demasiadamente perversos.

Recapitulando as conclusões alcançadas, observou-se que a extinção forçada do ente moral pode trazer efeitos que resvalam em pessoas físicas. Aqueles que se relacionam direta ou indiretamente com uma empresa liquidada, estão sujeitos a toda sorte de prejuízos.

Os malefícios possíveis vão desde danos há carreira do indivíduo, até a devassidão na renda da instituição familiar inteira (com consequências óbvias à educação dos filhos, à inserção na comunidade e mesmo à opção pela criminalidade).

Diante da malversação desta espécie punitiva, gera-se também um risco de efeitos imprevisíveis ao mercado e ao ambiente econômico. De tal maneira, que o mal infligido ultrapassa a retributividade e alcança pessoas físicas, outras empresas e até as estruturas governamentais sensíveis à arrecadação.

²⁸ Especificamente no Brasil, esta questão é passível de reflexões. O art. 24 fala na liquidação da pessoa jurídica “preponderantemente” voltada à atividade ilícita. Daí a interpretação de que se aplica mesmo quando existem atividades lícitas sendo exercidas.

Note-se que, esses meros dois âmbitos de prejuízos premeditáveis, são suficientes para se identificar um risco potencial para a ordem e a paz social. E se a razão primordial da função punitiva do Estado, é justamente o cumprimento do contrato social, através da manutenção da ordem, a eficácia punitiva da medida é absolutamente esvaziada.

Mas além da eficácia, a danosidade que assombra a liquidação forçada, pode torna-la inadequada aos modelos constitucionais mais escorreitos. Pois há pouco indagou-se sobre a possível incompatibilidade da pena de morte, com os limites impostos pelos preceitos de direitos humanos em vigor.

Ao menos a partir desta perspectiva, convém aproximar as duas formas de punição, já que situação semelhante se vislumbra em relação a pena de extinção forçada.

O risco de um prejuízo incalculável aos particulares e mesmo à estabilidade social/econômica, coloca esta pena em condição de prejuízo à meta normas constitucionais que impõe deveres de aplicação, como a razoabilidade e a proporcionalidade.

Daí a possibilidade de se toma-la como inimiga da ordem constitucional.

E ainda que, para certos casos concretos, seja possível e adequada a utilização desta espécie punitiva, a propensão a exageros certamente afasta sua aplicabilidade de um espectro mais amplo de situações.

Se a intervenção do Estado pela liquidação se mostrou afeita ao âmbito punitivo penal, mas falha ao abrir flanco aos excessos imprevisíveis, subsistem indícios de que a mais eficaz medida repressiva, contra a criminalidade perpetrada por pessoas jurídicas, passe mesmo pela intervenção estatal no ente coletivo.

5.4 A intervenção estatal na pessoa jurídica: a tomada de controle, do ente moral, pelo governo, como sanção penal eficaz

Ao que sugerem os problemas apontados, a questão dos prejuízos catastróficos da liquidação forçada derivam de uma atuação muito isolada e

inconsequente do poder público. A via punitiva mais adequada reclama, portanto, uma atuação governamental que se protraia no tempo.

O Estado se imiscuiria na gestão do empreendimento através de servidores qualificados para as particularidades de cada ente em específico, ou, havendo qualquer impossibilidade técnica, implementaria um programa de regulamentação e prestação de contas.

Seja como forem os liames da intervenção, o ponto essencial é permitir que o poder público esteja na diretriz da Pessoa Jurídica. Os benefícios parecem inúmeros.

Primeiramente, a medida garante a cessação imediata dos danos ao bem jurídico violado. Não poderia, o Estado, como representante da coletividade, ser titular de um direito e perpetrar a ofensa a ele. Os excessos ainda poderiam ser imputados individualmente aos agentes públicos²⁹ (que representa dificuldades muito menores do que a responsabilização coletiva).

Esta modalidade punitiva que se propõe, poder-se-ia comparar a uma “estatização temporária” ou à uma “intervenção diretiva governamental”.

Nela, os lucros seriam direcionados à reparação do dano, até o limite do prejuízo estipulado. Os benefícios das punições pecuniárias seriam aproveitados aqui. Assim como, o fato da intervenção ser pública e notória, também traz os benefícios da publicidade da sentença condenatória.

Por outro lado, vários dos prejuízos das outras modalidades sancionatórias são afastados.

Estando o Estado inserido na gestão da pessoa jurídica e a par dos detalhes financeiros, pode estabelecer com precisão o *quantum* a ser cobrado. Os riscos de disparates são substancialmente menores.

Também se afasta o problema dos efeitos nefastos da proibição de se contratar com a pessoa jurídica. Esta “vantagem” é particularmente importante para as pessoas jurídicas referidas anteriormente, cujo pro-

²⁹ No caso brasileiro, se houver dolo ou culpa por parte do agente.

duto ou serviço prestado é, em maior parte, explorado pelo Estado (p. ex. uma empresa de asfaltamento).

Há ainda o inegável proveito daqueles que foram prejudicados pelo crime perpetrado no âmbito empresarial. Como o Estado se vincula à atuação reta e ilibada, os riscos de manobras que beneficiem particulares, em detrimento dos ofendidos, é menor. E se há uma diretriz em manter o empreendimento operante, a possibilidade de insolvência também é reduzida.

Para os particulares que se relacionam direta ou um indiretamente com o ente moral delituoso, a manutenção das operações, ainda que a cabo do Estado, pode evitar prejuízos pessoais irremediáveis. Da mesma maneira, os reflexos econômicos, sejam locais ou macro evidentes, podem ser mitigados pela perpetração das atividades da pessoa jurídica sob a batuta estatal.

Certamente que, em ambos os casos, é possível alguma mudança no *status quo*, em relação ao período em que se perpetrava delitos através do ente coletivo. Mas a mera possibilidade de redução dos prejuízos, já representa uma situação significativamente mais benéfica.

Avaliando a espécie punitiva proposta através das finalidades da pena, essa “estatização temporária” parece cumprir da melhor forma as diretrizes do sistema punido³⁰.

Conforme demonstrado, a restauração dos prejuízos tem maior probabilidade de ocorrer e de ser mais precisa. A finalidade restaurativa da pena tem maior possibilidade de ser satisfeita aqui, do que em relação às demais modalidades analisadas.

³⁰ Relacionando as funções da pena com a eficácia, Tiedmann conta que “En lo que concierne la finalidad preventiva de la pena, hay a priori menos problemas que respecto a la retribución (de manera que las teorías relativas que basan la pena sólo en las ideas de prevención no son hostiles a la responsabilidad penal de las agrupaciones)²⁴. Todo esto es cierto, sobre todo, en cuanto al efecto preventivo dirigido a los miembros de la sociedad. Estos serán intimidados por la condena criminal y/o se reforzará así en ellos su mentalidad de obediencia a las normas jurídicas (prevención llamada general). En este sentido, la condena penal de la empresa pone en evidencia que la norma jurídica violada se dirige a la empresa y que la violación merece una reprobación social. Pero la prevención también es de índole especial, en cuanto la empresa condenada sería intimidada para no reincidir en el delito. La experiencia de los países de tradición anglosajona demuestra que el efecto preventivo especial se nota cuando las penas son pronunciadas contra las agrupaciones. Em casi todos los Estados, las reglas de derecho comercial y de otra índole, concernientes a la vigilancia interior de la administración de la agrupación, garantizan más o menos que los dirigentes no continúen o no reiteren su actividad delictuosa” (TIEDEMANN, 1996, p. 120).

A eficácia negativa também parece maior. Em relação à empresa que sofrer intervenção, a possibilidade de reincidência será reduzida pela gravidade da sanção. O corpo societário sentirá o peso do afastamento na gestão. Eles, gestores, e os funcionários, podem ainda ser responsabilizados por outras condutas descobertas pela Administração Pública, enquanto estiver no comando da Pessoa Jurídica.

E quanto à eficácia geral negativa, é fácil intuir que a possibilidade do Estado “tomar” a empresa para si, causa mais receio aos sócios, do que qualquer outra modalidade punitiva.

Por fim, quanto ao elemento retributivista da eficácia, vale lembrar que a forma sancionatória proposta implica na relevação de diversos direitos de natureza fundamental (e por isso é adequada a via persecutória penal).

A retribuição pelo dano que o ente ficto causou ao bem jurídico é presumível, diante do vilipêndio a garantias como a liberdade de associação e especialmente a autonomia da vontade.

Em esdrúxula comparação, da mesma forma que a prisão restringe uma dimensão específica da autonomia da vontade da pessoa física – liberdade de locomoção –, a intervenção estatal delimita a liberdade de gestão, que compõe essa mesma autonomia volitiva que tem o ente moral.

Por tudo que se constata, um modelo sancionatório que inclua a possibilidade de “estatização” temporária da pessoa jurídica, apresenta enorme propensão à eficácia. Pelo menos, mais do que as alternativas observadas em Ordenamentos Jurídicos paradigmáticos.

Certamente é uma proposta que traz perigos e dificuldades de implementação.

Propostas sancionatórias de conotação intervencionista e estatizante são avessas aos princípios capitalistas vigentes. Especialmente ao liberalismo que ganha espaço na contemporaneidade. Por isso é previsível que enfrentem imensa resistência política.

A implementação pelas vias democráticas também enfrentará o obstáculo dos lobbys daqueles que, beneficiados pela perpetração de ilícitos, temam a eficácia da medida. A corrupção deve ser sempre levada em consideração.

Mas mesmo setores ilibados devem fazer oposição, eis que põe em pauta a relativização de direitos muito caros ao empreendedorismo.

E se uma dificuldade está em tornar o instituto vigente, a outra é fazê-lo eficaz.

Para isso, parece indispensável o estabelecimento de mecanismos de controle e fiscalização do comportamento da Administração Pública e de seus agentes. A regulamentação e a publicidade são instrumentos chaves para que aplicação da medida realize a eficácia esperada.

Certamente são as circunstâncias práticas que ditam se uma sanção foi ou não eficaz. O plano especulativo se torna mais ou menos realizável conforme tenha dados extraídos da realidade.

Mas toda mudança nasce do encontro da necessidade com a expectativa. E sobre a necessidade de formas eficazes de se responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, as expectativas da intervenção Estatal na entidade delinquente, são as maiores.

6. Conclusões

A Imputação Criminal dos entes coletivos é uma temática inescapável diante das novas formas de criminalidade observadas. Discutir a aplicação eficaz das penas, parece uma necessidade mais premente do que verificar uma adaptação adequada aos modelos clássicos de imputação.

De fato, a opção política do legislador em introduzir o modelo no país, relega as mais profícuas discussões doutrinárias ao meio acadêmico, ou, quando muito, à *obiter dicta* dos julgados mais técnicos.

Por outro lado, conferir à sociedade o respaldo adequado daquela decisão legislativa (democraticamente realizada), reforça a legitimidade das instituições.

Assim, por uma perspectiva prática, as circunstâncias levam a crer que discussões como as desenvolvidas aqui têm maior relevância no contexto contemporâneo.

Mas, por tudo que se arguiu, foi possível notar que muitas considerações não conseguem superar o plano especulativo. Isso ocorre pela falta de dados e estatísticas adequadas ao desenvolvimento de uma pesquisa mais apurada em termos de causalidade³¹.

De fato, tudo que se pôde captar em termos de dados quantitativos, é insuficiente para transpor o nível a correlação entre os resultados observados. Logo, a pretensão de desenvolver um trabalho propositivo de modelos punitivos, encontra dificuldade em trazer indícios de eficácia.

Certamente as informações relativas à desvalorização de empresas, perdas de mercado e prejuízos patrimoniais, são sensíveis à gestão dos empreendimentos. A divulgação das mesmas pode, em si, constituir um prejuízo significativo. Além disso, a própria prospecção desses dados pode apresentar dificuldades técnicas em virtude da impossibilidade de se avaliar com precisão irrefutável, todas as consequências de um ou outro evento, dentro de um universo de agentes que interagem continuamente em planos macroeconômicos.

De tal maneira, que a parte propositiva do trabalho desenvolvido poderia não sobreviver aos testes iniciais de falseabilidade popperiana, se aplicados. Mas, por outro lado, tem igual propensão ao sucesso.

É absolutamente possível que, estipulado um critério de percepção de efetividade, o modelo punitivo proposto apresente alguma leitura positiva em termos de redução de criminalidade, por exemplo. Aliás, é o que se espera.

Importante lembrar que a eficácia está muito mais próxima ao plano das pretensões, enquanto a efetividade vai ao encontro da realização dessas pretensões.

³¹ “Resulta también difícil de establecer un juicio definitivo sobre las consecuencias de escoger una sanción determinada en razón a que, en la Criminología moderna, se admite casi unánimemente que las sanciones serían intercambiables sin que el efecto práctico varíe” (TIEDEMANN, 1996, p. 104).

Sendo assim, o mérito das discussões desenvolvidas não está verdadeiramente em formular uma solução definitiva, ou, muito menos, estatisticamente efetiva (e por isso o título emprega ao termo “eficácia”).

O que se logrou fazer, em poucas laudas, foi analisar os pontos sensíveis de cada uma das principais categorias de penas impostas às pessoas jurídicas. Foram apresentadas as críticas que a literatura especializada identifica. A alternativa proposta foi construída justamente superá-las.

E mesmo que não se tenha empregado esforços no sentido de avaliar as possíveis dificuldades de implementação jurídica da intervenção estatal nos entes coletivos, é previsível que ela sofra resistência em vários níveis do processo democrático.

Ainda assim, consideram-se frutíferas as reflexões sobre a adequação dos paradigmas punitivos às novas formas de criminalidade, e, especialmente, aos novos possíveis agentes. Estes não existiam na construção primordial dos sistemas persecutórios. Por isso, beneficiam-se das falhas de compatibilidade orgânica e da lentidão adaptativa dos ordenamentos. Daí florescem a impunidade e a criminalidade sistêmica.

Por isso, iniciativas que propõe soluções inovadoras em uma matéria tão prática do Direito Penal, como a eficácia punitiva, parecem sempre bem vindas. Para esta finalidade, considera-se que o trabalho desenvolvido tenha sido completamente exitoso.

7. Referências

BUSATO, P. C. Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas no Projeto do Novo Código Penal Brasileiro. *Revista Liberdades*, 2012. 98/128.

DETZEL, A. E.; DETZEL, A. M. H. D. B. Superação das Vedações dogmáticas para Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica: Reflexões sobre o Modelo Construtivista de Autorresponsabilidade. *Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Brasília, Janeiro/Junho 2016. 785-807.

FERNANDES, A. S. *Processo Penal Constitucional*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GIUBERTI, G. P. *As Dificuldades de Imputação e Responsabilização da Pessoa Jurídica Advindas da Análise do Texto Legal Proposto para o Novo Código Penal Brasileiro – Pls 236/2012*. Revista *Liberdades*, n. 26, Dezembro 2018. 143-162.
- GUIDA, S. *Programa de Compliance Em Bancos Múltiplos*. In: GONORETSKE, S.; GUIDA, S. *Diretrizes do Compliance Financeiro*. [S.l.]: Legal Ethics Compliance, 2018. p. 47-82.
- HEINE, G. *La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolucion Internacional y Consecuencias Nacionales*. *Anuario de Derecho Penal*, Fribourg, 1996. 19-46.
- MATEU, J. C. C. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 133, Julho 2017. 37-66.
- PLANAS, R. R. *Crimes de pessoas coletivas?: a propósito da lei austríaca sobre a responsabilidade dos agrupamentos pela prática de crimes*. *Lusíada*, Lisboa, n. 4/5, 2007. 459-483.
- PUIG, S. M. *Las nuevas «penas» para personas jurídicas: una clase de «penas» sin culpabilidad*. In: MIR PUIG, S.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Montevideú: Edisofer/IBdF, 2014. p. 3-14.
- ROCHA, F. A. N. G. D. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2^a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SARCEDO, L. *Compliance e Responsabilidade Penal Da Pessoa Jurídica*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 325. 2014.
- SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. *Responsabilização por Ilícitos Praticados no Âmbito de Pessoas Jurídicas – uma Contribuição para o Debate Público Brasileiro*. Ministério da Justiça. Brasília, p. 77. 2009.
- TIEDEMANN, K. *Responsabilidad Penal de las Personas Juridicas*. *Anuario de Derecho Penal*, Fribourg, 1996. 97-110.

Programa de integridade e responsabilidade penal da pessoa jurídica

*Fernando A. N. Galvão da Rocha*¹

1. Introdução

Nos dias atuais, pode-se constatar a consolidação de uma nova cultura de aprimoramento da gestão empresarial que identificou a necessidade de controlar situações de risco e de prevenir a prática de infrações normativas que possam comprometer o desempenho das empresas no mercado, bem como o seu patrimônio. Dentre as medidas preventivas, ganha relevo as que visam à prevenção da prática de crimes que possam estabelecer a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. No Brasil, assim como no exterior, com a responsabilização penal de pessoas jurídicas, espera-se motivar os seus gestores a adotar medidas de autoregulação interna que visem prevenir a prática de crimes.

A implantação de programas efetivos de integridade passou a constituir uma exigência imprescindível da boa gestão empresarial, que incorporou os novos conceitos de gerenciamento de riscos, gerenciamento de valores, governança corporativa, ética negocial, códigos de integridade, códigos de conduta e responsabilidade social corporativa.²

¹ Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador civil do Tribunal de Justiça Militar de Estado de Minas Gerais.

² SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, Willian Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra e SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 292 e NASCIMENTO, Mellilo Dinis do. O

O termo *compliance* é muito difundido no Brasil e acabou consolidando-se nos meios empresariais e acadêmicos, apesar de ser oriundo do verbo inglês *to comply*.³ Conforme o significado que lhe é atribuído em língua inglesa, *compliance* é o ato de obedecer uma lei, uma decisão, uma regra, uma ordem ou um requerimento.⁴ Na língua espanhola, os programas de *compliance* são denominados de programas de cumprimento normativo e, na língua portuguesa, são denominados de programas de integridade.⁵

Pode-se dizer que a maior utilização do termo *compliance* decorre do fenômeno da globalização econômica que revela a predominância dos países anglo-saxões nas relações econômico-financeiras, bem como da consequente e gradativa aproximação dos modelos jurídicos do *common law* e do *civil law*.⁶

No Brasil, o termo *compliance* é muito adotado, embora na Lei anticorrupção – Lei nº 12.846/2013 – e em sua regulamentação, assim como nas *Diretrizes da Corregedoria Geral da União*, os programas de *compliance* são chamados de *programas de integridade*.

No entanto, as expressões não são semanticamente idênticas. Estar em conformidade com as leis, cujo significado se pode extrair do termo *compliance*, é menos do que ser íntegro. O termo integridade utilizado no contexto empresarial indica que a pessoa jurídica possui um sistema de

controle da corrupção no Brasil e a Lei 12.846/13 – Lei Anticorrupção. In NASCIMENTO, Mellilo Dinis do (org.). *Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/13*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 114-115.

³ CAMBRIDGE DICTIONARY. Verbete COMPLY. Define *comply* como: *to act according to an order, set of rule, or request*. Disponível em <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/compliance>. Acesso em 15.05.2019.

⁴ CAMBRIDGE DICTIONARY. Verbete COMPLIANCE. Define *compliance* como: *the act of obeying an order, rule, or request*. Disponível em <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/compliance>. Acesso em 15.05.2019.

⁵ MARTÍN, Adán Nieto. O cumprimento normativo. In MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo e GOMES, Rafael Medeiros (orgs). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 29-30, notas 01 e 02. No mesmo sentido: RESENDE, Mariana Barbosa Araújo. Compliance como essência da governança corporativa a partir da experiência do Foreign Corrupt Practices act. In FÉRES, Marcelo Andrade e CHAVES, Natália Cristina (orgs.) *Sistema anticorrupção e empresa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 280.

⁶ SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 216-217 e SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 39.

valores éticos que a leva a promover relações justas e respeitadas com as pessoas físicas e as demais instituições com as quais se relaciona.⁷ A integridade é a qualidade do ser íntegro, que é harmônico em sua totalidade e essencialmente honesto.⁸

A maior amplitude de significado já constitui motivo suficiente para a preferência por usar o termo *integridade* e a expressão *programa de integridade*. Mas, além disso, cabe observar que a Lei Anticorrupção, expressamente, determina considerar “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade” no momento de aplicar as sanções administrativas decorrentes da prática de atos lesivos à Administração Pública. A coerência sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro indica a adequação do termo *integridade* e da expressão *programas de integridade* também no âmbito do Direito Penal.

Por tais razões, é preferível utilizar o termo *integridade* e a expressão *programa de integridade*, ainda quando a reflexão desenvolvida se fundamente em contribuição doutrinária de autor que trabalhe com o termo *compliance* e as expressões *programa de compliance* ou *programa de cumprimento normativo*.

2. Programa de integridade

No ambiente corporativo, denomina-se por programa de integridade o conjunto de regras e regulamentos impostos por uma empresa a todos os seus colaboradores, incluindo-se os diretores e gerentes, que visam preservar o cumprimento rigoroso das leis e regulamentos que incidem sobre o desenvolvimento de suas atividades, de modo a evitar, detectar e corrigir qualquer desvio ou inconformidade que possa afetar a

⁷ LANÇA, Daniel e PEREIRA, Rodolfo Viana. *Manual prático de compliance* antissuborno: guia de implementação da norma iso 37001:2017. Belo Horizonte: IDDE, 2019, p. 70-71.

⁸ BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Tradução Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar editor, 1997, p. 205. O verbete “integridade” registra: “Em sua versão mais simples, é um sinônimo de honestidade. Mas a integridade frequentemente é relacionada com a noção mais complexa de uma totalidade ou harmonia do eu, associada a uma concepção adequada de si mesmo como alguém cuja vida perderia a unidade, ou seria violada, se fizesse certas coisas”.

sua imagem, credibilidade e reputação perante os seus clientes e a sociedade. O programa constitui um importante instrumento para a mitigação dos riscos, conservação dos valores éticos e sustentabilidade empresarial, de modo a assegurar a continuidade do negócio e a proteção dos interesses dos *stakeholders*.⁹

Em sua projeção para o Direito Penal (o *criminal compliance*), os programas de integridade visam observar as regras e as proibições do Direito Penal. A implantação de um programa de integridade criminal atende a duas finalidades básicas. Por um lado, o programa pretende evitar a prática de crimes no desenvolvimento das atividades empresariais, por meio do controle dos riscos que lhe são inerentes, de modo a satisfazer sua função preventiva. Por outro, o programa deve oferecer resposta adequada aos problemas que foram identificados por seus mecanismos de controle nas atividades empresariais. Neste sentido, é necessário instituir procedimentos para corrigir os problemas encontrados e comunicar às autoridades competentes a notícia da ocorrência de eventuais crimes. Por meio de tais providências, o programa de integridade criminal atende à sua função de confirmação do Direito.¹⁰

Muito embora não exista na legislação infraconstitucional penal um mandamento expresso ou implícito para que as empresas estabeleçam programas de integridade visando à prevenção dos crimes ambientais, muitas pessoas jurídicas passaram a implantar programas para controlar

⁹ BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa e VENTURINI, Otavio (orgs). *Manual de compliance*. Rio de Janeiro Forense, 2019, p. 38-39; GIOVANINI, Wagner. *Compliance: a excelência na prática*. São Paulo. Ed. do Autor, 2014, p. 20-21; BALCARCE, Fabián I. e BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016, p. 139-140; SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p.139; BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 81 e 143; e CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance*, p. 37.

¹⁰ BALCARCE, Fabián I. e BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*, p. 157-158; CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance*, p. 12; SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance no direito penal empresarial*, p. 295, 298-299; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 113-114; BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*, p. 86 e CABETTE, Eduardo Luiz Santos e NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *"criminal compliance" e ética empresarial: novos desafios do Direito Penal Econômico*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 15.

os riscos inerentes às suas atividades e evitar a responsabilização criminal.

No Brasil, apesar de somente existir possibilidade para a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais, a concepção dos programas de integridade apresentou maior desenvolvimento na área do combate à corrupção. O Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015¹¹, que regulamenta a Lei nº 12.846/13, definiu no *caput* de seu art. 41 o que se deve entender por programa de integridade. Segundo o referido dispositivo:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

A função essencial de um programa de integridade é garantir o cumprimento dos regulamentos internos que visam prevenir e controlar os riscos internos que são inerentes à gestão empresarial e os riscos externos que se relacionam ao fiel cumprimento das leis e regulamentos oficiais que incidem sobre o desenvolvimento das atividades empresariais.¹² Por meio das medidas de integridade, a empresa procura manter

¹¹ BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1ª de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em 21 de novembro de 2018.

¹² BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*, p. 82; MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Medeiros (orgs). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 62 e GIOVANINI, Wagner. *Compliance*, p. 20-21.

os seus relacionamentos internos, os relacionamentos que desenvolve com outras pessoas jurídicas e o relacionamento que mantém com o Estado, em conformidade com as normas que são especificamente aplicáveis ao seu setor de atividades.¹³

Em termos de administração empresarial, o programa de integridade constitui um subsistema do programa de qualidade, que reúne aspectos da estrutura organizacional, distribuição de responsabilidades, procedimentos e recursos utilizados pela empresa para assegurar a sua boa gestão.¹⁴

Um programa de integridade trata dos diversos aspectos importantes da gestão empresarial, de modo que nele são congregadas as atividades de gerenciamento de riscos, gerenciamento de valor e governança corporativa, bem como para ele convergem as noções de ética dos negócios e responsabilidade social corporativa. Em sua manifestação regulatória, o programa de integridade se expressa por meio dos códigos de integridade e códigos de conduta.¹⁵

2.1 Expressão dos valores institucionais

Uma empresa íntegra não se limita a se manter em conformidade com as leis e regras que incidem sobre as suas atividades. O programa de integridade pretende estabelecer consonância entre as práticas empresariais, os valores e os princípios adotados na empresa, incluindo referenciais éticos e morais, como a honestidade e a transparência na condução dos negócios e nas relações pessoais.¹⁶ Um programa de inte-

¹³ ZIADE, Danielle Farah. O compliance no sistema brasileiro anticorrupção. In FÉRES, Marcelo Andrade e CHAVES, Nathalia Cristina (orgs.) *Sistema anticorrupção e empresa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 303.

¹⁴ VARELA, Osvaldo Artaza. Programas de cumplimiento. Breves descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. In IBARRA, Juan Carlos Hotal e IVANEZ, Vicente Valiente (orgs.) *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires. Coedição Edisofer S. L. e Euros editores, 2018, p. 237; e LANÇA, Daniel e PEREIRA, Rodolfo Viana. *Manual práctico de compliance antissuborno*: guía de implementación da norma iso 37001:2017, p. 76-77.

¹⁵ SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance no direito penal empresarial*, p. 292.

¹⁶ SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance no direito penal empresarial*, p. 293; BONACCORSI, Daniela Villani. *Compliance e prevenção penal*, p. 45; ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*, p. 110-111 e GIOVANINI, Wagner. *Compliance*, p. 20.

gridade verdadeiro expressa os valores mais importantes da cultura organizacional. Não pode ser apenas uma cópia de programas existentes em outras empresas de sucesso. Deve expressar, realmente, a cultura dos integrantes de cada empresa, pelo respeito às normas que especificamente incidem sobre o desenvolvimento das atividades empresariais.

A preocupação com a preservação da integridade revela uma nova ética empresarial, que se fundamenta nos valores mais elevados de respeito à dignidade da pessoa humana. Em tal perspectiva, a busca por melhores resultados econômicos encontra limite na integridade da empresa, e violar a integridade é violar a própria ética empresarial.¹⁷

Fundamentada nas premissas do capitalismo econômico-financeiro, a crítica afirma que a proposta de implantar um programa de integridade tende mais a proteger a imagem da empresa, a boa aparência que é necessária para o desenvolvimento de seu negócio, do que a prevenir a prática de crime por dever moral, em favor do bem da coletividade.¹⁸

Realmente, pode-se constatar que é muito comum que empresas nacionais e estrangeiras divulguem a informação de que possuem um setor de integridade ou de *compliance* que realiza constante monitoramento das atividades da empresa, de modo a assegurar aos seus clientes total segurança nos negócios que realizam. A referida divulgação se insere na estratégia de obtenção de sucesso nas relações empresariais.¹⁹ Por outro lado, não é comum a divulgação das más notícias que um programa de integridade eficiente pode produzir.

No entanto, independentemente dos motivos que levaram uma empresa a instituir seu programa de integridade, se as inconformidades de suas atividades forem identificadas e corrigidas, os interesses sociais maiores estarão atendidos.

¹⁷ BONACCORSI, Daniela Villani. Compliance e prevenção penal. In: OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda de. *Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 38.

¹⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos e NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. "criminal compliance" e ética empresarial, p. 43-48.

¹⁹ BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*, p. 81.

2.2 Elementos essenciais de um programa de integridade

O custo para a implantação e a manutenção de um programa de integridade é elevado, de modo que não será possível exigir que empresas de pequeno e médio porte criem estruturas complexas para a prevenção de crimes. A implantação de medidas preventivas deve-se adequar ao porte da empresa e também aos riscos que ela enfrenta no desenvolvimento de suas atividades.²⁰ Em muitos casos, não será possível implantar um programa de integridade, mas apenas algumas medidas simples que os recursos financeiros da empresa possam custear.

Nesse sentido, o parágrafo 1º do art. 42 do Decreto nº 8.420/15 estabelece diretrizes para o exame da necessária adequação das medidas preventivas ao porte e especificidades da pessoa jurídica. A Controladoria-Geral da União e a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, com base em tal referência normativa, editaram a Portaria Conjunta nº 2.279, de 09 de setembro de 2015²¹, para orientar as pequenas empresas e as empresas de pequeno porte na adoção de medidas de integridade compatíveis com as suas peculiaridades.

A concepção de um programa de integridade deve sempre considerar as peculiaridades da empresa na qual terá aplicação.²² No entanto, é possível identificar elementos que se apresentam comuns a todos os programas de integridade.

Como referência importante no plano das relações internacionais, o Ministério da Justiça britânico concebeu seis princípios para orientar as pessoas jurídicas a implementar procedimentos para impedir que pesso-

²⁰ ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 109-110 e VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medida anticorrupção*, p. 274.

²¹ BRASIL. Portaria Conjunta nº 2.279, de 09 de setembro de 2015. Controladoria Geral da União e Secretaria da Micro e Pequena Empresa. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de microempresa e de empresa de pequeno porte. Disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/09/2015&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=80>. Acesso em 21 de novembro de 2018.

²² ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*, p. 109-110; VARELA, Osvaldo Artaza. *Programas de cumprimento*, p. 240; SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 47-48 e ZIADE, Danielle Farah. *O compliance no sistema brasileiro anticorrupção*, p. 302.

as a ele associadas pratiquem atos de suborno. Nos termos do que registra o *The bribery act 2010: Guidance*²³, as pessoas jurídicas devem:

- 1) instituir procedimentos preventivos proporcionais aos riscos que enfrentam e à natureza, escala e complexidade das atividades que desenvolvem;
- 2) comprometer a gerência de nível superior da organização com o objetivo de impedir a prática do suborno, promovendo uma cultura organizacional na qual suborno nunca é aceitável;
- 3) avaliar, de maneira periódica e documentada, a natureza e a extensão de sua exposição a potenciais riscos externos e internos de suborno;
- 4) aplicar procedimentos de *due diligence*, proporcionais e baseados no risco, em relação às pessoas que prestam serviços para ou em nome da organização;
- 5) garantir que suas políticas e procedimentos de prevenção de suborno sejam incorporados e compreendidos em toda a organização, por meio de comunicação interna e externa, promovendo treinamento proporcional aos riscos que enfrenta; e
- 6) monitorar e revisar os procedimentos projetados, para evitar suborno por pessoas a ela associadas.

A doutrina brasileira, a partir dos 16 incisos do art. 42 do Decreto nº 8.420/15, que identificam os critérios essenciais para se aferir a efetividade de um programa de integridade, consolidou o entendimento de que um programa de integridade deve instituir procedimentos para: a) realizar análise dos riscos da ocorrência de crimes no desenvolvimento das atividades empresariais; b) instituir um código de ética ou de conduta que estabeleça as bases do comportamento adequado dos empregados, colaboradores e fornecedores da empresa; c) instituir mecanismos internos de controle sobre o cumprimento das normas estabelecidas; d) promover a educação e o treinamento constante dos empregados quanto às diretrizes de comportamento adequado; e) viabilizar a comunicação interna sobre os problemas de integridade identificados; f) instituir mecanismos de detecção e sanção da irregularidades ocorridas no ambiente corporativo; g) instituir protocolos de resposta às notícias relativas às

²³ MINISTRY OF JUSTICE. *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing* (section 9 of the Bribery Act 2010), p. 20-31.

ocorrência de irregularidades; e h) definir os responsáveis pelo programa de integridade e das funções que especificamente exercem na empresa.²⁴

A Controladoria-Geral da União²⁵ e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica²⁶ editaram orientações para que as pessoas jurídicas de direito privado implantem de maneira adequada programas de integridade.

As pessoas jurídicas que estejam efetivamente comprometidas com o cumprimento normativo deverão constantemente aprimorar e adaptar o seu programa de integridade aos novos desafios que se apresentam para as respectivas atividades empresariais. Se o programa se mostrar realmente eficiente, identificará os aspectos a serem corrigidos na atividade empresarial e as más notícias que produz levarão não somente às adaptações da atividade empresarial como de seus mecanismos de controle.²⁷

Para a possibilidade de responsabilização penal de pessoa jurídica, nos termos do ordenamento jurídico atualmente em vigor no Brasil, interessa garantir que as pessoas encarregadas da direção da pessoa jurídica sejam devidamente informadas sobre os riscos inerentes ao desenvolvimento das atividades empresariais e que suas decisões estejam sempre em conformidade com as normas aplicáveis.

E, nesse aspecto, avulta em importância o registro das informações repassadas pelos encarregados do programa de integridade às instância

²⁴ ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*, p. 113-137; MARTÍN, Adán Nieto. Fundamentos e estrutura dos programas de *compliance*. In MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo e GOMES, Rafael Medeiros (orgs). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2 ed. São Paulo: Tirante lo Blanch, 2019, p. 149-152; LAMOUNIER, Najla Ribeiro Nazar. *Compliance na prática: seus elementos e desafios*. In OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de. *Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 275-283; VARELA, Osvaldo Artaza. *Programas de cumprimento*, p. 239-265 e VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medida anticorrupção*, p. 275-343.

²⁵ BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas*. Disponível em <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em 21 de novembro de 2018.

²⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia programas de compliance: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial*. Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf/view. Acesso em 21 de novembro de 2018.

²⁷ PLATT, Stephen. *Capitalismo criminoso: como as instituições financeiras facilitam o crime*. Tradução de Celso Roberto Paschoa. São Paulo: Cultrix, 2017, p. 274.

diretivas da empresa. O registro detalhado das atas de reuniões que a diretoria da empresa realiza com o setor de integridade permite avaliar se os diretores foram devidamente informados sobre os riscos da atividade e se tomaram suas decisões empresariais em conformidade com as normas pertinentes.²⁸

2.3 Efetividade do programa de integridade

A apuração do grau de efetividade de um programa de integridade constitui um problema prático muito importante, para o qual nem a doutrina nem a jurisprudência oferecem critérios objetivos claros de mensuração.²⁹ O problema se apresenta ainda mais desafiador quando se constata a inexistência de padrões referentes ao cuidado que é necessário observar para livrar as empresas de responsabilidade.³⁰

A avaliação de um programa de integridade^{SEP} é uma atividade muito complexa, que depende da verificação de sua adequação à realidade de cada pessoa jurídica.³¹ Os mais importantes desafios para a avaliação da efetividade de um programa de integridade dizem respeito à insegurança jurídica quanto à situação das empresas que instituem os referidos programas e à possível simulação de esforços empresariais para a prevenção das infrações normativas. Tais desafios não deslegitimam os programas de integridade, mas direcionam as medidas que promovem os seus aperfeiçoamentos em busca da efetividade.³²

Como não há previsão específica na legislação ambiental, as disposições relativas à responsabilização administrativa da pessoa jurídica,

²⁸ PLATT, Stephen. *Capitalismo criminoso*, p. 276.

²⁹ MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, p. 73.

³⁰ MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, p. 85.

³¹ BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR*, p. 22. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em 21 de novembro de 2018.

³² ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*, p. 137-146 e MARTÍN, Adán Nieto. Introducción. In ZAPATERO, Luis Arroyo e MARTÍN, Adán Nieto. *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013, p. 22-25.

constantes da Lei nº 12.846/13 e do Decreto nº 8.420/15 que a regulamenta, podem ser utilizadas como parâmetros para analisar os efeitos que a existência de programas de integridade pode produzir na responsabilidade penal da pessoa jurídica em razão da prática de um crime ambiental.

No que diz respeito aos critérios de avaliação da efetividade de um programa de integridade, o já mencionado art. 42 do Decreto nº 8.420/15 constitui um referencial importantíssimo. Muito embora o dispositivo tenha sido elaborado para viabilizar a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, de que trata a Lei nº 12.846/13, estabelece os parâmetros básicos para a avaliação da efetividade de qualquer programa de integridade.

Visando auxiliar a análise da efetividade dos programas de integridade, o Ministério da Transparência e a Controladoria-Geral da União elaboraram uma metodologia que foi publicada no Manual prático de avaliação de programa de integridade em processo administrativo de responsabilização (PAR). Segundo tal metodologia, a análise do programa deve ser feita com o preenchimento de planilha na qual os 16 parâmetros estabelecidos pelo art. 42 do Decreto nº 8.420/15 são ponderados nos termos dos três blocos de avaliação que reúnem os aspectos relacionados à cultura organizacional (COI); aos mecanismos, políticas e procedimentos de integridade (MPI) e à atuação da pessoa jurídica em relação ao ato lesivo (APJ).³³

Importa considerar que, na avaliação do APJ, a metodologia impõe examinar dois aspectos relevantes: 1) a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção ou remediação do ato lesivo; e 2) a implementação, ou não, pela pessoa jurídica de medidas para impedir que atos semelhantes ocorram novamente. O último aspecto também se

³³ BRASIL. *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR*, p. 22-26.

aplica às pessoas jurídicas que implementaram um programa de integridade após a ocorrência do ato lesivo.³⁴

O método foi elaborado para identificar o percentual de redução da multa administrativa a ser imposta à pessoa jurídica, de modo que os resultados obtidos automaticamente em cada bloco da planilha devem ser relacionados nos termos da seguinte fórmula: Percentual de redução = $[(COI \times MPI) + APJ]$. A primeira etapa da aplicação da fórmula impõe multiplicar o percentual resultante da avaliação do bloco COI pelo percentual resultante da avaliação do bloco MPI. Na etapa final, ao resultado da primeira etapa deve-se somar o percentual obtido na avaliação do bloco APJ. Se, após a realização das duas etapas, o resultado da operação for maior ou igual a 1%, o percentual deverá ser aplicado para a redução da multa a ser imposta à pessoa jurídica, observados os limites estabelecidos em lei. Por outro lado, se o resultado da operação for menor do que 1%, deve-se considerar que o programa de integridade é meramente formal ou absolutamente ineficaz para mitigar os riscos de ocorrência dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/13 e não poderá ser considerado para fins de redução da sanção administrativa a ser imposta.³⁵

A metodologia estabelecida pelo Ministério da Transparência em conjunto com a Controladoria-Geral da União se presta a identificar os programas de integridade que contemplam medidas meramente formais ou absolutamente ineficazes para mitigar os riscos de ocorrência dos crimes ambientais.

No contexto da previsão normativa em vigor para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a efetividade de um programa de integridade somente se apresenta quando as medidas de controle impedem a tomada de decisão empresarial por realizar a atividade em desconformidade com a regulamentação pertinente. Se, apesar da existência de um programa de integridade bem estruturado e operante na empresa, houver decisão

³⁴ BRASIL. *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR*, p. 22-26.

³⁵ BRASIL. *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR*, p. 27.

por realizar a atividade ilícita e esta concretamente vier a violar a previsão protetiva do meio ambiente, deve-se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. Com razão, Paulo Busato afirma que a ocorrência do crime é prova “contundente” de que o programa de integridade não foi efetivo em seu escopo fundamental.³⁶

3. Prevenção empresarial

A utilização cada vez maior de programas de integridade no ambiente corporativo para fins de evitar a prática de crimes já permite identificar uma nova noção de prevenção criminal. Uma noção que se fundamenta na ideia de que a perspectiva da autoregulação regulada³⁷, que impõe às empresas o estabelecimento dos controles internos, pode contribuir para que as atividades empresariais respeitem os limites estabelecidos pelas normas penais. Pode-se falar, então, de uma prevenção empresarial.

3.1 Sinceridade na instituição de medidas preventivas

A crítica que é dirigida aos programas de integridade denuncia que a implantação de tais programas se apresenta como reação natural de um segmento que não era tocado pelo sistema de repressão penal e utiliza do programa como um mecanismo defensivo para blindar a empresa ou, ao menos, reduzir os riscos de sua responsabilização.³⁸

Nesse sentido, amparado em estudos criminológicos, Klaus Tiedemann denuncia que os altos executivos das empresas conseguem se

³⁶ BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 122.

³⁷ SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance no direito penal empresarial*, p. 300-302; BALCARCE, Fabián I. e BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*, p. 144 e ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*, p. 51-96.

³⁸ BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas*, p. 114; CABETTE, Eduardo Luiz Santos e NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. “*criminal compliance*” e *ética empresarial*, p. 79-81.

livrar das investigações criminais por meio de impressionantes programas de integridade.³⁹

Com razão, Stephen Platt observa que, apesar da crescente demanda pela instituição de mecanismos de controle sobre os riscos de ocorrerem crimes no ambiente corporativo, os programas de integridade tendem ordinariamente a oferecer aos altos escalões das empresas sempre notícias boas sobre as atividades empresarias desenvolvidas. Ninguém quer ser portador de más notícias, trazer problemas operacionais e inviabilizar os negócios. Assim, há um tendência natural de que os programas de integridade se prestem a apenas legitimar as atividades empresariais já desenvolvidas.⁴⁰

O exame das críticas revela que o maior problema dos programas de integridade, na atualidade, é a sua carência de credibilidade.⁴¹ Para evitar que a implantação dos programas se acabe degenerando, de modo a tornar a autoregulação simbólica ou destinada a isentar de responsabilidade as empresas que enfrentam problemas visíveis à opinião pública, Adán Nieto sustenta que não é possível confiar no voluntarismo das empresas, sendo necessário impor regulamentação para as suas atividades.⁴²

Contudo, não se pode presumir que todos os programas de integridade implantados constituam apenas maquiagem que visa impedir a devida responsabilização da pessoa jurídica. Se o programa de integridade for realmente capaz de evitar a prática dos crimes e a consequente responsabilização da pessoa jurídica, a finalidade protetiva da norma incriminadora estará atendida. Por isso, é necessário trabalhar para superar as dificuldades que impedem a efetividade dos programas de integridade. Se o programa não expressar o esforço sincero da organização para o atendimento das exigências normativas, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é a resposta adequada que o ordenamento jurídico impõe. Saber se

³⁹ TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013, p. 37.

⁴⁰ PLATT, Stephen. *Capitalismo criminoso*, p. 274-275.

⁴¹ MARTÍN, Adán Nieto. *Introducción*, p. 22.

⁴² MARTÍN, Adán Nieto. *O cumprimento normativo*, p. 37-38.

a empresa realmente se esforça para evitar a prática de crimes ou apenas simula desenvolver tal esforço é um desafio natural para quem pretende entender as novas perspectivas de gestão corporativa.

Também importa observar que a ausência ou deficiência de diretrizes claras sobre o que as empresas devem fazer para evitar as práticas criminosas, aliada à dificuldade de prever todos os possíveis riscos operacionais, acaba por transformar o programa de integridade em um indicativo da falha organizacional da empresa, o qual fundamenta a imputação de responsabilidade.⁴³

3.2 Da coação psicológica da norma aos controles internos

As noções clássicas de prevenção especial e geral foram concebidas tendo como base a capacidade de a norma incriminadora intimidar, por coação psicológica, as pessoas físicas.⁴⁴ A ideia fundamental que sustenta a noção de prevenção é a de que a ameaça de imposição de uma pena, como consequência da violação normativa, intimida as pessoas físicas para que não realizem as condutas proibidas. A perspectiva utilitária da proposta preventiva é muito conveniente ao trabalho que busca legitimar a intervenção punitiva, pois desvia a atenção dos efeitos aflitivos da perspectiva retributiva.⁴⁵ Em nosso Código Penal, o artigo 59 vincula a tarefa de aplicação da pena aos fins de retribuir o mal causado pelo crime cometido e também de prevenir a ocorrência de novos crimes. Nesse contexto, a pena se apresenta como um mal (retribuição) necessário para a preservação das condições mínimas de bom relacionamento no ambiente social (prevenção). Acenando para a utilidade da pena, o discurso legitimador da intervenção punitiva pretende justificar os seus efeitos socialmente nocivos.

⁴³ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 41.

⁴⁴ VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Eugênio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hamurabi, 1989, p. 61; VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, v. 1, p. 101 e JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1, p. 98.

⁴⁵ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 71-82.

A experiência da intervenção punitiva nas sociedades contemporâneas, no entanto, mostrou que a coação psicológica das normas incriminadoras não é capaz de produzir os resultados esperados. No que diz respeito aos crimes violentos, por exemplo, estudos realizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública revelam que o Brasil ultrapassou a marca de 65.600 (sessenta e cinco mil e seiscentos) homicídios no ano de 2017.⁴⁶

Seria, então, possível aplicar a ideia clássica da prevenção ao escopo de evitar a ocorrência de crimes no ambiente corporativo?

A proposta de prevenir atividades empresariais que violem as normas penais proibitivas não se apresenta como substitutiva das noções clássicas de prevenção especial e prevenção geral. A ideia de uma prevenção empresarial⁴⁷ ou prevenção criminal corporativa⁴⁸ abre uma nova perspectiva de trabalho para o Direito Penal, que, entretanto, se apresenta complementar aos esforços tradicionalmente desenvolvidos para evitar a criminalidade que é realizada por pessoas físicas. Embora não se possa desconsiderar que os crimes praticados no contexto das atividades empresariais produzem efeitos potencializados sobre as relações sociais e, em alguma medida, se relacionam com as mais diversas formas de criminalidade de pessoas físicas, a perspectiva da prevenção empresarial apresenta outro foco.

A intervenção estatal que impõe às empresas a instituição e a observância de programas de integridade se fundamenta na premissa de que os gestores empresariais tendem a fazer, em benefício de seu empreen-

⁴⁶ CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro e BUENO, Samira (coords.). Atlas da violência 2019. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019, p. 24. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/6537-atlas2019.pdf>. Acesso em: 09 de setembro de 2019.

⁴⁷ SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance no direito penal empresarial*, p. 317.

⁴⁸ BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*, p. 87. A expressão “prevenção criminal corporativa”, que é utilizada no subtítulo do livro, não é novamente utilizada no contexto argumentativo em que a autora afirma que “o *criminal compliance* é mais do que uma simples ferramenta de administração de ‘boas práticas’ dentro da empresa. É, sobretudo, um instituto de prevenção criminal, que tem como escopo evitar a responsabilização criminal das pessoas jurídicas e de seus gestores”.

dimento, escolhas racionais⁴⁹ que evitem a responsabilização penal da pessoa jurídica. Tais escolhas dirigem o desenvolvimento das atividades empresariais e seus efeitos no ambiente social. Mas importa notar que as medidas preventivas se dirigem às decisões corporativas e as atividades que lhe são correspondentes.

Na perspectiva criminológica, a prevenção que um programa de integridade se propõe realizar se apresenta de natureza primária, pois se dirige às causas das condutas criminais, e de natureza secundária, na medida em que dirige os seus esforços, de maneira concentrada, para enfrentar problemas determinados.⁵⁰

Especificamente em relação à prevenção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, nos termos do ordenamento jurídico brasileiro atualmente em vigor, o programa de integridade contribui para prevenir a ocorrência de crimes ambientais. E, no que diz respeito à prevenção da ocorrência de crimes ambientais, cabe observar que a Constituição da República brasileira⁵¹, em seu art. 225, deixou claro que a sociedade é corresponsável pela preservação do ambiente ecologicamente equilibrado.⁵² Nesse contexto, importa notar que a atuação preventiva de empresas que realizam atividades potencialmente poluidoras constitui um dever que é instituído a partir da própria Constituição da República.

3.3 Privatização de atividades persecutórias

Pode-se constatar uma tendência de que o poder público estimule que as empresas instituem mecanismos mínimos de controle interno de suas atividades, em uma perspectiva que se convencionou chamar de autoregulação regulada. A autoregulação regulada é a forma de autoim-

⁴⁹ MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, p. 68-69 e CABETTE, Eduardo Luiz Santos e NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. “*criminal compliance*” e *ética empresarial*, p. 32.

⁵⁰ CABETTE, Eduardo Luiz Santos e NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. “*criminal compliance*” e *ética empresarial*, p. 30.

⁵¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em 01 de outubro de 2018.

⁵² SILVA, Romeu Faria Thomé da. *Manual de direito ambiental*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 80-82 e FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito ambiental brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56-57.

posição voluntária de padrões de conduta individual e de procedimentos nas pessoas jurídicas segundo a qual o Estado estabelece o marco geral da autoregulação, indicando para as empresas os princípios básicos que devem ser seguidos.⁵³

A autoregulação regulada, em verdade, constitui um mecanismo que permite ao Estado utilizar a capacidade organizativa do ente privado, para atingir as suas finalidades. É uma forma de privatizar a função de prevenção e identificação dos crimes⁵⁴, cujas peculiaridades tanto podem facilitar a responsabilização das pessoas responsáveis pelos programas de integridade⁵⁵ como isentar de responsabilidade as pessoas jurídicas⁵⁶.

A implantação de programas de integridade expressa formalmente o compromisso da empresa de preservar a conformidade legal no desenvolvimento de suas atividades⁵⁷, o que se pretende que possa excluir ou ao menos atenuar a responsabilidade da pessoa jurídica em caso de violação normativa, por fixar a responsabilidade na pessoa física dos encarregados pela fiscalização (*compliance officers*) quanto à observância dos deveres estabelecidos.⁵⁸

Tomando-se como base a possibilidade de responsabilizar criminalmente uma pessoa jurídica em razão de infração às normas do Direito Ambiental, pode-se observar que a partir do momento em que é definido, no âmbito da empresa, quem é o responsável pela fiscalização quanto à

⁵³ MARTÍN, Adán Nieto. *O cumprimento normativo*, p. 40-41.

⁵⁴ BLUMENBERG, Axel-Dirk e GARCIA-MORENO, Beatriz. Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo. In MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy e MATÍN, Víctor Gómez. (dir.) *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires: BdeF, 2014, p. 273.

⁵⁵ SANTANA, Ciro Dias. Compliance e a “privatização” da investigação criminal. In *DireitoNet*, p. 13-14. Sustenta o autor que a privatização da investigação serviu para identificar os responsáveis pelo setor de *criminal compliance* como garantidores que deverão ser responsáveis em caso de omissão dos procedimentos que se mostram necessários para evitar a prática dos crimes no ambiente corporativo. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9814/Compliance-e-a-privatizacao-da-investigacao-criminal>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.

⁵⁶ BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas*, p. 111-112. O autor sustenta que a privatização da persecução penal acabou por deixar “el lobo a cuidar del ganado”, convertendo a empresa em juiz de si mesma.

⁵⁷ BALCARCE, Fabián I. e BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*, p. 162-163.

⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119-120.

observância das normas ambientais, a responsabilização criminal da pessoa física é facilitada, e é possível sustentar a insatisfação dos requisitos estabelecidos para a responsabilização da pessoa jurídica.

Por isso, na doutrina penal, muitas críticas são dirigidas à defesa que se fundamenta na implantação dos programas de integridade. Para alguns, a imposição de tais programas é instrumento que essencialmente transfere e individualiza a responsabilidade penal, terceirizando ao particular a obrigação de combater os crimes, o que permite livrar as empresas da responsabilidade devida, por meio da utilização de culpados profissionais ou responsáveis de aluguel, que são remunerados para preservar a imagem da empresa, assumindo sozinhos a responsabilidade criminal.⁵⁹

Contudo, pode-se constatar um razoável consenso doutrinário no sentido de que a punição do responsável pelo programa de *compliance* (*chief compliance officer*) não se pode basear apenas na função que o mesmo exerce na empresa. É necessário levar em consideração o objeto de seu trabalho, a qualidade do programa de prevenção de crimes, bem como os poderes efetivos que possui para a notificação e correção dos problemas que identificou na atividade empresarial.⁶⁰

Importa notar, por fim, que a transferência de responsabilidades persecutórias para as empresas institui novos riscos de violação aos direitos fundamentais daqueles que estão submetidos à atuação privada no combate à criminalidade. Uma investigação interna, por exemplo, que a empresa instaura contra um de seus empregados, que se encontra fragilizado pela dependência econômica, pode facilmente violar os seus direitos fundamentais. Na linguagem realista do cinema, o filme *compliance*⁶¹ permite visualizar claramente como a mais bem intencionada

⁵⁹ BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas*, p. 114. O autor sustenta que a introdução do tema do *compliance* em matéria criminal teve dois objetivos claros: o primeiro e principal é o de constituir um escudo para evitar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas; o segundo e subsidiário é o de atrair para pessoas determinadas a responsabilidade penal remanescente dos gestores e/ou sócios da empresa. No mesmo sentido crítico: BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*, p. 92 e CABETTE, Eduardo Luiz Santos e NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. “*criminal compliance*” e *ética empresarial*, p. 18-19.

⁶⁰ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 205.

⁶¹ COMPLIANCE. Direção de Craig Zobel. EUA: Magnolia pictures (distribuidor), 2012. (1h30min).

investigação pode atingir a dignidade do investigado. Neste sentido, a privatização da persecução constitui uma burla aos deveres de controle estatal sobre as atividades de investigação criminal.⁶²

4. Programa de integridade e responsabilidade administrativa

Para a aplicação das sanções administrativas às pessoas jurídicas responsáveis por atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, a Lei nº 12.846/13 prevê, em seu art. 7º, que a dosimetria da sanção administrativa se fará por meio de operação monofásica. Nesta única fase, a autoridade competente deverá levar em consideração: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou o perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; e IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Como a Lei não estabeleceu previamente um sentido para o juízo valorativo relacionado a tais circunstâncias, caberá ao juízo definir se, no caso concreto, a consideração do critério conduzirá a uma maior ou menor reprovação. Sendo assim, as referências estabelecidas nos incisos do art. 7º da Lei nº 12.846/13 possuem a mesma natureza jurídica das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Nos termos do que dispõe o inciso VIII do art. 7º da Lei nº 12.846/13, a autoridade pública deverá levar em consideração, para a imposição da sanção administrativa, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no

⁶² BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas*, p. 112-114.

âmbito da pessoa jurídica”. Em outras palavras, para a graduação de intensidade da sanção administrativa imposta à pessoa jurídica, a autoridade competente deverá considerar a existência de um programa de integridade

A Lei nº 12.846/13 não estabeleceu os parâmetros para a avaliação dos mecanismos e procedimentos que compõem o programa de integridade, remetendo a questão à regulamentação do Poder Executivo federal (parágrafo único do art. 7º).

4.1 Aumento da responsabilidade

Como anteriormente mencionado, o Decreto nº 8.420/15 regulamentou a responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública de que trata a Lei nº 12.846/13. O referido Decreto estabeleceu as diretrizes para o PAR e os critérios para a avaliação do programa de integridade em seu art. 42.

Nos termos do art. 17 do Decreto nº 8.420/15, o cálculo da multa a ser aplicada à pessoa jurídica se opera por meio da soma de parcelas que são determinadas por percentual de seu faturamento bruto no último exercício anterior à instauração do Processo Administrativo de Responsabilização, excluídos os tributos.

O inciso II do referido artigo, por sua vez, determina que uma das parcelas da multa seja composta por valor estabelecido entre 1 e 2,5 % do faturamento, nos casos em que houver tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica com a prática dos atos de corrupção. A circunstância, que é relacionada aos alertas de desconformidade produzidos pelo programa de integridade, é considerada como uma “agravante” pelo Manual prático de avaliação de programa de integridade em processo administrativo de responsabilização.⁶³ No caso, se os dirigentes da empresa forem tolerantes ou tiverem ciência dos atos lesivos, a multa terá o componente específico e, portanto, a responsabili-

⁶³ BRASIL. *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR*, p. 10.

zação da pessoa jurídica será realmente aumentada. Contudo, tendo em vista a definição de uma variação específica para a redução da pena, uma melhor comparação da circunstância com as disposições do Direito Penal a consideraria uma causa de aumento de pena.⁶⁴

Esta referência normativa indica que a deliberação do ente coletivo que desconsidera os alertas do programa de integridade fundamenta um aumento da reprovação que é dirigida à pessoa jurídica. Nesse caso, o programa de integridade identifica corretamente os riscos de ocorrência de crimes e orienta adequadamente os dirigentes da empresa quanto à observância das normas que incidem sobre as suas atividades. O programa de integridade forneceu à empresa as condições necessárias para manter as suas atividades em conformidade normativa. A deliberação tomada pela direção em nome da pessoa jurídica que contraria os deveres normativos da empresa, apesar dos alertas emitidos pelo programa de integridade, frustra com maior intensidade as expectativas sociais e deve receber maior reprovação.

Se ficar devidamente comprovado que a implantação do programa de integridade teve unicamente a finalidade de dificultar a devida responsabilização da pessoa jurídica, a circunstância indica a necessidade de elevar ainda mais a apenação que é dirigida à empresa, observados os limites da previsão normativa (entre 1 e 2,5 % do faturamento). O programa de integridade deve ser concebido e implantado para evitar a ocorrência de crimes, e não para criar obstáculos à legítima intervenção punitiva

4.2 Diminuição da responsabilidade

A regulamentação do Processo Administrativo de Responsabilização também prevê a possibilidade de diminuir a responsabilidade da pessoa

⁶⁴ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 923. Consta no registro que “causa de aumento é uma circunstância prevista pelo legislador, tanto na parte geral como na parte especial do Código Penal, que autoriza um aumento de pena de acordo com limites, fixos ou variáveis, previamente estabelecidos.”

jurídica. Nos termos do inciso III do art. 18 do Decreto nº 8.420/15, a autoridade competente deve reduzir 1 a 1,5% do valor total da multa a ser imposta à pessoa jurídica, em consideração ao grau de sua colaboração com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente de ter sido firmado acordo de leniência.

No mesmo sentido, o inciso IV determina reduzir 2 % do valor total da multa no caso de a pessoa jurídica comunicar espontaneamente, antes da instauração do processo administrativo, a ocorrência do ato lesivo.

Por fim, o inciso V determina reduzir 1 a 4% do valor total da multa caso fique comprovado que a pessoa jurídica possuía e aplicava um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Decreto nº 8.420/15.

Estas circunstâncias são consideradas pela doutrina como “atenuantes”.⁶⁵ Na perspectiva mais rigorosa do Direito Penal, tais circunstâncias devem ser consideradas como causas de diminuição de pena.⁶⁶

Nesses casos, as referências normativas sinalizam que a prévia existência ou a posterior implantação do programa de integridade deve ser considerada para diminuir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. O programa pode reunir medidas para prevenir a ocorrência do ato lesivo, para noticiar aos órgãos públicos competentes a sua ocorrência, bem como para colaborar na investigação que se fizer necessária após a ocorrência do crime.

Cabe observar que, conforme a previsão do inciso V do art. 18 do Decreto, não basta constatar a mera existência de um programa de integridade.⁶⁷ Não é possível justificar a redução da responsabilidade da

⁶⁵ CHAVES, Natália Cristina e FÉRES, Marcelo Andrade. Responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas na lei anticorrupção: sanções e critérios de fixação. In CHAVES, Natália Cristina e FÉRES, Marcelo Andrade (orgs). *Sistema anticorrupção e empresa*, p. 245-246. No mesmo sentido: BRASIL. *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR*, p. 10.

⁶⁶ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 887. Conforme o registro: “a causa de diminuição apresenta a mesma natureza jurídica que a causa de aumento, sendo uma circunstância que autoriza uma diminuição de pena de acordo com parâmetros fixos ou variáveis previamente estabelecidos.”

⁶⁷ CHAVES, Natália Cristina e FÉRES, Marcelo Andrade. *Responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas na lei anticorrupção*, p. 247. Os autores esclarecem que a Lei Anticorrupção não menciona que o programa deva ser efetivo. A consideração pela efetividade do programa é delineada no Decreto regulamentar.

pessoa jurídica com base em um programa “maquiagem” de integridade. Como o inciso que permite a redução da sanção administrativa se refere aos parâmetros que foram estabelecidos no Decreto para os programas de integridade, é necessário conciliar a disposição do inciso V do art. 18 com os incisos do art. 42, ambos do Decreto. Isto significa dizer que a redução da pena é possível desde que se comprove a existência de um verdadeiro esforço empresarial para evitar a prática de crime.

Utilizando como parâmetro de avaliação do programa de integridade a fórmula estabelecida na metodologia elaborada pelo Ministério da Transparência em conjunto com a Controladoria-Geral da União, a diminuição da responsabilidade penal somente poderá ocorrer quando o resultado da operação for maior ou igual a 1%. A diminuição da responsabilidade deve ser proporcional ao reconhecimento do grau de efetividade do programa. Se, por outro lado, o resultado da operação for menor do que 1%, deve-se reconhecer que o programa de integridade é meramente formal e não poderá ser considerado para fins de diminuição da sanção penal a ser imposta à pessoa jurídica.⁶⁸

5. Programa de integridade e responsabilidade penal da pessoa jurídica

Diante da possibilidade real de responsabilização penal da pessoa jurídica, segundo um modelo de autorresponsabilidade, a implantação de um programa de integridade deve prestar-se a evitar a ocorrência dos crimes que trazem a responsabilidade empresarial como consequência. A premissa fundamental que estimula a implantação de um programa é a de que se a empresa se organizar internamente de uma forma correta para detectar e prevenir a ocorrência de crimes estes não ocorrerão e empresa não será penalmente responsabilizada.⁶⁹

⁶⁸ BRASIL. *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR*, p. 27.

⁶⁹ BALCARCE, Fabián I. e BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*, p.173.

Na doutrina internacional do Direito Penal Econômico⁷⁰, é possível constatar discussão relevante sobre os efeitos que um programa eficiente de integridade pode gerar na responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

Considerando os signatários da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, a existência de sistemas internos de conformidade pode impedir a responsabilidade da pessoa jurídica em 12 países.⁷¹

No ordenamento penal norte-americano, com base no FCPA⁷²; no ordenamento penal do Reino Unido, com base no *UK Bribery Act*⁷³; no ordenamento penal chileno, por meio da Lei nº 20.393/09⁷⁴; e no ordenamento penal espanhol, por previsão expressa do art. 31-bis, item 2, do Código Penal⁷⁵, por exemplos, é possível excluir ou diminuir a responsabilidade penal da pessoa jurídica mediante a comprovação de existência de um programa de integridade efetivo.

No contexto da *UK Bribery Act*, que contém previsão incriminadora específica para a falha de organização empresarial que facilita a ocorrên-

⁷⁰ SOUTO, Miguel Abel. Antinomias de la reforma penal de 2015 sobre programas de prevención que eximen o atenúan la responsabilidade criminal de las personas jurídicas. In EVANGELIO, Ángela Matallín (dir.) *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 13-27; TIEDEMANN, Klaus. *El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico*, p. 38 e VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medida anticorrupção*, p. 159 e SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance no direito penal empresarial*, p. 292.

⁷¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. *The Liability of Legal Persons for Foreign Bribery*, p. 66. Segundo o relatório, permitem a exclusão da responsabilidade em razão da existência de um programa de compliance: Austrália, Chile, República Checa, Grécia, Itália, Coréia, Países Baixos, Portugal, Espanha, Suíça e Reino Unido.

⁷² UNITED STATES OF AMERICA. Sentencing Commission. *Guidelines Manual*. (Nov. 2018). §8C2.5.(f)(g). Disponível em <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>. Acesso em 22 de julho de 2019.

⁷³ UNITED KINGDOM. *Bribery Act 2010*. Seção 7, subseção 2. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em 14 de junho de 2019, e CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee do Ó. *Lei anticorrupção empresarial: Lei 12.846/2013*, p. 302.

⁷⁴ CHILE. Lei nº 20.393, de 02 de dezembro de 2009. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica. Disponível em <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>. Acesso em 22 de julho de 2019. O art. 3 da referida lei condiciona expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica aos casos em que a realização do crime é consequência do descumprimento das pessoas físicas mencionadas com os seus deveres de direção e supervisão.

⁷⁵ ESPANHA. Lei Orgânica 10, de 23 de novembro de 1995 - Código Penal. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. O art. 31 bis foi adicionado pelo art. 4º da Lei Orgânica 5, de 22 de junho de 2010, tendo sido posteriormente alterado pelo art. 1º da Lei Orgânica 7, de 27 de dezembro de 2012 e pelo art. 20 da Lei Orgânica 1 de 30 de março de 2015. Acesso em 18 de abril de 2019.

cia de crimes⁷⁶, a existência de um programa efetivo de integridade fundamenta uma defesa não somente admissível como juridicamente coerente; comprovado que a empresa se organiza adequadamente, não pode haver a caracterização do tipo que descreve a hipótese incriminadora.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão incriminadora para a falha de organização. Também não há previsão legal para a exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica em razão da implantação de um programa de integridade. Como não há previsão legal para o crime da pessoa jurídica, não é possível admitir que um programa de integridade possa excluir a tipicidade de tal crime (como pretende Alamiro Salvador⁷⁷) ou a culpabilidade (como pretende Carlos Gómez-Jara Diéz⁷⁸).

5.1 Insatisfação dos requisitos para a responsabilização

A existência de um programa de integridade, por si só, não impede a responsabilidade penal da pessoa jurídica.⁷⁹ Especificamente quanto às exigências estabelecidas pela Lei nº 9.605/98 para a responsabilização da pessoa jurídica, cabe observar que os mecanismos de controle interno da empresa devem oferecer suporte adequado para a tomada de decisões por parte de seus dirigentes. Se é pressuposto para a responsabilização da pessoa jurídica (art. 3º) que a ofensa ao meio ambiente tenha ocorrido por deliberação do ente coletivo, os mecanismos de controle interno devem oferecer as informações necessárias para que tal deliberação se

⁷⁶ UNITED KINGDOM. *Bribery Act 2010*. Seção 7, subseção 1. Na tradução constante de CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee do Ó. *Lei anticorrupção empresarial: Lei 12.846/2013*, p. 301-302.

⁷⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 199-200.

⁷⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. Tradução de Carolina de Freitas Paladino, Cristina Reindolff da Motta e Natália de Campos Grey. Seção Paulo: Atlas, 2015, p. 61-63.

⁷⁹ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medida anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57. A autora esclarece que, nos Estados Unidos da América, o manual que orienta a atuação dos Procuradores Federais expressamente afirma que a existência de programas de *compliance* não justifica a irresponsabilidade da pessoa jurídica pela conduta criminosa de seus agentes.

apresente a mais adequada possível. Em outras palavras, um programa de integridade eficiente deve impedir que a empresa tome decisões que descumpram as normas que incidem sobre o desenvolvimento de suas atividades e permitam que a mesma seja responsabilizada penalmente.

Para que a pessoa jurídica possa livrar-se da responsabilidade penal, é necessário que exista perfeita sintonia entre os alertas adequados gerados pelo programa de integridade e as deliberações igualmente adequadas do ente coletivo.

Para que um programa de integridade tenha pleno sucesso (seja efetivo), é necessário o comprometimento verdadeiro da alta direção da empresa com o seu desenho, a sua implementação e a manutenção de sua eficiência. A direção faz parte da empresa e, sem o seu envolvimento, não pode haver um verdadeiro programa de integridade. Para expressar a ideia de que o envolvimento da alta direção é um requisito essencial do programa, a doutrina criou e passou a utilizar a feliz expressão “tom que vem do topo” (*Tone from the top*).⁸⁰ Por esta razão, o art. 42 do Decreto nº 8.420/15 identificou o comprometimento da alta direção da empresa, incluídos os seus conselhos, como o primeiro dos critérios fundamentais para a análise da efetividade dos programas de integridade (inciso I).

O comprometimento verdadeiro da alta direção se revela desde a concepção do programa de integridade, com a definição das estruturas e medidas organizacionais que se mostrem realmente adequadas a identificar e corrigir os problemas que atingem a integridade das atividades empresariais. A manutenção do programa e as adaptações que se mostrem necessárias também constituem desafios cuja superação exige o comprometimento da alta direção da empresa. Em sua última expressão, o comprometimento da alta direção repercute na conformidade das deliberações que são tomadas em nome do ente coletivo.

⁸⁰ SILVA, Jafte Carneiro Fagundes da. Estabelecendo e aplicando um programa de integridade corporativa: prepare sua empresa para atender requisitos normativos e disseminar negócios éticos. In OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda de. *Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 288-290; ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*, p. 110-111; VARELA, Osvaldo Artaza. *Programas de cumprimento*, p. 253-256; BALCARCE, Fabián I. e BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*, p. 146 e GIOVANNI, Wagner. *Compliance*, p. 50 e 53.

Especificamente no que diz respeito à responsabilização penal da empresa em razão do cometimento de crime ambiental, o comprometimento da alta direção da empresa com o programa de integridade se revela especialmente importante nos momentos de tomada de decisão sobre os rumos das atividades empresariais. Quando o programa de integridade identifica a possibilidade de que a atividade empresarial venha a dar causa a um crime ambiental, a alta direção deve observar os limites estabelecidos normativamente. O alinhamento da alta direção com o programa resulta na conformidade de todas as decisões do ente coletivo. Como a alta direção faz parte da empresa e, conseqüentemente, do programa de integridade, as decisões que contrariem os alertas adequados que são gerados pelo programa estabelecem rupturas de conformidade que atingem a efetividade do programa e permitem a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Com base em tais premissas, pode-se concluir que, nos casos em que a empresa: a) possuir um programa de integridade que oriente adequadamente os seus dirigentes quanto à observância das normas que incidem sobre as atividades empresariais; e b) deliberar, por meio de seu representante (legal ou contratual) ou de seu órgão colegiado, em conformidade com a orientação recebida do programa, não poderá ocorrer a responsabilização penal da pessoa jurídica. O programa deve ser considerado efetivo, pois levou a empresa a determinar a realização de atividades empresariais que se mantiveram em conformidade normativa. Não havendo a deliberação do ente coletivo para o desenvolvimento de atividade violadora da norma protetiva do meio ambiente, não poderá haver responsabilização penal da pessoa jurídica.

Nestes termos, se houver a realização individual de conduta ofensiva ao meio ambiente que contrarie a deliberação do ente coletivo e caracterize um crime ambiental, somente poderá ocorrer responsabilização penal para a(s) pessoa(s) física(s) envolvida(s).

Cabe observar que, mesmo nos casos em que o programa de integridade deixe de identificar corretamente os riscos de ocorrência de

crimes ambientais (não for efetivo), se a direção da empresa tomar posturas conservadoras e não deliberar pela realização da atividade violadora da norma de proteção ambiental, a pessoa jurídica não poderá ser penalmente responsabilizada. Também nesse caso, faltarão o requisito específico estabelecido na lei ambiental que diz respeito à deliberação do ente coletivo. E não há responsabilidade penal da pessoa jurídica pela mera falha do programa de integridade.⁸¹

Na hipótese em que o programa de integridade não identifica os riscos de ocorrência de crimes ambientais e, por isso, não orienta adequadamente os seus dirigentes quanto à observância das normas que incidem sobre as suas atividades, a responsabilidade penal da pessoa jurídica dependerá da deliberação institucional. Se houver deliberação para a realização da atividade em desconformidade com as normas pertinentes, a pessoa jurídica não poderá escusar-se da responsabilidade penal alegando insuficiência de seu sistema de integridade.

5.2 Circunstância judicial dos antecedentes

O subsistema do Direito Penal Ambiental possui previsão expressa para que o juiz, ao impor a concreta responsabilização da pessoa jurídica, leve em consideração os seus antecedentes quanto ao cumprimento da legislação ambiental. O inciso III do art. 6º da Lei nº 9.605/98 prevê que, para a imposição e gradação da pena, o juiz observará “os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental.” A previsão legal institui uma circunstância judicial a ser considerada na primeira fase da dosimetria da pena a ser imposta à pessoa jurídica.⁸²

A interpretação adequada do referido dispositivo indica que, satisfeitos os requisitos para a responsabilidade penal da pessoa jurídica,

⁸¹ CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance: na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LibeArs, 2015, p.191-192. A autora sustenta que as disposições que impõe responsabilidade administrativa em razão da omissão dos deveres de *compliance* já são suficientes e que não se apresenta necessário instituir um tipo penal incriminador para as meras violações aos deveres de *compliance*.

⁸² SILVA, Romeu Faria Thomé da. *Manual de direito ambiental*, p. 593-594 e ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais: comentários à Lei nº 9.605/98*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 28-30.

haverá imposição de pena pelo julgador. A consideração sobre a circunstância judicial relativa aos antecedentes do infrator indicará qual das penas previstas no art. 21 da Lei nº 9.605/98 é mais adequada ao caso. Com base nas considerações que fizer sobre as circunstâncias judiciais, dentre elas a circunstância relativa aos antecedentes, o juiz decidirá qual das penas imporá à pessoa jurídica condenada. Não há, portanto, autorização legal para que o juiz deixe de impor pena à pessoa jurídica. A consequência jurídica da responsabilização da pessoa jurídica é a sua apenação.

Após decidir sobre qual pena será aplicada à pessoa jurídica, o juiz também deverá considerar as circunstâncias judiciais para graduar a pena. Para graduar a pena com base nos antecedentes do infrator relativos ao cumprimento da legislação ambiental, poderá o magistrado considerar os resultados obtidos pela empresa com a implantação de um programa de integridade. A existência de um programa de integridade, por si só, é juridicamente irrelevante. A circunstância judicial diz respeito ao efetivo cumprimento da legislação ambiental, e não às iniciativas que visam garantir o cumprimento normativo.

Nestes termos, o juiz, ao examinar a circunstância judicial relacionada aos antecedentes da pessoa jurídica, deverá analisar se ela anteriormente praticou outras infrações penais e/ou administrativas.⁸³

5.3 Atenuação da responsabilidade

No que diz respeito à responsabilidade penal da pessoa jurídica, não há qualquer previsão na Lei nº 9.605/98 que autorize considerar a implantação de um programa de integridade para a imposição de pena. De mesma forma, não há qualquer previsão para tal consideração no Projeto de Lei do Senado nº 236/12 que pretende instituir um novo Código Pe-

⁸³ SILVA, Romeu Faria Thomé da. *Manual de direito ambiental*, p. 593-594 e ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais: comentários à Lei nº 9.605/98*, p. 28-30.

nal. Cabe observar que o Projeto não conservou a previsão de uma atenuante inominada, que hoje existe no art. 66 do Código Penal⁸⁴.

O artigo 66 do Código Penal brasileiro prevê a possibilidade de atenuar a pena “em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” Tal regra de caráter geral é aplicável aos crimes ambientais, apesar da Lei de Crimes Ambientais conter dispositivos relativos à aplicação de pena à pessoa jurídica.⁸⁵ Neste sentido, o art. 79 da Lei nº 9.605/98 estabelece que, em relação aos crimes ambientais, as disposições do Código Penal são aplicáveis subsidiariamente.

Resta saber, então, se a existência de um programa de integridade é uma circunstância, anterior ou posterior ao crime, que se apresente relevante o suficiente para justificar a atenuação da pena a ser aplicada em desfavor da pessoa jurídica.

A ausência de parâmetros para relacionar a existência de programas de integridade e a dosimetria da pena a ser aplicada à pessoa jurídica geralmente constitui um problema importante na doutrina do Direito Penal Econômico.⁸⁶ No caso brasileiro, no entanto, é possível tomar como referência a regulamentação estabelecida para o inciso VIII do art. 7º da Lei nº 12.846/13. Tais critérios também podem ser utilizados para a consideração dos programas de integridade que visem evitar a prática de crimes ambientais e, conseqüentemente, graduar a responsabilização da pessoa jurídica prevista na Lei nº 9.605/98.

A aplicação de uma sanção administrativa com base na Lei Anticorrupção também pressupõe que o programa de integridade não conseguiu evitar as deliberações empresariais que deram causa aos atos ofensivos à administração pública.

⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.828, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Último acesso em 29 de novembro de 2018.

⁸⁵ ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais: comentários à Lei nº 9.605/98*, p. 27; SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal de meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89 e GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 151.

⁸⁶ MARTÍN, Adán Nieto. *Introducción*, p. 23.

A opção legislativa por considerar a existência de um programa de integridade no âmbito do Direito Administrativo sancionador indica que a solução também deve ser aplicada no âmbito do Direito Penal. Como o ordenamento jurídico constitui um sistema, deve-se reconhecer harmonia entre as suas opções valorativas.⁸⁷ A perspectiva de ampliação da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica para alcançar os crimes de corrupção, promovida pelo Projeto de Lei do Senado nº 236/12, evidencia o acerto da conciliação entre as opções valorativas. Assim, se a Lei Anticorrupção determina que a existência de um programa de integridade constitui circunstância relevante que deve ser considerada no momento da aplicação da sanção administrativa, tal circunstância também deve ser considerada no momento da aplicação da sanção criminal em razão da ocorrência de um crime ambiental. E, da mesma forma, pode-se considerar tanto a existência de um programa de integridade antes da ocorrência do fato lesivo, como a sua implementação posterior, para evitar que novos atos lesivos ocorram.⁸⁸

Mas o comando normativo, por considerar a existência de programas de integridade, implica atenuação obrigatória da responsabilidade? O regulamento da Lei Anticorrupção novamente traz informações importantes para resolver a questão. Nos termos do que dispõe o inciso V do art. 18 combinado com os incisos do art. 42, ambos do Decreto nº 8.420/15, a atenuação da pena somente é possível quando a implantação de um programa de integridade materialize verdadeiro esforço empresarial para evitar a prática de crime.

Considerando que o Projeto de Lei nº 236/12 não reproduz a previsão para a atenuante inominada, hoje constante do art. 66 do Código Penal, importa incluir na alteração que esta reflexão se propõe a apresentar uma disposição que ampare a consideração da existência de um programa de integridade. Esta medida reforça o estímulo às empresas,

⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 14 e p. 20-22

⁸⁸ BRASIL. *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR*, p. 22-26.

para que instituíam mecanismos de controle interno para as suas atividades, contribuindo, assim, na prevenção da criminalidade empresarial.

6. Referências

ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais: comentários à Lei nº 9.605/98*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. 347 p.

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. 265 p.

BALCARCE, Fabián I.; BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016. 194 p.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. 140 p.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripta; VENTURINI, Otavio (orgs). *Manual de compliance*. Rio de Janeiro Forense, 2019. 723 p.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Tradução Desidério Murcho *et al*. Rio de Janeiro: Zahar editor, 1997. 437 p.

BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCIA-MORENO, Beatriz. Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo. In: MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MATÍN, Víctor Gómez (dir.). *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires: IB de F, 2014. p. 273-300.

BRASIL. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm . Acesso em: 21 nov. 2018.

- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.828, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2019.
- BRASIL. *Portaria Conjunta nº 2.279, de 9 de setembro de 2015*. Controladoria Geral da União e Secretaria da Micro e Pequena Empresa. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de microempresa e de empresa de pequeno porte. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/09/2015&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=80>. Acesso em: 21 nov. 2018.
- BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.
- BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas*. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 21 nov. de 2018.
- BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. 149 p.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *“Criminal compliance” e ética empresarial: novos desafios do Direito Penal Econômico*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. 87 p.
- CAMBRIDGE DICTIONARY. *Comply*. Define *comply* como: to act according to an order, set of rule, or request. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/compliance>. Acesso em: 15 maio 2019.
- . *Compliance*. Define *compliance* como: the act of obeying an order, rule, or request. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/compliance>. Acesso em: 15 maio 2019
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance: na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015. 206 p.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; BUENO, Samira (coords.). Atlas da violência 2019. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. 155 p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/6537-atlas2019.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

CHAVES, Natália Cristina; FÉRES, Marcelo Andrade. Responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas na lei anticorrupção: sanções e critérios de fixação. In: CHAVES, Natália Cristina; FÉRES, Marcelo Andrade (orgs). *Sistema anticorrupção e empresa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 227-253.

CHILE. *Lei nº 20.393, de 2 de dezembro de 2009*. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>. Acesso em: 22 jul. 2019.

COMPLIANCE. Direção de Craig Zobel. EUA: Magnolia pictures (distribuidor), 2012. (1h30min).

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. *Lei anticorrupção empresarial: Lei 12.846/2013*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. 456 p.

ESPANHA. *Lei Orgânica 10, de 23 de novembro de 1995* – Código Penal. O art. 31 bis foi adicionado pelo art. 4º da Lei Orgânica 5, de 22 de junho de 2010, tendo sido posteriormente alterado pelo art. 1º da Lei Orgânica 7, de 27 de dezembro de 2012 e pelo art. 20 da Lei Orgânica 1 de 30 de março de 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 18 de abril de 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 642 p.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 12. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. 1201 p.

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 216 p.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance: a excelência na prática*. São Paulo: Ed. do Autor, 2014. 505 p.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. Tradução de Carolina de Freitas Paladino, Cristina Reindolff da Motta e Natália de Campos Grey. Seção Paulo: Atlas, 2015. XIV + 112 p.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. v. 1. 696 p.

LAMOUNIER, Najla Ribeiro Nazar. Compliance na prática: seus elementos e desafios. In: OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda de. *Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 275-284.

LANÇA, Daniel; PEREIRA, Rodolfo Viana. *Manual prático de compliance antissuborno: guia de implementação da norma ISO 37001:2017*. Belo Horizonte: IDDE, 2019. 251 p.

MARTÍN, Adán Nieto. O cumprimento normativo. In: MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo e GOMES, Rafael Medeiros (orgs). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 29-53.

_____. Fundamentos e estrutura dos programas de compliance. In: MARTIN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo e GOMES, Rafael Medeiros (orgs). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 131-162.

_____. Introducción. In: ZAPATERO, Luís Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013, p. 11-29.

MINISTRY OF JUSTICE. *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing* (section 9 of the Bribery Act 2010). Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

NASCIMENTO, Mellilo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a Lei 12.846/13 – Lei Anticorrupção. In: NASCIMENTO, Mellilo Dinis do (org.). *Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/13*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 59-116.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: A Stocktaking Report*. 2016. Tabela 1, p. 23-26. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Liability-Legal-Persons-Foreign-Bribery-Stocktaking.pdf> . Acesso em: 06 jul. 2019.

RESENDE, Mariana Barbosa Araújo. Compliance como essência da governança corporativa a partir da experiência do Foreign Corrupt Practices Act. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina (orgs.) *Sistema anticorrupção e empresa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. ps. 277-294.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 365 p.

SANTANA, Ciro Dias. Compliance e a “privatização” da investigação criminal. In: *Direito-Net*, p. 01-16. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9814/Compliance-e-a-privatizacao-da-investigacao-criminal>. Acesso em: 21 nov. 2018.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. 258 p.

SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, Willian Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra e SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 291-318.

SILVA, Jafte Carneiro Fagundes da. Estabelecendo e aplicando um programa de integridade corporativa: prepare sua empresa para atender requisitos normativos e disseminar negócios éticos. In: OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de. *Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 285-305.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. *Manual de direito ambiental*. Salvador: Juspodivm, 2011. 797 p.

- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. 358 p.
- SOUTO, Miguel Abel. Antinomias de la reforma penal de 2015 sobre programas de prevención que eximen o atenúan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. In: EVANGELIO, Ángela Matallín (dir.) *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 13-27.
- _____. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013, p. 31-42.
- _____. Sentencing Commission. *Guidelines Manual*. (Nov. 2018). Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf> . Acesso em: 22 jul. 2019.
- UNITED KINGDOM. *Bribery Act 2010*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- VARELA, Osvaldo Artaza. Programas de cumplimiento. Breves descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. In: IBARRA, Juan Carlos Hotal; IVANEZ, Vicente Valiente (orgs). *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires. Coedição Edisofer S. L. e Euros editores, 2018, p. 231-271.
- VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medida anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. 384 p.
- VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Eugênio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hamurabi, 1989. 415 p.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, v. 1, 485 p.
- ZIADE, Danielle Farah. O compliance no sistema brasileiro anticorrupção. In FÉRES, Marcelo Andrade e CHAVES, Nathalia Cristina (orgs.). *Sistema anticorrupção e empresa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 295-320.

**Responsabilidade penal da pessoa jurídica
e defeito de organização:
da (ir)relevância da adesão a
um programa de compliance para a aferição da
responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil**

Rafael Barros Bernardes da Silveira ¹

1. Introdução

A temática do *compliance* criminal tem ganhado enorme destaque no Brasil contemporaneamente.

Tem se tornado rotineiras no ambiente acadêmico as divulgações de lançamentos de artigos científicos, livros, cursos teóricos, cursos práticos, cursos de pós-graduação – sempre tratando da temática em apreço.

Nota-se, ademais, uma movimentação muito grande de empresas brasileiras em aderirem a programas de integridade – pretendendo, com isso, prevenir a ocorrência de ilícitos no bojo de suas atividades, mas, igualmente, impedir que a empresa sofra as consequências sancionatórias de uma eventual infração a lei.

Sem dúvida alguma, a criminalidade ambiental é o assunto em voga no tocante a crimes passíveis de serem praticados no âmbito das atividades de pessoas jurídicas - especialmente após os recentes desastres nos

¹ Doutorando em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Penal na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG).E-mail: rafaelbarrosbs@gmail.com

municípios de Mariana e Brumadinho, envolvendo o rompimento de barragens de dejetos de mineração, que provocaram centenas de mortes e dano ambiental inestimável.

Quanto à delinquência praticada no bojo de atividades empresariais, deve ser levada em consideração uma característica essencial do modelo punitivo brasileiro: o fato de haver, concretamente em nosso ordenamento jurídico apenas uma modalidade de responsabilização penal regulamentada para a pessoa jurídica – que diz respeito justamente aos crimes ambientais.

É da interseção entre esses tópicos – *compliance*, criminalidade ambiental empresarial e responsabilidade penal da pessoa jurídica – que surge o recorte deste estudo.

A ideia aqui é discutir em que medida a adesão da pessoa jurídica a um programa de *compliance* interfere para a definição da sua responsabilidade penal, na eventualidade de ser praticado um crime ambiental.

O raciocínio que se pretende defender no presente estudo é simples, mas nem por isso deixa de ser impactante, pois contradiz uma ideia que parece consolidada socialmente: muitas expectativas tem sido depositadas sobre os programas de integridade – não somente como mecanismos de prevenção de ilícitos, mas especialmente como instrumentos de resguardo dos interesses das pessoas jurídicas, de forma a impedir sua eventual responsabilização por delitos praticados no bojo de suas atividades. Contudo, o que se pretende evidenciar é que, na prática, a adesão da pessoa jurídica a um programa de integridade não tem nenhuma relevância para a definição de sua responsabilidade penal. Isso porque os critérios de imputação previstos na legislação brasileira em nada se relacionam com a adoção de tal medida.

Com efeito, a defesa do ponto de vista aqui apresentado mostra-se extremamente necessária diante do cenário que se apresenta contemporaneamente, de verdadeira explosão do fenômeno do *compliance* no Brasil, e da vigorosa defesa do instituto a nível acadêmico e jurisprudencial. O debate sobre o efetivo papel dos programas de *compliance* em tal

cenário, diante do exposto, representa o exame de matéria urgente e essencial.

2. A responsabilização penal da pessoa jurídica: noções elementares sobre os modelos de responsabilidade.

A ideia de se atribuir a prática de crimes a pessoas jurídicas tem provocado calorosos debates nos dias atuais e é, sem dúvida alguma, uma das mais controvertidas noções no campo do direito penal.

Contudo, trata-se de matéria que, por muitos séculos, não interessou às ciências penais, tendo sido relegada a outros campos da experiência jurídica.

Segundo leciona Salvador Netto (2018, p.19), desde a gênese da dita ciência penal moderna, a partir do movimento iluminista do século XVIII, as preocupações e discussões do direito penal se concentraram nas atividades dos homens considerados singularmente, “esquecendo-se por completo das coletividades ou agrupamentos de indivíduos” (SALVADOR NETTO, 20018, p.20).

Tal postura consagrou a máxima latina, que até hoje tem vigorosos defensores, “*Societas delinquente non potest*” – ou seja, a afirmação de que a entidade legal não pode delinquir.

Apenas no século XX é que a questão da responsabilização criminal da pessoa jurídica começou a ganhar mais destaque e relevância para o campo penal. Em concreto, esse giro se deu a partir de uma mudança de paradigma no próprio conteúdo do direito penal, como reflexo das significativas mudanças sociais, econômicas e políticas vivenciadas, a nível global, no comentado período. Aqui, se refere ao já conhecido cenário de consolidação do fenômeno da expansão do direito penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013) – contexto de solidificação do processo de globalização, que conduziu ao surgimento de novas modalidades delinquentes e de novos atributos a desafiar a intervenção penal.

Em breves linhas, o ponto que se quer destacar é que a chegada do século XX trouxe a percepção do protagonismo absoluto da pessoa jurídica (SALVADOR NETTO, 2018, p.20), em especial por meio das grandes corporações e entidades financeiras. Veio a constatação de que as empresas teriam um papel decisivo na condução dos rumos da convivência humana – diante de sua participação não só nas atividades mais corriqueiras, mas especialmente nos episódios mais importantes da história recente (crises financeiras e guerras).

Estando em papel de destaque, a pessoa jurídica passou a ser objeto de reflexões de diversas áreas do saber, dentre elas (a que mais interessa a este estudo) a seara das ciências penais. A preocupação que surge no campo punitivo em tal contexto é eminentemente de ordem pragmática: as organizações tem se tornado cada vez mais poderosas e complexas, e no bojo das atividades por elas desempenhadas, haveria inúmeras possibilidades de práticas ilícitas, muitas delas de enorme danosidade. O sofisticado emaranhado organizacional corporativo tornaria muito difícil a identificação precisa dos responsáveis por um eventual delito que viesse a ocorrer no ambiente empresarial. E, tal dificuldade, conduziria inevitavelmente à impunidade. Surgiria, portanto, a necessidade de se submeter às próprias pessoas jurídicas à intervenção penal, ao menos em casos específicos, como estratégia de superação da problemática evidenciada.

Os debates e controvérsias em torno dos modelos de responsabilização penal da pessoa jurídica surgem exatamente diante da contradição estabelecida entre: a) a estrutura tradicional do direito penal, pensada para o indivíduo singularmente considerado; e b) a alegada “necessidade” de se responsabilizar penalmente a entidade, sem que haja a formatação de um modelo adequado à tal figura.

Há um ponto em especial que agrava a dimensão da controvérsia: ao longo do último século, vários países passaram a adotar a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seus ordenamentos jurídicos, dentre eles o Brasil (por meio da Constituição de 1988 e da Lei Federal 9605/98,

conforme se destacará na sequência), “subtraindo em boa medida do espaço acadêmico a discussão sobre o sim ou não de sua viabilidade” (SALVADOR NETTO, 2018, p. 21).

Ou seja, diante da positivação do instituto, a tarefa que se impõe ao estudioso do direito penal é ainda mais dificultosa: traçar as bases de um modelo de imputação para a pessoa jurídica de modo a efetivar a posição político-criminal assumida em seu país, a despeito de concordar ou não com ela, tudo isso tendo em vista não ofender os princípios fundamentais do direito penal.

Em outras palavras o legislador brasileiro já rompeu com a máxima “*societas delinquere non potest*”, ao decidir que a pessoa jurídica deveria sim sofrer a intervenção penal. Aqueles que discordam de tal posição podem até defender a reforma legislativa da matéria – mas até que ela seja implementada, terão que se curvar ao comando da lei. A discussão que se coloca como prioritária no âmbito brasileiro, pois parece ser onde os debates doutrinários podem ter maiores condições de gerar impactos, não é mais quanto ao *SE* deve haver a responsabilização penal da pessoa jurídica, mas ao *COMO* esta deve se operar

E, neste ponto, surge a necessidade de analisar, ainda que brevemente, os modelos teóricos de imputação das entidades legais.

Apresentando a questão em termos muito simplificados, existiriam duas possibilidades para se responsabilizar criminalmente uma pessoa jurídica: ou ela responde de maneira *indireta*, em razão da prática de condutas ilícitas dos seus representantes; ou ela responda *por conta própria*, e aí se avalia sua própria conduta ou seu comportamento. Ou seja: os ditos modelos de hetero ou de autorresponsabilidade.

Sobre os primeiros, vale destacar: o que se tem é um empréstimo da responsabilidade individual (SARCEDO, 2015, p. 135). A imputação da entidade vai acontecer nas ocasiões em que seu representante legal agir praticando um ilícito, em nome e em favor da empresa. Nesse sentido é o conceito de Nieto Martín, segundo o qual o modelo em questão “consiste em transferir a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha

actuado” (2008, p.08) e ainda “la transferencia de culpabilidad se produce bajo tres condiciones: la actuación culpable del agente, dentro de los fines de la empresa, y con el fin de beneficiarla” (2008, p.08).

Há inúmeros problemas que podem ser levantados quanto a ideia de responsabilizar a pessoa jurídica criminalmente de *maneira indireta*, como idealizado pelos modelos de heterorresponsabilidade. Para fins de se ater ao recorte definido por este trabalho, aqui irá se concentrar só em parte deles – notadamente, aqueles comentados por Sarcedo (2015), relativamente à eficácia do modelo. Isto porque, como se destacou, a discussão sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica ganha força contemporaneamente por motivos pragmáticos – na tentativa de se combater a delinquência corporativa, tarefa de difícil execução.

Na visão do comentado autor (SARCEDO, 2015, p.136) a adoção da perspectiva da heterorresponsabilidade teria dado origem a um déficit de aplicação. Isso porque no referido modelo a responsabilização da entidade dependeria da prévia imputação da pessoa física. Com efeito, o contexto da criminalidade empresarial corporativa, altamente sofisticada e complexa, oferece, na prática, uma série de obstáculos para seu combate (notadamente, a dificuldade de identificação e individualização de condutas e de responsabilidades dentro de um intrincado modelo de organização corporativa). Em resumo: se a imputação da pessoa jurídica depende da responsabilização individual dos seus representantes, o modelo para a entidade padece das mesmas dificuldades que o modelo para o indivíduo.

Por outro lado, nos modelos de autorresponsabilidade, o que se avalia é a imputação da entidade por conta própria - as medidas que ela concretamente tomou para coibir, revelar e evitar a prática de crimes. E é justamente nessa perspectiva que os programas de *compliance* ganham destaque. Se a empresa adere a um programa de integridade adequadamente formulado, é isso que vai definir se a entidade vai ou não ser merecedora de uma sanção penal na eventualidade de um crime ocorrer.

É essencial assinalar que não há ainda no ordenamento jurídico brasileiro uma definição legislativa precisa de quais seriam as características necessárias a um programa de integridade efetivo, mas já se encontram na doutrina trabalhos com a proposta de analisar e enumerar atributos essenciais de um programa eficaz, valendo mencionar, neste sentido, o estudo de Ilana Martins Luz (2018), que analisa pormenorizadamente a questão e elenca os seguintes atributos: a) Análise do ambiente interno (p.4); b) Mapeamento de riscos (p.7); c) Comprometimento da alta cúpula (p.11); d) Elaboração de documentos oficiais (p.12); e) Realização de treinamentos (p.14); f) Nomeação de um responsável pelo *compliance* (p.15); g) Canais de denúncia internos e externos (p.17); h) Proteção aos *whistleblowers* (p.18); i) Investigações internas (p. 22); Procedimentos sancionatórios (p.24); Monitoramento, análise e revisão do programa (p.25).

Em verdade existem diversas proposições teóricas que surgiram na tentativa de definir critérios de imputação específicos para a pessoa jurídica. Uma das que ganhou mais destaque foi a do Professor Klaus Tiedemann (1995,1997) - o dito modelo de defeito de organização, que vincula a imputação da entidade *ao fato dela não ter adotado todas as medidas razoáveis e indispensáveis para prevenir um eventual delito*. Por seu impacto, a denominação do Tiedemann tem sido muitas vezes usada como sinônimo para modelo de autorresponsabilidade.

São estas as características essenciais dos dois modelos em questão.

Em verdade, a divisão entre auto e heterorresponsabilidade tem mais importância metodológica do que prática. Isto porque, concretamente, o que se detectam são construções matizadas, nunca em estado puro (SARCEDO, 2015, p.136).

Tal constatação leva alguns autores a defender e idealizar a adoção de modelos mistos, incorporando elementos das duas perspectivas.

É o caso de Sarcedo, que propõe a seguinte formatação para seu modelo (2015, p.138):

- Parte do modelo vicariante – a transferência da responsabilidade para a empresa por um fato praticado pelo seu representante e em benefício dela;
- Também leva em conta a culpabilidade corporativa – impondo a tarefa de aferir se foram adotadas as práticas preventivas exigíveis no caso concreto – modulação da pena ou absolvição;
- Admite a responsabilização da pessoa jurídica mesmo se não for possível imputar o ato criminoso à pessoa física específica – desde que evidenciado o defeito de organização;

Em favor da adoção de um sistema misto – nos moldes por ele proposto - o comentado autor assinala que este seria o mais eficaz no sentido de exercer o controle social da criminalidade econômica no seio da empresa, pois contemplaria todas as opções político criminais para ação do Estado: a) permite a responsabilidade por transferência, se presente o requisito do defeito de organização; b) na impossibilidade de se imputar o ato delinvente à pessoa natural determinada, permitiria a imputação ao ente coletivo, também em face da detecção de defeito de organização; c) não exclui a possibilidade de responsabilização pessoal dos agentes que perpetraram o delito; d) representa um incentivo à adoção de medidas de controle e prevenção por meio da criação de um ambiente de cooperação. (2015, p.138).

3. O modelo brasileiro de responsabilidade penal da pessoa jurídica

A breve discussão teórica que se realizou acima teve o propósito de apresentar uma visão geral das possibilidades, em abstrato, para a responsabilização da pessoa jurídica.

Neste ponto do trabalho será necessário conduzir os debates para o campo concreto, a fim de tornar possível o alcance do objetivo pretendido por este estudo – qual seja, o de evidenciar a irrelevância da adesão a programas de integridade para a definição da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Para tanto, vale retomar o apontamento que inaugurou este trabalho: o ordenamento jurídico brasileiro prevê a responsabilização criminal das entidades legais *apenas no caso da prática de crimes ambientais*.

O modelo nacional vem delineado especialmente por dois dispositivos legais.

O primeiro deles é o artigo 225, § 3º, da Constituição da República de 1988, que previu no texto original da Magna Carta a possibilidade de pessoas jurídicas serem responsabilizadas penal e administrativamente pelas condutas lesivas ao meio ambiente. A saber:

Art. 225. Todos têm **direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (grifo nosso).

Transcorridos dez anos do comando constitucional, em 1998 foi editada a Lei 9605, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, com o objetivo de regulamentar o referido mandamento.

O artigo 3º da mencionada lei é que efetivamente indica a formatação do modelo de responsabilização penal das entidades legais no Brasil – ao enumerar os requisitos de imputação para a pessoa jurídica. Notadamente:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e **penalmente** conforme o disposto nesta Lei, **nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual**, ou de seu **órgão colegiado**, no **interesse ou benefício da sua entidade**. (GRIFO NOSSO).

Como se percebe, a previsão do artigo em comento é muito simples. A decomposição dos requisitos enunciados na lei evidencia ainda mais a superficialidade da previsão. Vejamos:

- a) Infração cometida por decisão do representante legal, contratual ou órgão colegiado da pessoa jurídica;
- b) No interesse ou benefício da entidade;

A simples leitura do artigo 3º da Lei 9605/98 permite inferir que o Brasil adotou um modelo de heterorresponsabilidade - mas que definiu os critérios de transferência da imputação da pessoa física para a pessoa jurídica de maneira muito pouco satisfatória. Desde a sua edição o dispositivo tem sido muito criticado pela literatura jurídica brasileira, pela sua baixa qualidade técnica.

Tal cenário desperta preocupações na comunidade acadêmica, diante da constatação de que o modelo brasileiro, construído para fundamentar a intervenção mais rigorosa para as entidades legais que o Estado tem à sua disposição - a intervenção penal, a dita *extrema ratio* - se dá por critérios tão pouco desenvolvidos.

A discutível qualidade da previsão legislativa tem obrigado a doutrina a se esforçar na tentativa de explicar ou mesmo de sistematizar os critérios para a imputação da pessoa jurídica, com base no texto da lei.

Neste sentido, vale destacar o trabalho de Fernando Galvão da Rocha (2012, p. 112/122), que identifica a existência de cinco requisitos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Dois deles estariam explicitamente previstos no texto da lei, já acima evidenciados - I) deliberação no âmbito do ente coletivo e II) interesse ou benefício da pessoa jurídica. Os demais seriam pressupostos implícitos, postulados concebidos para servirem ao propósito de “evitar os abusos na repressão das pessoas morais” (ROCHA, 2012, p.112), quais sejam: a) Executor material vinculado à pessoa jurídica; b) Amparo no poder da pessoa jurídica; c) Atuação na esfera das atividades da pessoa jurídica.

Em grande medida, os debates sobre o instituto da responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil tem se concentrado na ideia de que o próprio instituto em si seria inconstitucional (SARCEDO, 2015, p.144), pois ofenderia postulados fundamentais do direito penal consagrados na Constituição Brasileira - vale destacar, a título exemplificativo, os princípios da culpabilidade e da intranscendência da pena.

Por muitos anos esse debate se manteve vigoroso (e até hoje resiste) - só que, a nível jurisprudencial os tribunais superiores já consolidaram o entendimento pela admissão do instituto (SARCEDO, 2015, p.144).

Hoje em dia tem ganhado mais força um movimento na literatura jurídica nacional - ao qual se filiam Sarcedo (2015, p. 144/146) e Tangerino (2010, p.17), por exemplo - não em favor da negativa de legitimidade do instituto, mas do seu aprimoramento. Especialmente sobre a posição do último autor mencionado, vale trazer trecho da obra referenciada, a fim de sintetizar suas ideias:

Considerando-se, pragmaticamente, que as pessoas jurídicas podem e são julgadas por crimes ambientais, é missão da doutrina buscar conter o poder punitivo, injetando-lhe parâmetros garantistas que tornem seu emprego compatível com os preceitos constitucionais penais, sobretudo quando se tem por horizonte a tendência expansionista do poder punitivo. (TANGERINO, 2010, p.17).

Tal perspectiva acima evidenciada se compatibiliza integralmente com o objetivo do presente estudo. Se a ideia aqui é indicar um ponto crítico no modelo brasileiro de responsabilização penal da pessoa jurídica e discutir as possibilidades de reforma deste, é justamente porque se entende que a academia deve assumir o papel de contribuir com o aprimoramento do instituto.

Se no campo legislativo o cenário é nebuloso, e não houve mudanças significativas nos últimos 20 anos, há de se levar em conta que algumas decisões recentes dos Tribunais Superiores brasileiros promoveram grande impacto na sistemática nacional, indicando os rumos a

serem tomados na condução do futuro do instituto, cenário que vem detalhadamente delineado por Sarcedo (2015, p.146/156).

Como se destacou, a lei de crimes ambientais é de 1998, *mas foi somente em 2005* que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou o entendimento pela constitucionalidade da previsão legal contida no referido diploma – ao se manifestar no Recurso Especial nº 610.114/RN (SARCEDO, 2015, p. 149).

A afirmação, pela via jurisprudencial, da constitucionalidade do instituto veio acompanhada de duas consequências, no entendimento do comentado autor:

- 1) A cristalização da ideia de que teria se adotado um modelo de heterorresponsabilidade no Brasil – no qual os critérios de imputação estariam legislados de maneira insatisfatória (2015, p. 149);
- 2) A consolidação do entendimento de que haveria a necessidade de dupla imputação – ou seja, a indicação de que, sendo a responsabilização da entidade legal dependente da intervenção da pessoa física, de quem se toma emprestada a conduta para punir a entidade, obrigatoriamente será necessário imputar o fato à pessoa física e a pessoa jurídica ao mesmo tempo (2015, p. 151).

A posição firmada pelo STJ em 2005 permaneceu praticamente incontestável até 2011, quando o STF, ao julgar Agravo regimental em recurso extraordinário (n.628.581/RS), manifestou-se pela desnecessidade da dupla imputação ao indicar que “a responsabilização da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural”.

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão que teve impacto ainda mais significativo sobre a sistemática em análise, no bojo do Recurso Extraordinário correspondente ao agravo regimental recém mencionado.

Em especial, o voto de autoria da Ministra Rosa Weber gerou grande repercussão. Na ocasião, Weber fez uma detalhada análise do cenário brasileiro, indicou a necessidade de mudanças e direcionou para o caminho que deveria ser seguido.

Para além de reafirmar a constitucionalidade do instituto e a desnecessidade da dupla imputação, a Ministra avaliou o modelo brasileiro como falho, pois a opção pela heterorresponsabilidade teria dado ensejo a um déficit de aplicação (SARCEDO, 2015, p.153). Isso porque os crimes ambientais, notadamente os mais gravosos, seriam aqueles que ocorrem num contexto de criminalidade empresarial corporativa – e, como já destacado, esse tipo de organização oferece, na prática, uma série de obstáculos para a repressão da delinquência que se opera em seu ambiente. Na tentativa de sanar esse déficit – e aí vem a grande inovação – a Ministra afirmou que, no atual estágio de desenvolvimento da criminalidade moderna, parece insuficiente para a definição da responsabilidade da pessoa jurídica realizar uma análise apenas da conduta de seus representantes. No presente momento, se impõe como necessário o desenvolvimento de *critérios específicos para a responsabilização da entidade – e a construção de conceitos de conduta e culpabilidade próprias e ela*.

Ademais, Weber também assinalou que conhecer os procedimentos internos da empresa seria imprescindível para a definição da sua responsabilidade penal – ou seja, indicando, ainda que não tão explicitamente, o seu alinhamento ao modelo de defeito de organização e indicando a *relevância* da adesão da pessoa jurídica a programas de *compliance* para a caracterização de sua responsabilização criminal.

O voto da Ministra, apesar de enfatizar a necessidade de adoção imediata de um modelo com moldes de defeito de organização, não definiu com clareza as balizas de tal modelo – e concluiu com a sugestão para que doutrina e jurisprudência desenvolvam seus critérios e requisitos (SARCEDO, 2015, p. 154).

Trata-se de desfecho altamente problemático.

Por um lado, parece positivo que a Suprema Corte reconheça que o modelo brasileiro merece aprimoramentos, diante da afirmação de que a lei não define critérios satisfatórios de imputação para a entidade – posição com a qual dificilmente se pode discordar.

Lado outro, a indicação de que é necessário desde já caminhar na direção da adoção de um modelo de autorresponsabilidade/defeito de organização e avaliar a adesão das pessoas jurídicas a programas de compliance como critério relevante para a definição de sua responsabilização penal chega a ser temerária. Isto porque, lamentavelmente, ela não vem acompanhada de um complemento mais que necessário: a indicação de como esse modelo deve se constituir e mesmo a definição das características essenciais de um programa de integridade a serem exigidos da entidade, bem como o apontamento sobre em que medida a adesão da empresa aos referidos programas poderia impactar no seu sancionamento.

A Ministra Rosa Weber, em seu voto paradigmático, chega a esboçar alguns critérios de parametrização de um modelo ideal, que foram sistematizados por Sarcedo, abaixo em destaque. Mas a impressão que fica – aqui manifestada muito respeitosamente – é de que não há nada de muito inovador na construção da Ministra. Ao contrário, os critérios elencados não se afastam muito do tão criticado texto da lei. A saber:

I) É necessário verificar se o ato apontado como delituoso decorreu do processo normal de deliberação interna da corporação e se as instâncias decisórias internas foram observadas; II) constatar se houve ciência da pessoa jurídica, por meio de seus órgão internos de deliberação, do fato ilícito que se estava a cometer, diante do qual houve a aceitação ou mesmo inércia em não o impedir; III) examinar se a atuação delituosa estava de acordo com os padrões e objetivos da empresa e visava a atingir seus objetivos sociais, tendo sido realizado em seu nome; IV) evidenciar que o fato foi cometido no interesse ou benefício do ente coletivo, possibilidade o afastamento da ilicitude quando foi cometido em benefício exclusivo de terceiro(s); (SARCEDO, 2005, p.155)

Como desfecho deste tópico, parece oportuno retomar a questão que orientou o presente estudo, a fim de conduzi-lo para seu debate derradeiro. A saber:

- Em face do texto legal, qual a relevância da adesão da empresa a um programa de *compliance* para a definição da sua responsabilidade penal na esfera ambiental?

Aqui, se tentou evidenciar que a relevância é *nenhuma*. Mesmo que a pessoa jurídica tome todas as medidas necessárias para construir um programa de integridade eficaz e evitar a prática de ilícitos na suas atividades (algumas já enumeradas no presente estudo), a entidade poderá ser severamente sancionada na ocasião em que uma infração venha a ocorrer – basta que haja, nos termos da lei, ato do seu representante legal, em benefício da entidade.

E não parece difícil imaginar ocasiões em que, apesar da adoção de providências concretas por parte da entidade – estabelecimento de um rigoroso código de conduta, realização de investigações internas, auditorias, treinamentos periódicos, criação de um canal de denúncias – um de seus representantes legais possa vir a atuar de maneira a fraudar a conformação (omitindo informações das auditorias e do *chief compliance officer* e indo na contramão de todas as recomendações preventivas), praticando um ilícito que beneficie a pessoa jurídica.

E que fique claro: não se está a defender que tal modelo é *injusto* ou *desarrazoado*, por sancionar a pessoa jurídica a despeito das medidas que ela adota para prevenir a prática de delitos (posição que apoia Sarcedo, por exemplo).

A afirmação pretendida é mais simples: por mais que haja um desejo (ao menos de parte da doutrina e jurisprudência) de que a entidade não seja sancionada (ou mesmo, que sofra minoração em sua reprimenda) nas ocasiões em que se constatar um genuíno esforço de prevenção de ilícitos e de aprimoramento organizacional, revelado por meio do estabelecimento de um programa de integridade - tal desejo esbarra em um severo obstáculo, que frustra terminantemente sua satisfação. O fato é que não existe previsão e menos ainda regulamentação sobre como deve se operar o livramento/minoração da sanção para a pessoa jurídica. E, por mais que a manifestação da Suprema Corte sobre a questão –

notadamente, o voto da ministra Rosa Weber – se proponha a representar uma mudança significativa para a matéria, a solução de defender a adoção de um modelo de autorresponsabilidade (ou de defeito de organização) *de imediato*, sem nenhuma regulamentação sobre o assunto, e convidar doutrina e jurisprudência a construção de diretrizes concomitantemente à aplicação do próprio modelo, parece mais prejudicial do que benéfica.

Em suma, a assertiva que fica como conclusão intermediária deste estudo é que a adoção imediata de um modelo de defeito de organização se mostra incompatível com os ditames do ordenamento jurídico brasileiro, e por isso a implementação de um novo modelo nestes moldes precisará vir acompanhada de uma significativa reforma legislativa.

Resta, então, avaliar qual seriam as possibilidades concretas dessa reforma vir a acontecer.

4. Perspectiva de mudanças no campo legislativa: responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro.

Efetivamente, a perspectiva mais expressiva de mudança legislativa que trata da matéria em análise se refere ao anteprojeto de novo Código Penal, que tramita no Congresso Nacional - Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, do Senador José Sarney (2012).

Na sistemática planejada, o próprio Código passaria a prever a responsabilização penal das entidades legais em sua *parte geral*. Notadamente:

Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Art. 39. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômico-financeira e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§ 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da identificação ou da responsabilização destas.

§ 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§ 3º A responsabilidade penal será exclusiva da pessoa física, se o administrador ou gestor, por sua conta, extrapolar os poderes que lhe foram conferidos pela pessoa jurídica. (grifo nosso)

Duas modificações chamam a atenção: a) a ampliação das hipóteses de responsabilidade penal da pessoa jurídica - para atos praticados *contra a administração pública e a ordem econômico-financeira*; e b) a inclusão de um parágrafo afirmando a independência entre a responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas, o que parece ser uma tentativa de solucionar a discussão sobre a *necessidade da dupla imputação*;

Contudo, a despeito das inovações notadas, no tocante à definição dos requisitos para a imputação da pessoa jurídica, o legislador praticamente repete a redação do dispositivo em vigor - que é problemático, como se viu.

Neste sentido, são perceptíveis na doutrina manifestações de que a sistemática projetada representa pouco avanço no tratamento da questão.

Em especial, merecem ser destacadas as críticas de Paulo Busato (2012), que tem artigo dedicado à análise pormenorizada das disposições do PLS relativamente ao assunto em tela - de leitura altamente recomendável.

Um dos pontos levantados pelo autor no trabalho em comento é especialmente relevante para a discussão empreendida no presente estudo: a definição de qual modelo de responsabilização da pessoa jurídica teria sido adotado no Projeto de Código Penal. São vários os apontamentos feitos por Busato sobre o assunto, notadamente:

- a) No entender do autor, o legislador foi vacilante na elaboração do projeto de lei, demonstrou insegurança quanto as decisões tomadas, não tendo sido capaz de

- indicar claramente qual teoria teria servido de inspiração para o modelo adotado (2012, p. 99);
- b) Tal postura teria dado ensejo a uma série de disposições contraditórias (2012, p.99);
 - c) Sobre a escolha entre auto e heterorresponsabilidade – entendida por Busato como a primeira questão a ser definida em qualquer discussão técnica sobre o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica (2012, p.101) – concluiu o autor que a opção do legislador teria ficado obscura. Isto porque a leitura dos dispositivos projetados, diante do seu conteúdo discrepante, parece conduzir a conclusões antagônicas – ora pela adoção de um modelo, ora por outro;
 - d) A grande contradição que se evidencia diz respeito ao conteúdo do *caput* e do § 1º, do artigo 39. Em síntese, o que faz o texto da lei é: I) apontar, por um lado, a *absoluta independência* entre a responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas – indicando se filiar a um modelo de autorresponsabilidade, “tendência que cada vez mais se afirma na doutrina e na própria legislação de outros países como o adequado” (BUSATO, 2012, p. 113); e II) formatar um modelo no qual a responsabilização da pessoa jurídica, repetindo os critérios da legislação em vigor, *depende da conduta e da decisão do seu representante legal*.

A impressão que fica é que o legislador se encontrava na posição de sedimentar uma solução para o problema em voga, poderia ter se debruçado sobre os debates científicos quanto ao assunto, analisar os modelos de outros países, e mesmo atender aos apelos da Corte Suprema, e idealizar um modelo aprimorado para a responsabilização da pessoa jurídica – mas optou por reproduzir quase que integralmente a redação do dispositivo que especifica os critérios de imputação atualmente em vigor, e, na parte em que quis inovar, o fez de maneira pouco satisfatória.

5. Conclusões

De certo que o cenário analisado neste estudo se mostra severamente problemático, mas não parece ser este artigo o espaço para indicar uma solução definitiva para as questões enumeradas.

A escolha quanto ao caminho a ser seguido no Brasil para a reformulação do nosso modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica é questão seríssima, e uma tomada de posição conclusiva mereceria um

aprofundamento nos estudos sobre a questão, para que seja possível formular uma proposição bem fundamentada.

Mesmo porque se avolumam perspectivas doutrinárias sobre o assunto, o que torna difícil a escolha quanto ao modelo ideal. E mais: a própria ideia de *melhor modelo* depende também do objetivo pretendido com a reforma que venha a se realizar – se é a maximização da punição e da vigilância, se é a maximização da segurança jurídica e da limitação à intervenção na liberdade.

Contudo, a título argumentativo, o desfecho deste estudo deve conduzir a uma afirmação: se a decisão político-criminal brasileira for pela adoção de um modelo de autorresponsabilidade, nos moldes do dito *defeito de organização*, o implemento de uma profunda reforma legislativa será indispensável. Isto porque a lei precisará prever com clareza – o *que é o defeito de organização* e quais serão os parâmetros mínimos dos programas de compliance necessários ao afastamento da responsabilização da pessoa jurídica.

E, neste sentido, a experiência de outros países pode servir de referência, em especial a italiana, que, como esclarece Sarcedo, possui decreto que regulamenta a matéria – Decreto-Legislativo n.231/2001, prevendo os “parâmetros mínimos exigidos das pessoas jurídicas em relação aos seus modelos corporativos de gestão e organização” (SARCEDO, 2015, p. 239).

Como síntese final vale a apresentação de alguns apontamentos conclusivos:

- a) O modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica atualmente em vigor no Brasil é de heterorresponsabilidade – pois dependente da avaliação da conduta da pessoa física (representante legal, contratual ou órgão deliberativo) da entidade;
- b) Tal formatação torna irrelevante a adesão da pessoa jurídica a um programa de *compliance* para a definição de sua responsabilidade penal. Em outras palavras: ainda que seja estruturado um programa de integridade, por mais aperfeiçoado que possa ser, se os representantes legais da entidade decidem por burlá-lo, e

- praticam infração em favor da pessoa jurídica, tanto os indivíduos quanto a entidade merecerão sanção penal;
- c) São os requisitos estabelecidos em lei que associam o modelo brasileiro ao paradigma da heteroresponsabilidade – e, pelo mesmo motivo, inviabilizam a adoção imediata de um modelo de autorresponsabilidade/defeito de organização;
 - d) O modelo brasileiro precisa de aprimoramentos, mas a mudança precisará vir pela via legislativa. Não há sentido em defender academicamente ou jurisprudencialmente a aplicação imediata dos postulados do sistema de *defeito de organização* se o texto legal se mostra incompatível com tal paradigma;
 - e) As perspectivas concretas de reforma não são nada otimistas. O Anteprojeto do Código Penal em trâmite no Congresso Nacional praticamente repete a formação da sistemática atual, com os problemas que a acompanham;
 - f) Felizmente, o fato da temática do *compliance* estar em evidência faz com que venham a surgir muitos estudos sobre o assunto – com a proposição de novos modelos teóricos de responsabilização penal da pessoa jurídica em consonância com o instituto, bem como a análise de modelos concretos adotados por outros países.
 - g) Se o cenário legislativo não se mostra promissor, o panorama para a academia é justamente o oposto. A relevância do tema, a abundância de discussões e o interesse pela questão tornam o debate atraente para o pesquisador, e urgente para a sociedade. São as reflexões de hoje que conduzirão os rumos da política criminal nos anos vindouros no tocante a matéria. Evidentemente, abrem-se muitas possibilidades.
 - h) Por isso, vale o apelo, para servir como fio-condutor às proposições que vierem a surgir: qualquer modelo que seja idealizado deverá necessariamente levar em conta a noção de que o direito penal é a *extrema ratio*, em respeito à perspectiva da limitação da intervenção punitiva arbitrária e da garantia da segurança jurídica, essenciais a um modelo democrático de direito penal.

6. Referências

BUSATO, Paulo Cesar; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. *In*: **COMPLIANCE e direito penal**. Coordenação de Fábio André GUARAGNI, Paulo Cesar BUSATO. Organização de Décio Franco DAVID. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo Cesar. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro. Revista *Liberdades*, São Paulo, Ed. Especial, p. 98-128., set. 2012.

LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz. In: **COMPLIANCE e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira**. Organização de Bruno Espiñeira LEMOS et al. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ROCHA, Fernando A.N.Galvão da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito ambiental brasileiro**. Belo Horizonte, MG: Centro de Atualização em Direito – CAD, 2012.

NIETO MARTIN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal**. Iustel: Madrid, 2008.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica** – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). **Comentários à Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9605/1998** – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Institui novo Código Penal. Brasília: Senado, 09 jul.2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em 15 nov. 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 214, p. 17-18., set. 2010.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: POZO, José Hurtado (Coord.), Responsabilidad penal de las personas jurídicas, **Anuario Derecho Penal '96**, Grijley, 1997.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 3, n. 11, p.21-35, jul./set. 1995.

Canais institucionais de denúncia

*Paola Alcântara Lima Dumont*¹

1. Introdução

O presente artigo pretende refletir de maneira ampla sobre os aspectos objetivos e subjetivos dos canais institucionais de denúncia, por meio perspectiva de *compliance criminal*, em especial no que diz respeito questões afetas origem e ao anonimato da informação. O presente trabalho não pretende esgotar todos os pontos relacionados ao tema, apenas fixar os principais do assunto.

O objetivo é apresentar como o canal institucional denúncia funciona, os seus benefícios legislativos e práticos, bem como os pontos principais da operacionalização em companhias, bem como utilizá-lo de maneira não transgredir direitos e garantias individuais.

A importância do trabalho se dá em razão do aumento de estudos sobre *compliance*, em especial na área criminal, que ainda são incipientes e por surgir diversos questionamentos sobre implementação de programas de integridade e a necessidade de compatibilizar direitos e garantias individuais como ampla defesa e contraditório, com anonimato da origem da denúncia e possível investigação interna.

¹ Advogada Criminalista. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela PUC Minas (2019). Especialista em Ciências Criminais pela ESA- Escola Superior de Advocacia OAB/MG em parceria com Dom Helder Câmara (2017) Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016) Vice-Presidente da Comissão de Advocacia Criminal da OAB/MG. Coordenadora da coluna Vozes-Mulheres no site da Editora Empório do Direito.

2. O que é *compliance*?

Que o *compliance* tomou grande espaço no mundo jurídico, é um fato inegável. Desde o final do século passado, o programa de integridade passou ser considerado como grande instrumento de contenção e prevenção de crises. Todavia, em matéria criminal, considerando grandes operações policiais e MPF, alterações legislativas e repercussão midiática, qualquer empresa que almeje operar no mercado, sendo reconhecida como íntegra, confiável e com credibilidade deverá observar todos os princípios norteadores do programa para ser considerado eficiente.

Mas o que significa ter um programa de *compliance*? Já adianta que devemos pensar para além da tradução de “*estar em conformidade com algo*”. O *compliance* é um programa que envolve conjunto de medidas adotadas por uma sociedade empresarial com o fim de se ajustar às prescrições éticas e legais, evitando riscos reputacionais, trabalhistas, financeiros e jurídicos decorrentes da atividade empresarial.

No Brasil, em que pese ser possível observar posicionamento do tema na Lei de Lavagem de Capitais Lei 9.613/98, após publicação da Lei Anticorrupção, Lei 12.846/13, os programas de *compliance* tomou tamanha repercussão e disseminação sobre o tema, em especial, em face das investigações de corrupção e afins.

E aqui já digo que existem alguns benefícios referente um programa eficiente, pois no caso de desdobramento de repercussão criminal um dos pontos a ser avaliados é se o programa atende os efetivos fins a que se propõe, é possível haver atenuação (como previsto na Lei Anticorrupção brasileira) ou exclusão (conforme disposições do FCPA, dos EUA) da responsabilidade da sociedade. Nos termos do Decreto 8.420/2015, o percentual de redução da multa nos casos de responsabilidade administrativa por atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção pode variar entre 1% e 4%:

Art. 23. Com a assinatura do acordo de leniência, a multa aplicável será reduzida conforme a fração nele pactuada, observado o limite previsto no § 2º do art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013 .

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

3. Pilares do programa de integridade

Sendo assim, quais os elementos mínimos necessários para o correto funcionamento do programa e que o tornam apto a prevenir a ocorrência de ilícitos e de sanções, em outras palavras: *quais são os pilares do programa de compliance?* Os pilares são procedimentos organizados, compostos por diversos documentos, ações e ideias que permitem a elaboração de programa e que garantem confiabilidade do projeto.

Importante dizer: Antes de entrar especificamente nos pilares, em especial análise de risco do negócio, é necessário entender funcionamento da empresa, sua estruturação, padrão de recursos humanos, reputação, negócio e imagem, procedimentos jurídicos anteriores como bem dispõe Alana Luz:

Neste sentido, faz-se imprescindível o diagnóstico completo da realidade da sociedade, com o intuito de buscar as informações referentes à forma societária e estruturação administrativa, a composição do quadro diretivo e da hierarquia existente, bem com os critérios para a tomada de decisão. Além disso, é importante investigar a quantidade funcionários e o padrão de recursos humanos seguidos pela sociedade empresária, sobretudo em termos de progressão de carreira, com o objetivo de verificar qual a mensagem e os incentivos que são passados àqueles que atuam em nome daquela.(LUZ, 2019)

De maneira sucinta, o primeiro pilar do programa é o comprometimento da alta administração. É necessária demonstração que todos e em especial, alta administração estão de acordo com o programa de *compliance* e que todos estão comprometidos com normas éticas e valores da empresa. Aqui, é importante que além da imagem, da replicação de ações, alta administração se comprometa seguir orientações, bem como não meça esforços pessoais, gerenciais e financeiros para sua implementação.

Em segundo momento, é necessário realizar avaliação de risco. O que é conhecido como risco nada mais é do que os impactos negativos que podem afetar o negócio empresarial como o todo. É imprescindível que se tenha catalogação de dados, em especial das áreas de marketing, jurídico, recursos humanos, comercial, sempre avaliando o histórico, fatos e ações que envolvem e impactam: *negócio x imagem x reputação*.

É importante dizer que existem metodologias para tal avaliação. Vejam como interessante o método apresentado pela LEC: Analisar o Impacto, que pode ser gradual de insignificante ao extremo, bem como a Probabilidade de ocorrência, que vai de mínima até certeza de ocorrência, e a partir daí analisasse os riscos com maior ou menor intensidade.

Também é necessário que seja elaborado código de conduta, políticas ou diretrizes internas. Aqui geralmente o questionamento se dá no que deve ser abordado pelo código. As orientações são de que após analisar os maiores riscos para empresa e quais são as ações para afastar ocorrência. Geralmente, os temas mais abordados são de anticorrupção, lavagem, cortesia, conflito de interesses, interação com setor público, em razão da própria regulação brasileira.

Adiante, é necessário que os controles internos da empresa também sejam criados, eles serão considerados como regras e procedimentos, traçados nos riscos e com base na elaboração de plano de ação com metodologia para trazer confiabilidade e lisura nas ações e informações da companhia.

Posteriormente, deverá ser realizado o treinamento, comunicação e aferição das regras de *compliance*, isto porque é necessário que todos tenham conhecimento e estejam cientes das normas, bem como seja replicado, executado, efetuado o reforço contínuo, e educação continuada, seja para colaboradores internos ou externo, para terceiros, fornecedores e prestadores de serviços.

Ademais, não menos importante um dos pilares para manter um programa integro, é necessário o estabelecimento de um canal de denúncia. Neste momento entraremos no objeto do presente trabalho.

4. Canal institucional de denúncia

O que é um canal de denúncia? São canais de comunicação, disponíveis ao público interno, terceiro ou externo (*stakeholders*), para a denúncia de irregularidades ou crimes em momentos passados ou presentes relacionadas à sociedade empresária, seus funcionários, diretores ou outros que tenham relação direta com empresa e podem impactar o negócio como todo no caso de exposição de risco.

Devem ser acessíveis pelos mais variados meios os mais clássicos como e-mail, telefone, fax até os considerados mais modernos, como aplicativos, canais terceirizados, mas todos com intuito de garantir a confidencialidade das denúncias e permitir a comunicação de quaisquer fatos e/ou pessoas relacionadas à empresa ou seus diretores sejam possíveis de investigação e punição, se necessário.

O mecanismo de registro deve permitir o envio de documentos, fotos, vídeos e outras evidências relacionadas aos fatos denunciados.

Quando empresa assume programa de integridade ela também assume papel proativo na observância nas leis e regulamentos, e demais valores relacionados a sua atividade.

Merecem destaque, outrossim, as previsões relacionadas aos canais de denúncia facultativos para microempresas e EPP, obrigatório para

empresas com capital aberto e para empresas com capital aberto que atuam no EUA ou RU, também é obrigatório vejamos:

No que se refere aos canais de denúncia, além de prever um completo sistema de proteção, a Sarbanes-Oxley exigia das sociedades listadas em bolsas do EUA, a suas subsidiárias e também- e o que é mais importante- às sociedades estrangeiras que ofereçam valores imobiliários em algum dos mercados de valores do EUA que estabelecessem em seu Comitê de Auditoria procedimentos (i) para a recepção, custódia e tratamento de queixas recebidas pelos auditores em relação a contabilidade, controles contábeis internos ou questões de auditoria; e (ii) para as denúncias confidenciais e anônimas que os empregados possam apresentar em relação a práticas contábeis ou de auditorias questionáveis (seção 301-4). Na prática, estas mudanças na lei provocaram uma rápida expansão nos canais de denúncia: a maioria das grandes empresas, ao oferecer valores e ações no mercado de valores do EUA, deveria estruturar e implementar canal de denúncias para cumprir disposições de lei. (Moreno, 2019.p.264)

Existem diversos benefícios com implementação do canal de denúncia, tais como promoção de um ambiente de trabalho ético e responsável. Aqui é necessário ter cuidado, pois em que pese necessidade de se ter o incentivo, a empresa não pode criar ambiente policialesco, fazendo com que os colaboradores vigiem uns aos outros.

Ademais, também transmite credibilidade e confiança a todos os públicos que possuem interesse com empresa, tais como colaboradores, acionistas, fornecedores, clientes e consumidores e a comunidade e sociedade em geral.

Contribui ainda como uma peça importante da engrenagem de gestão de riscos, pois através das informações que são recebidas retroalimentam, ao indicar os desvios, irregularidades ou crime, por meio de procedimento de avaliação de risco e orienta as ações de melhoria contínua. Neste sentido, informa Beatriz Garcia Moreno:

Um canal de denúncia, no marco de um programa de *compliance* sólido, pode ser um instrumento tremendamente valioso, pois coloca à disposição da companhia uma fonte de informação de primeira mão, que pode ser verda-

deiramente útil a efeitos de elidir uma possível responsabilidade penal. De um lado, será uma ferramenta a mais para o exercício do devido controle e, dará ademais, as chaves para melhorar ou reconfigurar outras. O canal proporcionará as evidências mais claras de efetividade (ou a falta de) do programa, pois se funciona adequadamente, registrará os descumprimentos e facilitará a adoção de medidas disciplinares. A informação obtida através do canal será, por isto um elemento chave nas avaliações e estruturas periódicas às quais devem submeter um programa de *compliance*, pois permitirá comprovar se análise de risco se realizou adequadamente e se as estratégias e protocolos estão segundo o previsto. (Moreno, 2019.p.260)

Importante mencionar que em linhas gerais os canais de denúncia excessivamente complicados, inacessíveis e difíceis de modo geral, que restringem o objeto ou os sujeitos da investigação, que dispõe de muitas informações e que não garantem a confidencialidade tendem a ser inócuos, pois desincentivam o compartilhamento de informações, seja pelo procedimento de acesso, pela falta de descrição ou represálias.

Seu papel não se esgota apenas na prevenção de infrações, mas sim no sentido de que elas devem ser detectadas, investigadas e sancionadas.

É imprescindível que as denúncias recebidas sejam levadas em consideração, é importante que se crie métodos e com eles o desenvolvimento de investigações internas, em especial aqueles em que se trate de fatos rotineiros práticas criminosas. A investigação é recomendável, ainda, nos casos em que auxilie na correção de algum defeito do programa e naquelas hipóteses prévias à aplicação de sanções.

Vale dizer que a falta de atividade ou o mal-uso do canal de denúncia da companhia será reflexo da escassa vigência do programa de *compliance* mal desenhado ou que cumpre apenas o papel cosmético, como dispõe Beatriz Garcia Moreno (Moreno, 2019. p. 259).

É importante também mencionar que após o desenvolvimento da investigação interna, se houver apuração de prática criminosa, é necessário que exista comunicação para instauração de investigação externa, por órgãos oficiais, o procedimento interno tem o seu valor, notadamente

pela facilidade de acesso às provas e demais elementos de informação e imediatividade do procedimento. Este procedimento, de modo geral, tem que seguir os mesmos padrões do procedimento criminal, sempre atendendo para que sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais², devem ser observados, por exemplo realização de toda documentação por escrito, possibilidade de questionamento, possibilidade de produção elementos defensivos, oitiva de testemunhas dentre outros.

Na prática, para desenhar um canal de denúncias efetivo, muitas variáveis são devem ser consideradas, sejam objetivos ou subjetivos. Como já adiantado, deve-se avaliar o ramo da atividade, perfil, o grau de comprometimento com programa, mas, sobretudo, deve ser demonstrado a confiança no sistema, por meio de seriedade e rigor, não só do canal, mas do programa como um todo.

Do ponto de vista de características subjetivas, o canal para funcionar, tem que identificar fontes potenciais de informação (sujeitos ou grupos). Mais relevantes são: funcionários, que trabalham dia a dia com demais funcionários e colaboradores, gestores que conhecem os procedimentos e conseguem avaliar os riscos. Gerentes e administradores, pois tem conhecimento de gestão do negócio e atuações importantes. Fornecedores, parceiros e clientes, passam por procedimentos que podem afetar empresa e os stakeholders, possuem interesse na atividade da empresa.

É importante mencionar que todos que se envolvam com empresa, tem legitimidade passiva para ser alvo do canal, até mesmo em razão da atividade que exercem na companhia e a repercussão de seus atos.

E para quem é destinado informações disponibilizadas? A resposta aqui se baseia na capacidade da empresa em que criar ambiente agradável e confiável, que passa também pela alocação de setor, financeiro e pessoas que demonstrem capacidade e integridade para lidar com comunicações, é necessário que seja criado ambiente neste sentido.

² a exemplo da intimidade, do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência

Assim, a área responsável pelo canal de denúncias deve, obrigatoriamente, prestar contas periodicamente de suas atividades e dos resultados diretamente a ele, pois por meio de tais atividades demonstra não só para os gestores, mas os demais envolvidos (clientes, colaboradores e etc.) que os assuntos trazidos são tratados com preocupação e responsabilidade, no sentido de evitar danos maiores e ou futuros.

Conforme já dito anteriormente, é necessário ter cuidado com incentivo, para não criar estado policial e ambiente hostil entre os funcionários, o que vai em desconformidade com os valores do próprio programa. Não distribuir obrigação de comunicar para todos, todo momento e por qualquer ação, apenas para especialidades específicas de desvios, irregularidades e práticas de crimes, sugestões, elogios ou até insatisfações trabalhistas devem ser tratadas por outras áreas. O recomendável é: na dúvida, informe, mas com total responsabilidade. Transmite imagem de confiabilidade e integridade a todos os envolvidos.

É importante ter muita cautela no tratamento dado a denúncias de assédio, agressão e discriminação. Em geral, estes são temas bastante sensíveis para as empresas que, em sua maioria, prezam pelo respeito como um de seus valores organizacionais. Por outro lado, são discussões que, se não forem direcionadas via canal de denúncias e tratadas por um processo estruturado de apuração, deixam de chegar ao conhecimento da gestão, ou quando chegam, tendem a ser abafadas ou simplesmente tratadas de modo a agravar o problema ao invés de resolvê-lo. Sendo assim, justificasse sua prioridade no trato.

Vale dizer ainda que a iniciativa de implementar o canal denúncia corresponde empresa, mas não necessariamente quer dizer que o canal deva ser gerido e administrado por ela. Existem vantagens na aplicação de modelo de gestão terceirizado.

Isto porque, a depender do aspecto reputacional da empresa, optar em ter pessoas independentes e imparciais no recebimento de denúncia, custódia dos documentos e realização de investigação interna transmite credibilidades, pois terceiros que não tem interesse na situação apresen-

tada, que não sejam influenciados por trabalhadores e até setores, transmite que todas comunicações são levadas a sério.

Ademais, a vantagem também diz respeito à proteção das informações e de quem realiza denúncia, os fatos, resultados e pessoas envolvidas merecem responsabilidade com sigilo, bem como protege na exposição midiática ou judicial.

Por fim, cabe ressaltar que demonstra cuidado com efeitos da responsabilização criminal, no sentido de demonstrar criação de meios para cuidados e ações, e a posição de garante.

No que diz respeito às características objetivas é importante abordar inicialmente que as comunicações recebidas devem ter conteúdo acusatório, indicar infração, desvio ético ou prática criminosa, e o que mais for necessário para empresa, de acordo com sua política.

Ademais, a delimitação do âmbito material das comunicações deve ter em voga a gravidade da conduta, deve ser filtrado pelo setor ou pessoa destacada para lidar que existem classificação das informações e prioridade de tratamento. As ações indicadas que atingem diretamente empresa, bem como prática criminosa devem ser tratadas como prioridade.

É importante mencionar novamente que para canal eficiente tem que existir uma divisão, é necessário diferenciar de canais de sugestão, reclamações ou elogios do canal de denúncias, isto porque os temas são diferentes e assim precisam ser considerados.

Noutro giro, tema que causa grande discussão sobre os canais institucionais de denúncia giram em torno de denúncias falsas de má-fé ou até mesmo sobre confiabilidade e anonimato.

Isto porque, após definido o âmbito material do canal, é necessário traçar o limite ao conteúdo e ao nível de certeza da informação reportada. Pois uma posição permissiva permitirá que denúncias baseadas em meros rumores, poderá caminhar e abrir espaço para denúncias de má-fé, enquanto uma postura incisiva e exigente fará com que denúncias sejam escassas e podem não atingir todos os âmbitos da companhia.

Logo, o que parece ser mais razoável é que nenhuma denúncia comesse ser tratada como verdade absoluta, mas que a empresa divulgue os canais, os conteúdos principais para comunicações, mas que também tenha previsões de responsabilização administrativas e até criminais para o mau uso do meio através de denúncias de má-fé, devidamente comprovadas.

Por fim, vale dizer sobre o tratamento das informações, pois não se limita apenas tratar comunicação em específico, para garantir a eficiência e transparência do canal, outros reportes complementares são importantes. Estes, não precisam necessariamente conter os detalhes dos casos, mas, sim, disponibilizar aos denunciantes a possibilidade de tomar conhecimento de um encaminhamento da denúncia feita, isto transmite segurança e credibilidade.

Ademais a comprovação e registro, todo o material e experiência tirados de cada caso devem constituir fonte para retroalimentar toda a estrutura do canal de denúncias. Um caso específico pode, por exemplo, demonstrar que o código de conduta é vago ou ausente em determinado tema, ou ainda que não havia política para outro caso. Muitas vezes pode ficar claro que treinamentos complementares serão necessários.

5. Conclusão

Diante de todo o aqui exposto, o presente trabalho tentou abordar os aspectos gerais de um programa de integridade eficaz, perpassando pelos pilares básicos, em especial, o pilar que diz respeito aos canais institucionais de denúncia.

No que tange os canais institucionais de denúncia, abordamos o que é o canal institucional, como os eles funcionam, os aspectos objetivos e subjetivos do mesmo. Abordamos também os pontos referente a má-fé em relação ao uso do canal.

Concluímos que o canal institucional de denúncia é um excelente meio para obtenção de desvios e irregularidades observados por terceiros

e uma forma de apuração e aperfeiçoamento do programa de compliance.

Contudo, é necessário que empresa tenha em mente que é possível fazer o mau uso do canal e a necessidade de responsabilização administrativa pelo ato, bem como necessidade de respeitar e garantir que durante investigações internas sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais dos envolvidos.

6. Referências.

BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal *compliance*: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LEC. Legal Ethics Compliance. Os pilares de programa de compliance. Disponível em: <<http://conteudo.lecnews.com/ebook-pilares-do-programa-de-compliance>>. Acesso em 05 dez 2019.

LUZ, Ilana Martins. Compliance e omissão imprópria. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LUZ, Ilana Martins. Esboço de uma teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/ilana-martins-esboco-elementos-compliance-eficaz>>. Acesso em 02 dez 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. GOMES, Rafael Mendes. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

SARCEDO, Leandro. *Compliance* e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance*, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

Considerações sobre o anonimato e sigilo de *whistleblowers* no Brasil

*Felipe Machado Prates*¹

1. introdução

No contexto das novas formas de divisão do trabalho e controle do capital impulsionado pelos avanços tecnológicos e pela globalização, principalmente no seio das grandes corporações, o *compliance* vem ocupando, cada vez mais, foco de discussão e desenvolvimento. Embora essa tendência se apresente já há algumas décadas, diversos assuntos ainda estão sendo debatidos e regulamentados nos dias atuais, inclusive quanto às suas implicações na seara criminal.

Como destaca Heloisa Estellita², a organização empresarial moderna é marcada por características como delegação e fragmentação de tarefas entre diversas pessoas, o que faz com que resultados delitivos sejam frequentemente reconduzíveis a um aglomerado de condutas que, isoladamente, não denotam práticas criminosas. Aliando-se tais aspectos ao fato de que os crimes empresariais atingem, predominantemente, bens jurídicos difusos ou supraindividuais, os membros de uma organi-

¹ Advogado criminalista. Doutorando e mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da UFMG.

² ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 71-72.

zação empresarial acabam sendo as pessoas que possuem a melhor capacidade de identificação de práticas ilícitas no seu seio³.

O informante, ou *whistleblower*, é um dos temas cuja normatização vem sendo promovida atualmente no Brasil, tal como feito na Lei nº 13.964/19, o chamado “Pacote Anticrime”. No âmbito do *compliance*, conceitua-se o informante como sendo uma pessoa que revela informação sobre práticas ilícitas ou antiéticas de uma organização ou de sujeitos que a compõe. A figura do informante encontra-se aliada à noção de que, amiúde, o conhecimento dos fatos negativos relatados a terceiros decorre da condição possuída pelo informante de membro daquela própria organização⁴.

Embora alguns autores tratem o termo *informante* como gênero bastante amplo⁵, o informante propriamente dito, ou *whistleblower*, se distingue daquele sujeito que se vale de delação premiada, na medida em que o informante não possui envolvimento com os ilícitos narrados e tampouco ocupa papel de suspeito ou acusado, sendo processualmente desinteressado⁶. Além disso, aduz-se também não serem classificados como informantes as pessoas que possuem obrigação legal de identificar e reportar ilícitos, tal como o *compliance chief officer*.

A figura do informante tem sido relevante ferramenta em programas de *compliance*, havendo estudos indicativos de que denúncias feitas por membros de dentro da organização empresarial constituem o maior fator de identificação de fraudes⁷. A constatação da importância do in-

³ LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz. In: COMPLIANCE e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. Organização de Bruno Espíneira LEMOS et al. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 477-478.

⁴ Cf. MORENO, Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 259; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Whistleblowing: una aproximación desde del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 19.

⁵ Nesse sentido, ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Temas Relevantes. Vilvana D. Zanellato (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 362.

⁶ TAMBORLIN, Fábio Augusto. Pacote anticrime e Whistleblower: um ponto dentro da curva. In Boletim IBCCRIM, Ano 27, nº 323. Out/19, p. 21.

⁷ Cf. SPINELLI, Mário Vinícius Classen. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed., São Paulo:

formante tem suscitado, assim, a busca pelo aprimoramento de práticas aptas a incentivar o reporte de fatos ilícitos, tais como a criação e divulgação de canais internos de denúncia (*hotlines*), concessão de recompensas financeiras e adoção de medidas que protejam o informante contra retaliações dentro e fora do ambiente de trabalho.

Se o desenvolvimento de diretrizes e normas relacionadas ao informante se faz importante, notadamente aquelas voltadas para a sua proteção, por outro lado há que se lembrar da imperiosa necessidade de assegurar sua compatibilidade com as garantias conferidas aos acusados no bojo de investigações e processos penais. Isso porque o surgimento de leis e projetos de lei sobre a temática, como se demonstrará adiante, tem colocado em evidência a tensão entre efetividade de programas de *compliance* e direitos do acusado, principalmente no que se refere à proteção da identidade do informante.

2. Medidas de proteção ao informante

O estudo de leis estrangeiras e diretrizes internacionais sobre proteção de informantes revela uma ampla gama de medidas à disposição do legislador e de empresas e que podem ser destinadas a esse fim. Muitas dessas formas de proteção possuem natureza laboral, impedindo que o informante receba retaliações que o discriminem ou prejudiquem de alguma forma no trabalho, mediante atos como demissão, imposição de transferência de localidade, rebaixamento de cargo, redução na remuneração, exclusão de treinamentos etc. Sob o ponto de vista processual, ainda, advoga-se uma inversão do ônus probatório, pelo que caberia ao empregador que tiver sido denunciado demonstrar que atos tomados contra um empregado informante não possuem natureza retaliatória.

Outras medidas identificáveis no direito comparado são a existência de normas protegendo os informantes contra acusações de violação à honra dos denunciados e contra atos de *lawfare*, criminalização da prática de retaliações a informantes, facilitação para que os informantes denunciem atos de retaliação e até mesmo acesso mais amplo dos informantes à órgãos do poder judiciário. Medidas destinadas a garantir o anonimato ou sigilo da identidade do informante, por sua vez, também se fazem fortemente presentes no tratamento do assunto.

Dentre as principais referências em matéria de proteção ao informante, pode-se citar o *Public Interest Disclosure Act*, do Reino Unido⁸, a *Lei Sarbanes-Oxley*, dos Estados Unidos⁹, bem como documentos como o *Guiding Principles for Whistleblower Protection Legislation*, da OCDE¹⁰, e o *Recommended draft principles for whistleblowing legislation*, da Transparência Internacional¹¹.

Embora o Brasil tenha se tornado há quase duas décadas signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e da Convenção da Organização dos Estados Americanos contra a Corrupção, que fomentam a incorporação de políticas de incentivo e proteção ao informante no ordenamento jurídico, o tratamento legal do tema era, até recentemente, bastante escasso. Uma das poucas referências legais sobre o assunto, por exemplo, era o Decreto Federal nº 8.420, que em seu art. 42, X, regulamenta parâmetros sancionatórios da Lei nº 12.846/13, dispondo como um dos critérios para aferição de programas de integridade a existência de “canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé”.

⁸ Disponível na internet em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/23/contents>>. Acesso em 01.12.2019.

⁹ Disponível na internet em <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ204/pdf/PLAW-107publ204.pdf>>. Acesso em 01.12.2019.

¹⁰ Disponível na internet em <<https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em 30.11.2019.

¹¹ Disponível na internet em <https://www.transparency.org/files/content/activity/2009_PrinciplesForWhistleblowingLegislation_EN.pdf>. Acesso em 30.11.2019.

Diante da parca legislação sobre o tratamento de informantes no Brasil, empresas nacionais sempre se voltaram para práticas e diretrizes estrangeiras ao estruturarem os canais de denúncia em seus programas de *compliance*. Dentre os tópicos que a própria empresa goza de ampla liberdade de regulamentação tem-se, por exemplo, a escolha dos canais para oferecimento de denúncias, os assuntos passíveis de denúncia, as pessoas que podem utilizar o canal, eventuais exigências de identificação do informante, as pessoas com acesso às informações recebidas, o encaminhamento das denúncias às autoridades públicas, as iniciativas que serão tomadas pela empresa diante das denúncias etc.

Especificamente no que tange a identidade do informante, depara-se a empresa, a princípio, com três possibilidades: (i) admitir que o informante apresente denúncias de forma anônima; (ii) exigir a identificação do informante, assegurando o sigilo de sua identidade e (iii) exigir a identificação do informante para o recebimento de denúncias e não conceder proteção à sua identidade.

Sobre os caminhos que podem ser seguidos na estruturação de um canal de denúncias, Beatriz García Moreno¹² explica que

optar por um sistema de denúncias anônimas oferece maiores garantias ao denunciante, o que favorece a efetividade do canal. Os empregados se mostrarão menos reticentes a utilizar a hotline se para isto não têm que proporcionar seus dados, pois só desta maneira se assegura autêntica proteção frente a represálias ou outro tipo de consequência derivadas de sua denúncia. Mas o anonimato apresenta também alguns problemas. A facilidade para realizar as denúncias poderia fomentar denúncias por vingança ou com ânimo de prejudicar a um companheiro ou a um superior, com a conseguinte dificuldade para empreender ações contra o denunciante de má-fé, cuja identidade se desconhece. Por tudo isto, a configuração preferida, tanto pela doutrina como pelas autoridades de proteção de dados, é a da confidencialidade. E também por este modelo optaram a maioria das companhias.

¹² MORENO, Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 278.

A enorme maioria dos programas de integridade se divide entre as duas primeiras opções, que fornecem ao informante uma confidencialidade tida por diversos autores e organismos internacionais como proteção indispensável para a efetividade de um canal de denúncia.

Recentemente, tratando sobre obrigações de empresas de transportes terrestres, a Lei nº 13.608/18 inseriu a responsabilidade dessas empresas de manter “Disque-Denúncia” com garantias de anonimato e sigilo ao informante. De forma recôndita, assim, o legislador deu um primeiro passo no tratamento do tema, antecipando os rumos que vieram a ser tomados de forma mais ampla com a Lei nº 13.964/19¹³, o Pacote Anticrime.

3. Tratamento do informante na Lei nº 13.608/18: panorama anterior às alterações da Lei nº 13.964/19

Em janeiro de 2018 entrou em vigor a Lei nº 13.608/18, que de maneira bastante breve criou a obrigação de divulgação de “Disque-Denúncia” por empresas de transportes terrestres (art. 1º, I) e dispôs sobre a concessão de garantia de anonimato (art. 1º, II), asseguramento de sigilo dos dados para as pessoas que se identificarem (art. 3º) e o oferecimento de recompensas pelo oferecimento de informações “úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos” (art. 4º).

O diploma legal em epígrafe alinhou-se à mencionada tendência de abertura do ordenamento brasileiro aos *whistleblowers* anônimos e sigilosos e de proteção desses predicados ao longo da investigação e do processo.

¹³ Por meio desta lei, passaram a vigor no ordenamento algumas disposições mais específicas sobre a proteção de informantes, v.g. “será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas”.

O texto, todavia, incitava a colocação de algumas importantes perguntas: o informante sigiloso somente poderia ser arrolado pelo Ministério Público como testemunha em processo criminal se estivesse de acordo com isso? Se o informante sigiloso fosse arrolado como testemunha pelo Ministério Público, sua identidade poderia ser mantida em sigilo em relação ao acusado e seu defensor?

Sobre a última pergunta, veja-se que ao apreciarem o Provimento nº 32/2000 da Corregedoria-Geral de Justiça do TJSP, que regulamenta a Lei de Proteção à Testemunhas (Lei nº 9.807/99) e restringe o acesso do réu à identidade de testemunhas protegidas, ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal indicaram não haver inconstitucionalidade por suposta ofensa da plenitude da defesa e do contraditório, em razão de “tal Provimento garantir ao advogado do réu pleno e integral acesso aos dados pessoais e reservados da testemunha sob proteção”¹⁴.

Noutro giro, no julgamento do Mandado de Segurança 24.405/DF, em 2003, o Excelso Pretório declarou inconstitucional a previsão de sigilo de informantes existente no art. 55, § 1º da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92), por violação ao art. 5º, incisos V, X, XXXIII e XXXV, da Constituição Federal. A decisão sinalizou inegável repúdio ao anonimato e ao sigilo de informantes e indicou o direito do acusado de conhecer a identidade de quem lhe acusou, tendo o Senado Federal, em seguida, suspenso a eficácia desse dispositivo, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

De maneira surpreendente, em agosto de 2019 entrou em vigor a Lei nº 13.866/19, que acrescentou parágrafo ao art. 55 da Lei Orgânica do TCU com praticamente a mesma definição sobre sigilo declarada inconstitucional pelo STF no MS 24.405/DF e suspensa pelo Senado. Oportuno ressaltar o vigor com que o relator do MS 24.405/DF, Ministro Carlos Velloso, apresentou seu libelo contra o anonimato e o sigilo de denunciante, assim como o não-enquadramento dessas hipóteses ao sigilo mencionado no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal.

¹⁴ HC 124614 AgR. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 10/03/2015.

Na mesma linha da Lei nº 13.866/19, em seguida foi publicado o Decreto Presidencial nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019, que dispôs sobre a proteção da identidade de denunciante de ilícitos no âmbito da administração pública federal. Nele consta, por exemplo, que:

Art. 6º O denunciante terá seus elementos de identificação preservados desde o recebimento da denúncia, nos termos do disposto no § 7º do art. 10 da Lei nº 13.460, de 2017.

§ 1º A restrição de acesso aos elementos de identificação do denunciante será mantida pela unidade de ouvidoria responsável pelo tratamento da denúncia pelo prazo de cem anos, conforme o disposto no inciso I do § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527, de 2011.

§ 2º A preservação dos elementos de identificação referidos no caput será realizada por meio do sigilo do nome, do endereço e de quaisquer outros elementos que possam identificar o denunciante.

Ainda que tenha havido mudanças legislativas diversas após o julgamento do MS 24.405/DF, realizado no ano de 2003, tal como a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), e que manifestações posteriores no âmbito do próprio STF indicassem um prognóstico de maior tolerância ao anonimato e sigilo de informantes, é inegável que o sigilo de identidade prometido a informantes em canais de denúncia corporativos, pelo governo (vide Decreto nº 10.153/19) ou pelo próprio legislador (tal como feito no art. 3º da Lei nº 13.608/18) encontrava-se à mercê de um considerável risco de descumprimento. Destaca-se, nessa linha, que a própria Constituição Federal, no art. 93, IX, desautoriza a limitação de publicidade de atos processuais face o advogado do réu, proibindo-a mesmo diante da necessidade de preservar o direito à intimidade da pessoa interessada no sigilo.

Beatriz García Moreno, no sentido do alerta supra, anota que¹⁵

¹⁵ MORENO, Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 279.

os problemas dos canais que optam pela confidencialidade aparecem quando a investigação e o procedimento para sancionar ao responsável transcendem as fronteiras da companhia e acabam em mãos do Promotor de Justiça ou do Juiz. A proteção da identidade do whistleblower cai diante de uma ordem judicial e, ainda recebendo tratamento de testemunha protegida, sua denúncia ao final terá trazido consequências negativas. Isto implica uma perda de efetividade do sistema de denúncia e, em geral, do programa de compliance da entidade, pois desincentiva a denúncia e dificulta a detecção de irregularidades. Pois bem, este não é um problema que se apresente unicamente a respeito da informação obtida através do hotline, senão que se apresenta em geral com toda a informação gerada a partir de programa de compliance.

Durante os dois anos em que a Lei nº 13.608/18 esteve vigente em sua redação original, contudo – mesmo com as dúvidas relativas à sua aplicação e o contexto jurisprudencial incerto antecedente a sua promulgação –, suas disposições passaram incólumes a maiores questionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

4. Tratamento do informante na Lei nº 13.964/19

Uma regulamentação mais profunda sobre o informante foi apresentada no Projeto de Lei nº 882/19, o Pacote Anticrime, que em seu art. 14 propunha alterações na Lei nº 13.608/18. O projeto, que deu ensejo à Lei nº 13.964/19, foi aprovado com algumas alterações no texto proposto originalmente para a regulamentação da figura do informante.

A lei em testilha criou a obrigação de manutenção de unidades de ouvidoria e correição por parte de entes da Administração Pública e inseriu medidas de proteção ao chamado informante de boa-fé, tais como “isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato” (art. 4º-A, p.u), proteção contra “demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas” (art. 4º-C, *caput*) e ressarcimento em dobro “por eventuais danos

materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais” (art. 4º-C, § 2º).

No que tange a proteção de identidade, a lei prevê que a quebra do seu sigilo ocorrerá exclusivamente quando houver concordância por parte do informante, conforme se extrai do art. 4º-B, *caput* e parágrafo único.

As inserções legais em questão mantêm diversos pontos dúbios que já pairavam sobre a Lei nº 13.608/18. Haverá alguma situação em que a identidade do informante poderá ser revelada sem sua aquiescência? A identidade do informante será mantida em sigilo em relação à quais pessoas? O informante sigiloso poderá ser compromissado e contraditado em juízo de alguma forma?

Como se denota, a manutenção do sigilo é tratada pela lei como regra geral, arredável apenas se existir “relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos” e concordância formal do informante. A regra inverte a lógica de que o réu deve poder conhecer a identidade das vítimas e das testemunhas, como indica o art. 187, § 2º, inciso V, do Código de Processo Penal¹⁶, limitando o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo acusado.

Se a preservação da identidade do informante que utiliza canais de denúncia públicos ou privados é tida como crucial para uma política efetiva de prevenção de ilícitos e aparenta estar justificada por critérios de proporcionalidade, o mesmo não se pode dizer da utilização do depoimento em sigilo como fundamento condenatório e da admissão do informante sigiloso no processo como testemunha.

O conhecimento da identidade das vítimas e testemunhas do processo criminal pelo acusado é fundamental para garantir-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa, de forma que se um informante tem sua identidade mantida em sigilo, seu depoimento não deveria ser utili-

¹⁶ “Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. (...) § 2º Na segunda parte será perguntado sobre: V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;”.

zado para apoiar uma sentença condenatória. Por essa razão, mostra-se de todo inadequada a possibilidade de o juiz considerar que a identificação do informante perante o acusado é prescindível para efeito de utilização do depoimento por ele prestado.

Apesar de inserir os requisitos apontados por diversas entidades como caracterizadores de uma legislação ideal sobre *whistleblowers*, o texto da Lei nº 13.964/19 carece de aprimoramento em diversos pontos¹⁷, principalmente no que se refere a vedação de utilização, no processo criminal, de depoimentos de informantes cobertos por anonimato ou sigilo. Considera-se inarredável, nesse ponto, a máxima de que “deve ser assegurado ao réu conhecer o nome das pessoas da vítima e das testemunhas que sustentam a acusação contra si, erigindo-se tal assertiva em status de condição *sine qua non* à garantia do *due process of law* num verdadeiro Estado Democrático de Direito”¹⁸.

Como afirma Ferrajoli¹⁹,

os procedimentos de formulação de hipóteses e de averiguação da responsabilidade penal devem desenvolver-se à luz do sol, sob o controle da opinião pública e sobretudo do imputado e seu defensor. Trata-se do requisito seguramente mais elementar e evidente do método acusatório.

As inúmeras zonas de penumbra legal impregnadas na legislação proposta criam, dessa forma, grande preocupação, não só pelo espaço que dão para interpretações aptas a conferir ao processo criminal uma natureza kafkaniana, mas também por despejarem insegurança jurídica sobre uma questão tão sensível quanto uma promessa de sigilo feita a um informante.

¹⁷ Rodolfo Prado pontua, por exemplo, que “como está escrito o projeto hoje, quem recebe a informação por meio de seu ofício [v.g. *chief compliance officer*], por exemplo, poderia ir às autoridades competentes e pleitear recompensa por aquela informação, criando uma espécie de “mercado paralelo de informação”, semelhante ao *insider trading*” (PRADO, Rodolfo Macedo do. O *whistleblowing* no âmbito do Pacote Anticrime: entre erros e acertos. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 27, n. 324, p. 13-15., nov. 2019).

¹⁸ ROTH, Ronaldo João. O sigilo do nome de vítimas e testemunhas ameaçadas no processo penal militar e seus limites. In Revista de Direito Militar, n. 69, jan/fev 2008, p. 27.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 567.

5. Informante anônimo ou sigiloso e valor probatório

Após um período de certa controvérsia sobre o valor probatório de denúncias anônimas (também chamadas de notícias-crime inqualificadas) e sua aptidão para colocar em movimento a máquina investigativa estatal, os tribunais superiores consolidaram entendimento no sentido de que, recebida denúncia dessa natureza, cabe à Polícia ou ao Ministério Público realizar diligências preliminares sigilosas para verificar a procedência dos fatos relatados, podendo ser formalizada a instauração de inquérito se os elementos de informação colhidos lhe derem suporte.

A postura a ser adotada pela autoridade policial que recebe uma denúncia anônima foi bem resumida no julgamento do HC 95244/PE pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, assim ementado:

Habeas corpus. Constitucional e processual penal. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. [...] 1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC nº 84.827/TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23/11/07), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa "denúncia" são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações. [...] ²⁰

Compreende-se, nessa linha, que uma *delatio criminis* apócrifa pode ensejar investigações informais, desde que sem qualquer mitigação dos direitos de sigilo e intimidade do acusado e sem deflagração de medidas judiciais. Extrai-se que a formalização de uma investigação pode ocorrer, portanto, por força de elementos de informação colhidos a partir da denúncia anônima, substituindo-a.

²⁰ HC 95244, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 23/03/2010.

Como bem leciona Rodrigo Iennaco de Moraes²¹:

Com a verificação da procedência da informação veiculada na denúncia anônima, imperativo que se impõe à autoridade pública como dever constitucional, a notícia de crime originalmente apresentada é descartada e integralmente substituída pelas novas informações, autênticos elementos de convicção aptos à formação da *opinio delicti*. Essas informações irão fundamentar a instauração do procedimento formal, a futura ação penal, a instrução processual e assim sucessivamente.

O reconhecimento de que denúncias anônimas podem ser apuradas, por outro lado, não significou um afastamento da vedação ao anonimato (CF/88, art. 5º, IV) ou da obrigação legal de testemunho (CPP, art. 206). O Código Penal deixa claras essas questões ao prescrever como causa de aumento do crime de denunciação caluniosa o fato de o agente se servir de anonimato (CP, art. 339, § 1º), bem como ao tipificar como falso testemunho a conduta de “negar ou calar a verdade como testemunha” em “processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral” (CP, art. 342, *caput*).

De acordo com a legislação, ninguém possui, via de regra, obrigação legal de denunciar crimes ou de se apresentar às autoridades como alguém capaz de contribuir com a apuração de um crime²². Adicionalmente, é dever da autoridade policial “*colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias*” (CPP, art. 6º, III), bem como direito do acusado, consectário da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV) expressamente previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2, “f”), obter o comparecimento e inquirir, em juízo, “*pessoas que possam lançar luz sobre os fatos*”.

É interessante notar, a partir dos dispositivos legais supracitados, uma contrariedade do ordenamento ao *status* de anonimato ou sigilo de

²¹ MORAES, Rodrigo Iennaco de. Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no Estado Democrático de Direito. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 62, v. 14, 2006, p. 260.

²² Existem algumas exceções, como, por exemplo, no caso de servidores públicos, constituindo contravenção penal a omissão em comunicar à autoridade competente crime de ação pública incondicionada que tenha chegado a seu conhecimento no exercício da função pública, conforme prevê o art. 66, I, da Lei de Contravenções Penais.

informantes como algo a ser objeto de incentivo ou tutela pelo poder público. A visão de que a investigação e a identificação daqueles que tenham algum conhecimento sobre os fatos é dever das autoridades e de que o testemunho é uma obrigação legal dessas pessoas, contudo, colide frontalmente com a ideia do anonimato ou sigilo do informante como elemento indispensável para a efetividade de programas de *compliance*.

A proteção do anonimato e do sigilo de informantes é defendida por Vladimir Aras a partir do entendimento de que a própria Constituição Federal tutela, no art. 5º, XIV, o sigilo da fonte necessário ao exercício profissional, o que se aplica, em suas palavras, tanto para o trabalho do jornalista quanto para o trabalho do policial. A preservação da identidade do informante, assim, seria imprescindível para a atividade policial²³.

Aras também justifica o sigilo da identidade de informantes, inclusive quando ouvidos em juízo, com base no art. 7º, IV, da Lei de Proteção de Testemunhas (Lei nº 9.807/99) e no art. 23, VIII, da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), aduzindo ser possível classificar tais informações nas categorias de ultrassecretas, secretas ou reservadas, mantendo sua proteção por 25, 15 e 5 anos, respectivamente²⁴.

Com efeito, a valorização do canal de denúncia como instrumento de *compliance* tem ensejado visível mudança de paradigma em diversas searas no que tange o tratamento legal do anonimato e do sigilo. Diversos organismos sugerem a proteção do anonimato ou sigilo do informante, tal como a OCDE (*Guiding Principles for Whistleblower Protection Legislation*) e a Transparência Internacional (*Recommended draft principles for whistleblowing legislation*²⁵), sendo que convenções ratificadas pelo Brasil também vêm sendo citadas como fundamento para o anonimato e o sigilo, *v.g.* a Convenção das Nações Unidas contra o

²³ ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Temas Relevantes. Vilvana D. Zanellato (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 368.

²⁴ ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Temas Relevantes. Vilvana D. Zanellato (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 370.

²⁵ “12. *Protection of identity – the law shall ensure that the identity of the whistleblower may not be disclosed without the individual’s consent, and shall provide for anonymous disclosure.*”

Crime Organizado Transnacional - Convenção de Palermo (art. 24, n. 2, 'a'); a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Convenção de Mérida (art. 32, n. 2, 'a'); a Convenção Interamericana contra a Corrupção - Convenção de Caracas (art. 3º, § 8º). Apesar do compromisso com a proteção da identidade de informantes, contudo, tais convenções não apresentam muitas especificações sobre como isso deve ser feito.

Em última análise, conclui-se que a questão de fundo da discussão sobre sigilo e anonimato do *whistleblower* reside em como compatibilizar os direitos e garantias do acusado com uma política de prevenção e repreensão de ilícitos eficiente. Dentro do espectro de possibilidades, se a vedação absoluta de denúncias feitas por informantes anônimos ou sigilosos caracterizaria algo extremista e inadequado, é certo que a atribuição de espaço e poder demasiados ao relato anônimo ou confidencial na persecução penal também carrega grandes problemas. Além da possibilidade de oferecimento de denúncias de má-fé, geram grande preocupação o apoio de decisões condenatórias em relatos anônimos, bem como a manutenção do sigilo da identidade de informantes ouvidos no processo criminal, haja vista a limitação ao exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do réu.

Nessa linha, talvez um dos pontos de maior acerto do legislador na promulgação da Lei nº 13.964/19 tenha sido a exclusão do texto proposto originalmente no Projeto Lei nº 882/19 para o art. 4º-B, da Lei nº 13.608/18, que trazia disposições confusas sobre o uso do depoimento do informante no processo judicial²⁶.

Embora houvesse previsão de que a manutenção do sigilo da identidade do informante levaria à perda do valor probatório do depoimento

²⁶ “Art. 4º-B O informante terá o direito de preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.

§ 1º Se a revelação da identidade do informante for imprescindível no curso de processo cível, de improbidade ou penal, a autoridade processante poderá determinar ao autor que opte entre a revelação da identidade ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

§ 2º Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade.

§ 3º A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante, com prazo de trinta dias, e com sua concordância”.

por ele prestado, o mesmo artigo indicava que o depoimento prestado pelo informante sigiloso não deveria ser totalmente desprezado pelo magistrado, noção confirmada também pela previsão de que “ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade”.

Comentando o Projeto de Lei em testilha, Souza asseverou que

não há entre as duas opções uma relação de alternatividade, mas sim de consequencialidade. A opção da norma se explica diante da impossibilidade de o Reportante ser contraditado pelas pessoas delatadas e em razão da inerente falibilidade da prova testemunhal, o que leva a criação de um filtro (safe-guards), como uma espécie de compensação valorativa dessa prova: o depoimento sigiloso, dada a impossibilidade de ser contraditado, somado à fragilidade abstrata, terá valor probatório reduzido, mas não inteiramente desprezado.²⁷

A supressão da redação original do art. 4-B no Pacote Anticrime abre espaço para que os tribunais possam consolidar um tratamento mais restritivo ao uso do depoimento do informante sigiloso ou anônimo, opção que se entende desejável. Com efeito, a ideia de que ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante sigiloso, além de permitir a interpretação a *contrario sensu* de que o depoimento do informante identificado seria suficiente para a condenação, incorre nas mesmas críticas passíveis de serem feitas ao art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, quando veda ao juiz “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. Ora, ao admitir a presença do advérbio *exclusivamente* no *caput* do art. 155 do Código de Processo Penal, a Lei nº 11.690/18 abriu margem para a utilização de elementos produzidos sem contraditório e também para que uma condenação possa se apoiar neles de forma praticamente exclusiva (ou, caso se queira traduzir em números, na razão de

²⁷ SOUZA, Renee do Ó. Projeto de Lei “Anticrime” e a Figura do Informante do Bem ou Whistleblower. In Projeto de Lei Anticrime. Antonio Henrique Graciano Suxberger, Renee do Ó Souza, Rogério Sanchez (orgs.). Salvador: Ed. JusPodivum, 2019, p. 470-471.

“99%”)²⁸. A previsão de que “ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade” (art. 4º-B, § 2º), apesar de não ter sido inserida na Lei nº 13.964/19, contudo, não dista da prática judicial atual.

6. Conclusão

A ignorância é tão dinâmica quanto o conhecimento, razão pela qual, parafraseando Verghese²⁹, há de se evitar que nossa geração de juristas suponha que a ignorância seja atributo especial dos colegas idosos ou falecidos. Afinal, como lembra Luiz Nazario³⁰,

todo progresso acarreta regressões renovadas, pelo que podemos afirmar que há simultaneamente progresso e regressão na História. A humanidade libertou-se do Império Romano para lançar-se nas fogueiras da Inquisição; escapou das guilhotinas da Revolução Francesa e dos fuzilamentos da Revolução Russa para afundar-se nas trincheiras da Primeira Guerra; saiu das câmaras de gás dos campos de concentração do Nazismo para sofrer bombardeios atômicos em Hiroshima e Nagasaki, não cessando de desenvolver novos Gulags e meios de destruição mil vezes mais potentes que os napalms jogados no Vietnã, os killing fields de Pol Pot e as revoluções culturais chinesas.

A implementação e a expansão de políticas de *compliance* se apresentam como inafastáveis tendências das corporações e das legislações modernas, sendo que os canais de denúncia franqueados a informantes anônimos e sigilosos representam um dos principais alicerces desse novo

²⁸ No magistério de Aury Lopes Jr., “o grande erro da reforma pontual (Lei n. 11690/2008) foi ter inserido a palavra “exclusivamente”. Perdeu-se uma grande oportunidade de acabar com as condenações disfarçadas, ou seja, as sentenças baseadas no inquérito policial, instrumento inquisitório e que não pode ser utilizado na sentença. Quando o art. 155 afirma que o juiz não pode fundamentar sua decisão “exclusivamente” com base no inquérito policial, está mantendo aberta a possibilidade (absurda) de os juízes seguirem utilizando o inquérito policial, desde que também invoquem algum elemento probatório do processo” (LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 167).

²⁹ VERGHESE, Abraham. O décimo primeiro mandamento. Tradução Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

³⁰ NAZARIO, Luiz. Autos-de-fé como espetáculos de massa. São Paulo: Associação Editorial Humanitas-Fapesp, 2005, p. 187.

paradigma. A valorização do *whistleblower*, contudo, não deve ser feita em detrimento das garantias básicas de defesa do acusado.

Embora Aras afirme que a ausência de proteção legal aos informantes no Brasil faz com que os pássaros daqui não gorjeiem como os de outros países³¹, não se identifica, para uma política de prevenção de ilícitos eficiente, a necessidade de admitir que condenações criminais possam se embasar em depoimentos anônimos ou sigilosos. Eventual condenação, assim, não deve se apoiar na notícia-crime inqualificada, e sim nos elementos obtidos a partir dela.

Diante da parca legislação sobre o tratamento de informantes no Brasil, empresas nacionais sempre se voltaram para práticas e diretrizes estrangeiras ao estruturarem os canais de denúncia em seus programas de *compliance*. Dentre os tópicos que a própria empresa goza de ampla liberdade de regulamentação tem-se, por exemplo, a escolha dos canais para oferecimento de denúncias, os assuntos passíveis de denúncia, as pessoas que podem utilizar o canal, eventuais exigências de identificação do informante, as pessoas com acesso às informações recebidas, o encaminhamento das denúncias às autoridades públicas, as iniciativas que serão tomadas pela empresa diante das denúncias etc.

Repisa-se que as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil implicam no compromisso com a proteção da identidade de informantes, o que não significa, porém, que um depoimento não submetido ao contraditório pleno deva lastrear uma decisão condenatória. Nos dizeres de Felipe Martins Pinto,

a justiça da decisão pressupõe a justiça no procedimento, ou seja, ainda que o provimento reflita o fato ocorrido, se o resultado frutificou a partir de violações a direitos fundamentais, restrições a garantias da pessoa humana e descumprimentos a limites normativos, o ato de poder jurisdicional ao invés de meio de tutela se torna instrumento de risco para a coletividade.³²

³¹ ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In *A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Temas Relevantes*. Vilvana D. Zanellato (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

³² PINTO, Felipe Martins. A verdade no processo penal: uma proposta de superação do mito da verdade real. Tese de doutorado. Belo Horizonte, 2009, p. 88.

Em suma, a intransigência com práticas criminosas e a busca de uma política criminal eficiente, refletidas na legislação sobre *whistleblower*, não podem ensejar a ignorância de se desprezar princípios caros ao Estado Democrático de Direito. Veja-se, nessa linha, que a obsessão com o denunciamento e o sigilo são traços marcantes do período inquisitorial³³ e avessos a nossa herança iluminista.

A lição do juiz Louis Brandeis, de que a luz do sol é o melhor desinfetante, também se apresenta valiosa. A publicidade dos atos serve de garantia ao cumprimento da lei também pelas autoridades, sendo necessário refletir até mesmo sobre a possibilidade de, à moda das famigeradas “javanesas”, acontecer de ser formalizado depoimento de informante sigiloso que talvez sequer exista.

O anonimato e o sigilo de informantes, portanto, devem ser admitidos no ordenamento com restrição e cautela, mantendo-se a ideia postulada por Beccaria: “sejam públicos os julgamentos; sejam-no também as provas do crime”³⁴.

Sob outra ótica, se a escassez de tratamento legal sobre *whistleblowers* no Brasil fazia com que corporações se voltassem para práticas estrangeiras, é inegável que a Lei nº 13.964/19, embora voltada para a Administração Pública Direta e Indireta, a partir de agora constitui inegável norte para a estruturação de programas de *compliance* em âmbito privado.

Tomando de maneira geral as disposições das Lei nº 13.608/18 e 13.964/19, por fim, destaca-se que, ainda que o enfrentamento do tema pelo legislador seja oportuno e necessário, cabe ecoar a crítica apresentada por Priscila Beltrame e Yuri Sahione no sentido de que a inserção da complexa figura do *whistleblower* no ordenamento demanda uma siste-

³³ NAZARIO, Luiz. Autos-de-fé como espetáculos de massa. São Paulo: Associação Editorial Humanitas-Fapesp, 2005, p. 97 e 127.

³⁴ BECCARIA, Cesare. “Dos delitos e das penas”. Martin Claret, 2ªed. São Paulo, 2000, p. 30.

matização mais robusta³⁵. Acrescenta-se que a sistematização e implementação de recompensas para informantes passíveis de serem fixadas pelos entes do Poder Executivo exigem atenção e cautela ainda maiores, como sugere a história de diversas políticas premiaias já criadas no Brasil³⁶.

7. Referências

ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In *A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Temas Relevantes*. Vilvana D. Zanellato (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

BECCARIA, Cesare. “Dos delitos e das penas”. Martin Claret, 2ªed. São Paulo, 2000.

BELTRAME, Priscila Akemi; SAHIONE, Yuri. “Informante do bem” ou whistleblower: críticas e necessários ajustes ao projeto. In *Boletim IBCCRIM*, Ano 27, nº 317, abr/2019.

CURY, Bruno da Silva Mussa. *Combatendo ratos, mosquitos e pessoas: Oswaldo Cruz e a saúde pública na reforma da capital do Brasil (1902-1904)*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: Unirio, 2012.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERNANDES, David Augusto. Whistleblower: uma proteção para o Estado. In *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo/SP, Ano X, n. 38, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

³⁵ BELTRAME, Priscila Akemi; SAHIONE, Yuri. “Informante do bem” ou whistleblower: críticas e necessários ajustes ao projeto. In *Boletim IBCCRIM*, Ano 27, nº 317, abr/2019, p. 25.

³⁶ Vide, ilustrativamente, a célebre política sanitária implementada por Oswaldo Cruz no início do século XX, que ao recompensar a eliminação de ratos pela população a fim de evitar a transmissão da peste bubônica, fez surgirem diversos criadouros do animal mantidos por aproveitadores (Cf. CURY, Bruno da Silva Mussa. *Combatendo ratos, mosquitos e pessoas: Oswaldo Cruz e a saúde pública na reforma da capital do Brasil (1902-1904)*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: Unirio, 2012).

- LEITE FILHO, José Raimundo. Testemunhas sem rosto: anotações ao regime estabelecido na Lei 9.807/99. In *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (orgs.). 3ª ed., Salvador: Juspodivum, 2019.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz. In: *COMPLIANCE e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira*. Organização de Bruno Espiñeira LEMOS et al. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- MORAES, Rodrigo Iennaco de. Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no Estado Democrático de Direito. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 62, v. 14, 2006.
- MORENO, Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). *Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- NAZARIO, Luiz. Autos-de-fé como espetáculos de massa. São Paulo: Associação Editorial Humanitas-Fapesp, 2005.
- PINTO, Felipe Martins. A verdade no processo penal: uma proposta de superação do mito da verdade real. Tese de doutorado. Belo Horizonte, 2009.
- PRADO, Rodolfo Macedo do. O whistleblowing no âmbito do Pacote Anticrime: entre erros e acertos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 324, p. 13-15., nov. 2019.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Whistleblowing: una aproximación desde del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ROTH, Ronaldo João. O sigilo do nome de vítimas e testemunhas ameaçadas no processo penal militar e seus limites. In *Revista de Direito Militar*, n. 69, jan/fev 2008.
- SOUZA, Renee do Ó. Projeto de Lei “Anticrime” e a Figura do Informante do Bem ou Whistleblower. In *Projeto de Lei Anticrime*. Antonio Henrique Graciano Suxberger, Renee do Ó Souza, Rogério Sanchez (orgs.). Salvador: Ed. JusPodivum, 2019.

- SPINELLI, Mário Vinícius Classen. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- TAMBORLIN, Fábio Augusto. Pacote anticrime e Whistleblower: um ponto dentro da curva. In Boletim IBCCRIM, Ano 27, nº 323. Out/19.
- VERGHESE, Abraham. O décimo primeiro mandamento. Tradução Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- VIEIRA, Renato Stanzola. Testemunha anônima e paridade de armas na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: encontros e desencontros. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 20, n. 3, p. 415-449., jul./set. 2010.
- YAGÜE, Cristina Rodríguez. La protección de los whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales. In Fraude y corrupción em el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude. Luis Arroyo Zapatero e Adán Nieto Martín (orgs.). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

Investigações internas e a privatização do processo penal sob a ótica da autoregulação regulada

Ciro Costa Chagas ¹

1. Introdução

O Direito Penal, mais precisamente o Direito Penal Econômico, tem se adaptado as muitas e novas nuances que lhe são impostas em torno da moderna sociedade corporativa. Tal sociedade lida agora com crimes que por vezes atingem bens jurídicos supraindividuais e que costumam apresentar certo distanciamento ao cotidiano do cidadão comum. Para lidar com este novo cenário de criminalidade, a doutrina passa a debater há algum tempo possibilidades de imputação de responsabilidades da pessoa jurídica, autorregulação e *criminal compliance*.

O movimento de internacionalização do Direito Penal e a enorme pressão das entidades internacionais, empurra ao legislador nacional novos conceitos para lidar com a gestão de riscos da atividade econômica. Um bom exemplo do *turn over* do conceito de gestão de risco empresarial é que este agora não lida apenas com fundamentos de custos econômicos, mas também passa a considerar os pesados custos do Direito Penal.

¹ Doutorando em Direito Penal e Sistema Financeiro Nacional pela UFMG, Mestre em Direito das Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos. Professor de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Estácio de Sá. Professor na Pós Graduação Estácio em Governança Corporativa, Especialista em Derecho Penal Económico y Teoría del Delito (Universidad Castilla La-Mancha- Espanha). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho

Os custos do Direito Penal neste contexto, passam a tentar ser evitados com o surgimento de institutos como regulamentos internos de conduta, códigos de ética, procedimentos de investigação interna, todos estes inseridos nas premissas da própria noção de autorregulação.

Tantas mudanças conceituam o que define o professor Adan Nieto Martín como darwinismo jurídico². Para melhor compreensão deste “processo evolutivo” do Direito Penal, buscaremos adentrar ao cenário da autorregulação empresarial, diante de eventuais defeitos organizacionais em que essa autorregulação não seja efetiva. Mais especificamente, estudaremos os procedimentos de investigações internas dos ditos defeitos organizacionais e os conflitos existente entre direito a intimidade, processo e estruturas de dogmática penal.

2. Noções de autorregulação empresarial

Renato de Mello Jorge Silveira, aduz que a mudança pretendida ao Direito Penal Econômico não é de fácil e nem muito menos de unânime aceitação. Muito pelo contrário, as inovações enfrentam resistência dogmática constantes. ³ Nesse contexto, observa-se um grande distanciamento nacional entre política criminal e dogmática, o que certamente reforça o problema aqui enfrentado. Como discorrer sobre autorregulação e investigações internas quando a teoria continua a rechaçar qualquer possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica.

A dogmática, como recorda Silva Sánchez, não se constrói sobre o prisma de um direito nacional de afastamento da política criminal, mas sim de construção, reconstrução e sistematização de regras de imputação de responsabilidade segura, igualitária e consoante aos princípios garantistas, como limites à construção típica de *lege data*. Balizas nacionais

² NIETO MARTÍN, Adán. *Regulatory capitalism y cumplimiento normativo, en El derecho penal económico en la era del compliance*, p.11 Tirantlo Blanch, 2013

³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, São Paulo: Saraiva, 2015, p.66

devem ser mantidas, mas como recorda o catedrático de Barcelona, as premissas lógicas de construção penal a princípio seriam universais.⁴

Bernd Schünemann, de forma incisiva, também tece críticas sobre o atual distanciamento entre dogmática e política criminal, identificando uma relação de complementaridade e jamais de primazia ou hierarquia entre estas.⁵ Diante da relação de complementariedade, da qual concordamos, o penalista serviria como elo entre ambas, com o propósito de dar lógica e coerência ao empregarmos institutos a princípio estranhos ao Direito Penal, como é o caso da autorregulação.⁶

A autorregulação toma espaço frente a crise do Estado moderno, sendo que o Direito Penal como recorda o professor Nieto Martín, “fora o último convidado para a festa corporativa da autorregulação”.⁷ Novamente, temos aqui o conflito dogmático-político, onde o penalista precisará conduzir adaptações e lidar com institutos como códigos de ética, regulamentos internos de conduta, sistemas de normatização industrial, certificações ISO, dentre outros elementos novidadeiros, muitas vezes trabalhados de forma errática como explica Silveira.⁸

Voltando ao conceito, a autorregulação, segundo Nieto Martín, não é outra coisa senão a autoimposição voluntária de padrões de conduta por parte de organizações empresariais.⁹ Dentre as diversas variações de autorregulação, a que nos interessa aqui é a chamada autorregulação regulada, na qual o Estado estabelece um marco geral, ou seja, constrói metanormas a fim de regular as normas internas das empresas, não como forma de imposição, como explica Coca Vila, mas sim com incentivos do Estado.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La sistemática alemana de la teoría del delito: 2005,p.35 e s.

⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal, In SCHÜNEMANN, Bernd; TEIXEIRA, Adriano. (coord.). *Direito Penal, Racionalidade e Dogmática*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.92

⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, São Paulo: Saraiva, 2015, p.68

⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el derecho penal 2013, p. 26.

⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, São Paulo: Saraiva, 2015, p.67

⁹ NIETO MARTÍN, Adán. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2019 p.40 e s.

Há no contexto brasileiro clara menção à espécie aqui estudada, qual seja, a autorregulação regulada, como depreende-se da Lei 12.843/13 e sua norma complementar reguladora o Decreto nº 8.420/15.

A Lei 12.846/13, em seu art. 7º, inciso VIII, consagra a noção de autorregulação¹⁰, definindo como critério a ser considerado em eventual sanção a existência de programas internos de integridade.

De igual modo, o Decreto nº 8.420/15, que como dito, regulamenta a Lei anticorrupção brasileira, faz expressa menção à autorregulação regulada ao incentivar a criação de programas de integridades efetivos em seu artigo 41, Capítulo IV, definindo, por conseguinte, mitigadores à eventuais sanções, como observamos a seguir nos artigos 17 e 18 do referido diploma.

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, **programa de integridade** consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no **conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes** com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

V - **um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade**, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Salienta-se que diante dos textos legais elencados, há indelével aceite à possibilidade de autorregulação regulada no sistema jurídico brasileiro. Tal fato não garante ao Direito Penal ausência de problemas,

¹⁰ Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; (Lei 12.846/13)

mas apenas reafirma a necessidade de adaptação da dogmática aos novos institutos aqui trabalhados.

Superadas as breves conceituações do “novo instituto” do Direito Penal, frisa-se que a autorregulação regulada utiliza-se umbilicalmente das investigações internas para decidir sobre eventual processo sancionatório interno, que passamos a abordar em sequência.

3. Investigações internas na legislação brasileira e sua relação com a investigação criminal no Código de Processo Penal

Antes de adentrarmos a estrutura das investigações internas conferida pelo instituto da autorregulação regulada, é premente que percorramos, nem que seja de forma breve, a dogmática que trata do tema. Neste ponto, importante retornarmos às normas de processo penal a respeito dos procedimentos de investigações, a fim de compreender-se os limites deontológicos concedidos ao particular dentro do ambiente de autorregulação sem que direitos fundamentais sejam fragilizados.

Como alerta muito bem o professor Nieto¹¹, não podemos perder de vista que a investigação interna pode ser converter em uma espécie de processo penal “teleguiado”, a qual o Estado se afastaria das estritas regras aplicáveis ao processo penal, utilizando-se da estrutura da empresa como marco jurídico mais flexível. Ainda que tenhamos que nos adaptar aos “novos tempos”, em nosso entender, o direito processual penal deve ser observado como referência.

A investigação criminal, em regra delimitada através do inquérito policial, também denominada instrução preliminar ou prévia, costumeiramente é tratada pela doutrina brasileira como a fase inicial de nossa persecução penal. Em sua essência, o inquérito, conhecido como fase extrajudicial, tem como finalidade primordial a colheita de informações necessárias à *opinio delicti*.

¹¹ NIETO MARTÍN, Adán. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2019 p.297 e s.

Ao buscarmos na fonte histórica processual, como declarado na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, há quase um século, o inquérito preliminar, ou instrução provisória, ofereceria ao investigado uma “justiça menos aleatória, mais prudente e serena”, contra aos azares do detetivismo.¹²

A estrutura de nossa sistemática processual penal, no que tange o cerne do inquérito, fora construída em premissas e funções não declaradas, herança de um modelo napoleônico de processo penal e, como dito por Gloeckner, carregado por um contraditório degenerado de efeitos ratificadores, ao invés de construtivos.¹³

Em termos constitucionais, o inquérito é direito das partes decorrente do próprio direito à prova. Provas estas que em processo, como sabido, advêm da consequência lógica aos princípios do devido processo legal, contraditório e à ampla defesa, garantias constitucionais inculpidas em nossa Carta Magna, mas frequentemente abauladas por interpretações processuais autoritárias e doutrinas que autorizam condenações por conjunto de indícios.

Com o objetivo de dar um deslinde ao problema, não raro, reaparece o usual argumento “binderiano”¹⁴ da “verdade real”, como válvula de escape e *standard* justificatório dos excessos judicantes. Novamente, herança de um processo penal inquisitório, tal como reconstruído na obra do autor Ricardo Jacobsen Gloeckner.

E qual a relação do inquérito policial com os procedimentos de investigação interna necessários à prevenção exigida pela autorregulação regulada? Em nosso entendimento é exatamente a norma processual

¹² “Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena”. CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, 1940.

¹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das idéias autoritárias no processo penal brasileiro*, Vol. 1, Florianópolis, 2018, p.395

¹⁴ Alberto Binder (2003), se expressa que a “verdade real” como meta de indagação não necessita de regime probatório. Para o autor, para descobrirmos tal verdade não necessitaríamos de regras processuais, muito pelo contrário, estas obstaculizariam, molestariam e entorpeceriam nossa descoberta”. (BINDER, 2003, p. 61).

vigente, carreada das garantias constitucionais existentes, que nortearão o penalista diante do embate entre a obrigação do empregado de colaborar com a investigação, como consequência lógica de seu contrato de trabalho e, de outro lado a necessidade de salvaguardar direitos, como por exemplo o princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*.

Novamente, assim como ocorre no sistema jurídico processual penal externo à empresa, para assegurar que as normas sejam eficazes e cumpridas, é necessário detectar as infrações, investigá-las e eventualmente sancioná-las. De igual modo, a autorregulação empresarial insere a indispensabilidade das investigações internas na elaboração de programas de *compliance* concretos.

Observadas as precauções a respeito das colisões de direitos e deveres, e retornando ao ponto que expusemos anteriormente, sobre a necessidade da dogmática lidar com novos institutos que se amontoam no prisma da criminalidade econômica, e da autorregulação, deve o penalista preocupar-se em identificar primeiramente o objetivo da investigação. Quanto à delimitação destes objetivos, Nieto Martín, explica que não seria a mesma situação uma investigação interna cujos resultados dariam lugar unicamente à consequências internas (imposições de sanções disciplinares, melhoras no sistema de *compliance*), àquela que se faz com a finalidade de defender a própria empresa, colaborando com investigações externas a fim de descobrir o(s) responsável (is) individual (is).¹⁵

3.1 Fases da investigação

Identificado qual o objetivo da investigação, de forma transparente e justa, é importante delimitar como se dariam as fases destas investigações. Adan Nieto, estrutura as investigações internas de forma semelhante à de um inquérito criminal. Havendo uma suspeita de que

¹⁵ NIETO MARTÍN, Adán. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2019 p.296 e s.

tenha ocorrido violação ao sistema de prevenção da empresa, tanto pelo canal de denúncias ou por qualquer outro meio, dá-se início ao procedimento. A investigação se dividiria, segundo o autor, em fase preliminar, abertura da investigação, realização da investigação e comunicação dos resultados e consequências.¹⁶

A fase preliminar deve considerar, além dos custos econômicos que acarreta, um mínimo de verossimilhança na suspeita, considerando neste ponto o princípio da proporcionalidade, sob pena de empregar-se meios da empresa de forma contrária ao seu dever e lesionar direitos fundamentais, como intimidade ou segredo das comunicações em vão. Importante destacar, como leciona Adan Nieto, que esse grau de verossimilhança deve ser consideravelmente menor do que a de uma investigação criminal. Isto porque as investigações internas fundamentam-se do poder de direção do empresário, não havendo sentido impor os limites que marcam o exercício do *ius puniendi*.¹⁷

Como dito acima, as investigações internas decorrem do poder de direção empresarial e, eventualmente, de seus administradores na forma da lei. No entanto, devem ser avaliados alguns indicadores para dar-se seguimento, abrindo uma investigação formal, devendo se ponderar o dano correspondente a não realização desta, ou quando a suposta infração tenha efetivamente prejudicado patrimonialmente a empresa. Essa decisão caberá ao órgão independente ou oficial de *compliance*, mandatado para tanto, sempre prezando por sua autonomia investigativa. Destacamos aqui a exigência da autorregulação regulada, sendo que sua efetividade será avaliada tanto pelos integrantes do corpo empresarial, quanto, eventualmente, pelo controle externo conforme o art. 41 do Decreto nº 8.420/15.

Aberta a investigação interna, avaliadas as condicionantes de verossimilhança e proporcionalidade, mandatando-se o departamento ou

¹⁶ NIETO MARTÍN, Adán. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2019 p.297 e s.

¹⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2019 p.298 e s.

responsável autônomo, deve-se deixar formalizado qual o objetivo desta. Deve-se definir se a investigação tem finalidade corretiva das deficiências técnicas/estruturais da empresa ou busca responsabilização por eventual dano causado, como pressuposto lógico do *fair trial*¹⁸. Nas palavras do professor Adan Nieto, não faria sentido impor um sistema de valores, ao passo que na promoção deste (investigação e imposição de sanções disciplinares) não se respeitassem regras de isonomia e “jogo limpo”, enganando o trabalhador no transcurso de uma investigação com o fim de que ele forneça informações que possam prejudicá-lo tanto internamente, quanto perante às autoridades judicantes.

Outro ponto fundamental no início das investigações, além do cuidado com definição dos objetivos, é delimitar ao mandato um plano de investigação, detalhando sua duração, calendário de trabalho, lista de pessoas a serem entrevistadas, documentos que terá acesso, sedes do escritório onde poderão ocorrer diligências. Segundo Nieto Martín, o plano de investigação claro, será a ferramenta básica para controlar proporcionalidade dos meios que serão empregados, inclusive exigindo-se autorização para eventuais alterações substanciais ao plano. Neste ponto, retornamos às premissas processuais penais, sendo que o controle do plano de investigação se assemelha ao controle que o Juiz de Garantias detém no Inquérito Policial.¹⁹

Também de acordo com normativas e finalidade do inquérito policial, as investigações internas, quando possível, devem prezar pelo sigilo, evitando assim danos reputacionais tanto para empresa quanto para o(s) investigado (s). Como garantia deste sigilo, aconselha-se também firmar compromisso dos demais participantes do corpo investigativo, através de contratos ou cláusulas de confidencialidade. O descumprimento ensejaria eventual reparação cível e possível sanção penal conforme disposto do

¹⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2019 .p.298 e s.

¹⁹ NIETO MARTÍN, Adán. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2019 .p.303 e s.

art. 195, inciso XI na Lei 9.279/96 que trata dentro outros pontos sobre os crimes de concorrência desleal.²⁰

Após definida a equipe que integrará junto ao mandatário responsável pela investigação, iniciam-se os procedimentos investigativos. Sugerem-se que estes procedimentos sejam pautados também em consonância com as normas de processo, como direito a ser informado sobre a investigação, contraditório, colacionar provas em sua defesa e, em casos específicos, conceder o direito de serem acompanhados de advogado. As entrevistas também embebidas de garantias evitariam, como destaca Nieto Martín, a máxima de *talk or walk*, o que poderia configurar inclusive o delito de ameaça.²¹

Todos estes pontos destacados nas fases da investigação aqui narrados poderiam estar previamente descritos em um Código de Investigações Internas, reafirmando garantias básicas, reforçando a eficácia da autorregulação regulada, sistematizada em um completo programa de *compliance*.

Por fim, ao concluir a investigação, sugere-se redigir um relatório final, avaliando, quando necessário, a comunicação às autoridades ou a imposição de sanções disciplinares, garantindo assim a função cumpridora da ética empresarial buscada em um real programa de integridade.

3.2 A atual posição jurisprudencial sobre as investigações internas

Embora a jurisprudência brasileira ainda não tenha enfrentado diretamente o problema, isto porque ainda não se tem notícia de utilização do material produzido em investigações internas como base para a investigação criminal, algumas decisões em tribunais europeus e norte-

²⁰ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

²¹ NIETO MARTÍN, Adán. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2019. p.303 e s.

americanos nos concedem uma janela para eventuais posicionamentos jurisdicionais pátrios.

No contexto europeu, duas decisões são importantes a se destacarem como precedentes. A primeira delas, espanhola, onde o Tribunal Supremo da Espanha através do *Recurso de Casación* n° 2229/2013, julgado em 16/06/2014, na *Sala de lo Penal*, não apenas reafirmou o respeito à reserva de jurisdição, como também afastou a possibilidade de “*tácita renuncia*” do direito constitucional ao sigilo, posto que a Constituição não traz como fundamento válido de ingerência na intimidade o consentimento do indivíduo invadido, ou seja, a autorização do funcionário para que a empresa invada suas comunicações não suplanta a necessidade de ordem judicial válida para fins penais:²²

A segunda decisão importante sobre o tema fora exarada pelo Supremo Tribunal de Justiça Português, onde a análise foi além da espanhola. Em julgamento de recurso de revista contra despedimento sem justa causa, promovido pela empresa em desfavor da trabalhadora, entendeu-se que o acesso ao e-mail corporativo disponibilizado pela empresa ao funcionário ofende o sigilo das comunicações, ainda que o conteúdo do e-mail tenha sido dirigido a outro funcionário da mesma empresa, escrito durante o horário de trabalho e sem nota de pessoalidade. O Acórdão foi prolatado no processo n° 07So43 e data de 05/07/2007. No caso em análise, o fato a se destacar foi que o Supremo Tribunal de Justiça transpôs para o regime laboral as mesmas garantias ofertadas ao investigado no processo penal.²³

Diferentemente do posicionamento europeu, os tribunais norteamericanos, indicam tendência diversa, de que, quanto mais privado fica

²² ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de Lo Penal. Recurso Casación n° 528/2014, Sts 2844/2014 ECLI:es:ts:2014:2844. Relator: Jose Manuel Maza Martin. Madrid, 16 de junho de 2014. Cendoj: *Centro de Documentación Judicial. Madrid*,. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7128135&links=&optimize=20140718&publicinterface=true>>. Acesso em: 23 abr. 2020

²³ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista n° 07So43, Sj200707050000434. Relator: MARIO PEREIRA. Lisboa, 05 de julho de 2007. **Igfej**: Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P.. Lisboa, . Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5fo03fa814/54d3c9fo041a33d58025735900331cc3?OpenDocument&Highlight=0,07So43>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

o Direito Penal, mais os tribunais desafiam o *attorney-client privilege*. O precedente fora estabelecido em 2014 no caso *Barko v. Halliburton*.

Em breve análise do caso, Henry Barko intentou uma ação da Lei de Reivindicações Falsas (FCA) contra a Halliburton e sua antiga subsidiária *Kellogg, Brown and Root* (KBR) em 2005, alegando que um subempregado da KBR executava trabalhos fora do padrão e aumentava os custos de construção, que foram repassados ao governo. Separadamente, a KBR investigou a falta indevida do contrato internamente, de acordo com seu Código de Conduta Comercial, que a KBR instituiu e administrou por meio de seu departamento jurídico interno.

Quando a investigação interna começou, investigadores, que não eram advogados, entrevistaram testemunhas, revisaram documentos e prepararam relatórios para o departamento jurídico interno. Um investigador da KBR entrevistou funcionários “com conhecimento potencial das alegações” e obteve declarações de testemunhas confidenciais.

Em 6 de março de 2014, o tribunal considerou que a investigação interna, mesmo quando conduzida por advogados, não teria como objetivo principal aconselhamento jurídico e, portanto, não teria direito à proteção do *attorney-client privilege*, traduzindo, privilégio advogado-cliente, sendo que o conteúdo das entrevistas internas não estaria acobertado pelo sigilo das comunicações. Segundo o tribunal, a investigação analisada teria sido mera resposta aos protocolos de *compliance*, sem que a obtenção de aconselhamento jurídico fosse um objetivo significativo.

Diante dos precedentes aqui destacados, e o regramento planejado das investigações, o interesse do Estado em uma investigação interna é evidente do ponto de vista probatório. Para a empresa, a detecção e posterior colaboração com as autoridades públicas, dentro da perspectiva da autorregulação regulada, pode se construir estratégia jurídica que vise reduzir significativamente sanções ou danos decorrentes do ilícito, como por exemplo, os danos reputacionais.

A análise específica aqui construída sobre as investigações e seus limites, nos deixa claro que a autorregulação regulada parece ser um

caminho estrutural pujante. Certamente é questão de tempo para que o judiciário nacional passe a lidar com estes novos institutos. No entanto, acreditamos que essa “nova sistemática”, não funcionará como salvo conduto para a aplicação do Direito Penal como sanção. Como destaca Beatriz Goena Vives, por muitas vezes os programas são simplesmente ignorados tem termos judiciais.²⁴

Não nos afastaremos aqui de nosso recorte, que foi traçar a perspectiva processual das investigações internas, sob a ótica da autorregulação regulada. No entanto, não podemos deixar de frisar nossa opinião de que, no contexto brasileiro, a qualidade do programa de *compliance* e boa condução das estruturas de investigação internas, de nada contribuíram como possível atenuação penal. Servirá sim, como critério objetivo de diminuição do impacto do Direito Administrativo Sancionador, na forma da lei.

4. Conclusão

Diante de todo o analisado neste breve ensaio, a prevenção de delitos utilizando-se de programas de *compliance* efetivos é base de aplicação da autorregulação. Nos parece que a escolha do legislador pátrio fora pelo modelo de autorregulação regulada. Isto porque, a legislação nacional criou incentivos na forma de redutores quantitativos das sanções administrativas, valorizando no texto da norma a construção de programas de integridade eficazes.

A perspectiva do direito administrativo sancionador é de completa adequação à sistemática da autorregulação regulada. No entanto, este não é o panorama do Direito Penal Econômico. O Direito Penal Econômico enfrenta uma tempestade de novos institutos transdisciplinares, sendo que a aproximação entre a política criminal e a dogmática poderia auxiliar o penalista em como diminuir o problema aqui enfrentado.

²⁴ GOENA VIVES, Beatriz. *La atenuante de colaboración*. In MONTANIER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevenciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p.299 e s.

Apesar de não termos percorrido neste estudo, de forma central, a temática da responsabilização penal da pessoa jurídica, para conseguirmos inserir no Direito Penal os benefícios da autorregulação é necessário que a dogmática lide de forma prática com o problema desta responsabilização, necessariamente estruturada sobre as garantias fundamentais. De igual modo, deveríamos evitar cair na retórica corporativa e na obsessão punitiva por parte de reguladores e fiscalizadores.

Especificamente sobre nosso recorte, a condução justa e planejada da investigação interna, deve se cercar dos princípios norteadores do processo penal garantista, construindo na empresa um sistema de valores de jogo limpo, evitando danos à imagem, às relações de emprego e até mesmo a configuração de delitos por parte do gestor ou seus mandatários autoritários.

No entanto, o não surgimento de novos impactos penais sobre o excesso investigativo, ou eventuais reparações trabalhistas por exageros investigativos, não são suficiente e não se coadunam com os comandos da autorregulação regulada, que trata de beneficiar o meio empresarial pelo cuidado preventivo. Não há na legislação penal brasileira comando claro que permita a empresa beneficiar-se por sua efetividade na evitação de ilícitos, como existe direito administrativo sancionador. Pelo contrário, a eficácia no modelo investigativo da empresa pode servir ao anseio punitivista estatal, utilizando a estrutura da empresa como marco jurídico mais flexível para fugir das estritas regras aplicáveis ao processo penal,

Sob a ótica da política criminal, é premente que a prestação jurisdicional venha anuir com a nova dimensão do Direito Penal, sob pena de desprestígio e absoluta ineficácia da inovação. De todo modo, é inexorável que a autorregulação fora absorvida pela construção própria da sociedade de risco, sendo que a autorregulação regulada é forma de controle social, conforme a ideia do Bom Cidadão Corporativo. O Direito Penal, especificamente as normas de garantia processuais penais, serviria assim de filtro aos modelos autorregulatórios.

5. Referências.

BINDER, Alberto M. Os descumprimentos das Formas Processuais: Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Trad. Angela Nogueira Pessoa com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Decreto Lei nº 8.420, de 18º de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.2014/2013/lei/12846.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 15º de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 05 abr. 2020.

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, 1940. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declci/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>> . Acesso em: 10 de abr. de 2020

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de Lo Penal. Recurso Casación nº 528/2014, Sts 2844/2014 ECLI:es:ts:2014:2844. Relator: Jose Manuel Maza Martin. Madrid, 16 de junho de 2014. Cendoj: *Centro de Documentacion Judicial*. Madrid,. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7128135&links=&optimize=20140718&publicinterface=true>>. Acesso em: 20 abr. 2020

ESTADOS UNIDOS. District Court of Columbia. *Barko v. Halliburton* (1978). Disponível em: < <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/19-7064/19-7064-2020-03-27.html>>. Acesso em: 10 de abr. de 2020

GOENA VIVES, Beatriz. *La atenuante de colaboración*. In MONTANIER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevenciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das idéias autoritárias no processo penal brasileiro*, Vol. 1, Florianópolis, 2018

NIETO MARTÍN, Adán. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2.ed. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019

NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el derecho penal* 2013, p.26 Disponível em: < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf>. Acesso em: 10 de abr. de 2020

NIETO MARTÍN, Adán. *Regulatory capitalism y cumplimiento normativo, en El derecho penal económico en la era del compliance*, Tirant lo Blanch, 2013

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista nº 07So43, Sj20070707050000434. Relator: MARIO PEREIRA. Lisboa, 05 de julho de 2007. **Ig-fej**: Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P.. Lisboa, . Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5fo03fa814/54d3c9f0041a33d58025735900331cc3?OpenDocument&Highlight=0,07So43>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal, In SCHÜNEMANN, Bernd; TEIXEIRA, Adriano. (coord.). *Direito Penal, Racionalidade e Dogmática*.1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, São Paulo: Saraiva, 2015

_____. La sistemática alemana de la teoría del delito: ¿Es o no adecuada a estos tempos? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. CARO CORIA, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy; MEINI, Iván; PASTOR, Nuria; PARMA, Carlos; REÑO, José. *Estudios de derecho penal*. Lima: Ara, 2005

Redução de riscos da investigação interna autorregulada

*Danilo Emanuel Barreto de Oliveira*¹

1. Introdução

Ilícitudes e irregularidades cometidas no âmbito das atividades empresariais têm o potencial de causar graves lesões a empresas e sociedade. Exemplos estrangeiros do início do século XXI² e nacionais da última década corroboram para essa percepção, motivando a discussão sobre diferentes sistemas de regulação desses espaços de liberdade.

O modelo liberal da autorregulação privada³, marcado por ampla discricionariedade conferida às empresas na formulação de seus valores e procedimentos internos, recebe críticas da doutrina, que o entende eivado do vício de fazer prevalecer interesses econômicos ante interesses éticos e legais, fazendo prevalecer transgressões “calculadas”.

Antítese ao modelo da autorregulação privada, a regulação puramente estatal⁴ carece de eficácia por falta de recursos técnicos e financeiros para ostensiva vigilância de todos os espaços econômicos.

Da contraposição entre a tese da autorregulação privada, endossada pelo discurso liberal, e a antítese da regulação puramente estatal, apregoada

¹ Mestrando em Direito Penal, pela Universidade Federal de Minas Gerais, Pós-graduando em Compliance, pelo CEDIN, e Bacharel em Direito pela PUC Minas. E-mail: emanuelbarreto@ufmg.br

² PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza empresarial: *compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, p. 221-243, p. 221.

³ GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 14.

⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, São Paulo: Editora Atlas, 2015.

por modelos de Estado-vigia, surge como síntese a correção pública e privada⁵. Esse modelo traduz-se, na prática, em limitar-se o Estado à posição de Supervisor dos controles internos das corporações. Institui-se, sob essa premissa, um sistema de autorregulação (empresas criando regulamentos para seus sócios, administradores, diretores, colaboradores e parceiros a ela relacionados) regulada (por meio de normas gerais produzidas pelo Estado). Segundo Braithwaite, ocorre a superação de um modelo de regulação Keynesiano, “no qual o Estado rema muito porém timoneia mal”, por um modelo de regulação Hayekiano, “no qual o Estado timoneia e a sociedade civil rema”⁶.

Nesse sistema, ficam incumbidas as empresas de se autorregular com critérios razoavelmente estabelecidos por regulação estatal, sob o risco de responderem por infrações legais e regulatórias cometidas no curso de atividades suas ou de seus sócios, colaboradores e terceiros. A autorregulação das empresas se dá nesse modelo por meio da elaboração e implementação de programas de *compliance*, isto é, sistemas de supervisão empresarial vocacionados a assegurar que as empresas e seus órgãos operem harmonicamente com o Direito vigente⁷.

Para tanto, faz-se necessário não só a privatização de parcela do controle de ilícitos e irregularidades, mas também da sua detecção e da sua punição, pois os programas de *compliance* que não garantem a detecção, punição e validade do controle de ilicitudes e irregularidades são considerados como “de aparência” ou “de fachada”⁸, isto é, inefetivos, expondo as empresas e sociedade aos mesmos ou até maiores riscos quando da inexistência do programa de *compliance*.

⁵ SIEBER, Ulrich. Programas de ‘Compliance’ em el Derecho Penal de la Empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (coord.). **El Derecho penal económico em la Era Compliance**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013, p. 71.

⁶ BRAITHWAITE, John. El Nuevo Estado Regulador y la Transformación de la Criminología. In: SOZZO, Maximo (Coord.). **Reconstruyendo las Criminologías Críticas**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 43-73.

⁷ ROTSCHE, Thomas. *Criminal Compliance*. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 1, 2012. Disponível em: <https://indret.com/criminal-compliance/>. Acesso em: 4 maio 2020.

⁸ PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza empresarial: *compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, p. 224.

Depreende-se, do raciocínio acima, que em modelos de autorregulação regulada é necessário, entre outros aspectos, um correto exercício das atividades de apuração e detecção de ilícitos e irregularidades pelas empresas. O cuidado com as investigações internas num programa de compliance tem de ser grande, pois o que parece ser água contra o fogo, se mal empregado pode servir-lhe como gasolina.

A investigação interna, existente e operada sob crivos objetivos e determinados, pode significar o exercício de um direito, o cumprimento de um dever, o esclarecimento da suspeita de um fato e resultar na diminuição ou extinção de eventuais sanções por parte do Estado, em virtude do sucesso de sua colaboração.

Todavia, diante de um cenário em que falta ao instituto regulação por parte do Estado, a operação do instituto torna-se difícil e arriscada, podendo causar danos a colaboradores e resultar-se inefetiva para fins de diminuição de sanções e funcionamento do *compliance*.

Vale dizer, da falta de regulação da investigação interna acirra-se defasagem entre essa e o compliance. Enquanto o compliance opera cada vez mais sob um paradigma de autorregulação regulada, a investigação interna titubeia em ambiente incerto em detrimento da falta de sua regulação.

Considerando o acima exposto, o presente artigo pretende: i) apresentar o instituto da investigação interna, tratando de sua origem, seu conceito, seus fundamentos e objetivos, e ii) propor critérios objetivos desenvolvidos pela doutrina para a realização das investigações internas, considerando os riscos atinentes ao instituto, diante da falta de regulação estatal direta.

2. Primeira parte: sobre o instituto da investigação interna

2.1 Origem

Não obstante as investigações internas sejam consideradas tema de recente preocupação da doutrina nacional, em função do crescente mo-

vimento no Brasil pela adesão ao *compliance*, as investigações internas já acontecem há muito tempo em solos estrangeiros⁹.

A literatura identifica as primeiras atividades de investigação interna na década de 1960, nos Estados Unidos da América, onde os tribunais ordenavam processos de “autolimpeza” a empresas que fossem denúncias pela *Security Exchange Commission* – SEC (órgão de regulação e fiscalização do mercado de valores mobiliários do país) com a finalidade de dar cumprimento a leis de Direito cambiário dos Estados Unidos da América¹⁰.

O uso sistemático das investigações internas, porém, foi adotado a partir da década de 1970, para coibir a práticas anticoncorrenciais e de atos de suborno e corrupção, no âmbito dos programas de leniência (*voluntary disclosure*), exigidos às empresas pela SEC e pelo Departamento de Justiça norte-americano (*DoJ*). Para contornar problemas afetos à investigação de fatos complexos, passaram a ofertar a diminuição ou extinção de sanções nas hipóteses em que as empresas suspeitas colaborassem, com seus próprios recursos e esforços, para o esclarecimento de fatos suspeitos¹¹.

Embora a origem da investigação interna tenha sido motivada em razão de mecanismos de justiça negociada, sua utilização inicial foi alvo de críticas por parte das empresas e operadores do Direito, principalmente por 3 (três) razões¹²: (i) não houve até 1975, mesmo após 90 empresas terem celebrado acordos de *voluntary disclosure*, qualquer orientação sobre quais e como as informações deveriam ser entregues para a celebração dos acordos de leniência; (ii) as empresas que celebra-

⁹ LEITE FILHO, José Raimundo. **Corrupção internacional, criminal compliance e investigações internas**. 2017. 241f. Dissertação (mestrado) – Universidade de Lisboa, 2017, p. 141.

¹⁰ WOLFF, Jacqueline C. Voluntary disclosure programs. *Fordham Law Review*, v. 47, p. 1057-1082, p. 1979. No mesmo sentido, DUGGIN, Sarah H. Internal corporate investigations: legal ethics, professionalism and the employee interview. *Colum. Bus. L. Rev.*, 2003, p. 870.

¹¹ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLI, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.);

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013, p. 198

¹² WOLFF, Jacqueline C. op cit., p. 1059.

ram acordos parecem não ter sido beneficiadas pelos seus esforços; e (iii) os acordos de *voluntary disclosure* celebrados à época acabaram estimulando uma criminalização secundária obscura e excessiva contra empresas.

Não obstante as críticas, as investigações internas se tornaram instituto muito empregado nos Estados Unidos a partir da década de 1980, e com isso, puderam alcançar seu apogeu mais tarde, em 2001, na solução de escândalos financeiros¹³.

O que já é tendência nos Estados Unidos, passou a ser abordado por países de tradição jurídica continental, na medida em que houve o progresso do *compliance* e grupos econômicos importantes de seus países passaram a ser responsabilizados atos cometidos pelos seus sócios, administradores, diretores, colaboradores e parceiros.

2.2 Conceito

A primeira questão que se demonstra importante no estudo do instituto da investigação interna é a sua delimitação conceitual, pois, somente a partir da adequada compreensão do conteúdo relativo à dita expressão é possível compreender o seu real papel diante do paradigma da autorregulação regulada.

São chamados de “investigação interna” os procedimentos orientados à apuração de suspeita de irregularidades e ilícitos conduzidos pela ou em nome da própria pessoa jurídica afetada ou relacionada à conduta lesiva¹⁴.

Diferentemente das atividades de controle e procedimentos de auditoria, cujas principais funções são de fiscalização, revisão, exame e avaliação de resultados das empresas, geralmente realizados periodicamente e sem que haja a necessária presença de indícios mínimos de

¹³ LEITE FILHO, José Raimundo. op. cit., p. 141.

¹⁴ GUARAGNI, F. A.; NETO, L. M. F.; SILVA, D. R.. As investigações internas e a análise econômica do direito. Revista Unicuritiba, Curitiba, v. 1, n. 26, 2020. No mesmo sentido, DUGGIN, Sarah H.. Internal corporate investigations: legal ethics, professionalism and the employee interview. *Colum. Bus. L. Rev.*, 2003, p. 864.

irregularidade ou ilicitude, as investigações internas são providas de reatividade à suspeita de fatos ilícitos ou irregulares, pretéritos ou em andamento¹⁵, com a finalidade específica de tentar reconstruir esse fato, para se fazer provar ou descartar autoria e materialidade.

Verificam-se, portanto, duas características que distinguem, portanto, as atividades de investigação das atividades de controle, a saber: a reatividade e a fundada suspeita de ilícito ou irregularidade.

Há, ainda, conhecida expressão empregada pela doutrina, conhecida como “caça às bruxas”¹⁶. Essa expressão faz referência a procedimentos não-eventuais sobre agentes para a identificação de fato negativo que lhe possa ser imputado. Exemplos de atividades desse tipo seriam a fixação de localizadores em materiais de colaboradores para conhecer sua localização a qualquer tempo, ou ainda a instalação de gravadores de voz ocultos em lugares de reuniões de seus colaboradores para descobrir segredos e informações pessoais.

Diante dessas características, as caças às bruxas, além de se desviarem da característica de fundada suspeita para o seu início, como acontece no caso das investigações internas, corriqueiramente são eivadas de ilegalidade por incidirem em lesões ilícitas a bens jurídicos constitucional ou penalmente tutelados, como inviolabilidade da correspondência, inviolabilidade do domicílio, privacidade, intimidade, silêncio e o direito a não produzir provas contra si mesmo.

2.3 Fundamento

Por vezes, o curso de uma investigação interna, necessária para a detecção de ilícito ou irregularidade, pode desdobrar procedimento apto à lesão ilícita de bens jurídicos de investigados, incidindo assim em tipos penais. Para tanto, necessário se faz compreender se há fundamento

¹⁵ PABLO MONTIEL, Juan. “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL*, Chile, p. 251-277, p. 257.

¹⁶ *Ibid.*, p. 257.

jurídico que faça a investigação interna prevalecer sobre direitos de outrem em determinadas situações, isto é, saber se se trataria de hipótese de exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal, ou, ainda, de lesão jurídica amparada sobre outra justificante ou exculpante.

De acordo com Leite Filho, a literatura costuma excluir, de início, justificativa pela via do estado de necessidade ou da legítima defesa, visto que as investigações empresariais internas ocorrem, como medidas de reação frente a uma infração usualmente já consumada¹⁷. O argumento não se sustenta, haja vista que, embora as investigações internas usualmente constituam reação frente a infrações já consumadas, isso não ocorre na totalidade dos casos. Nas hipóteses em que a investigação interna se dá no curso de irregularidade ou ilicitude que se prolonga ao tempo da investigação, poderiam ficar justificados procedimentos de investigação interna que restrinjam direitos do investigado, sob os crivos da legítima defesa ou do estado de necessidade, a depender do caso concreto.

Para Montiel, estaria a investigação interna que restringe direitos de investigados fundada em dever quando da legislação assim se depreen- desse. Assim seria de acordo com os Códigos Penais da Argentina e da Espanha, bem como pela legislação britânica (UK Bribery Act)¹⁸.

Quando da legislação não pudesse ser imediatamente depreendido dever jurídico de investigação interna, fundar-se-ia como um dever legal mediato, ou ainda, uma coerção fática¹⁹, se decorrente de obrigações anteriores de controle no âmbito de um programa de *compliance*, as quais, se violadas e não investigadas, dariam lugar a responsabilizações civis, penais ou administrativas.

¹⁷ LEITE FILHO, José Raimundo. op. cit., p. 143.

¹⁸ PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza empresarial: *compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.

¹⁹ LEITE FILHO, José Raimundo. op cit., p. 143.

Por fim, há quem compreenda como fundamento da investigação interna poder ingerir sobre direitos fundamentais, o exercício regular de um direito. Nesse sentido entendem García Caveró e Gómez Martín²⁰.

No Brasil, as investigações internas seriam frutos de coerções fáticas, haja vista constituírem obrigações mediatas à empresa ou à sua cúpula, decorrentes de responsabilidades cíveis de empregadores pelos atos de seus empregados, no exercício do trabalho, conforme estabelece o Art. 932 do Código Civil Brasileiro; proibições e mandamentos penais, como nas hipóteses de imputação objetiva, por exemplo, e responsabilidades administrativas, como as previstas pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e outras normas nacionais.

2.4 Classificação

Entre as escassas contribuições doutrinárias para a classificação das investigações internas é possível perceber algumas discriminações, quais sejam²¹.

- **Quanto à participação:** diferenciam-se as **investigações internas em sentido estrito**, em que participam do esclarecimento dos fatos apenas advogados externos, das **investigações internas em sentido amplo**, em que participam na tarefa de esclarecimento dos fatos também os membros da empresa;
- **Quanto à abrangência:** diferenciam-se as investigações internas nacionais, que envolvem a apuração de unidades e bens nacionais, das investigações internas transnacionais, que envolvem a apuração de unidades e bens multinacionais;
- **Quanto ao momento em que se iniciam:** diferenciam-se as **investigações internas pré-judiciais**, em que a apuração de fato por empresa inicia-se tão somente a partir de indícios de irregularidade ou ilícito, sem que o fato esteja sub judice, das **investigações para-judiciais**, que ocorrem paralelamente a processo judicial já iniciado.

²⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2013). “Compliance y derechos de los trabajadores”, in KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, p. 125-146.

²¹ PABLO MONTIEL, Juan. “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL*, Chile, pp. 251-277, p. 260.

A classificação quanto ao momento é ressaltada por Montiel, pela razão de sua peculiaridade inicial implicar circunstâncias e consequências práticas, como a abrangência da investigação (geralmente maior para investigações pré-judiciais e menor para investigações para-judiciais) e os fatores de mitigação de pena (as pré-judiciais, na aferição de um *compliance* efetivo, e as para-judiciais, na aferição do grau de colaboração do autorreporte).

2.5 Objetivos

De acordo com Sahan, os objetivos²² da investigação interna para as empresas são: (i) a evitação de responsabilização da empresa, da direção e do *compliance officer* pela conduta de seus sócios, colaboradores e terceiros; (ii) apuração, interrupção e punição de ilícitos e irregularidades, (iii) identificação de deficiências dos sistemas de controle, viabilizando a correção de deficiências e consequente efetividade do programa de *compliance* e (iv) prevenção, pela transmissão da mensagem aos sócios, diretores, colaboradores e terceiros da empresa, de que irregularidades e ilícitos serão apurados.

Diverge-se acerca da punição ou interrupção de ilícitos e irregularidades como objetivos da investigação interna, como elencados por Sahan. Nesse sentido, da mesma forma pela qual não deve ser objetivo da investigação pública a punição de ilícitos e irregularidades, senão somente sua apuração, assim também acontece com a investigação interna. Seria a legitimação da punição um dos objetivos do processo sancionatório decorrente da investigação interna.

Ressalta-se, conforme Leite Filho, o objetivo da investigação interna para o Estado, qual seja: a concretização da política criminal de preven-

²² SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 251.

ção de delitos sob o modelo da autorregulação regulada da iniciativa privada²³.

Por fim, há também objetivos almejados pelas autoridades de persecução, que, de acordo com Nieto Martín²⁴, traduzem-se em vantagens, quais sejam: a economia de trabalho e custos, e a evitação de controles eventualmente impostos pelo juiz de garantias.

Quanto à segunda vantagem, essa revela-se como potencial de riscos à estrutura do processo penal brasileiro, principalmente se considerarmos a vindoura realidade da figura do juiz das garantias, novidade trazida pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

3. Segunda parte: redução de riscos da investigação interna autorregulada

Após serem abordados os principais aspectos de caracterização do instituto da investigação interna, são expostas, a seguir, soluções apresentadas pela doutrina para a redução de riscos existentes da falta de regulação estatal sobre a matéria e do conflito de sua realização com direitos dos investigados.

3.1 Marco legal insuficiente

O modelo de correção pública e privada surge de contradições do modelo regulado estritamente pelo Estado. Nesse sentido, a passagem de um paradigma de regulação estatal para outro de correção pública e privada só se perfectibiliza no ordenamento vez que haja ato legítimo a garantir eficácia a esse novo modelo. Nessa esteira, José Raimundo Leite Filho faz alusão à discriminação em 5 níveis de atuação estatal, feita por

²³ LEITE FILHO. *op cit.*, p. 149.

²⁴ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In KUHLEN, Lothar; PABLO MONTEIL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, p. 47.

Engelhart²⁵, para analisar modelos de autorregulação regulada: (i) apoio informal do Estado, (ii) recompensas pelo programa de *compliance*, (iii) sanções pela falta de programa de *compliance*, (iv) exclusão de responsabilidade, e (v) obrigação de implementar programa de *compliance*.

A partir desse movimento de delegação de tarefas controlada normativamente, projetam-se diversos problemas relacionados ao nível de integração da autorregulação ao ordenamento, promovida justamente pela edição ou não de regulação estatal, fazendo surgir normas abertas e conceitos jurídicos indeterminados.

No Brasil, a legislação que orienta o *compliance* é bastante esparsa: no campo das obrigações situam-se a Lei de Combate aos Crimes de Lavagem de Dinheiro (Lei Federal nº 9.613/98²⁶ e a Resolução nº 2.554/98²⁷, do Banco Central do Brasil (Bacen), que obrigam a implantação e implementação de controles internos a determinados segmentos da ordem econômica, sobretudo do setor financeiro. Ainda no campo das obrigações encontram-se também as várias legislações, sobretudo em âmbito estadual, que obrigam a implementação de programas de integridade às empresas como requisito para contratações públicas,

No âmbito da regulação estatal existem, também, leis que recompensam o programa de *compliance*, mitigando responsabilizações às empresas que o tenham implantado. Nesse ângulo destacam-se legislações que prevejam acordos de leniência diante da existência de cooperação da empresa com as autoridades para a detecção de ilicitudes, a Lei Anticorrupção²⁸ e seu Decreto Regulamentador²⁹.

²⁵ ENGELHART, Marc. Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective. In BRODOWSKI, Dominik et al (eds). **Regulating Corporate Criminal Liability**. New York: Springer, p. 69.

²⁶ BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998: Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 4 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

²⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução 2.554: Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. **Diário Oficial da União**, 29 set. 1998. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf. Acesso em: 03 maio 2018.

²⁸ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1ª de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras provi-

Salvo especificidades como a de determinados segmentos como o financeiro, a falta do programa de *compliance* não é, por si só, omissão relevante para o Direito do ponto de vista das sanções.

Muito embora haja certa legislação dispondo sobre o *compliance* como um todo, não existe no Brasil marco legal que esclareça os procedimentos e balizas das investigações internas. O escasso regramento que existe com alguma relação ao assunto no Brasil reside na Lei nº 13.432/2017³⁰, que dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular, no entanto, a lei é vaga e confusa em seus termos.

Exemplo de confusão é verificado em seu art. 2º, que classifica como detetive particular apenas aquele que coleta informações de natureza não criminal, excluindo, portanto, do âmbito de sua aplicação aqueles que coletam informações de natureza criminal. No entanto, em seu art. 5º, o texto se contradiz e estabelece a possibilidade do detetive particular colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pela contratante e não rejeitado pelo delegado de polícia. Da leitura da referida lei, conclui-se que a principal preocupação dessa é a regulação da relação entre o profissional que carreará eventual investigação interna e o seu contratante. Os limites e principais preocupações concernentes às investigações internas não são aclarados pelo texto.

Nesse sentido, diante da ausência de regulação sobre o tema, e da existência de conflitos entre deveres mediatos de apuração de ilícitos e irregularidade e lesões à intimidade e privacidade de colaboradores, desloca-se, em plano fático, ao Poder Judiciário o papel de regular e depurar a validade dos procedimentos de investigação interna realizados.

dências. **Diário Oficial da União**, 02 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 03 maio 2020.

²⁹ BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 19 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

³⁰ BRASIL. Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017: Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. **Diário Oficial da União**, 12 abr. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

A consequência do exposto acima é uma diferença de fases entre o *compliance*, de um ponto de vista geral, demarcado pela fase de autorregulação regulada, e as investigações internas, ainda muito mais próximas à dimensão da autorregulação privada. A investigação interna, nesse contexto, traduz-se na substituição de um risco possível por um risco provável, o que é indesejável.

Carece, portanto, de autorregulação regulada, a matéria de investigações internas, haja vista que, se mal conduzida, além de gerar custos às empresas, pode resultar-se ineficaz para a redução ou exclusão de responsabilizações, bem como promover uma série de lesões a direitos de privacidade e intimidade de colaboradores e terceiros relacionados à empresa.

A autorregulação regulada das investigações internas resultaria diversas vantagens, segundo Montiel, quais sejam: (i) otimização de custos econômico-jurídicos, posto que a existência de regras escritas afastaria custos decorrentes da improvisação e (ii) maior previsibilidade ao colaborador da possibilidade de atuação da empresa na realização de investigações internas, atendendo ao princípio da boa-fé objetiva dos contratos, forte art. 422, do Código Civil Brasileiro³¹.

Na extensão de suas lições, Montiel apresenta o desafio de pensar a autorregulação de investigações internas como um sistema de garantias de rigor intermediário³². A linha mestra do raciocínio é interessante, na medida em que concilia numa solução um sistema processual com limites não tão estritos quanto as regras do Direito Processual Penal, haja vista o cariz privatístico da relação laboral, nem alheios a qualquer baliza, de modo que ainda estejam modulados a determinadas proteções que visem tutelar direitos fundamentais dos investigados.

³¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 03 maio 2020.

³² PABLO MONTIEL, Juan. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL**, Chile, pp. 251-277, p. 267.

3.2 Direito ao silêncio

Entre as dificuldades enfrentadas pela falta de regulação estatal referente ao tema das investigações internas, destaca-se questão quanto à aplicabilidade do direito ao silêncio, protegido pelo art. 5º, LXIII da Constituição da República³³.

De um lado, a doutrina advoga pela aplicação da referida garantia aos interrogatórios tomados dos colaboradores na investigação interna, assim como ocorre para os réus no processo penal, de modo que os colaboradores poderiam, sob a égide do princípio *nemo tenetur*, recusar prestarem informações sobre fatos aos seus empregadores. Todavia, como bem atesta Montiel, fazer valer o princípio *nemo tenetur* em sua máxima extensão nas relações trabalhistas implicaria sua desnaturação, em vista da boa-fé objetiva que deve ser observada no seio de qualquer contrato, inclusive o de trabalho, além de deveres contratuais/estatutários de fidelidade empregatícia e/ou associativa no sentido de prestar informação certa³⁴.

Soluções nesse sentido, como as indicadas por Montiel pela inobservância do princípio da vedação à autoincriminação não se sustentam diante do Estado de Direito, como sustentam José Raimundo Leite Filho e Nieto Martín. Segundo Nieto Martín, “se a investigação interna é a antesala do processo penal, há de se oferecer garantias similares” e complementa, “as pessoas que sejam interrogadas devem ser advertidas de que possuem direito a guardar silêncio e qual é a finalidade da investigação”³⁵.

Leite Filho desenvolve solução interessante cujo presente texto passa a endossar: uma clivagem entre as investigações internas com

³³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 maio 2020.

³⁴ PABLO MONTIEL, Juan. op. cit., p. 272.

³⁵ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, p. 48.

propósitos e motivações puramente internos, isto é, sem a perspectiva de se cooperar com autoridades, e as investigações internas predestinadas ou interessadas à cooperação com as autoridades e suas possíveis consequências e vantagens.

Nesse sentido, as investigações internas com propósitos e motivações puramente internos não estariam moduladas ao *nemo tenetur* entre empregados e empresas, todavia as provas obtidas pelos interrogatórios daqueles não poderiam ser alvo de repasse ou valoração de autoridades.

De outro lado, nas investigações que visassem a produção de provas para possível colaboração com autoridade pública, essas deveriam observar e informar colaboradores interrogados sobre seu direito ao silêncio, considerando, sobretudo, a razão de a empresa não mais possuir a referida vantagem investigatória advinda de sua relação privada com o colaborador. Essas investigações estariam permeadas pelas finalidades da persecução pública, portanto deveriam respeitar as mesmas garantias atinentes a esse sistema, como o direito ao silêncio.

3.3 Suspeita necessária e proporcionalidade como balizas para as investigações internas

O nível de suspeita necessária para o início de uma investigação interna é questão de ordem complexa, pois agrega aspectos materiais econômicos, reputacionais, econômicos e jurídicos: (i) problemas econômicos, pois a condução de investigações internas supõe, por vezes, elevados custos às empresas; (ii) problemas reputacionais, porque o início de uma investigação interna é fato passível de especulação a acionistas, sócios e terceiros; (iii) problemas de *compliance*, porque o modelo de autorregulação regulada sobre o qual se repousa o *compliance* management faz surgir nas autoridades a expectativa de que as empresas não deixarão, na alegoria de Montiel, a “água chegar ao pescoço”; e (iv) problemas de ordem jurídica, pois a realização de investigação interna sem motivo suficiente ou demasiadamente intrusiva pode gerar diversas res-

ponsabilizações. Soma-se aos problemas citados acima a necessidade de decisões velozes.

Diante disso, propõe Montiel um critério mínimo plausível para o nível de suspeita necessário para se dar início a uma investigação interna: O nível de suspeita requerido para iniciar as investigações deveria ser igual ou superior ao de uma investigação pública³⁶.

O critério acima é interessante, pois se apoia em uma premissa lógica: a de que em um Estado de Direito, os poderes coercitivos e de investigação da empresa devem ser iguais ou inferiores aos das autoridades públicas, que têm legitimidade política, por excelência, para tanto.

Para balizar a ideia de suspeita necessária para o início de uma investigação interna, adequado se faz um juízo de proporcionalidade da credibilidade da suspeita à gravidade da ilicitude ou irregularidade suspeitada, de modo que meros rumores de que um colaborador tenha realizado atos de corrupção não se revelaria, nesse escrutínio, como grau de suspeita necessária para a realização de uma investigação interna. Essa ideia de proporcionalidade deve seguir o curso de toda medida tomada no âmbito das investigações internas, em conformidade à gravidade e à complexidade da ilicitude ou irregularidade investigada.

3.4 Esferas de intimidade

No curso de investigações internas, segundo Montiel, as ações de investigadores podem adequar-se a dois tipos de ilícitos à intimidade do investigado: (i) a revelação desautorizada de informações privadas de investigados e (ii) ações intrusivas para obter, de forma não autorizada, dados pessoais ou sensíveis do investigado³⁷. Percebe-se, nesse sentido, a necessidade de identificar com maior segurança até que nível de intimi-

³⁶ PABLO MONTIEL, Juan. "Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa", in **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL**, Chile, pp. 251-277. p 267 e ss

³⁷ Id.. Autolimpieza empresarial: *compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons.

dade do investigado poderiam ser empreendidas atividades de investigação interna.

Tendo essa questão como pano de fundo, foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão o que hoje se denomina como “Teoria das Esferas da Intimidade”. A teoria tem sido endossada por pronunciamentos da Quarta Turma do Tribunal Supremo Espanhol e do Tribunal Constitucional da Espanha³⁸.

De acordo com essa teoria projetam-se no espaço da intimidade do indivíduo investigado pela empresa três grandes esferas de distinto raio: (i) a esfera em que falta por completo expectativa razoável de intimidade, (ii) a esfera em que pode haver modificação legítima de uma expectativa curta de intimidade em falta de expectativa, e (iii) a esfera em que há expectativa absoluta de intimidade.

No primeiro grupo, referente à esfera em que falta por completo expectativa razoável de intimidade, encontram-se as situações de relação laboral em que não se pode depreender racionalmente que exista expectativa de intimidade.

Encaixam-se como exemplos desse grupo as imagens captadas por câmaras de segurança em locos públicos da empresa ou em setores de especial vulnerabilidade, bem como os papéis deixados sobre a mesa em locais públicos. Atividades investigativas com base nessas informações são consideradas, segundo esse raciocínio, como ingerências não lesivas à intimidade, sendo nesses casos, dispensável notificação prévia ou consentimento por parte do colaborador.

No segundo grupo, o da esfera em que falta expectativa de intimidade por modificação de expectativa, enquadram-se as dinâmicas laborais submetidas aos poderes de direção e controle da empresa, de modo que a ingerência do empregador torna-se legítima se não com-

³⁸ Nesse sentido, Montiel cita decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão: BVerfGE 27, 344 (351); 34, 238 (245); 35, 35 (39); 35, 202 (220); 38, 312 (320); 44, 353 (372); 80, 367 (373). Cita também decisões do Tribunal Sumpremo Espanhol e do Tribunal Contitucional da Espanha, a saber: STS 1826/2010 (Sala 4.ª); STS 4053/2010 (Sala 4.ª); STC 98/2000; STC 196/2004. PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza empresarial: *compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.

promete a dignidade do colaborador. Encaixam-se como exemplos desse grupo os meios de comunicação providos pela empresa estritamente para usos laborais, como celulares, correios eletrônicos, chats, etc.

O caráter estritamente laboral dos meios providos pela empresa, no entanto, não impede que haja a transmissão de informações pessoais em certas comunicações intra e extralaborais mediante o uso desses meios, o que faz persistir uma expectativa mínima de confidencialidade. Para esse caso, é o programa de *compliance* que autorregulará detalhadamente os usos aos quais devem ser destinados os meios providos pela empresa aos seus colaboradores. Provada a ciência dos colaboradores de que os meios poderão ser objeto de investigação e que está vedado o uso não-laboral do meio, opera-se a modificação de esfera de expectativa de intimidade para esfera de falta de expectativa de intimidade. Dessa forma, quedaria não lesiva as atividades de investigação nessas situações.

Por fim, há a terceira esfera, de expectativa absoluta de intimidade, na qual estão abrangidas as informações mais íntimas dos colaboradores, como material genético ou correspondências pessoais. Essa esfera estaria blindada de atividades de investigação interna, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Essas esferas de intimidade imodificável cuja atividade investigativa não pode acessar tem raio que varia de acordo com cada ordenamento. Segundo Conceição Aparecida Giori, para o Tribunal Supremo Espanhol, a ingerência ao direito de segredo das comunicações somente é válido para uso em processo penal, quando autorizado por ordem judicial, pouco importando o consentimento ou renúncia de direito do investigado³⁹. Em Portugal, por sua vez, o Supremo Tribunal de Justiça expandiu as garantias penais para o âmbito laboral, não tolerando nenhuma forma de

³⁹ GIORI, Conceição Aparecida. **Supressão de sigilo de comunicações nas investigações internas e limites ao seu emprego no processo penal: os programas de integridade e a colisão com direitos fundamentais**. Instituto Brasileiro do Direito de Defesa, 2019. Disponível em: <https://ibradd.org.br/2019/12/09/supressao-de-sigilo-de-comunicacoes-nas-investigacoes-internas-e-limites-ao-seu-emprego-no-processo-penal-os-programas-de-integridade-e-a-colisao-com-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 03 maio, 2020. <https://ibradd.org.br/2019/12/09/supressao-de-sigilo-de-comunicacoes-nas-investigacoes-internas-e-limites-ao-seu-emprego-no-processo-penal-os-programas-de-integridade-e-a-colisao-com-direitos-fundamentais/>

invasão de comunicações, sem respaldo judicial para tanto⁴⁰. No Brasil, a Justiça do Trabalho vem se pronunciando em desfavor da proteção da intimidade do colaborador no caso de comunicações havidas por meios de comunicação estritamente laborais.

3.5 Proteção de dados

Na esteira da revolução tecnológica que marca o presente tempo, cuja evolução da capacidade computacional de processamento viabiliza e acelera cada vez mais a coleta, o armazenamento, o tratamento e o compartilhamento de dados⁴¹, a preocupação pela autodeterminação informativa de indivíduos como sujeitos de direitos reclama tutela especial, demandando que não haja ingerência arbitrária, sobretudo por parte de agentes privados, em relação ao uso que se dá de dados pessoais.

Essa maior preocupação com o uso de dados pessoais resultou em novo passo na evolução regulatória sobre o tema de proteção de dados, o que se materializa na última década pela criação de marcos legais mais rígidos em relação ao tratamento de dados pessoais.

Nesse contexto, seguindo movimento iniciado pela União Europeia para expansão da proteção de dados pessoais que levou à criação do Regulamento Geral de Proteção de Dados - GDPR (*General Data Protection Regulation*)⁴², foi editada em 2018 a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei Federal nº 13.709/2018)⁴³, que dispõe sobre uma série de princípios e regras que devem ser considerados na hipótese de tratamen-

⁴⁰ GONZALES, Nariman Ferdinian. *Compliance: Investigações internas e seus limites à luz da privacidade e da proteção de dados*. 2018. 6of. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018.

⁴¹ NÓBREGA MALDONADO, V.; OPICE BLUM, R.. LGPD (coord) - *Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 22.

⁴² UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%63A32016Ro679>. Acesso em: 03 maio 2020..

⁴³ BRASIL, Lei Federal nº 13.709/2018: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

to de dados pessoais, cuja operação de tratamento: (i) seja realizada no Brasil, (ii) tenha como objetivo o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, ou ainda (iii) quando os dados pessoais objeto de tratamento tenham sido coletados no território nacional.

Muito embora a lei brasileira tenha expectativa de início de vigência apenas para maio de 2021, as empresas devem começar desde já a conformar seus procedimentos a fim de viabilizar adequação tempestiva à norma. Vale dizer: no ângulo das investigações internas, cuja suspeita de fato a ser apurada constantemente está envolta de certa sensibilidade e a potencialidade de impacto a dados pessoais é potencializada, os cuidados devem ser redobrados.

Nos termos do artigo 4º, que estabelece as situações em que a lei não se aplica, excluem-se do escopo da LGPD as atividades de “investigação e repressão de infrações penais”, cujos procedimentos não tratem a totalidade dos bancos de dados em que a atividade investigativa incidirá e ocorram sob a tutela de pessoa jurídica de direito público. Nesse sentido, apenas as investigações internas criminais parajudiciais tuteladas por pessoa jurídica de direito público não estariam submetidas à LGPD.

As demais investigações internas ficam submetidas às disposições da lei, que exigem um tratamento dos dados pessoais que respeite princípios como a finalidade, a necessidade e adequação das informações coletadas. Nesse sentido, a LGPD não inviabilizará a realização das investigações internas, que poderá ocorrer se a coleta de dados pessoais processados por ela estiver fundamentada sob uma das hipóteses permitidas, constantes do art. 7º da LGPD, quais sejam: consentimento; obrigação legal, execução de políticas públicas, realização de estudos por órgão de pesquisa; execução de contrato; exercício regular de direito em processo judicial, administrativo ou arbitral; proteção da vida; tutela da saúde; legítimo interesse; e proteção do crédito.

As investigações internas, no panorama das hipóteses permitidas pela LGPD, configurar-se-iam para as empresas, na maioria das vezes, ora como cumprimento de obrigação legal ou regulatória, ora como legi-

timo interesse para o atendimento de deveres mediatos, a depender da compreensão do fundamento de cada investigação interna, cotejando o caso concreto com a legislação pertinente ao assunto que lhe a envolve.

Ademais, o tratamento de dados pessoais sensíveis, isto é, “dados pessoais relacionados a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”, constantemente obtidos em sede de investigações internas, só poderá ocorrer se motivado por uma das hipóteses do art. 11 da LGPD, que não mencionam o legítimo interesse, restando deslegitimadas as investigações internas motivadas por legítimo interesse que venham tratar dados pessoais sensíveis. No caso de tratamento de dados pessoais sensíveis, a investigação interna só encontraria guarida da lei, se fossem realizadas para cumprir obrigação legal ou regulatória, ou ainda, sob consentimento do titular dos dados, podendo esse, ainda, retirar o seu consentimento a qualquer momento.

Outro cuidado cabível às investigações internas que se extrai do marco protetivo de dados pessoais é no sentido de as empresas estarem preparadas para a elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais referente a eventual investigação interna, quando exigido pela autoridade nacional de proteção de dados.

Não obstante aos pontos de atenção referidos acima, outras exigências da lei pertinentes também ao caso das investigações internas, só ficarão aclaradas após a formação do órgão responsável por disciplinar a proteção de dados no Brasil, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que regulamentará diversos aspectos importantes da LGPD.

4. Considerações finais

A correção pública e privada é solução encontrada pelo Estado na contemporaneidade para a repressão de ilícitos e irregularidades em-

presariais, em virtude da impossibilidade de onipresença fiscalizatória e investigativa do Estado. Nesse sentido, pode-se compreender o modelo citado como síntese da contraposição dos paradigmas da autorregulação privada e da regulação estritamente estatal.

Manifesta-se a correção pública e privada por meio da autorregulação regulada de entes privados, isto é, pela implantação e implementação, por esses, de programas de procedimentos e controles que garantam a harmonia das atividades da empresa e dos indivíduos que a compõem com dado ordenamento jurídico estatal vigente.

Para a efetivação da correção pública e privada, a edição de códigos de conduta ética e de procedimentos de controle não se faz suficiente. Necessário o emprego de procedimentos de apuração de suspeita de irregularidades e ilícitos pretéritos ou em andamento, isto é, a realização de investigações internas, quando cabível.

No cenário pátrio, há defasagem entre o *compliance*, que se encontra sobre o modelo da correção pública e privada, e a investigação interna, que se assenta em uma realidade muito mais próxima a da autorregulação privada.

Desse cenário emergem diversos conflitos de direitos e deveres, tornando a investigação interna por vezes problemática, na medida em que dessa se desdobram diversos riscos prováveis e em problemas, como a responsabilização por violações à privacidade e à intimidade de seus colaboradores por ela investigados, o que em última instância deve ser evitado diante do império do Estado de Direito.

Alguns dos principais problemas geradores de riscos para as investigações internas autorreguladas são contemplados no texto e soluções para cada um desses são apresentadas. Mais especificamente, trata-se da falta de marco legal suficiente, dos cuidados que devem ser observados pelas investigações internas diante do novo marco protetivo a dados pessoais no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados, de um critério para se apurar o nível de suspeita necessário para o início de investigações internas, de um critério operacional da teoria das esferas de intimidade

como balizas para as investigações internas e de quando deve ser necessária a observância ao princípio de vedação à autoincriminação e direito ao silêncio.

Diante do problema de marco legal suficiente, concluiu-se pela necessidade de edição, por parte das empresas, de regulamentos internos estabelecendo seus procedimentos de investigação interna, bem como, a edição por parte do Estado, de regras e critérios objetivos para verificação de sua eficácia e validade. Essa regulação dar-se-ia por meio de um sistema de rigor intermediário, que visasse a conciliação da natureza da relação privatística laboral e a manutenção de direitos e garantias individuais existentes no Estado de Direito.

Diante do problema de qual seria o grau de suspeita necessária da empresa para o início de investigações internas, em virtude dos custos econômicos e jurídicos advindo dessas, concluiu-se que esse grau de suspeita deve ser igual ou maior ao esperado para o início de investigações públicas, isto é, deve-se observar em plano ideal se, diante da suspeita existente, seria esperado que autoridades públicas dessem início a investigações. Se insuficiente a suspeita no exercício mental, insuficiente também seria para o início de investigações internas por parte das empresas.

Diante do problema de regulação estatal e da necessidade de critérios operacionais para decidir ou não por determinados procedimentos em sede de investigação interna, propõe-se seja adotada a teoria das esferas de intimidade, considerando os espaços de expectativa de intimidade absoluta, modificável e inexistente, por parte do colaborador, em relação à situação contemplada.

Quanto ao problema de se exigir, diante de investigação interna, a prestação de informações certas que de conhecimento forem do empregado, ainda que o incrimine, propõe-se sejam divididas em solução a depender de dois cenários: para a situação em que a investigação interna tiver motivações e propósitos eminentemente internos, no que tange a relação laboral/associativa desse em relação ao empregador, resta facul-

tado à empresa proceder a interrogatórios, sem direito ao silêncio por parte do empregado, impossibilitada a apreciação do Estado como prova. Quando, em situação diversa, estiver presente, por parte da empresa, a motivação, o interesse ou a finalidade de colaborar com o Estado, não deve estar desassistido o empregado de direito ao silêncio, haja vista a investigação interna estar servindo para propósitos e finalidades afins à investigação pública, terreno onde devem prevalecer direitos e garantias fundamentais.

5. Referências

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução 2.554: Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. **Diário Oficial da União**, 29 set. 1998. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf. Acesso em: 03 maio 2018.

BRAITHWAITE, John. El Nuevo Estado Regulador y la Transformación de la Criminología. In: SOZZO, Maximo (Coord.). **Reconstruyendo las Criminologías Críticas**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2006, p. 43-73.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 19 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

_____. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998: Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 4 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 03 maio 2020.

_____. Lei nº 12.846, de 1ª de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 02 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 03 maio 2020.

_____. Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017: Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. **Diário Oficial da União**, 12 abr. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

_____, Lei Federal nº 13.709/2018: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

ENGELHART, Marc. Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective. In BRODOWSKI, Dominik et al (eds). **Regulating Corporate Criminal Liability**. New York: Springer.

GARCÍA CAVERO, Percy. **Criminal Compliance**. Lima: Palestra Editores, 2014.

GIORI, Conceição Aparecida. **Supressão de sigilo de comunicações nas investigações internas e limites ao seu emprego no processo penal: os programas de integridade e a colisão com direitos fundamentais**. Instituto Brasileiro do Direito de Defesa, 2019. Disponível em: <https://ibradd.org.br/2019/12/09/supressao-de-sigilo-de-comunicacoes-nas-investigacoes-internas-e-limites-ao-seu-emprego-no-processo-penal-os-programas-de-integridade-e-a-colisao-com-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 03 maio. 2020.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2013). “*Compliance* y derechos de los trabajadores”, in KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.), **Compliance y Teoría del Derecho penal**, Madrid: Marcial Pons, pp. 125-146.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**, São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GONZALES, Nariman Ferdinian. **Compliance: Investigações internas e seus limites à luz da privacidade e da proteção de dados**. 2018. 60f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018.

GUARAGNI, F. A.; NETO, L. M. F.; SILVA, D. R. As investigações internas e a análise econômica do direito. *Revista Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, n. 26, 2020. No mesmo sentido, DUGGIN, Sarah H.. Internal corporate investigations: legal ethics, professionalism and the employee interview. **Colum. Bus. L. Rev.**, 2003

LEITE FILHO, José Raimundo. **Corrupção internacional, criminal compliance e investigações internas**. 2017. 241f. Dissertação (mestrado) – Universidade de Lisboa, 2017.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons.

NÓBREGA MALDONADO, V.; OPICE BLUM, R.. LGPD (coord) – Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLAECHEA, José Urquiza et al. **Homenaje a Klaus Tiedemann**. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. Lima: Fondo, 2011. v. 1, p. 205-246.

PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpeza empresarial: *compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons.

_____. “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, in **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL**, Chile, pp. 251-277.

ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 1, 2012. Disponível em: <https://indret.com/criminal-compliance/>. Acesso em: 4 maio 2020.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). ***Compliance y Teoría del Derecho penal***. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SIEBER, Ulrich. Programas de ‘*Compliance*’ em el Derecho Penal de la Empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (coord.). ***El Derecho penal económico em la Era Compliance***. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 03 maio 2020..

WOLFF, Jacqueline C.. Voluntary disclosure programs. **Fordham Law Review**, v. 47, p. 1057-1082, 1979. No mesmo sentido, DUGGIN, Sarah H.. Internal corporate investigations: legal ethics, professionalism and the employee interview. **Colum. Bus. L. Rev.**, 2003.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org