

Faculdade de Direito
Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais

**CORRUPÇÃO INTERNACIONAL, *CRIMINAL COMPLIANCE* E
INVESTIGAÇÕES INTERNAS**

Limites à produção e valoração dos interrogatórios de empregados suspeitos realizados em investigações empresariais no âmbito da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013).

José Raimundo Leite Filho

Lisboa

2017

Faculdade de Direito
Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais

**CORRUPÇÃO INTERNACIONAL, *CRIMINAL COMPLIANCE* E
INVESTIGAÇÕES INTERNAS**

Limites à produção e valoração dos interrogatórios de empregados suspeitos realizados em investigações empresariais no âmbito da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013).

Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial para obtenção do título de mestre em ciências jurídico-criminais, sob a orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

Lisboa

2017

DEDICATÓRIA

Para a minha esposa, Ana Carolina,
e nossos filhos, João Pedro e Eduardo.

À memória dos meus pais, José e Elizabete.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar aos Professores Doutores Paulo de Sousa Mendes, Maria Fernanda Palma e Augusto Silva Dias, pelo acolhimento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e pelo saber compartilhado ao longo desse fascinante período de pesquisa, estudos e seminários. Ao Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, agradeço ainda de modo especial a dedicada e segura orientação na presente dissertação.

Agradeço a atenção que me foi sempre dispensada pelos bibliotecários e funcionários das bibliotecas da Procuradoria-Geral da República, em Lisboa, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Procuradoria da República no Maranhão. Agradeço igualmente à Dra. Johanna Rinceanu, pelo período de pesquisa no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Agradeço ainda o relevante auxílio recebido do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais (IDPCC) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Um agradecimento institucional é devido ao Ministério Público Federal (Procuradoria-Geral da República, em Brasília-DF), pela licença que me foi concedida para a frequência ao período de seminários do mestrado, afastamento este somente possível pelo suporte profissional dos colegas e amigos procuradores da República no Estado do Maranhão, aos quais também carinhosamente agradeço.

Por fim, devo um especial agradecimento à minha amada esposa, Ana Carolina, e aos nossos queridos filhos, João Pedro e Eduardo, pela compreensão, carinho e apoio que incondicionalmente sempre me ofereceram.

RESUMO

A dissertação trata das investigações internas desenvolvidas no âmbito dos programas de *compliance* implementados para a obtenção de benefícios penais sancionatórios previstos nas leis anticorrupção norteamericana, britânica e brasileira. Mais especificamente, discorre-se sobre o interrogatório do empregado suspeito havido no curso de uma investigação interna desenvolvida para a satisfação de exigências de *compliance* formuladas por autoridades, com o objetivo de identificar jurídicos limites à utilização, no processo penal, do produto dessa atividade particular de recolha da prova. Para esse fim, o texto descreve e analisa as leis anticorrupção mencionadas, examina os fundamentos, a estrutura e finalidades dos programas de cumprimento normativo de viés criminal, *locus* atual das investigações internas, e promove, ao cabo, a análise crítica dos interrogatórios de empregados suspeitos à luz da Lei Anticorrupção brasileira.

Palavras-chave: Processo penal. Corrupção internacional. *Criminal compliance*. Investigações internas. Interrogatório de empregado.

ABSTRACT

This dissertation deals with internal investigations developed under the compliance programs implemented to obtain penal sanctions benefits and that have been defined in American, British and Brazilian anti-corruption laws. More specifically, it discusses about the employee's interrogations during an internal investigation conducted to meet compliance requirements formulated by authorities with the objective of identifying legal limits on the use, in criminal proceedings, of the product of that specific proof collection activity. To this end, the text describes and analyzes the mentioned anti-corruption laws, examines its basis, the structure and purposes of the programs of normative compliance of criminal bias, current locus of internal investigations and it also promotes, in the end, a critical analysis of the interrogations of suspected employees under the Brazilian Anti-Corruption Law.

Keywords: Criminal procedure. International corruption. Criminal compliance. Internal investigations. Employee interview.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. O PROGRAMA MODELO DE CRIMINAL COMPLIANCE	20
1.1 Estados Unidos da América v. Louis Berger International, INC. [(Caso nº 15-3624 (MF))].....	20
1.2 O Anexo C do <i>Deferred Prosecution Agreement</i> : linhas gerais do programa de <i>compliance</i> acordado entre o <i>Department of Justice</i> (DOJ) e a <i>Berger Group Holdings, Inc.</i> (BGH).....	24
1.3 O Anexo D do <i>Deferred Prosecution Agreement</i> : a supervisão independente.....	26
2. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA)	29
2.1 Contextualização.....	29
2.2 Origem.....	30
2.3 Conteúdo.....	34
2.3.1 A matéria contábil (disclosure approach).....	36
2.3.2 A matéria criminal (criminal approach).....	39
2.4 Penalidades.....	44
2.5 Jurisdição.....	45
3. UNITED KINGDOM BRIBERY ACT (UKBA)	49
3.1 Origem.....	49
3.2 A matéria penal.....	51
3.2.1 Os crimes de corrupção.....	51
3.2.2 Seção 7: o crime de falha na prevenção.....	54
3.2.3 Seção 7(2): compliance defence e os parâmetros do programa de integridade.....	59
3.3 Jurisdição.....	63
4. AS DIRETRIZES DO DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) E DA UNITED STATES SENTENCING COMMISSION (USSC) EM MATÉRIA DE COMPLIANCE	65
4.1 Os Princípios do DOJ para a persecução penal das corporações.....	65
4.1.1 Origem e desenvolvimento.....	65
4.1.2 Conteúdo.....	68
4.1.3 Funcionalidades.....	70
4.1.4 Objeções.....	72
4.2 <i>Organizational Sentencing Guidelines</i> (OSG).....	74
4.2.1 Origem e desenvolvimento.....	74
4.2.2 Conteúdo.....	78
4.2.3 Características.....	82
4.3 Análise parcial.....	82
5. LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA (LEI Nº 12.846/2013) ..	87
5.1 Origem e breve perfil.....	87
5.2 Os atos lesivos.....	91
5.3 As sanções.....	97
5.4 As exigências de <i>compliance</i> e o acordo de leniência.....	98
5.4.1 Compliance ex ante: <i>diretrizes</i>	98
5.4.2 Compliance ex post: <i>o acordo de leniência</i>	102
5.5 Análise parcial.....	107
6. CRIMINAL COMPLIANCE: ACERCA DOS FUNDAMENTOS PARA AS INVESTIGAÇÕES EMPRESARIAIS INTERNAS	110

6.1 Consideração inicial.....	110
6.2 Conceitos.....	111
6.3 Elementos estruturais do <i>criminal compliance</i>	115
6.4 Finalidade.....	119
6.5 Origem e desenvolvimento.....	121
6.6 Aspectos criminológicos e político-criminais.....	123
6.6.1 <i>Aportes de Criminologia</i>	123
6.6.2 <i>A Política Criminal</i>	126
6.6.2.1 Os riscos da criminalidade econômica.....	128
6.6.2.2 Autorregulação regulada (corregulação público-privada)..	131
6.7 Análise dos modelos de autorregulação regulada <i>vis-à-vis</i> os concretos sistemas de <i>compliance</i> investigados.....	134
7. AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS E O ESPECÍFICO PROBLEMA DOS INTERROGATÓRIOS DE EMPREGADOS SUSPEITOS PRODUZIDOS NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO.....	138
7.1 Consideração inicial.....	138
7.2 As investigações internas.....	140
7.2.1 <i>Origem</i>	140
7.2.2 <i>Conceito</i>	142
7.2.3 <i>Fundamentos</i>	144
7.2.4 <i>Classificação</i>	147
7.2.5 <i>Objetivos</i>	148
7.3 Premissas de ordem jurídica.....	150
7.3.1 <i>Exigência de suspeita da infração</i>	151
7.3.2 <i>Compartilhamento do produto das investigações</i>	152
7.3.3 <i>Funcionalização: o empregado como alvo</i>	155
7.4 Os interrogatórios internos de empregados suspeitos.....	158
7.4.1 <i>Delimitação e justificação</i>	158
7.4.2 <i>O concreto modelo de interrogatório</i>	161
7.4.3 <i>As justificativas para o interrogatório modelo</i>	162
7.4.3.1 <i>A informalidade documental como regra</i>	163
7.4.3.2 <i>A juridicidade dos interrogatórios (I): o advogado e os conflitos de interesses</i>	165
7.4.3.3 <i>A juridicidade dos interrogatórios (II): nemo tenetur</i>	168
7.4.4 <i>Os problemas normativos: considerações críticas e soluções</i> ..	172
7.4.4.1 <i>Observação prévia: a inexistência de marco normativo</i>	173
7.4.4.2 <i>A informalidade documental</i>	175
7.4.4.2.1 <i>Considerações críticas</i>	175
7.4.4.2.2 <i>A posição adotada</i>	189
7.4.4.3 <i>O advogado e os conflitos de interesses</i>	191
7.4.4.3.1 <i>Considerações críticas</i>	191
7.4.4.3.2 <i>A posição adotada</i>	199
7.4.4.4 <i>O nemo tenetur se ipsum accusare</i>	203
7.4.4.4.1 <i>Considerações críticas</i>	203
7.4.4.4.2 <i>A posição adotada</i>	217
CONCLUSÃO.....	219
TEXTOS OFICIAIS.....	222
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	224

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABA	American Bar Association
Ac	Acórdão
ADRs	American Depositary Receipt
AIG	American International Group
atual	atualizada
art., arts	Artigo, artigos
augment	Aumentada
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Berger Group Holdings, Inc.
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CEO	Chief Executive Officer
Cf.	Confira, conforme
CGU	Controladoria-Geral da União
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
Coord.	coordenador
Corrig.	corrigida
CPB	Código Penal Brasileiro
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro
CRP	Constituição da República Portuguesa
Dir.	diretor
DOJ	Department of Justice
DPA	Deferred Prosecution Agreement
ed, eds.	editor, editores
EOA	Estatuto de Ordem dos Advogados
EUA	Estados Unidos da América
et al.	et alii (e outros)
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
GG	Grundgesetz
i.e.	id est (isto é)
ISO	International Organization for Standardization
LBI	Louis Berger International
NASDAQ	National Association of Securities Dealers Automated Quotations
NPA	Non-Prosecution Agreement
NYSE	New York Stock Exchange
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
OSG	Organizational Sentencing Guidelines
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
p.	página
p.ex.	por exemplo
s., SS.	seguintes
s.d.	Sem data
SEC	Securities and Exchange Commission
SFO	Serious Fraud Office
SOX	Sarbanes-Oxley Act

STJ	Supremo Tribunal de Justiça português
STF	Supremo Tribunal Federal
StPO	Strafprozessordnung
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UKBA	United Kingdom Bribery Act
USSC	United States Sentencing Commission
USSG	United States Sentencing Guidelines

«If you think compliance is expensive, try non-compliance».
Paul McNulty, ex-Procurador-Geral Adjunto dos EUA

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), dispõe sobre a responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas, pela prática de atos de corrupção contra a administração pública nacional e estrangeira, notadamente pela promessa, oferecimento ou entrega de vantagem indevida a agente público.

Essa nova regulação do fenômeno da corrupção no Brasil atribui especial relevância, para a concessão de benefícios na aplicação das sanções, à cooperação da pessoa jurídica na apuração das infrações (art. 7º, VII), à existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como à aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica (art. 7º, VIII), materializando, no direito interno, de forma inovadora, hipótese de favor sancionatório diretamente decorrente da estruturação de mecanismos de *compliance*¹.

Prevê ainda, a Lei Anticorrupção, hipótese de acordo de leniência a ser firmado entre a autoridade e a pessoa jurídica responsável pela infração, desde que, dentre requisitos variados, a corporação colabore efetivamente com as investigações e o processo administrativo, e que dessa colaboração resulte (a) a identificação dos demais envolvidos na infração, (b) e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16).

Trata-se, portanto, da internalização, no direito brasileiro, de favores sancionatórios de ordem penal (ou parapenal, como mais tarde se evidenciará, com importantes reflexos no processo criminal contra os indivíduos) condicionados à implementação de programas de cumprimento normativo pelas pessoas jurídicas, e, no seu âmbito, ao desenvolvimento de investigações internas destinadas à satisfação probatória das autoridades da persecução².

¹ Os termos *compliance*, programa de cumprimento normativo e programa de integridade são usados indistintamente no trabalho.

² O Brasil já conhecia exigências de *compliance* formuladas nos arts. 10 e ss. da Lei nº 9.613/98, que define os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores. Tais exigências, porém, estão restritas, nuclearmente, à particular tarefa de *due diligence* consistente na identificação de clientes e manutenção dos registros das transações, previstas no art. 10, que vêm a ser apenas *uma* das tarefas costumeiramente desempenhadas no âmbito de um programa de cumprimento normativo, e aplicáveis somente às empresas e aos profissionais que direta ou indiretamente intervêm no sistema financeiro, relacionados no art. 9º da mencionada Lei. Por fim, o art. 12 da Lei nº 9.613/98 definiu como infração administrativa a omissão no desempenho dessas tarefas pelas entidades obrigadas, cominando sanções de variada ordem, inexistindo, portanto, naquele subsistema de combate à lavagem de ativos, a previsão de qualquer benefício pela adoção de medidas de *compliance*.

A Lei Anticorrupção constitui resposta do Legislador, no particular, às orientações da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)³, diretriz esta, de sua vez, fortemente influenciada pelos Estados Unidos da América (EUA), que, pioneiramente, já na década de 1970, promulgou o *Foreign Corrupt Practices Act* (Lei Americana Anticorrupção no Exterior, FCPA), legislação originada do caso *Watergate* e voltada à responsabilização de agentes e corporações por irregularidades contábeis e criminais relacionadas à corrupção internacional, cujo *enforcement*⁴, a cargo da *Securities and Exchange Commission* (SEC) e do *Department of Justice* (DOJ), nos âmbitos cível e penal, respectivamente, tem-se feito maioritariamente pela via da implantação de programas de cumprimento normativo geralmente acordados entre empresas e autoridades, e centrados, em boa parte, na investigação empresarial interna de fatos delitivos, predestinada ao posterior compartilhamento da prova obtida com as autoridades⁵⁻⁶.

Também em resposta à Convenção da OCDE, o Reino Unido promulgou

³ Promulgada no Brasil através do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Inteiro teor disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt> [acesso em 29/02/2016].

⁴ A locução *enforcement* (ou *law enforcement*) possui, ao longo do texto, o sentido de “aplicação efetiva”, como expressado por SOUSA MENDES (2015a), ausente qualquer redundância, como refere o autor, porque sequer a perfeição de uma legislação traduz garantia de sua boa aplicação. De igual modo, ZYSMAN QUIRÓS (2013: 52) enfatiza que “a noção de *enforcement of law*, mais além do que pode dar a entender sua tradução usual, refere-se ao conjunto de instrumentos que se põem em prática para dar realidade social e política, entre outras, às proibições legais.”

⁵ Cf. GRUNER (2007) e ORLAND (2006).

⁶ Em Portugal, dando cumprimento à Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI – que, dentre os consideranda, constou a Convenção da OCDE sobre a luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais –, editou o Legislador a Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, que criou o novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no setor privado, por meio incluso da responsabilidade penal da pessoa coletiva (art. 4º), com previsão de especial atenuação de pena “se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis ou de algum modo contribuir decisivamente para a descoberta da verdade” (art. 5º, a)). Como refere CRUZ SANTOS (2016b: 89-90), a propósito dessa e de outras novas incriminações no terreno da corrupção em Portugal, “a primeira imagem que se tem quando se olha para os novos regimes penais da corrupção é a de extensão das margens incriminadoras ou de endurecimento do sistema repressivo no plano legal – o que não significa necessariamente, note-se, um aumento da eficácia na deteção e na punição dos crimes de corrupção existentes a que possa associar-se o pretendido efeito preventivo orientado para a diminuição da mancha daquela criminalidade. Aquele endurecimento do sistema punitivo penal da corrupção – revelado sobretudo nas neocriminalizações, na agravamento das molduras penais ou na adopção de técnicas de construção do tipo legal que alargam as margens da punibilidade – é justificável a partir de vários vectores. Existem, porém, dois segmentos explicativos que se julgam fundamentais: (I) a crescente compreensão comunitária da danosidade da corrupção e a consequente demanda de maior eficácia na sua repressão; (II) as imposições em matéria de combate à corrupção geradas por instrumentos internacionais.”

recentemente o *United Kingdom Bribery Act* (UKBA), que sistematizou os crimes de corrupção interna e tipificou os crimes de corrupção internacional e de falha na prevenção de delitos, pela ausência ou implementação defeituosa de programa de *compliance*.

Mencionadas legislações possuem em comum, assim, o fato de se dirigirem – principalmente, mas não só – à repressão da corrupção nas transações comerciais internacionais, e de se utilizarem, para esse fim, enquanto mecanismo apto ao melhor atingimento dessa meta, por suas próprias estatuições (Lei Anticorrupção e UKBA) ou pelo seu *enforcement* (FCPA), da política de estímulos sancionatórios pela implantação de programas de cumprimento normativo.

O espraiamento dessa política pelos demais países, Brasil incluído, decorreu, poder-se-á observar mais adiante, não apenas dos termos da Convenção da OCDE. É sobretudo pela mencionada tendência de rigoroso *enforcement* do direito penal corporativo nos EUA, em especial do FCPA⁷, exponenciada pela notável extraterritorialidade conferida pelas autoridades norteamericanas àquela legislação, na presente altura secundada por uma extraterritorialidade ainda mais extravagante do UKBA, que os demais países têm sido compelidos a adotar regras semelhantes⁸.

Experimenta-se, de fato, como adverte SIEBER (2013: 68), uma segura convergência de entendimento no sentido de que “a intervenção preponderante das corporações em diversos setores sociais essenciais as converteu no principal foco de criação de riscos”, e que os programas de cumprimento normativo, vocacionados que estão à *prevenção* e *deteção* de fatos delitivos no mais complexo e impenetrável âmbito corporativo, por essa razão suscetíveis de “impedir a criminalidade proveniente das empresas e dirigida a elas”⁹, uma vez desenvolvidos em sistema de correção estatal e privada, podem vir a ser a resposta mais eficaz a estes riscos, infelizmente concretizados nas crises econômicas do fim do último

⁷ Como mais adiante se observará, tal atividade persecutória foi incrementada de modo significativo com a promulgação das *Organizational Sentencing Guidelines* (OSG), incorporada às *United States Sentencing Guidelines* (USSG), diretrizes que fundamentaram a posterior sistematização e consolidação dos memorandos do DOJ, igualmente relevantes para aquele incremento.

⁸ O FCPA desempenhou papel tão relevante no desenvolvimento dos programas de *compliance* que, para alguns (SOUZA, 2015; NIETO MARTÍN, 2003), a política regulatória ali instaurada pode ser identificada como a origem destes programas.

⁹ Cf. SIEBER (2013: 68).

século¹⁰⁻¹¹.

Dentre as medidas necessárias à caracterização de um efetivo programa de cumprimento normativo, encontra-se o desenvolvimento, pela empresa, de *investigações internas voltadas ao esclarecimento de fatos delitivos ocorridos no âmbito da corporação*, em situação preponderante de colaboração com as autoridades da persecução, mediante o posterior compartilhamento das provas ali produzidas.

As investigações internas, desse modo, assumem papel ímpar nesse ambiente, porque permitem ao Estado acessar elementos de prova (a) de fatos difíceis de esclarecer, ocorridos bastas vezes no âmago de complexas estruturas empresariais; (b) sem maiores custos, visto que inteiramente suportados e internalizados pela empresa; (c) e, mais, produzidos livremente, sem as tradicionais amarras das regras de proibição e valoração de provas (vedação das provas ilícitas), a rigor direcionadas apenas aos agentes estatais.

E, nesse mais estreito campo das investigações internas, o interrogatório do empregado suspeito constitui meio de prova especialmente conflituoso.

Como melhor se observará ao longo do desenvolvimento da pesquisa, a experiência norteamericana na aplicação do FCPA, via acordos de cumprimento normativo, tem provocado significativa alteração no perfil do processo penal contra as empresas, deslocando-se o interesse do Estado das tarefas de acusação e punição para uma ampla e generalizada reforma corporativa, acentuando a prioridade sobre questões prospectivas de governança e *compliance* destinadas à salvaguarda da empresa. Os problemas retrospectivos decorrentes da pesquisa da

¹⁰ Crises estas “potenciadas pela desregulação do mercado financeiro global e pela total subordinação da ética e do bom senso à busca do maior lucro”, segundo MENEZES CORDEIRO (2009: 15), e que tem exemplo significativo no colapso da *Enron* no ano de 2001, por fraudes contábeis igualmente encontradas em outras empresas, como *Adelphia*, *Tyco*, *WorldCom* e *Qwest* (lista mais ampla está em: <http://www.forbes.com/2002/07/25/accountingtracker.html>, acesso em 17.09.2016). Na mesma década, em setembro de 2008, o banco *Lehman Brothers Holdings Inc.* pediu falência. Na altura, com a crise do *subprime*, possuía dívidas de \$613 bilhões de dólares (Cf. LEE, 2011: 303). No mesmo mês e ano, o governo norteamericano assumiu o controle da *American International Group* (AIG), maior empresa de seguros daquele país, arruinada por investimentos financeiros temerários (cf. <http://www.wsj.com/articles/SB122156561931242905>, acesso em 17.09.2016). A crise financeira do biênio 2008/2009, informa SANDEL (2011: 21), prejudicou sensivelmente grandes investidores e cidadãos comuns, que viram minguar o valor das pensões de reforma. “A riqueza total das famílias americanas caiu 11 bilhões de dólares em 2008, um montante igual ao rendimento anual combinado da Alemanha, do Japão e do Reino Unido”.

¹¹ Para uma breve descrição e análise da crise que denominou de “planetária”, bem como das medidas, por reflexo dela, adotadas em Portugal, cf. MENEZES CORDEIRO (2009: 13 e ss.).

responsabilidade e culpa penais restaram reservados, nesse enredo, para a persecução de empregados das empresas e agentes públicos¹².

A esse propósito, acentuou GRUNER (2007: 279) que a tarefa de investigação das empresas tem fornecido ao DOJ, no que toca à aplicação do FCPA, um meio seguro e econômico de obtenção de prova, habilitando-o a construir seus casos criminais contra empregados e diretores¹³, sem as aparentes travas das garantias penais¹⁴, como antes mencionado.

É precisamente no interrogatório interno do empregado suspeito que o conflito entre, de um lado, o poder investigatório da empresa e o à ele associado interesse estatal na obtenção de provas para a persecução penal, e, de outro, a figura do empregado suspeito, adquire um tom mais agudo. Há aqui um evidente entrechoque desnivelado de interesses, direitos e obrigações. Apenas para ilustrar, à empresa assiste o direito de investigar ilícitos relacionados à sua atividade sem maiores limites jurídicos, assim como o interesse na ótima execução dessa tarefa, para a obtenção de favores de ordem penal que lhe podem assegurar a sobrevivência no mercado, uma vez compartilhado o produto da apuração interna com o Estado. O empregado, noutro extremo, está ordinariamente sujeito ao dever laboral de colaborar com o empregador para o esclarecimento dos fatos, sob risco de demissão, ainda que esteja implicado na infração.

A presente investigação, assim vistas as coisas, destina-se a analisar juridicamente o padrão atual de interrogatório interno de empregado suspeito realizado no âmbito dos programas de *compliance* desenvolvidos para atendimento prioritário à Lei Anticorrupção, de modo a identificar, num primeiro momento, os fundamentos para a sua realização, tal como atualmente vem sendo executado, e, num segundo momento, os eventuais limites jurídicos à produção e valoração desse interrogatório privado no âmbito do processo penal interno.

Para esse fim, inicia-se o trabalho com a apresentação e descrição de um programa modelo de cumprimento normativo de cariz criminal, com o fim de ilustrar, em termos práticos, as atuais exigências do Departamento de Justiça norteamericano nessa matéria, naquilo que se relaciona ao *enforcement* do FCPA. A descrição permitirá enfatizar a posição e relevância das investigações

¹² Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 161).

¹³ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 160).

¹⁴ Cf. GRIFFIN (2007); e NIETO MARTÍN (2013a: 46 e ss.).

empresariais internas no mais amplo contexto do *compliance*, e o destino da prova por seu meio recolhida, bem como pôr relevo sobre exigências que, para além de pioneiras no âmbito do *compliance*, se podem aplicar a empresas nacionais (Capítulo I).

Ao programa modelo, segue-se breve análise do FCPA e do UKBA, legislações influentes em variadas jurisdições, inclusive a brasileira, afora outros fatores, pela extraterritorialidade inabitual, e que, tal como a Lei Anticorrupção, utilizam-se prioritariamente do *compliance* como instrumento para alcance de uma maior eficácia na prevenção e repressão da corrupção internacional, a projetar indiscutíveis reflexos na ordem jurídica interna e na conformação do ambiente corporativo nacional (Capítulos II e III).

O Capítulo IV está reservado ao estudo, no essencial, dos Princípios do DOJ para a persecução penal das corporações, e das *Organizational Sentencing Guidelines* (OSG), diretrizes estas que têm fundamentado, nos EUA, um mais elevado rigor das autoridades na aplicação do FCPA, pela via de exigências de *compliance*, investigações internas incluso.

A Lei Anticorrupção, no prever favores de ordem sancionatória valiosos para as empresas, constitui a inovadora razão, na ordem jurídica interna, para o interesse corporativo na implementação de programas de cumprimento normativo, e, com eles, o desenvolvimento de investigações internas em situação de cooperação com autoridades¹⁵. Trata-se, portanto do diploma normativo essencial à compreensão do modelo de *compliance* estimado pelo Estado brasileiro, a partir do qual poder-se-á estabelecer premissas mais adiante necessárias ao melhor encaminhamento do problema central (Capítulo V).

Desse ponto em diante, e a traços largos, mostra-se necessário descer à análise teórica dos programas de cumprimento normativo, sempre em tentativa de contexto com as legislações anteriormente referidas. A análise será feita pelos seus mais diversos aspectos, inclusive pelos fatores criminológicos e político-criminais que os têm conduzido à ribalta do imenso teatro onde se processa o drama atual do controle da criminalidade econômico-financeira (Capítulo VI).

O Capítulo final (VII) dedica-se ao estudo das investigações internas, no

¹⁵ Empesas sediadas no Brasil e eventualmente cotizadas em bolsas dos EUA e do Reino Unido, ou com atividade econômica relevante naqueles países, p.ex., já estavam, em tese, coarctadas à assunção dessas tarefas, pela anterior submissão ao FCPA e ao UKBA.

gênero, enquanto elemento estrutural dos programas de cumprimento normativo, e, de modo específico, ao estudo da especial variante consistente no interrogatório interno do empregado reputado suspeito.

A investigação, nesse particular, pretende apurar e apontar a existência de limites jurídicos, na ordem interna, ao modelo de interrogatório atualmente praticado por empresas interessadas em bônus pela satisfação de exigências de *compliance*, de modo a evitar que tais programas se desenvolvam ao arrepio do Estado de Direito, e frustrem, com isso, em termos de legitimidade, as justificadas expectativas neles depositadas, de que possam vir a constituir um instrumento eficaz no combate à corrupção.

1. O PROGRAMA MODELO DE *CRIMINAL COMPLIANCE*

1.1 Estados Unidos da América v. Louis Berger International, INC. [(Caso nº 15-3624 (MF))]¹⁶

Em 07 de julho de 2015, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (DOJ) celebrou um *deferred prosecution agreement*¹⁷ com a empresa

¹⁶ Trata-se do mais recente caso, na presente altura – novembro de 2015 – da aplicação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) a pessoa jurídica, e ilustrativo, portanto, das *atuais exigências* do Departamento de Justiça norteamericano em matéria de cumprimento normativo relacionado àquela legislação, perfectibilizando com isso um programa modelo relevante em variadas jurisdições, inclusive a brasileira, satisfeitas que sejam as exigências de extraterritorialidade mais adiante abordadas.

¹⁷ Doravante DPA (acordo de persecução diferida), espécie de acordo pré-processual em que, apesar de formulada – via de regra, mas não obrigatoriamente – a acusação pelo DOJ, este ajusta não lhe dar prosseguimento (cf. SPIVAK & RAMAN, 2008: 160), evitando-se com isso o *indictment* pelo Grande Júri, nos casos federais (cf., a propósito do *indictment*, ISRAEL; KAMISAR; LaFAVE & KING, 2012: 820), à espera do cumprimento, pela empresa, durante o período de prova, das obrigações formuladas pelo DOJ nos casos criminais, e pela SEC, nos casos cíveis relacionados a emitentes de valores mobiliários, ambas as hipóteses nas violações às disposições do FCPA. Nestes casos, DOJ e SEC costumam trabalhar conjuntamente ajuizando em paralelo ações nos âmbitos criminal e cível, respectivamente (Cf. GIUDICE, 2011: 360, com críticas, porém, ao excesso de discricionariedade exercido pelos procuradores nos acordos). O DPA foi utilizado remotamente nos processos contra indivíduos, geralmente adolescentes, para evitar o estigma da condenação (cf. GIUDICE, 2011: 362; SPIVACK & RAMAN, 2008: 163), mas proliferou na persecução penal contra empresas, especialmente após o caso *Arthur Andersen*, em 2002 (cf. GIUDICE, 2011: 363). Segundo SPIVACK & RAMAN (2008: 159), entre os anos de 2002 e 2005, procuradores e empresas fizeram duas vezes mais acordos dessa natureza que nos dez anos seguintes juntos, com tendência de alta, a ponto de serem considerados, tais acordos – prosseguem os autores – a conclusão *standard* das investigações criminais contra corporações. O *deferred prosecution agreement* (DPA) e o *non-prosecution agreement* (NPA), espécie outra de acordo pré-processual (que daquele se distingue porque não precisa ser submetido à homologação judicial e porque, também via de regra, não há acusação), integram o *Pretrial Diversion Program*, alternativas à persecução criminal definidas no *United States Attorneys' Manual*, e possuem, como objetivos ali declarados, a prevenção da reincidência, a promoção da eficiência judicial e a abertura de um caminho para a reparação do ilícito. Tais acordos, para além desses mencionados objetivos, costumam ser favoráveis às empresas, porque permitem evitar as graves consequências do *indictment* pelo Grande Júri, especialment no contexto do FCPA, que pode resultar em exclusão e suspensão de contratos governamentais (cf. GIUDICE, 2011: 360), incluso na quebra da empresa, entre outros fatores, pela publicidade negativa, sobretudo impactante para as companhias abertas (cf. BUCY, 1993: 352), para além dos danos colaterais a funcionários e a terceiros, como fornecedores, p.ex., com fechamento de postos de trabalho e inadimplência contratual (cf. GIUDICE, 2011). Não por acaso, o *United States Attorneys' Manual* inclui, entre os fatores a serem ponderados pelos procuradores na decisão pela acusação ou formulação do acordo com as corporações – e na linha do quanto estabelecido no capítulo 8 das USSG –, a vontade da empresa de cooperar na investigação de seus funcionários; a existência e eficácia de um preexistente programa de conformidade (*compliance program*); a divulgação oportuna e voluntária das irregularidades; a adoção de ações correctivas no âmbito da corporação, incluindo esforços para implementar um programa eficaz de conformidade corporativa ou melhorar o já existente, substituir administradores, punir os transgressores, pagar as restituições, e cooperar com as agências governamentais. Inúmeros autores sugerem que o crescente interesse do DOJ pelos acordos decorre do fato de que, por meio deles, e dos programas de conformidade e cooperação ali estabelecidos ou incrementados, os procuradores podem obter acesso aos meios de prova do ilícito sem custos, especialmente no contexto do FCPA, pela terceirização da investigação e pela facilitação

*Louis Berger Internacional, Inc. (LBI)*¹⁸, que admitiu ter violado o *Foreign Corrupt Practices Act*¹⁹, bem como conspirado para violar as disposições antissuborno da referida Lei. Juntamente com a empresa, dois ex-executivos da companhia – Richard Hirsch e James McClung – responsáveis pelos negócios da empresa nas Filipinas e Dubai, respectivamente, também admitiram culpa e celebraram acordo com o DOJ²⁰.

Conforme registrado no *deferred prosecution agreement*²¹, a LBI, empresa de capital fechado voltada à consultoria em serviços de engenharia e gerenciamento de construções, teria, por meio de seus agentes e funcionários: (1) conspirado²² para realizar pagamentos de subornos a funcionários públicos estrangeiros na Índia, Indonésia, Kuwait e Vietnã, a fim de obter e manter contratos com entidades governamentais naqueles países, bem como para ocultar referidos pagamentos por meio, entre outras condutas, da dissimulação do suborno mediante lançamentos contábeis fictícios, tais como “despesas de operação de campo” e “taxas de marketing”, e pela utilização de organização não governamental mantida pela empresa como canal para os pagamentos ilegais a funcionários do governo do Vietnã; e (2) efetivamente subornado, entre os anos de 2003 e 2010, funcionários dos governos da Indonésia, Vietnã, Índia e Kuwait para obter e manter contratos com entidades governamentais naqueles países, em violação à seção 78dd-2 do FCPA²³.

de acesso à prova de ilícitos ocorridos no exterior a custos baixíssimos (cf. FORD & HESS, 2009: 698; e GIUDICE, 2011: 367). A origem, o desenvolvimento e as razões do exponencial crescimento do número de acordos pré-processuais na persecução penal das corporações no âmbito do FCPA podem ser conferidos em GIUDICE, 2011; ORLAND, 2006; e SPIVACK & RAMAN, 2008.

¹⁸ Empresa nacional ou doméstica, segundo os termos do FCPA, Título 15, seção 78dd-2 (h) (1) (B), porque organizada segundo leis internas (no caso específico, segundo as leis do Estado de Delaware), responsável pelas operações internacionais da *Berger Group Holdings, Inc.* (BGH), da qual já fora subsidiária, também envolvida nos eventos que culminaram com o DPA referido, como mais adiante melhor se expõe.

¹⁹ Legislação disponível em: <https://www.justice.gov> [acesso em 20/12/2015].

²⁰ Cf.: <http://www.justice.gov/opa/pr/louis-berger-international-resolves-foreign-bribery-charges> [acesso em 28/01/2016].

²¹ Disponível: <http://www.justice.gov/opa/file/631346/download> [acesso em 28/01/2016].

²² Crime definido no Título 18, Seção 371 do *United States Code*.

²³ Cf. §78dd-2. “Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior. (a) Proibição. Será ilícito a qualquer empreendimento nacional, exceto um emissor sujeito à seção 78dd-1 deste título, ou a qualquer dirigente, diretor, funcionário ou agente de tal empreendimento nacional ou qualquer acionista do mesmo que esteja agindo em nome do mesmo, fazer uso dos correios ou qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual corruptamente para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro ou oferta, doação, promessa de doação ou autorização de doação de qualquer item de valor a - (1) qualquer dirigente estrangeiro, com o fim de - (A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente estrangeiro na sua qualidade oficial, (ii) induzir tal dirigente estrangeiro a realizar ou deixar de realizar qualquer ato, em violação à obrigação legal

No acordo, além de admitir a responsabilidade pelos eventos acima mencionados, renunciar a certas garantias processuais²⁴, e pagar a quantia de U\$ 17,100,000.00 (dezesete milhões e cem mil dólares americanos) em multas ao Tesouro dos Estados Unidos, calculadas nos termos da *United States Sentencing Guidelines* (USSG), a LBI submeteu-se a período de prova de 36 meses, iniciado em 07 de julho de 2015, a encerrar-se em 07 de julho de 2018, assumindo as seguintes obrigações, nesse intervalo de tempo, no que interessa à presente pesquisa:

α) cooperar plenamente com o DOJ, nos assuntos relacionados aos fatos imputados à empresa, bem como noutras investigações de pagamentos de suborno, incluindo os deveres de: a) divulgar toda informação factual não protegida pelo *attorney-client privilege* ou pela *work-product doctrine*²⁵, no que diz respeito às atividades da LBI, BGH, subsidiárias ou afiliadas, e de seus diretores atuais e antigos, funcionários, e agentes, incluindo quaisquer provas e inquéritos, internos ou externos; b) designar, a pedido e no interesse do DOJ, funcionários ou advogados para prestarem informações e fornecerem provas acerca dos pagamentos ilícitos investigados; c) envidar esforços para colocar à disposição do DOJ, conforme solicitação deste, funcionários atuais ou antigos, diretores e agentes da LBI, BGH, suas subsidiárias ou afiliadas, para entrevistas ou depoimentos; d) consentir com o compartilhamento com outras autoridades governamentais, nacionais ou estrangeiras, de quaisquer informações, depoimentos, documentos, registros ou outras provas eventualmente fornecidas ao DOJ; e) reportar ao DOJ toda e qualquer evidência ou alegação de pagamento de suborno por parte da LBI, BGH, suas subsidiárias ou afiliadas.

β) especificamente pela BGH, dar continuidade à implementação do programa de *compliance* destinado a prevenir e detectar violações ao FCPA e a outras leis anticorrupção, desenvolvendo sistema de controle interno que deverá

de tal dirigente, ou (iii) garantir a obtenção de qualquer vantagem indevida; ou (B) induzir tal dirigente estrangeiro a usar a sua influência junto a um governo estrangeiro ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo governamental, para ajudar tal empreendimento nacional a obter ou manter um negócio para qualquer pessoa ou direcionar um negócio a essa pessoa; (...).”

²⁴ À revisão e controle da acusação pelo Grande Júri (*indictment*) e ao *speed trial* (§1º do DPA), assegurado pela Sexta Emenda à Constituição norteamericana (para maiores detalhes acerca do *speed trial*, cf. ISRAEL; KAMISAR; LaFAVE & KING, 2012: 841).

²⁵ Para o sentido e alcance dessas figuras, nos processos civil e penal norteamericano, cf. WALTZ; PARK & FRIEDMAN (2009: 528 e ss.).

incluir os elementos mínimos estabelecidos no programa modelo fornecido pelo DOJ no Anexo C do DPA, mais adiante abordado.

γ) a BGH comprometeu-se ainda a manter, pelo período de 3 (três) anos, um supervisor independente de *compliance*, escolhido pelo próprio DOJ entre três candidatos indicados pela empresa, com *expertise* comprovada no FCPA ou em outra lei anticorrupção; experiência no desenho e na revisão de programas de cumprimento normativo; capacidade de acessar e utilizar os recursos necessários para o desempenho das funções; e independência relativamente à empresa, como garantia de imparcialidade, conforme previsão no Anexo D do DPA, mais adiante melhor explicitado.

Em contrapartida, comprometeu-se o DOJ, segundo os termos do DPA, a adiar qualquer acusação relacionada aos fatos para o termo final de vigência do acordo, arquivando a investigação, ao final, desde que cumpridos integralmente os termos do ajuste pela LBI e pela BGH. O DPA, todavia, não estabeleceu qualquer imunidade a antigos ou atuais funcionários, diretores, empregados, acionistas, agentes, representantes de vendas, empreiteiros ou subempreiteiros da LBI, da BGH, ou qualquer de suas subsidiárias ou afiliadas, alcançando apenas as corporações²⁶.

Por fim, mostraram-se *sensivelmente relevantes* para a decisão do DOJ em celebrar o acordo os seguintes esforços de *compliance* adotados pela empresa: (a) depois de científicas – a LBI e a BGH – pelo governo americano, de que havia uma investigação em curso, a BGH *realizou investigações internas*, descobriu as potenciais violações ao FCPA, e reportou voluntariamente tais fatos às autoridades; (b) a efetiva cooperação da BGH, *na condução de extensas investigações internas*, disponibilizando empregados locais e estrangeiros para entrevistas, bem como pela coleta, análise e organização de volumoso material probatório compartilhado com as autoridades; (c) a adoção de medidas profiláticas, como a demissão dos executivos e funcionários envolvidos; (d) a disposição da BGH para melhorar seu programa de *compliance*, inclusive pela garantia de que o referido programa preencheria os elementos mínimos do modelo de *compliance* formulado pelo DOJ no acordo (anexo C do DPA); e, ainda, (e) pela

²⁶ Esse aspecto do acordo melhor se compreende mais à frente, na medida em que se evidencia a instrumentalização das investigações internas para a construção de casos criminais contra as pessoas físicas, com salvaguarda das empresas.

garantia fornecida pela LBI e pela BGH, inclusive por afiliadas e subsidiárias, de continuar cooperando com as autoridades nas investigações em curso.

Como revela Kuhlen (2013: 59) – no contexto do acordo celebrado entre DOJ e Siemens, porém em circunstâncias semelhantes –, a grande benesse desses acordos (pena de multa sensivelmente mais benigna que a prevista) não é servida de bandeja à empresa pelas autoridades americanas. Tal vantagem decorre da previsão constante no Capítulo 8 das USSG, de mitigação da pena quando comprovado que a empresa esforçou-se em adotar certas medidas de *compliance*, como aquelas verificadas no caso da LBI, dentre as quais excede em destaque a atividade investigatória empresarial, com posterior compartilhamento do material probatório com o governo.

1.2 O Anexo C do *Deferred Prosecution Agreement*: linhas gerais do programa de *compliance* acordado ente o *Department of Justice* (DOJ) e a *Berger Group Holdings, Inc.* (BGH)

Uma crítica procedente e usual às exigências de *compliance* em matéria criminal²⁷, direcionada seja à prevenção seja à apuração e punição de ilícitos no seio das corporações, e incentivado, noutra ponta, com elevadas reduções nas penas de multa, reside na incerteza acerca de um desenho de programa padrão capaz de merecer avaliação positiva das autoridades, a indicar uma condução séria e minimamente eficaz – e não apenas cosmética, portanto – de um qualquer programa de cumprimento normativo.

Nieto Martín (2013a: 41) chega também a lamentar, para além da indeterminação do *standard* de modelo organizacional, a quase completa ausência

²⁷ Procedente, em juízo inicial, na medida em que, de fato, padrões de comportamento corporativo relacionados à prevenção e apuração de ilícitos preponderantemente criminais têm sido impostos sem marcos normativos claros (um efeito negativo, pode-se dizer, da autorregulação regulada). A esse respeito, NIETO MARTÍN (2013a: 42) refere a existência, em doutrina, de pelo menos três propostas para adequar “(...) *el modelo de organización con las exigencias que en el Derecho penal se derivan del principio de determinación* (...)”. A primeira passaria pela adoção de um modelo 'certificatório' dos programas de cumprimento, a ser avaliado por instituições independentes (universidades, p.ex.). O segundo remédio para a indeterminação seria a estandarização setorial, por meio da autofixação de medidas anticorrupção comuns por determinados ramos empresariais, com problemas, todavia, de legitimação, visto que, como afirma aquele autor, “(...) *es de nuevo el lobo el que se constituye como pastor del rebaño*” (2013a: 43). Por fim, conclui NIETO MARTÍN (2013a: 43), a terceira proposta – com a qual declara ser favorável – é baseada na externalização e independência das pessoas responsáveis pelo desenho, implantação ou, ao menos, mas talvez mais importante, supervisão independente do programa de *compliance*.

de decisões judiciais sobre o tema, cuja existência poderia fornecer alguma segurança na fixação desses parâmetros²⁸.

Essa preocupação tem inteiro sentido se se pretende tomar em linha de conta, no que se refere ao *enforcement* do FCPA, os contornos ideais de um programa de *compliance* edificado *ex ante* a ocorrência de qualquer infração. Como mais adiante ficará claro, há excessiva discricionariedade dos procuradores norteamericanos em emprestar qualquer efeito penal benéfico à empresa com este tipo de programa. Não é o caso, porém, do acordo formulado entre o DOJ e a BGH, em que há um específico modelo de programa a ser desenvolvido, posto se trate, à evidência, de um programa engendrado *ex post facto*²⁹.

Como ficou dito antes, a BGH assumiu, no DPA, a responsabilidade em dar continuidade ao seu programa de *compliance*, com o fim de prevenir e detectar violações ao FCPA, bem como de desenvolvê-lo, de forma a incluir os elementos mínimos estabelecidos no programa modelo acordado com o DOJ.

Esse programa-quadro de *compliance* imposto a empresas via acordos de diversão processual é formado por duas principais diretrizes normativas, extremadas entre si³⁰: uma diretriz é composta de regras dirigidas ao implemento de medidas administrativas de prevenção; a segunda diretriz retém regras de *criminal compliance*, mais abaixo delineadas, e que interessam à investigação.

A linha do específico programa acordado entre a BGH e DOJ, centrada em medidas de prevenção, impõe deveres de *compliance* de cariz *administrativo*, tais como: i) explícito engajamento dos altos escalões (§1)³¹; ii) implementação de sistema de controle contábil para garantia de correção dos registros (§4); iii) avaliações periódicas de riscos, com os ajustes necessários nas medidas de *compliance* (§§5 e 6); iv) designação de executivo sênior como *compliance officer* (§7); v) a implementação de mecanismos de formação contínua e treinamentos de

²⁸ NIETO MARTÍN (2013a: 41-42) esclarece ainda que as decisões dos tribunais norteamericanos e os acordos processuais ali celebrados são bastante parcos, com indicações, no geral, demasiado vagas a propósito do modelo organizacional necessário; que assim também ocorreria na Itália, com uma única sentença sobre o tema, e que há apenas três sentenças a respeito do FCPA, a despeito de mais de três décadas de vigência dessa lei.

²⁹ Modelo que não se trata de novidade, vale o registro, visto que utilizado via de regra pelo DOJ nos acordos por violação ao FCPA. Como a aplicação prática do FCPA permite constatar, o programa de *compliance* exigido à BGH é o mesmo a ser implementado pelas empresas *IAP Worldwide Services, INC.* e *Alstom Power, INC.*, também impostos pelo DOJ via acordos realizados em 2015 e 2014, respectivamente (disponíveis em: <http://www.justice.gov/criminal-fraud/related-enforcement-actions>, acesso em 02/02/2016).

³⁰ Acerca dos modelos de *compliance*, cf. NIETO MARTÍN (2013a: 33).

³¹ As referências que seguem dizem respeito aos parágrafos do Anexo C do DPA.

executivos e funcionários (§8); vi) manutenção de sistema de orientação e aconselhamento a executivos e funcionários (§9); vii) instauração de processos disciplinares internos para penalizar envolvidos em atos de corrupção; adoção de procedimentos voltados a remediar o dano resultante do ilícito e a evitar sua reiteração, mediante novos ajustes nos sistemas de controle interno (§13); e viii) instituir *due diligence* relativamente a parceiros comerciais, fornecedores etc. (§14).

A segunda diretriz assume a feição de um *criminal compliance*, voltado à observância de normas de natureza penal, visto que obriga a BGH a implementar um sistema interno de denúncias de violação às leis anticorrupção, confidencial, quando possível (§10); e a manter outro sistema interno, eficaz, *provido de recursos suficientes para responder, investigar e documentar essas e outras denúncias de corrupção* (§11).

Em apertada síntese, segundo os termos do DPA e do seu incluso Anexo C, a empresa obrigou-se a investigar internamente as denúncias de violação ao FCPA e a outras leis anticorrupção, e a reportar ao DOJ o resultado dessas investigações, assim como a prova por seu intermédio obtida.

1.3 O Anexo D do *Deferred Prosecution Agreement*: a supervisão independente

O acordo prevê ainda a manutenção, pela BGH, de um supervisor independente, pelo período de 3 (três) anos, com a reponsabilidade principal de avaliar e monitorar o cumprimento, pela empresa, dos termos do DPA, incluindo o *compliance program* definido no Anexo C, a fim de reduzir riscos de reiteração do ilícito³².

Para esse fim, o Anexo D estabeleceu *obrigações específicas* para a BGH, maiormente na linha da cooperação, a saber: a) facilitar o acesso irrestrito do supervisor a documentos e recursos; b) fornecer informações sobre a legislação local aplicável (como leis de protecção de dados e do trabalho); c) fornecer ao supervisor acesso a todas as informações, documentos, registros, instalações e

³² Como referem FORD & HESS (2009: 689), tendo em vista especificamente a visão do DOJ, “monitores são tipicamente usados para assegurar que a empresa promova ‘efetivamente a implantação de programas éticos e de conformidade para combater e reduzir o risco de recorrência de má conduta da corporação’”.

empregados, conforme solicitado por este; d) proporcionar ao supervisor acesso a ex-funcionários da BGH e aos seus fornecedores, agentes e consultores.

Segundo o parágrafo 5 deste Anexo, as partes (BGH e DOJ) ajustaram inexistir relação advogado-cliente entre a empresa e o supervisor, afastando o risco de incidência do privilégio profissional entre ambos. Além do mais, conforme o DPA, se a BGH decidir sonegar ao supervisor informações, documentos, registros, e acesso a empregados atuais ou antigos, que, ao seu critério, estejam protegidos pelo *attorney-client privilege* ou pela *work-product doctrine*, devem ambos trabalhar em cooperação para resolver a questão de forma *satisfatória para o supervisor*. Se o problema não puder ser resolvido em tratativas, a BGH deverá apresentar uma notificação por escrito ao supervisor e ao DOJ, contendo uma descrição geral da natureza das informações, documentos, registros etc., que estão sendo retidos, bem como indicar o fundamento legal para a recusa. Nesse caso, o DOJ pode considerar a possibilidade de fazer um novo pedido de acesso a essas informações.

Ainda na linha das obrigações da empresa, a divulgação ao supervisor, pela BGH, de pagamentos ilegais, livros e registros falsos, e de eventuais falhas nos controles de contabilidade interna, não exonera a corporação de revelar esses dados, de modo completo e verdadeiro, ao DOJ.

No cumprimento do mandato, por outro lado, deve o supervisor trabalhar de forma coordenada com os funcionários da BGH, notadamente com o advogado interno, com a equipe de *compliance*, e com os auditores internos, analisar documentos, registros contábeis, entrevistar diretores, funcionários, etc., de modo a poder realizar análises e revisões baseadas nos riscos apresentados, p.ex., por: (a) países e indústrias em que a BGH atua; (b) oportunidades e transações comerciais atuais e futuras; (c) parceiros de negócios atuais e potenciais, incluindo terceiros e *joint ventures*; (d) presentes, viagens e reuniões de entretenimento de funcionários da BGH com funcionários estrangeiros; e (e) envolvimento da BGH com autoridades estrangeiras.

Cumpra ao supervisor, no curso do mandato, realizar avaliações e confeccionar relatórios escritos de acompanhamento, fazendo, se necessário, recomendações destinadas a melhorar a eficácia do programa de *compliance* da BGH, a serem entregues ao Conselho de Administração da empresa e ao DOJ.

O supervisor deve se reunir com o DOJ após a apresentação de cada relatório, para discussão (§21, Anexo D)³³.

Se, no curso do mandato, o supervisor descobrir pagamentos suspeitos e/ou livros e registros falsos mantidos pela empresa, deverá comunicar imediatamente tais irregularidades ao conselho geral da BGH, ao *chief compliance officer*, e ao comitê de auditoria, para ações futuras (relato interno). Compreendendo que, além de impróprias, tais atividades podem constituir violação à lei, o supervisor deverá relatar tais irregularidades ao DOJ. Nesse caso, desde que acredite, a partir das circunstâncias, que a divulgação prévia das irregularidades à BGH não é apropriada³⁴, o supervisor deve relatar as atividades impróprias diretamente ao DOJ, sem comunicação à BGH.

³³ O §23 do Anexo D estabelece a confidencialidade – para terceiros que não o DOJ – desses relatórios, por conterem informações financeiras da empresa ou relativas a negócios em regime de concorrência, e para evitar prejuízo a investigações do governo, salvo disposição em contrário acordada pelas partes.

³⁴ Após críticas da doutrina e do público em geral sobre a efetividade, no plano empresarial, da reforma corporativa empreendida por meio do programa de supervisão, bem como em face do crescente poder entregue aos supervisores independentes, especialmente após o episódio de remoção do Conselho Geral e do *Chief Executive Officer* (CEO) da empresa *Bristol-Myers Squibb*, por recomendação do Supervisor, e com apoio do DOJ, embora não no contexto do FCPA (Cf. GIUDICE, 2011: 371), o *Acting Deputy Attorney General* Craig Morford expediu um memorando interno ao DOJ, conhecido como *Morford Memo*, destinado a fornecer uma série de princípios para a elaboração de dispositivos relativos ao uso de supervisores em conexão com os *deferred prosecution* e com os *non-prosecution agreements*. Segundo o item 7 do *Morford Memo*, a comunicação direta da irregularidade ao DOJ, sem aviso prévio ou concomitante à empresa, deve ser ponderada quando a irregularidade: (1) representa um risco para a saúde pública, para a segurança ou para o ambiente; (2) envolve a alta administração da companhia; (3) envolve obstrução da justiça; (4) envolve atividade criminosa que o DOJ tem a oportunidade de investigar de forma proativa e/ou veladamente; ou (5) representa um risco substancial de dano.

2. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA)

2.1 Contextualização

É sobretudo no contexto da aplicação do FCPA às empresas que os acordos de diversão processual têm se multiplicado nos EUA³⁵, e, com eles, as exigências de implementação de um programa de cumprimento normativo.

Como antes se registrou, entre os anos de 2002 e 2005 procuradores americanos e empresas fizeram duas vezes mais acordos dessa natureza que nos dez anos anteriores juntos, com tendência de alta³⁶, a ponto de o ano de 2009 ter sido designado por Breuer (2009), Assistente do Procurador-Geral, como o *ano singularmente mais dinâmico* na persecução da corrupção desde a edição do FCPA, em 1977.

O número de casos envolvendo a aplicação do FCPA, sob a responsabilidade do DOJ, do ano de 2005 até o ano de 2011, foi superior aos anteriores anos de vigência da referida lei, desde a sua promulgação³⁷.

Esse incremento do acordo, e a sua aplicação como regra, com multas exponencialmente elevadas, levou a doutrina a considerá-lo a conclusão *standard* das investigações criminais contra empresas³⁸, permitindo liberdade à afirmação de Orland (2006: 45), de que esse novo modelo de persecução penal da empresa pelo DOJ representou a mudança mais profunda no modelo de responsabilidade criminal das corporações desde a sua elaboração pela Suprema Corte norte-americana no ano de 1909, no caso *New York Central & Hudson River R. R. Co. v. United States*³⁹⁻⁴⁰.

Essa mudança foi possível principalmente porque, no plano normativo, a USSG passou a conter, a partir de 1991, no Capítulo 8, diretrizes para a

³⁵ Cf. GIUDICE (2011: 347). Embora a sua utilização tenha se incrementado para resolver problemas alheios a fraudes contábeis ou a valores mobiliários, aproximadamente 30% (trinta por cento) dos acordos celebrados pelo DOJ, entre os anos de 2004 e 2008, estiveram relacionados com a aplicação do FCPA (cf. SPIVACK & RAMAN, 2008: 176).

³⁶ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 159).

³⁷ Cf. GIUDICE (2011: 347).

³⁸ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 159).

³⁹ De acordo com ORLAND (2006: 47), antes de 1960 eram raras as sentenças de prisão contra executivos, e as corporações eram tradicionalmente sancionadas apenas com multa, sendo muito pouco frequente a imposição de algum período de prova (*probation*). À vista desse quadro, afirma aquele autor, a estratégia tradicional dos advogados de defesa resumia-se a persuadir o Governo a processar somente as corporações, evitando a acusação contra executivos.

⁴⁰ Acerca desse caso, cf. DUBBER & KELMAN (2005: 747 e ss.).

determinação da pena das pessoas jurídicas, designadas *Organizational Sentencing Guidelines* (OSG), que estabelecem, na subseção (f) do §8C2.5, a possibilidade de atenuar-se a pena desde que as empresas possuam efetivo programa de cumprimento normativo⁴¹, que reportem voluntariamente as irregularidades encontradas, cooperem nos atos de investigação e assumam a responsabilidade decorrente do delito⁴².

Tais acordos, conexados à imposição de regras de cumprimento normativo, adquirem um especial relevo no âmbito do FCPA, visto que permitem ao DOJ obter provas de ilícitos – inclusive no estrangeiro – a baixíssimo custo, produzidas pela própria empresa, e sem as usuais travas burocráticas encontradas nos processos de cooperação com autoridades estrangeiras⁴³.

Assim vistas as coisas, como o acordo que abre essa pesquisa teve ensejo em investigação de infrações ao FCPA, legislação que, por sua vez, criminalizou comportamentos transnacionais de empresas relacionadas à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, para fins comerciais, a refletir, pelos crescentes e evidentes esforços na sua aplicação, o superior interesse das autoridades americanas no que se relaciona às exigências de *compliance* destinadas à prevenção e detecção de delitos, afinal o centro de interesse dessa investigação, justifica-se uma breve exposição dos principais eixos temáticos da referida Lei⁴⁴.

2.2 Origem

O FCPA tem origem no caso *Watergate*, escândalo de espionagem política com raízes no Poder Executivo dos EUA. A investigação desse episódio por um procurador especialmente designado indiciou a existência de uma rede de financiamento ilegal de partidos políticos⁴⁵, que, na sequência das apurações,

⁴¹ De acordo com o §8B2.1 da USSG, um efetivo programa de *compliance*, para os fins da atenuante prevista na subseção (f) do §8C.2.5, deve compreender, resumidamente, (a) o exercício da *due diligence*, com o fim de prevenir e detectar condutas criminosas; e (b) a promoção, mediante distintos instrumentos, de uma cultura organizacional que estimule condutas éticas e o compromisso com o cumprimento da lei.

⁴² Cf. ZYSMAN QUIRÓS (2013: 165).

⁴³ Cf. FORD & HESS (2009: 680-681); e GIUDICE (2011: 367).

⁴⁴ A saber, as disposições referentes às exigências contábeis e aquelas que proíbem, mediante cominação de sanção penal, pagamentos a funcionários públicos estrangeiros, aspectos que se mostram relevantes para o desenvolvimento da pesquisa. Não é tarefa do texto, portanto, avançar de modo detalhado sobre o sentido e alcance de todas as disposições do FCPA.

⁴⁵ Relato histórico que pode ser conferido em KOEHLER (2014); BRICKEY (1984); GIUDICE (2011); ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI (2013); e MATHEWS (1984).

permitiu à SEC descobrir práticas comerciais irregulares em inúmeras empresas do país, com pagamentos de suborno não apenas a partidos políticos, mas também, em larga escala, a autoridades estrangeiras, no interesse da obtenção de determinadas vantagens comerciais⁴⁶.

Como fez constar a própria SEC, no *Report of the Securities and Exchange Commission of Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*, de 1976⁴⁷,

‘O inquérito da Comissão sobre as circunstâncias em torno das alegadas contribuições ilegais para campanhas políticas revelou que as violações das leis federais de valores mobiliários tinham de fato ocorrido. A equipe descobriu falsificações de registros financeiros pelas corporações, destinadas a disfarçar ou esconder a origem e a aplicação de fundos corporativos desviados para fins ilegais, bem como a existência de fundos secretos fora do sistema normal de contabilidade. Estes fundos secretos foram usados para uma série de fins, incluindo, em alguns casos, pagamentos externos questionáveis ou ilegais.’

No início dos anos 70, ainda durante a Guerra Fria, aproximadamente 400 empresas norteamericanas haviam admitido pagamento de suborno a autoridades estrangeiras, da ordem de \$300 milhões de dólares⁴⁸.

Assinala Brickey (1984: 42) que a rede de corrupção desvendada a partir do caso *Watergate*, a envolver corporações e elevados executivos no pagamento de subornos a instituições políticas estrangeiras e domésticas, em troca de favores comerciais, facilitados em grande medida pela presença de recursos não contabilizados (*slush funds*), revelou grave falha nos sistemas contábeis empresariais, com um sério comprometimento das informações prestadas pelas corporações à SEC e aos acionistas; trouxe preocupação – já aqui amparada em conclusões formuladas pelo Senado norteamericano –, com a política externa, por força da corrupção de autoridades de países amigos; e, mais além, fez erodir seriamente a confiança na integridade financeira das corporações norteamericanas.

A multiplicidade e relevância dos casos sob responsabilidade da SEC, naquela altura, que dispunha, por sua vez, de limitados recursos para enfrentar

⁴⁶ Cf. PINES (1994: 187); ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI (2013: 197); e BRICKEY (1984: 42).

⁴⁷ Disponível em <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/sec-report-questionable-illegal-corporate-payments-practices-1976.pdf> [acesso em 22/02/2016].

⁴⁸ Cf. CRITES (2012: 2).

problema de tal magnitude, conduziu a agência a recorrer de forma sistemática a acordos de diminuição de pena nas hipóteses de colaboração da empresa suspeita, com a aplicação de recursos da própria corporação na investigação, esclarecimento e comunicação dos fatos⁴⁹, incrementando uma verdadeira política de cooperação assentada na divulgação voluntária (*voluntary disclosure*) de ilícitos⁵⁰.

A SEC, após análise dos casos relacionados às empresas que colaboraram, registrou no mencionado *Report of the Securities and Exchange Commission of Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*, apresentado a uma Comissão do Senado, que a característica universal dos casos analisados estava na aparente frustração do sistema norteamericano de responsabilidade ético-corporativa.

Esse cenário conduziu o Congresso dos EUA a promulgar o FCPA no ano de 1977, como emenda ao *Securities and Exchange Act (Exchange Act)*, preocupado que estava, o Congresso, fundamentalmente, com as questões relacionadas à política externa, conforme registro de Koehler (2014: 6)⁵¹. Por meio dessa lei, adicionou-se exigências contábeis mais rigorosas, de manutenção de registros e de controles internos para determinadas empresas já sujeitas ao *Exchange Act*, bem como a outras, e criminalizou-se o pagamento de suborno a funcionários de governos estrangeiros, por determinadas categorias de pessoas e empresas, com o propósito de influenciar decisões governamentais no âmbito comercial⁵²⁻⁵³.

⁴⁹ Cf. ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI (2013: 198). No mesmo sentido, GIUDICE (2011). Com maior profundidade, a incluir as linhas de atuação da SEC nos anos 60 e 70 do século passado, cf. MATHEWS (1984).

⁵⁰ Cf. BRICKEY (1984: 42); e PINES (1994: 187-188).

⁵¹ O Deputado Robert Nix, em audiência no ano de 1975, manifestou expressa preocupação com o impacto negativo causado à política externa norteamericana, após as revelações acerca dos pagamentos de suborno no estrangeiro por empresas estadunidenses, mencionando que o Peru já havia expropriado bens da *Gulf Corp* naquele país, e que a Costa Rica e outros países latinoamericanos estudavam promulgar legislações semelhantes (cf. KOEHLER, 2014: 6). As audiências no Senado, a propósito dos pagamentos ilegais, trilharam idêntico caminho, pontuadas as preocupações com as contribuições políticas ilegais feitas em Itália e Coréia, suscetíveis, segundo o Senador Frank Church, presidente da Subcomissão de Corporações Multinacionais, de subverter o processo democrático naqueles países, pelo fortalecimento da esquerda radical (cf. KOEHLER, 2014: 6). Uma segunda linha de motivação do Congresso, na edição do FCPA, foi tentar transmitir ao mercado, com a proibição de suborno inexistente noutros países, uma positiva percepção econômica acerca das empresas norteamericanas, assegurando a elas uma vantagem competitiva (cf. KOEHLER, 2014: 7), linha essa de justificação que, entretanto, como logo adiante poder-se-á observar, a propósito das razões que conduziram à primeira emenda ao FCPA, acabou não vingando.

⁵² Cf. SEBELIUS (2008: 583); BRICKEY(1984: 43); e GIUDICE (2011: 41-42).

⁵³ A história legislativa do FCPA pode ser conferida de modo abrangente em KOEHLER (2014), que refere ter sido esta a primeira legislação do mundo a regulamentar as relações comerciais entre empresas domésticas e funcionários públicos estrangeiros. Conforme este autor (2014: 14 e ss.), havia severas divergências, dentro do próprio governo norteamericano, sobre a melhor opção para

Em 1988, o FCPA sofreu a primeira emenda, impulsionada por críticas à vagueza da lei⁵⁴, a ponto de tornar-se severo obstáculo ao comércio exterior, contrariamente ao suposto, no seu nascedouro, pelo Congresso dos EUA⁵⁵. Como notou Sebelius (2008: 580), as empresas norteamericanas estavam, naquela altura, em desvantagem competitiva relativamente às corporações estrangeiras, que não se encontravam constrangidas por legislação semelhante⁵⁶.

Com essa emenda, o Congresso criou duas defesas afirmativas, legitimando o pagamento quando: (a) a oferta ou promessa de qualquer coisa ou valor é permitida sob as leis do país estrangeiro; ou (b) quando a oferta ou promessa de valor constitui despesa razoável e de boa-fé relacionada com a promoção, demonstração ou explicação de produtos ou serviços, ou com a execução ou desempenho de um contrato com um governo estrangeiro⁵⁷.

A emenda alterou também o *standard* de conhecimento exigido para criminalizar pagamentos feitos a terceiros, tornando-o mais restrito. Antes, bastava à lei que o agente que tivesse “razões para saber” que um determinado pagamento feito a terceiro seria utilizado para corromper funcionário público estrangeiro. Passou-se a exigir efetivo conhecimento dessa situação⁵⁸. A emenda estipulou, adicionalmente, que o Presidente dos EUA deveria fomentar acordos internacionais entre os membros da Organização para a Cooperação e

o tratamento legislativo da corrupção internacional, após as descobertas da SEC, com destaque para a linha política naquela altura manifestada pelo Departamento de Estado e pelo Departamento de Defesa, contrários à via da criminalização, o primeiro pelo receio de interferência e de conflito de legislação dessa natureza com leis e negócios de outros países, e o segundo pela defesa de contratos para a venda de armas no estrangeiro, claramente facilitados mediante suborno de autoridades. Ainda conforme KOEHLER (2014: 19), entre os anos de 1975 e 1977, aproximadamente 20 (vinte) projetos de lei deram entrada no Congresso, em tentativa de regulamentar o ponto, destacando-se, nos debates, duas propostas com abordagens divergentes: uma decorrente da Administração Ford, voltada para a promoção da transparência e da divulgação de uma mais ampla categoria de pagamentos, todavia sem conteúdo criminal (*disclosure approach*); e outra encampada por líderes do Congresso e pela Administração Carter, iniciada em 1977, pela criminalização pura e simples de uma categoria mais restrita de pagamentos no exterior (*criminal approach*). O resultado final, ver-se-á, parece-nos bastante compromissório, contendo o FCPA normas de transparência financeira e contábil, e normas criminais.

⁵⁴ Conforme expõe DOTY (2007: 1239), não sem críticas especialmente endereçadas à interpretação extensiva conferida pelas autoridades àquela legislação, “a imprecisão e a ambiguidade são o DNA do FCPA”.

⁵⁵ Cf. CRITES (2012: 4).

⁵⁶ De modo mais detalhado, e em referência ao discurso de mudança legislativa então experimentado, SHAW (1990: 164) menciona que (...) a incerteza da lei elevou o custo do comércio internacional, fez com que as empresas se tornassem mais cautelosas, renunciando a oportunidades legítimas de negócios no estrangeiro por medo de violarem o FCPA, e, para além, incrementou custos a serem por elas suportados.

⁵⁷ Cf. GIUDICE (2011: 357).

⁵⁸ Cf. PINES (1994: 190).

Desenvolvimento Econômico (OCDE), para a criação de legislação semelhante por parte dos países membros, bem como estabeleceu e elevou penalidades de multa por violação ao FCPA⁵⁹.

Por fim, a emenda alterou dispositivos relacionados à aplicação do FCPA, de modo a autorizar o Procurador-Geral a avaliar se diretrizes ou procedimentos gerais voltados à precaução poderiam auxiliar as empresas a cumprirem a legislação, e a codificar procedimento já adotado no âmbito do DOJ, exigindo que o Departamento de Justiça emita pareceres sobre a legalidade de certas ações, mediante solicitação de qualquer empresa norte-americana⁶⁰.

Uma segunda emenda foi promulgada em 1998, para implementar os termos da Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, da OCDE. Essa emenda promoveu significativa ampliação do alcance das normas anticorrupção do FCPA, ao incluir na definição de funcionário público estrangeiro também os funcionários de organizações públicas internacionais. Adicionalmente, para promover maior uniformidade, a emenda submeteu às normas penais do FCPA cidadãos estrangeiros que sejam agentes ou empregados de empresas emitentes norte-americanas⁶¹. Por fim, alargou-se a jurisdição extraterritorial do FCPA ao proscrever suborno cometido fora do território dos EUA por empresas emitentes que possuem ações registradas na SEC, incluindo diretores, agentes, empregados e acionistas, quando atuem em nome daquela, e por qualquer cidadão norte-americano⁶².

2.3 Conteúdo

O FCPA regula o combate à corrupção internacional, enfatize-se novamente, por dois eixos normativos, resultantes de um processo legislativo compromissório com as principais políticas de intervenção defendidas naquela altura: numa vertente, pela proibição criminal de pagamento de suborno a

⁵⁹ Criou uma nova multa civil, de até U\$10,000 (dez mil dólares), e elevou os limites máximos das multas criminais para as pessoas físicas e jurídicas, passando, respectivamente, de U\$10,000 (dez mil dólares) para U\$100,000 (cem mil dólares), no caso das pessoas físicas, e de U\$1,000,000 (um milhão de dólares) para U\$2,000,000 (dois milhões de dólares), em se tratando das corporações (cf. PINES, 1994: 191).

⁶⁰ Cf. PINES (1994: 291).

⁶¹ Cf. SEBELIUS (2008: 581); e CRITES (2012: 4).

⁶² Cf. SEBELIUS (2008: 581).

funcionários públicos estrangeiros; e, noutra, pela exigência de que empresas com ações registradas nos termos do *Exchange Act* implementem padrões de manutenção de registros e controles internos⁶³.

Essas duas veias regulatórias obedecem a algumas diretrizes teóricas comuns.

Primeiro, aplica-se ao FCPA a doutrina do *respondeat superior*, teoria sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema *common law*, que remonta ao caso *New York Central & Hudson River Railroad Company v. U.S.*, já mencionado⁶⁴. Por ela, a conduta do agente ou empregado da corporação pode implicar na responsabilidade desta, cível e criminal, inclusive se o agente ou empregado atuou em desobediência a políticas pré-existentes de *compliance*⁶⁵. Essa teoria, em tempos recentes, tem avançado – na linha da severa política de aplicação do FCPA pelo DOJ, forjada via NPA's e DPA's desprovidos de um mais rigoroso escrutínio judicial – para responsabilizar empresas por atos de empregados e agentes inclusive de suas subsidiárias⁶⁶. Mas não só. Essa submissão do FCPA à teoria do *respondeat superior* produz uma segunda consequência: a amplitude de critérios de imputação dela derivada concede excessiva discricção aos procuradores para acatar ou não, para fins de declinar a acusação, os programas de *compliance* edificados *ex ante* uma qualquer infração⁶⁷.

Em segundo plano, e como já se mencionou pelo texto, o DOJ e a SEC são as únicas agências responsáveis pela aplicação do FCPA. Aquele no âmbito criminal, pela persecução das disposições antissuborno e das violações intencionais às normas de contabilidade. A SEC tem atribuição para a persecução

⁶³ Cf. GIUDICE (2011: 352).

⁶⁴ Cf. KOEHLER (2014: 47). Sobre a teoria do *respondeat superior*, cf. DUBBER & KELMAN (2005: 757).

⁶⁵ Cf. KOEHLER (2014: 47).

⁶⁶ Cf. KOEHLER (2014: 49).

⁶⁷ Acentua KOEHLER (2012: 631 e ss.) que o FCPA não prevê formalmente uma defesa estruturada nestes termos, qual seja, com base na prévia existência de um programa de cumprimento normativo, e susceptível de evitar (excluir) a responsabilidade penal da pessoa jurídica. KOEHLER, neste trabalho, refere a ferrenha oposição do DOJ à formal introdução, no FCPA, de uma tal defesa, reconhecida pelo Departamento de Justiça apenas como uma questão de fato, em margens portanto mais discricionárias para os procuradores, propícia a indicar a boa-fé corporativa na cooperação, e apenas minorante da responsabilidade penal (2012: 617). Como mais adiante se poderá observar, os programas de *compliance*, no ambiente do FCPA (por força das *Organizational Sentencing Guidelines*), alcançam relevo apenas na fase de determinação da pena, sem qualquer impacto na imputação da responsabilidade.

civil contra as empresas emitentes, por violações igualmente às disposições antissuborno e às disposições contábeis⁶⁸.

Por fim, a aplicação do FCPA ampara-se fortemente na política de estímulos e desestímulos (“*carrots and sticks*”), proporcionada por diretrizes regulatórias não-vinculativas como o *DOJ's Principles of Federal Prosecution of Business Organization* e a *United States Sentencing Guidelines*⁶⁹.

O comportamento das empresas tem sido induzido mais em função da aversão empresarial a riscos, minimizáveis via acordos assentados na política de recompensas e punições, do que em razão da eventual melhor posição jurídica do DOJ e da SEC relativamente à questão de fundo do litígio⁷⁰.

2.3.1 A matéria contábil (*disclosure approach*)

As obrigações de natureza contábeis foram idealizadas com o propósito de proteger o investidor, e foram além da proibição constante originariamente no *Exchange Act*, de manutenção de falsos registros, porque também se regulou a necessidade de *precisão e correção* dessas informações contábeis⁷¹, exigência de caráter normativo que representou uma significativa expansão da autoridade regulatória da SEC, porque teria sido a primeira vez que o governo federal impôs *standards* de governança corporativa a companhias de capital aberto⁷²⁻⁷³.

O FCPA, assim, exige, no §78m (b) (2), que as empresas emitentes que possuam uma classe de valores mobiliários registrados de acordo com o *Exchange Act*, bem como aquelas obrigadas a apresentar relatórios também conforme o *Exchange Act*,⁷⁴ deverão:

⁶⁸ Cf. KOEHLER (2014: 54-55); e GIUDICE (2011: 360).

⁶⁹ Cf. KOEHLER (2014: 55).

⁷⁰ Cf. KOEHLER (2014: 55).

⁷¹ Cf. GIUDICE (2011: 353).

⁷² Cf. GIUDICE (2011: 353).

⁷³ Como relata BRICKEY (1984: 61), a SEC tem deixado claro que o objetivo dessas regras não é a exclusiva preocupação com a precisão dos registros contábeis, mas também a finalidade de responsabilidade corporativa (*corporate accountability*, na origem, pesem as dificuldades de tradução do termo *accountability*, de variadas significações para a língua portuguesa, abrangente das idéias de controle, transparência, obrigação de prestação de contas, etc.).

⁷⁴ As disposições de contabilidade do FCPA se aplicam às companhias de capital aberto que são consideradas emitentes nos Estados Unidos, sob o *Exchange Act*, incluindo aquelas empresas que detêm *American Depositary Receipts* - ADR (cf. SEBELIUS, 2008: 583).

- (A) preparar e manter livros contábeis, registros e contas que, com um nível razoável de detalhe, reflitam de forma completa e precisa as transações e as disposições dos ativos do emissor; e
- (B) criar e manter um sistema interno de controle contábil, suficiente para fornecer garantias razoáveis de que:
- (i) as transações sejam executadas de acordo com a autorização geral ou específica da direção da empresa;
 - (ii) as transações sejam registradas conforme necessário para (I) permitir o preparo de demonstrações financeiras em conformidade com os princípios contábeis geralmente aceitos ou quaisquer outros critérios aplicáveis a tais demonstrações e (II) manter uma prestação de contas dos ativos;
 - (iii) o acesso aos ativos seja permitido somente de acordo com a autorização geral ou específica da direção da empresa; e
 - (iv) o registro de prestação de contas dos ativos seja comparado com os ativos existentes a intervalos razoáveis e que as medidas apropriadas sejam tomadas com respeito a quaisquer diferenças.

No gênero, essas disposições se subdividem em regras voltadas à manutenção de livros e registros contábeis precisos, destinadas portanto a prevenir (i) falhas no registro de transações ilegais; (ii) a falsificação de registros referentes a transações ilegais; e (iii) a criação de registros contábeis quantitativamente corretos, porém qualitativamente falhos na especificação das transações⁷⁵. E regras, num sentido complementar, direcionadas à fiscalização desses registros, pela imposição de criação de um sistema de controle contábil interno que forneça garantias razoáveis de que as transações estão devidamente autorizadas⁷⁶.

Tais prescrições não tipificam, em si, qualquer ilícito criminal. Inobstante, referidas disposições foram codificadas como emendas ao *Exchange Act*, e, nesse caso, o §§78ff(a) do FCPA define como crime (*felony*)⁷⁷ qualquer violação voluntária dessa lei, incluso, portanto, das disposições contábeis, com pena de prisão não superior a 5 (cinco) anos⁷⁸.

Desse modo, o indivíduo que sabidamente contorna ou falha com o dever de implementar um sistema de controle contábil interno, ou que sabidamente falsifica livros e/ou registros contábeis, pode vir a ser criminalmente responsabilizado⁷⁹. Essa punição por violações às disposições contábeis do FCPA é autônoma, isto é, aplica-se independentemente da existência de uma qualquer

⁷⁵ Cf. SEBELIUS (2008: 584).

⁷⁶ Cf. SEBELIUS (2008: 585).

⁷⁷ Crimes graves punidos com pena máxima de prisão superior a um ano (cf. DUBBER & HÖRNLE, 2014: 171).

⁷⁸ Cf. BRICKEY (1984: 62).

⁷⁹ Cf. SEBELIUS, 2008: 585.

concomitante violação às disposições antissuborno da referida lei⁸⁰, e satisfaz-se, na exigência relativa ao conhecimento, pela cegueira deliberada (*willful blindness*)⁸¹.

Sob esse aspecto, a doutrina refere que o FCPA tem se notabilizado como uma lei muito mais ampla do que seu nome sugere, porque inúmeros casos relevantes não chegaram a envolver pagamentos de subornos a funcionários públicos estrangeiros, confinando-se à apresentação de falsos relatórios ao mercado, ou maquiagem contábil voltada a mascarar corrupção interna⁸²⁻⁸³.

Isso ocorre porque há uma maior amplitude teórica no alcance das disposições *contábeis* do FCPA, relativamente às normas *antissuborno*, que decorre da ausência, nas disposições contábeis, de elementares presentes nesta última categoria normativa, condicionantes de sua ocorrência típica, como a necessidade de o suborno possuir *finalidade corrupta* (conduzir ao desvio ou abuso de dever ou função), de dirigir-se à obtenção de *favores comerciais*, e de endereçar-se a *funcionários públicos estrangeiros*⁸⁴, daí os maiores cuidados com a pesquisa acerca dos critérios para a aplicação dessas exigências, como registrou o Relatório do Senado nº 95/114 (*Senate Report n.º. 95-114*), que reclamava, na altura em que produzido, razoável prudência das autoridades na exigência de implementação dos sistemas de controle interno, atentando-se para a realidade de cada corporação, a evitar significações que imponham a necessidade de apresentação de registros contábeis precisos conforme algum abstrato princípio.

Na jurisprudência, como refere Koehler (2014: 142), há um único precedente a tratar exclusivamente das normas contábeis do FCPA, caso *SEC v. World-Wide Coin Investments*⁸⁵, empresa acusada de violar os registros contábeis

⁸⁰ Cf. BRICKEY (1984: 65); e GIUDICE (2011: 353). Veja-se, porém, que, em teoria – conforme refere KOEHLER (2014: 137) –, a falsificação de livros e/ou registros contábeis destina-se, usualmente, a encobrir subornos, e que tais subornos, por outro lado, ocorrem ou são facilitados por falhas nos controles internos.

⁸¹ Cf. SEBELIUS (2008: 586). No mesmo sentido, CRITES (2012: 8).

⁸² Cf. KOEHLER (2014: 136).

⁸³ Veja-se, p.ex., a acusação – convolada em DPA – formulada pelo DOJ contra a empresa *FalconStor Software*, sob alegação de conspiração para falsificar livros societários e registros para encobrir esquema interno de suborno (*Press Release* disponível em: <https://www.justice.gov/archive/usao/nye/pr/2012/2012jun27.html>, acesso em 18/03/2016); assim como as acusações formuladas pela SEC contra a empresa *Gold Standard Minig* pela apresentação de relatórios materialmente falsos acerca de operações de mineração desenvolvidas na Rússia (*Press Release* disponível em: <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2012/lr22408.htm>, acesso em 18/03/2016).

⁸⁴ Cf. KOEHLER (2014: 140).

⁸⁵ Como referido, há elevada predominância de solução por acordos (cf. GRUNER, 2007: 286).

e de carecer de adequado sistema de controle interno, ausente imputação de pagamento de suborno. A decisão judicial, no caso, em juízo expreso de razoabilidade, reconheceu a pertinência da argumentação da defesa, de que os sistemas internos de controle devem ser exigidos e avaliados conforme a estrutura de cada companhia, o tamanho do negócio, a diversidade das operações realizadas, além de outros fatores, e que o FCPA não prevê quais específicos *standards* devem ser considerados para a avaliação da suficiência de um dado sistema de controle interno. Todavia, tal decisão afirmou a existência de violação às normas contábeis do FCPA, por parte da empresa, pela presença de falhas em registros contábeis e ausência de eficaz sistema de controle interno, falhas essas conhecidas da direção – notórias, dir-se-ia no julgado – e não obstante ignoradas⁸⁶.

2.3.2 A matéria criminal (*criminal approach*)⁸⁷

As disposições anticorrupção do FCPA, de sua vez, destinam-se a evitar o uso indevido dos ativos das empresas no exterior⁸⁸. Como assinala Brickey (1984: 46), reverberando consideração formulada pelo Senado dos EUA no Relatório nº 95/114 (*Senate Report n.º. 95-114*), a propósito das investigações que culminaram com o FCPA,

‘Em vez de escolher – exclusivamente, acresça-se – mecanismos de *disclosure* para policiar o uso indevido dos fundos corporativos, o Congresso preferiu criminalizar diretamente a realização de pagamentos com a finalidade de induzir as autoridades estrangeiras a utilizarem-se indevidamente de suas atribuições para concederem tratamento favorável ao pagador.’

Três classes de atores podem ser responsabilizados criminalmente, no âmbito do FCPA, por pagamentos indevidos a funcionários públicos estrangeiros, a saber: (a) *empresas emittentes* – bem como seus funcionários, dirigentes ou acionistas, quando atuem em nome da empresa –, assim consideradas as que

⁸⁶ Cf. 567 F.Supp. 724 (N.D. Ga. 1983).

⁸⁷ A análise que se segue, bem como aquela referente à matéria penal do *Bribery Act*, objeto de consideração mais à frente, procura seguir, com adaptações, o modelo continental de análise dogmática do delito (a exemplo do trabalho desenvolvido por SANTANA VEGA, 2015, sobre o UKBA), pesem as divergências entre as categorias dogmáticas do Direito penal nos sistemas jurídicos continental e anglo-saxão (cf. DUBBER & HÖRNLE, 2014: 187 e ss.; HIRSCH, 2007; e FLETCHER, 2000: 406 e ss.).

⁸⁸ Cf. BRICKEY (1984: 45).

possuam uma classe de valores mobiliários registrados conforme o *Exchange Act*, ou que sejam obrigadas a apresentar relatórios, também nos termos daquela lei (§78dd-1); (b) *empreendimentos nacionais*, assim considerados: (b.1) as empresas – bem como seus funcionários, dirigentes ou acionistas, quando atuem em nome da empresa – que, não sendo emissoras, tenham sua sede nos EUA, ou que tenham sido organizadas segundo as leis desse país, ou de um território, possessão, ou membro da comunidade dos EUA; e (b.2) qualquer indivíduo que seja cidadão, nativo ou residente dos Estados Unidos (§78dd-2)⁸⁹; e (c) outras pessoas físicas não nativas dos EUA, ou pessoas jurídicas organizadas – ou não, tais como empresas sem registro – segundo as leis de um país estrangeiro, e quem atue por elas, dirigente, empregado ou acionista, enquanto estiver em território dos EUA (§78dd-3)⁹⁰.

O núcleo dos comportamentos criminalmente proibidos pelos mencionados dispositivos é essencialmente idêntico para todas as classes de agentes, e pode ser sintetizado na seguinte fórmula: utilizar-se de qualquer meio de comunicação interestadual ou internacional para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro; ou oferta, doação ou promessa de doação, ou ainda uma autorização de doação de qualquer coisa de valor, a qualquer funcionário público estrangeiro, partido político estrangeiro, dirigente de partido político estrangeiro, candidato a cargo político estrangeiro, ou, ainda, a qualquer pessoa –intermediário, p.ex. –, ciente que a soma em dinheiro, parte dela, ou item de valor será direta ou indiretamente oferecido, doado ou prometido a qualquer dirigente estrangeiro, partido político estrangeiro ou dirigente do mesmo, ou a qualquer candidato a cargo político estrangeiro, com o propósito de: (1) influir em ato ou decisão desse funcionário, dirigente, ou candidato, no exercício da função; (2) induzi-lo a realizar ou omitir algum ato em infração do dever ou obrigação legal; ou (3) obter alguma vantagem

⁸⁹ Segundo BRICKEY (1984: 47), qualquer pessoa que seja um cidadão, nacional ou residente nos EUA é um empreendimento doméstico para os fins do referido dispositivo.

⁹⁰ Nos EUA, a responsabilidade penal da pessoa jurídica obedece ao tradicional modelo vicarial, próprio do sistema anglo-saxão, por meio do qual a corporação é também responsável criminalmente por condutas praticadas por um agente seu, que atuou no exercício de sua atividade e com a intenção de favorecê-la (cf. ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 162; e HENDLER & GULCCO, 2003: 234 *ess.*, especialmente f. 243; COFFEE, JR, 1999: 9 e *ss.*; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2014: 35 e *ss.*). Todavia, a culpabilidade da corporação é aferida por comportamentos da própria empresa, relacionados com a existência ou não de defeitos e/ou méritos organizacionais voltados à atuação interna de natureza preventiva, investigativa e repressiva (cf. ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 162; e HENDLER & GULCCO, 2003: 234 e *ss.*).

indevida; ou (4) induzir tal funcionário, político ou dirigente político estrangeiros a usar de sua influência junto a um governo estrangeiro ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo e, assim, ajudar tal empresa a obter ou manter negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios a essa pessoa.

A promessa, oferta, doação ou pagamento deve ter por objeto *soma em dinheiro*, ou *qualquer coisa de valor*. A segurança interpretativa, no primeiro caso (= soma de dinheiro), contrasta com a polissemia do segundo (= qualquer coisa de valor), aparentemente proposital, visto que funcionários estrangeiros podem ser influenciados por variadas maneiras, que não necessariamente apenas por pagamentos em dinheiro⁹¹. Em *U.S. v. Liebo*, p.ex., o suborno ocorreu mediante o custeio de passagens aéreas para a lua de mel de um funcionário nigeriano⁹². Noutro caso, a *coisa de valor* foi a compra de uma mina em grande parte inútil, de propriedade de um funcionário estrangeiro, por um preço substancial⁹³. Koehler (2014: 80 e ss.) menciona que o caso de interpretação mais expansiva desse termo ocorreu em *SEC v. Schering-Plough Corp.*⁹⁴, companhia farmacêutica que registrou doação de caridade, via subsidiárias, a uma fundação polonesa cujo presidente era também diretor de um fundo de saúde do governo – portanto funcionário público estrangeiro, para os fins do FCPA –, fundo esse que fornecia dinheiro para hospitais em toda a Polônia, para a compra exatamente de produtos farmacêuticos⁹⁵.

Como se observa, o pagamento ou promessa de pagamento de dinheiro ou coisa de valor somente é proibido, nos termos do FCPA, se feito: (a) a um funcionário público estrangeiro; (b) a partido político estrangeiro, a funcionário de partido político estrangeiro, ou a candidato político estrangeiro; (c) ou a qualquer

⁹¹ Cf. KOEHLER (2014: 80).

⁹² Cf. 923, F.2d 1308 (8th Circ. 1991).

⁹³ Cf. *SEC v. Ashland Oil. Inc.*, Case 86-1904 (D.D.C. July, 8, 1986), referido por KOEHLER (2014: 80).

⁹⁴ Cf. Case 1: 04-cv-0945 (D.D.C. June 9, 2004).

⁹⁵ Todavia, como KOEHLER também deixa claro (2014: 81), este caso é relevante para a compreensão dos parâmetros interpretativos da SEC acerca do significado de “coisa de valor” porque *não havia qualquer indicativo de que a doação tivesse gerado benefício monetário para o diretor*. A rigor, a SEC concluiu que a doação em caridade constituiu “coisa de valor” porque *incrementou a autoestima e o prestígio do diretor*, assentando um critério de benefício de natureza intangível.

indivíduo que saiba ou tenha razões para saber que o pagamento ou a oferta se destina a quaisquer das pessoas acima listadas⁹⁶.

A própria Lei designou essas figuras, no gênero, pelo termo “dirigente estrangeiro”, enquanto destinatário da oferta de suborno, definindo-os como qualquer dirigente ou funcionário oficial de um governo estrangeiro ou de qualquer ministério, departamento, órgão ou organismo governamental do mesmo, ou de uma organização pública internacional, ou qualquer pessoa agindo em qualidade oficial para um governo, ministério, departamento, órgão ou organismo governamental ou em nome destes, ou ainda para uma organização pública internacional ou em nome desta [§78dd-1(f)(1)(A)].

A qualificação substantiva do destinatário da oferta tem por fim delimitar o âmbito de proibição na atuação das empresas, sem implicar responsabilidade dos destinatários. O FCPA, nesse sentido, é um estatuto que tem por alvo apenas o autor da oferta⁹⁷. Nesse particular, a maior disputa, em termos interpretativos, na atual quadra, está na inclusão, dentro da categoria de “dirigentes estrangeiros”, para fins de proibição de suborno, nos termos do FCPA, de funcionários e dirigentes das empresas controladas pelo Estado (*state-owned enterprises*, ou SOE’s), todavia com fins lucrativos, papéis negociáveis em bolsa, e espaço de atuação no mercado, geralmente na área de petróleo e gás⁹⁸.

A despeito da rejeição, no processo legislativo que culminou com o FCPA, de projeto de lei que realizava essa equiparação, como relata Koehler (2014: 82-83), uma significativa parcela da atuação das agências (DOJ e SEC) na aplicação da referida Lei tem considerado que o termo “dirigente estrangeiro” compreende também empregados dessas empresas, afirma esse autor⁹⁹.

⁹⁶ Cf. BRICKEY (1984: 49).

⁹⁷ Cf. KOEHLER (2014: 79-80).

⁹⁸ Cf. KOEHLER (2014: 82).

⁹⁹ De acordo com levantamento de KOEHLER (2014: 83-84), no ano de 2012 algo em torno de 40% dos casos envolvendo a aplicação do FCPA relatava pagamentos, no todo ou em parte, a funcionários dessas empresas; em 2011 esse percentual foi de aproximadamente 80%; e no ano de 2010 de 60%, aproximadamente. Para ilustrar a força da abordagem “*carrot and stick*” na aplicação do FCPA, em nenhum dos casos contra corporações essa equiparação feita pelas agências de controle chegou a ser desafiada em juízo (cf. KOEHLER, 2014: 84). Apenas quando as acusações chegaram aos indivíduos houve questionamento, restando assentado, no caso *U.S. v. Carson* [(2011 WL 5101701 (C.D. CAT 2011)], conforme relata KOEHLER (2014: 85-86), e a despeito da história legislativa do FCPA, que os funcionários de empresas estatais estrangeiras não estão excluídos à partida da definição de “dirigentes estrangeiros”, a depender – enquanto específica questão de fato – da natureza e das características da empresa. Como afirmou a Corte, “um mero investimento financeiro em uma empresa, pelo governo, pode não ser suficiente para transformar essa entidade em um instrumento governamental. Mas quando um investimento monetário é combinado com fatores adicionais que indiquem objetivamente que a entidade está sendo utilizada como um

Ademais, o pagamento, ou a promessa de pagamento em si, para ser considerado impróprio, deve ser feito com o objetivo de corromper o funcionário público estrangeiro, isto é, deve ser feito com a intenção de afetar-lhe a capacidade de julgamento, de modo a que atue em desvio de função¹⁰⁰. Mas não só. O desvio de função não constitui o fim último de atuação do agente, mas apenas meio, porque o suborno, conforme a literalidade do FCPA, deve ter por objetivo *obter ou manter um negócio*.

O pagamento ilegal, enfim, destina-se a influenciar a capacidade de julgamento do dirigente estrangeiro, de modo a obter deste favores comerciais.

Não será considerado indevido, nesse sentido, o pagamento decorrente de extorsão praticada pelo funcionário estrangeiro, porque faltará a este dispêndio, nesse caso, o propósito de influenciar indevidamente a decisão governamental, já viciada *ex ante*¹⁰¹. Viola o FCPA, entretanto, o pagamento feito a funcionário estrangeiro por exigência deste, sob ameaça de que, sem ele, determinada oportunidade de negócio será indisponibilizada para a empresa¹⁰². A decisão acerca do suborno, nessas circunstâncias, é livre, e destinada a obter oportunidade de negócio a ele condicionado¹⁰³.

Com a emenda de 1998, incorporaram-se ao FCPA exigências da Convenção contra a Corrupção, da OCDE, proibindo pagamentos feitos para garantir *qualquer vantagem imprópria*, a indicar a idéia de que havia sido ampliado o escopo da Lei, para alcançar também pagamentos feitos a dirigentes estrangeiros para além do contexto relacionado à obtenção ou manutenção de negócios. Todavia, segundo Koehler (2014: 95-96), essa interpretação – que vem a ser a posição do DOJ – foi recusada judicialmente no caso *U.S. v. Kay*¹⁰⁴, único precedente a analisar, até aquela altura, a elementar “obter ou manter negócio”¹⁰⁵.

instrumento para realizar objetivos governamentais, essa empresa pode ser considerada uma instrumentalidade governamental”, e seus funcionários, de consequência, qualificados como dirigentes estrangeiros para fins de proibição de suborno nos termos do FCPA.

¹⁰⁰ Cf. BRICKEY (1984: 49).

¹⁰¹ Cf. BRICKEY (1984: 50).

¹⁰² Cf. BRICKEY (1984: 51).

¹⁰³ Cf. BRICKEY (1984: 51).

¹⁰⁴ Cf. 200 F. Sup. 2d 681 (S.D. Tex 2002).

¹⁰⁵ Como referiu a Corte de Apelação, “quando o Congresso alterou a linguagem do FCPA, no entanto, em vez de inserir ‘qualquer vantagem indevida’ imediatamente após a ‘obtenção ou manutenção de negócio’, dentro da exigência de nexos comercial (como fez a Convenção), optou por adicionar a ‘vantagem indevida’ à lista original de abusos em consideração aos subornos que a lei proíbe.” (cf. KOEHLER, 2014: 96).

No que se relaciona, por fim, à evidência da autoria, e às específicas exigências para fixação da responsabilidade de cada interveniente no delito, “(...) os elementos de prova necessários para estabelecer que um indivíduo violou as disposições antissuborno são mais numerosos do que os necessários para provar uma violação pela pessoa jurídica.”¹⁰⁶

A prova de que o pagamento ou oferta de suborno ocorreu, e que estava ele endereçado a influenciar indevidamente o comportamento de funcionário público estrangeiro, no interesse de determinada vantagem empresarial, são suficientes para fazer emergir a responsabilidade penal da pessoa jurídica¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

A responsabilidade do indivíduo, por outro lado, depende da demonstração adicional, no plano da *mens rea*¹⁰⁹, de que ele violou *voluntária e intencionalmente* as disposições do FCPA¹¹⁰.

Nesse ponto, porém, a lei promoveu um *discrimen* entre a responsabilidade dos funcionários de alto escalão, diretores e acionistas, de um lado, e a responsabilidade de meros empregados, de outro. Além da intencionalidade que deve haver em ambos os casos, a responsabilidade dos meros empregados somente ocorrerá quando restar concomitantemente provado que a empresa emitente, ou o empreendimento nacional em cujo nome o empregado atuou, também violou a lei, e possui responsabilidade pelo fato¹¹¹.

2.4 Penalidades

¹⁰⁶ Cf. BRICKEY (1984: 48).

¹⁰⁷ Cf. BRICKEY (1984: 48). Para além, conforme relata KOEHLER (2014: 87-88), com apoio em precedentes, sequer é exigido das agências o ônus de especificar a identidade do funcionário estrangeiro corrompido, conforme restou assentado em dois julgamentos, entretanto contra indivíduos [*SEC v. Jackson*, 908 F.Supp.2d 834 (S.D. Tex 2012); *SEC v. Straub*, 2013 WL 466600 (S.D.N.Y. 2013)].

¹⁰⁸ Consoante, portanto, o modelo de responsabilidade objetiva decorrente do sistema vicarial, que implica em responsabilidade penal pelo fato de outrem (cf. VARELA, 2012).

¹⁰⁹ Numa aproximação bastante inicial, a teoria bipartida de delito, própria dos sistemas *common law*, faz distinção entre o aspecto externo da conduta delitiva (*actus reus*), e o aspecto interno (*mens rea*), categoria esta integrada, nos seus primórdios teóricos, tanto pela *intenção*, como por elementos normativos atinentes à responsabilidade e culpabilidade (cf. FLETCHER, 2008: 84-85). Como refere ainda FLETCHER (2008: 85), em 1962, o Código Penal Modelo (ALI, 1985: 21-22) buscou suprimir a dimensão normativa da *mens rea*, definindo suas distintas formas mentais como: intenção, consciência, negligência e imprudência. A propósito da significação de cada um desses estados mentais, cf. DUBBER & KELMAN (2005: 278 e ss.); e PIÑA ROCHEFORT (2002: 78 e ss.).

¹¹⁰ Cf. BRICKEY (1984: 48); e KOEHLER (2014: 98).

¹¹¹ Cf. BRICKEY (1984: 48).

O FCPA prevê penalidades civis e criminais para as violações das disposições contábeis e das disposições antissuborno, tanto para as empresas como para os indivíduos. Em acréscimo, os EUA podem suspender ou revogar os privilégios de realizar negócios com uma agência norteamericana¹¹².

As sentenças contra indivíduos, por violação às disposições contábeis, são determinadas com base no §2B1.1 da USSG. As violações intencionais às disposições contábeis por indivíduos, incluídas nas diretrizes referentes às fraudes, podem implicar em multas de até US\$5,000,000 e pena de prisão de até 20 (vinte) anos¹¹³. As sentenças por violação às disposições antissuborno do FCPA são calculadas na forma do §2B4.1 da USSG, e podem implicar em multa de até US\$100,000 e pena de prisão de até 5 (cinco) anos¹¹⁴.

As penas aplicáveis às empresas são calculadas na forma do Capítulo 8 das USSG. A máxima penalidade aplicável a uma corporação, por violação às disposições contábeis, pode chegar a US\$25,000,000. Pela violação às disposições antissuborno, a multa máxima aplicável é de US\$2,000,000¹¹⁵. Esses valores, vale a ressalva, são comumente ultrapassados pela estratégia agressiva do DOJ e da SEC, de promoverem ações em paralelo, com agrupamento cumulativo de múltiplas acusações¹¹⁶.

2.5 Jurisdição

Salienta Deming (2010: 7) que os EUA seguem geralmente o princípio da territorialidade na aplicação das leis criminais, exigindo certo ponto de conexão do fato criminoso com o território norteamericano, para o desencadeamento da persecução penal. Entretanto, prossegue este autor, a incorporação da Convenção contra a Corrupção (OCDE) ao FCPA, pela emenda de 1998, expandiu a jurisdição daquela lei, ao fixar como princípio básico para a aplicação de suas normas a *nacionalidade*, independentemente do lugar em que ocorrido o suborno (2010: 7-8).

¹¹² Cf. SEBELIUS (2008: 585).

¹¹³ Limites atuais fixados pela *Sarbannes-Oxley Act*, cf. SEBELIUS (2008: 596).

¹¹⁴ Todavia, segundo SEBELIUS (2008:596), a aplicação alternativa de disposições da *Sentencing Reform Act* tem resultado em sanções mais elevadas.

¹¹⁵ Cf. SEBELIUS (2008: 597).

¹¹⁶ Cf. SEBELIUS(2008: 597).

As disposições antissuborno seguem, assim, primordialmente, o dito critério de *nacionalidade*. Em consequência, submetem-se ao FCPA, onde quer que tenha ocorrido o fato: (a) as empresas emitentes – bem como seus funcionários, dirigentes ou acionistas, quando atuem em nome da empresa –, que possuam uma classe de valores mobiliários registrados conforme o *Exchange Act*, ou que estejam obrigadas a apresentar relatórios, também nos termos daquela lei; e os (b) empreendimentos nacionais, de acordo com a configuração já mencionada¹¹⁷⁻¹¹⁸.

As empresas emitentes, para os fins do FCPA, podem ser constituídas ou não conforme as leis americanas. A qualidade de empresa emitente decorre do simples fato de possuírem uma classe de valores mobiliários registrados conforme o *Exchange Act*, ou que sejam obrigadas a apresentar relatórios, também nos termos daquela lei, providências ao alcance de empresas estrangeiras de capital aberto.

A observação é feita porque há uma relevante diferença, em termos de jurisdição do FCPA, quando se trate de empresa emitente americana ou empresa emitente estrangeira. Na primeira hipótese, de emitentes constituídas sob a lei norteamericana, não há exigência de que a oferta ou aceite do suborno ocorra por meio de instrumentos de comércio interestaduais, como correios eletrônicos, ligações telefônicas e/ou transações financeiras, p.ex.¹¹⁹. No segundo caso, diversamente, a jurisdição daquele país depende da prova de que o emitente estrangeiro utilizou-se, para a oferta ou aceite do suborno, p.ex., de serviços de correio eletrônico, telefônicos e/ou serviços bancários norteamericanos¹²⁰, ponto de conexão suficiente, posto tenuous, em algumas hipóteses, para a extensão da jurisdição do FCPA.

Nessa mesma linha regulatória, não há qualquer exigência de conexão dos fatos com o território norteamericano, quando se trate da aplicação do FCPA aos empreendimentos nacionais de que tratam o §78dd-2(a) da referida lei¹²¹.

¹¹⁷ Vide subitens 2.3.1 e 2.3.2.

¹¹⁸ DEMING (2010: 11) observa, adicionalmente, que qualquer empresa estrangeira pode ser equiparada a um *empreendimento nacional*, para os fins desse dispositivo, bastando a tanto que a sua principal atividade negocial esteja situada nos EUA, independentemente do país em que tenha sido constituída.

¹¹⁹ Cf. DEMING (2010: 8).

¹²⁰ Cf. DEMING (2010: 8).

¹²¹ Cf. DEMING (2010: 11).

Há um segundo critério para a aplicação das disposições antissuborno, fincado na *territorialidade*, previsto no §78dd-3(a) do FCPA, que habilita a jurisdição dos EUA para as demais pessoas físicas não nativas daquele país (estrangeiros em geral) e pessoas jurídicas organizadas – ou não, tais como empresas sem registro – segundo as leis de um país estrangeiro, bem como para quem atue em nome desta, seja dirigente, empregado ou acionista, *desde que estejam situadas em território norteamericano*, e, nessa condição, ofereçam, prometam ou aceitem suborno ali tipificado¹²².

Por outro lado, conforme dispõe o §78-dd(g)(1) do FCPA, as *disposições contábeis* acima delineadas são aplicáveis somente às já mencionadas empresas emitentes, a saber: todos os emissores que possuam uma classe de valores mobiliários registrados de acordo com o *Exchange Act* e todos os emissores obrigados a apresentarem relatórios também de acordo com o *Exchange Act*, a englobar, naturalmente, empresas de capital aberto norteamericanas e estrangeiras operantes naquele mercado, implicando a submissão àquela Lei, desse modo, de empresas brasileiras que preenchem esse requisito, bem como de subsidiárias das emitentes norteamericanas que operem em mercado brasileiro.

Por decorrência lógica de todas estas hipóteses, e em lista obviamente não exaustiva, podem submeter-se às disposições antissuborno do FCPA quaisquer empresas brasileiras de capital aberto listadas em bolsas norteamericanas, quando ofereçam vantagem indevida, mediante instrumentos de comércio interestaduais baseados em território dos EUA, como na hipótese de utilização, para a oferta ou aceite do suborno, de serviços de correio eletrônico, telefônicos e/ou serviços bancários norteamericanos, p.ex.

Incluso empresas brasileiras de capital fechado, e quem atue em nome destas, quando operacionalizem negócios por subsidiária, filial ou mediante simples agente de negócios, a partir do território norteamericano, podem responder aos termos daquela legislação (§§78dd-3(a)).

A submissão dessas empresas brasileiras às disposições contábeis e criminais do FCPA, e, por arrastamento, à lógica do atual perfil agressivo de *enforcement* promovido pelo DOJ e pela SEC, traz também consigo, inpositivamente, os adicionais deveres de cumprimento normativo exigidos por aqueles órgãos, dentre os quais se inclui a tafera de investigação interna de fatos

¹²² Cf. DEMING (2010: 12).

ilícitos, em cooperação e conseqüente compartilhamento da prova obtida com autoridades encarregadas da persecução penal¹²³.

¹²³ Como exemplo, mencione-se que o jornal Valor Econômico, edição eletrônica de 09.11.2014, repercutiu matéria jornalística do *Financial Times*, revelando que autoridades dos Estados Unidos estão investigando o envolvimento da Petrobras, e de seus funcionários, em um suposto esquema de pagamento de propinas. Segundo a reportagem, o DOJ abriu uma investigação criminal sobre a empresa, que tem ADRs (*American Depositary Receipt*) listados em Nova Iorque, enquanto a *Securities and Exchange Commission* (SEC) abriu investigação civil [disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/3772452/departamento-de-justica-dos-eua-investigaesquema-na-petrobras-diz-ft#ixzz3IcLrjV98>, acesso em 25.08.2016].

3. UNITED KINGDOM BRIBERY ACT (UKBA)

3.1 Origem

Em atenção às exigências endereçadas aos países signatários, de editarem legislação criminalizando suborno de funcionários públicos estrangeiros, formuladas pela OCDE na Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais¹²⁴, o Reino Unido – não sem algum relevante atraso, após mais de uma década de debate parlamentar¹²⁵ –, promulgou no ano de 2010 o *United Kingdom Bribery Act*¹²⁶, com início de vigência em julho de 2011 na Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte, diploma este que promoveu a completa revisão de todos os estatutos legais relacionados com o suborno no Reino Unido, aplicando-se tanto à corrupção interna como externa¹²⁷.

O Reino Unido é membro original da OCDE, e signatário inicial da Convenção, desde 17 de dezembro de 1997¹²⁸. Todavia, Bean & Macguidwin (2013: 67) relatam que, após a assinatura da Convenção da OCDE, em 1997, o governo britânico defendeu a posição de que a legislação doméstica antissuborno naquela altura existente, composta do *Public Bodies Corrupt Practices Act*, de 1889, do *Prevention of Corruption Act*, de 1906, e do *Prevention of Corruption Act*, de 1916¹²⁹, satisfazia as exigências da Convenção, posição essa contestada por outros países, visto especialmente que, ainda segundo Bean & Macguidwin (2013: 68), aquele conjunto de leis do século XIX e do início do século XX não abordava

¹²⁴ Convenção que nasceu, vale reiterar, após intensa pressão diplomática norte-americana (cf. BEAN & MACGUIDWIN, 2012: 323), formalmente incrementada já na primeira emenda ao FCPA, quando se estipulou que o Presidente dos EUA deveria buscar acordos internacionais entre os membros da OCDE para a criação de legislação semelhante por parte dos países membros. A segunda emenda ao FCPA, no ano de 1998, serviu para adaptá-lo aos termos da Convenção da OCDE.

¹²⁵ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2012: 323-324).

¹²⁶ Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents> [acesso em 26.06.2016].

¹²⁷ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2012: 323-324); e ZYSMAN QUIRÓS (2013: 172).

¹²⁸ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2013: 67).

¹²⁹ O *Public Bodies Corrupt Practices Act*, de 1889 aplica-se apenas à corrupção em órgãos públicos, enquanto que o *Prevention of Corruption Act*, de 1906, estende a lei de corrupção para todos os agentes. O *Prevention of Corruption Act*, de 1916, de sua vez, aplica-se unicamente às pessoas empregadas de Sua Majestade ou de qualquer departamento do governo ou órgão público (cf. BEAN & MACGUIDWIN, 2013: 68).

adequadamente a figura do suborno no exterior, crime este que nunca havia sido objeto de acusação no Reino Unido.

Internamente, uma comissão designada *United Kingdom Law Commission*, corpo independente de juristas responsáveis pela periódica revisão das leis da Inglaterra e País de Gales¹³⁰, chegou a afirmar, contradizendo o governo, logo após a assinatura da Convenção da OCDE, que os tribunais ingleses não possuíam competência para julgar um crime a menos que o último ato ou evento necessários à sua realização ocorresse dentro da sua jurisdição¹³¹.

Na sequência desses acontecimentos, ainda segundo relato de Bean & Macguidwin (2013: 68), um grupo de trabalho da OCDE, responsável pelo monitoramento periódico do cumprimento das obrigações constantes da Convenção contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeira pelos países signatários, afirmou, no ano de 2008, preocupação com a insatisfatória implementação da Convenção por parte do Reino Unido, chegando a reiterar anteriores recomendações para que o Reino Unido adotasse o mais rapidamente possível uma nova legislação antissuborno no estrangeiro¹³².

O UKBA foi promulgado, como dito, no ano de 2010, depois de idas e vindas de um processo legislativo iniciado no ano 1998, com a publicação, a partir de solicitação do governo, pela *United Kingdom Law Commission*, de um extenso relatório intitulado “*Legislating the Criminal Code: Corruption*”¹³³, que incluía o modelo de uma lei sobre corrupção¹³⁴. Igualmente aqui, funcionaram como alavanca para a edição da lei a ocorrência de graves escândalos de corrupção internacional, dentre eles o protagonizado pela empresa *BAE Systems plc*,

¹³⁰ Com os objetivos, entre outros, segundo o §3 (1), Capítulo 22, da *Law Comissions Act*, de 1965, de analisar a legislação com vista ao seu desenvolvimento sistemático, reforma, codificação, eliminação de anomalias, revogação de decretos obsoletos e desnecessários, simplificação e modernização da lei (disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/22>, acesso em 14.07.2016).

¹³¹ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2013: 68). O relatório completo da Comissão pode ser acessado em: <http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/lc313.pdf>.

¹³² SANTANA VEGA (2015: 2) lembrou que o Relatório nº 313 da Comissão Legislativa da OCDE, de 2 de outubro de 2008, afirmou, sobre o Reino Unido, que o Direito Comum e a Lei de Prevenção à Corrupção empregavam diferentes formulações acerca do suborno, proporcionando considerável insegurança na aplicação dos delitos.

¹³³ Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/2355-65/0524.pdf [acesso em 14.07.2016]. A *Law Commission* declarou, na Introdução ao mencionado Relatório, que a sua realização ocorreu a instâncias dos trabalhos produzidos pelos Comitês Salmon e Nolan, órgãos consultivos do governo, este último datado de 1995, e que já recomendava expressamente a substituição das leis sobre corrupção antes mencionadas (cf. adicionalmente BEAN & MACGUIDWIN, 2013: 69).

¹³⁴ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2013: 70).

investigada por suspeita de pagar suborno a funcionários públicos da Arábia Saudita relacionados a contrato comercial, escândalo, aliás, que chegou a envolver alguns primeiros-ministros, e que, também por isso, mereceu elevado interesse da imprensa¹³⁵.

3.2 A matéria penal

3.2.1 Os crimes de corrupção

O UKBA definiu três novos delitos relacionados à corrupção, previstos nas Seções 1 (corrupção ativa), 2 (corrupção passiva) e 6 (corrupção ativa de funcionário público estrangeiro). De acordo com DEMING (2014: 126), tais tipologias substituíram os crimes de suborno existentes até então no Reino Unido.

Mais além, referida lei foi absolutamente polêmica ao tipificar, na Seção 7, um inovador delito de falha das organizações comerciais na prevenção do suborno. Todavia, diversamente do FCPA, o UKBA não contém previsão penal a respeito de eventuais fraudes contábeis praticadas em consequência do suborno, tipificadas estas no *Companies Act*, de 1989¹³⁶.

A Seção 1 descreve o crime de corrupção ativa mediante dois núcleos de comportamentos: (1) o primeiro ocorre quando alguém oferece, promete ou dá qualquer vantagem a outrem, com intenção de induzi-lo a realizar uma atividade ou função de forma inadequada, ou para recompensá-lo pelo desempenho indevido dessa função ou atividade; (2) o segundo se verifica quando alguém oferece, promete ou dá a vantagem a outrem, sabendo ou acreditando que a aceitação da vantagem constitui já em si um desempenho funcional impróprio. Em ambos os casos, o crime também ocorre quando a vantagem é oferecida, prometida ou entregue mediante interposta pessoa.

Segundo a opinião de Bean & Macgudwin (2012: 326), trata-se, a espécie, do crime mais geral de corrupção ativa, aplicável dentro do Reino Unido e no exterior, e abrange subornos domésticos – mediante vantagem de qualquer natureza, não necessariamente financeira – entre partes privadas, bem como suborno de funcionários do governo em negócios internacionais.

¹³⁵ Cf., a propósito, HEISSNER (2015: 24).

¹³⁶ Cf. SANTANA VEJA (2015: 2).

Os conceitos de função ou atividade relevante estão definidos na Seção 3, e incluem, ainda consoante Bean & Macguidwin (2012: 327), qualquer atividade pública ou empresarial desempenhada no curso de uma relação de emprego. Para fins de caracterização do ilícito em causa, importa deixar claro que o desvio de função ou atividade pode ser realizado no exterior, sendo desnecessária conexão com o Reino Unido¹³⁷. Entretanto, a medida do que venha a ser *desempenho impróprio* da função ou atividade é determinada a partir de expectativas de comportamento adequadas aos padrões britânicos, e não do país estrangeiro onde o suborno ocorreu¹³⁸. Essa régua de aferição da (in)adequação da atividade desempenhada, para fins do UKBA, resulta da conjugação de conceitos previstos nas Seções 4 e 5 desta lei, que definem, respectivamente, os parâmetros do que venha a ser performance imprópria, e os padrões adequados de expectativa de comportamento que se espera dos funcionários em geral.

A Seção 2 descreve o crime de corrupção passiva mediante quatro núcleos comportamentais: (a) quando o agente solicita, concorda em receber ou aceita vantagem financeira ou de outra natureza para que realize, em consequência, uma função ou atividade de modo impróprio; (b) o agente solicita, concorda em receber ou aceita vantagem financeira ou de outra natureza, e a própria solicitação, concordância ou aceitação da vantagem constitui em si mesmo desempenho impróprio da função ou atividade; (c) o agente solicita, concorda em receber ou aceita vantagem financeira ou de outra natureza, como recompensa pelo desempenho impróprio de uma função ou atividade.

O crime também ocorre com o desempenho impróprio da função ou atividade, em antecipação ou em consequência de solicitação ou aceitação de vantagem pelo agente.

Tal como na primeira Seção, é desinfluyente para a tipificação do ilícito o fato de a solicitação ou aceitação da vantagem ocorrer por interposta pessoa, ou que beneficie, a vantagem, qualquer terceiro que não o agente. Este perfil dogmático do ilícito, extraível do próprio texto de lei, é igualmente mencionado por Bean & Macguidwin (2012: 330-331). Também para este caso, vigem as mesmas definições

¹³⁷ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2012: 328).

¹³⁸ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2012: 328). E a indicar, ainda conforme estes autores, a pretensão do estatuto de aplicar *standards* de conduta britânicos a fatos ocorridos em outras nações (2012: 329).

de função ou atividade relevante, e de desempenho inadequado, encontradas nas Seções 3 e 4.

A Seção 6, que define o crime de corrupção ativa de funcionário público estrangeiro, é aquela que mais se aproxima das disposições do FCPA¹³⁹.

O pagamento de suborno a funcionário público estrangeiro será crime, nos termos da Seção 6 do UKBA, se o agente, com o pagamento, teve a intenção de influenciar o funcionário público no desempenho de suas atribuições, e, mais além, se o suborno foi também dirigido à obtenção ou manutenção de negócios, ou à obtenção de uma vantagem na condução dos negócios.

Tal como previsto nas Seções anteriores, também este crime pode ser praticado mediante oferta, promessa ou entrega de vantagem de *qualquer natureza*, não necessariamente de ordem financeira.

Ainda segundo a lei, tanto o agente como o funcionário público podem servir-se de interposta pessoa para praticar o ilícito. No caso do funcionário público, porém, somente haverá crime se a interposta pessoa que recebeu ou aceitou o suborno o fez a *pedido* ou com o *consentimento* ou *aquiescência* do próprio funcionário, e, adicionalmente, não havia permissão ou exigência legal para que o funcionário público recebesse este tipo de vantagem, devendo tratar-se, portanto, de vantagem legalmente indevida.

A influência sobre o funcionário público estrangeiro, no exercício de suas funções, inclui qualquer omissão no desempenho funcional, bem como qualquer ação na qualidade de funcionário, ainda que fora ou para além das atribuições do cargo ou função.

O conceito de funcionário público estrangeiro, aqui, assemelha-se àquele do FCPA¹⁴⁰. Para fins do UKBA, é considerado funcionário público estrangeiro (a) aquele que detém uma posição legislativa, administrativa ou judicial, de qualquer natureza, por nomeação ou eleição, de um país ou território estrangeiro¹⁴¹; ou (b) exerce função pública para ou em nome de um país ou território estrangeiro, ou para qualquer órgão público ou empresa pública desse país ou território; ou, por fim, (c) é funcionário ou agente de uma organização pública internacional, a

¹³⁹ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2013: 80).

¹⁴⁰ E segue muito fielmente o conceito proposto pela Convenção da OCDE, no art. 1º, subseção 4(a) (cf. BEAN & MACGUIDWIN, 2013: 81).

¹⁴¹ Não integrante do Reino Unido.

incluir, portanto, os funcionários de organismos públicos internacionais, como a Organização das Nações Unidas e o Banco Mundial¹⁴².

Por fim, os crimes indicados nas Seções 1 (corrupção ativa) e 6 (corrupção ativa de funcionário público estrangeiro) podem ser cometidos por pessoas físicas e/ou jurídicas¹⁴³. Neste último caso, adverte Wells (2014: 507), segue-se o princípio da *common Law* de imputação da responsabilidade, exigindo-se a presença de culpa de quem represente a "mente diretora" da corporação, e, cumulativamente, que esse conselheiro ou diretor sênior que consentiu ou foi conivente com a infração seja igualmente responsabilizado.

3.2.2 Seção 7: o crime de falha na prevenção

A Seção 7, como visto anteriormente, prevê o delito de falha das empresas na prevenção do suborno, matéria, portanto, de natureza criminal.

O tratamento desse delito em capítulo à parte, porém, se justifica porque ele estabelece – *impõe*, seria mais correto dizer, e mediante ameaça penal – deveres de *compliance* para empresas de variados países¹⁴⁴, fazendo-o mediante a elevação do programa de cumprimento normativo à estatura de *defesa apropriada* à evitação da responsabilidade penal, relacionando-se, desse modo, diretamente, ao tema do presente estudo.

Conforme os termos da Seção 7 do UKBA, uma organização comercial relevante incorrerá no crime de falha na prevenção do suborno, se uma pessoa à ela associada suborna outra com a intenção de obter ou manter negócios para a corporação, ou para obter ou manter uma vantagem na condução dos negócios daquela corporação.

Sob o ponto de vista político-criminal, a incriminação procura combater o desenvolvimento antiético das empresas, objetivando promover uma cultura negocial intolerante com qualquer tipo de suborno, sem obstaculizar, ao mesmo tempo, a competitividade e o desenvolvimento econômico¹⁴⁵.

¹⁴² Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2013: 82).

¹⁴³ Cf. WELLS (2014: 507).

¹⁴⁴ Cf. SANTANA VEGA (2015: 3).

¹⁴⁵ Cf. SANTANA VEGA (2015: 4).

O bem jurídico protegido, de sua vez, foi definido principiologicamente, no Guia elaborado no ano de 2011 pelo Ministério da Justiça¹⁴⁶, como a defesa da *livre e leal concorrência empresarial*, menoscabada em presença de suborno. Macauley (2011: 3), seguido por Santana Vega (2015: 5), identifica-o como o normal desenvolvimento das transações comerciais nacionais e internacionais por parte das empresas, de acordo com as regras da leal concorrência e do desenvolvimento ético na prática dos negócios¹⁴⁷.

Por outro lado, a intelecção do crime, na sua estrutura típica, supõe a determinação do significado dos termos “organização comercial relevante”, que vem a ser precisamente o sujeito ativo do delito¹⁴⁸, e “pessoa associada”, que age em nome daquela.

Organização comercial relevante, conforme definição da Seção 7 (5) do UKBA compreende: (A) a empresa incorporada sob a lei de qualquer parte do Reino Unido, e que desempenhe uma atividade negocial (no Reino Unido ou em outro lugar); (B) qualquer outra empresa (independente do lugar em que incorporada), que administre negócio, ou parte de um negócio, em qualquer lugar do Reino Unido; (C) a parceria¹⁴⁹ formada sob a lei de qualquer parte do Reino Unido e que desempenhe uma atividade negocial (no Reino Unido ou em outro lugar); (D) e ainda qualquer outra parceria (onde quer que formada), que administre negócio, ou parte de um negócio, em qualquer lugar do Reino Unido.

O crime em questão, assim, alcança indistintamente, como sujeito ativo, as empresas e parcerias constituídas *conforme as leis do Reino Unido*, onde quer que desempenhem suas atividades negociais, bem como as *empresas e parcerias constituídas alhures*, mas que *administrem um negócio, ou parte de um negócio*, no Reino Unido.

¹⁴⁶ Editado em obediência à Seção 9 do UKBA, que determinou ao Ministro da Justiça a publicação de diretrizes acerca dos procedimentos a serem adotados pelas corporações para prevenir a prática de suborno. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk> [acesso em 26/07/2016].

¹⁴⁷ SANTANA VEGA (2015: 5) esclarece, adicionalmente, que a menção à ética no desempenho dos negócios, enquanto referencial axiológico do delito, é usual no direito e na doutrina penais anglo-saxã, posto se prefira aludir, na doutrina espanhola, para obter semelhante efeito, ao princípio da concorrência leal (2015: 5).

¹⁴⁸ Cf. SANTANA VEGA (2015: 6).

¹⁴⁹ As parcerias a que se refere esta Seção do UKBA são aquelas formadas conforme o *Partnership Act*, de 1890, ou ainda conforme o *Limited Partnership Act*, de 1907, bem como as entidades de caráter semelhantes, formadas sob a lei de um país ou território estrangeiro [Seção 7 (5)].

O primeiro grupo de empresas e/ou parcerias, indicadas nos itens (A) e (C), *supra*, estão conexiadas pela circunstância comum de serem constituídas conforme as leis do Reino Unido. Nesse caso, acentuam Bean & Macguidwin (2013: 86) que empresas desse tipo podem e devem estar naturalmente submetidas às leis inglesas, em especial ao UKBA, tratando-se, portanto, de regulação corriqueira. Segundo estes mesmos autores (2013:86),

‘Essa parte da definição não é excepcional, refletindo a jurisdição territorial tradicional. Empresas domiciliadas no Reino Unido estão sujeitas à *strict criminal liability* da Seção 7 (apenas com a defesa estabelecida na Seção 7 (2). É bem aceito que o Parlamento possa legislar como lhe aprouver acerca de uma empresa estabelecida em qualquer sítio do Reino Unido.’

O segundo grupo, integrado pelas empresas e parcerias que, posto constituídas fora do Reino Unido, ali administram um negócio, ou parte de um negócio, definidas nos itens (B) e (D), *supra*, já não oferece uma base normativa segura para os destinatários da proibição. Problemas de segurança jurídica e de extraterritorialidade conflituosa podem ocorrer exatamente na significação do trecho “parte de um negócio”.

A esse respeito, Bean & Macguidwin (2013: 87) e Wells (2014: 510) referem, p.ex., a existência, no ano de 2013, de divergências interpretativas entre o Ministro da Justiça e o chefe do *Serious Fraud Office* (SFO), agência responsável pelo *enforcement* do UKBA. Naquela altura, o Ministro chegou a afirmar que o Governo não entendia como “parte de um negócio”, para fins de ocorrência do ilícito em questão, o mero fato de a empresa estrangeira ter sido admitida a negociar na *London Stock Exchange*, tendo sido contraditado pelo chefe do SFO, que declarou publicamente que todas as empresas estrangeiras listadas na bolsa de valores no Reino Unido estariam ao alcance do UKBA¹⁵⁰. Santana Vega (2015: 8), de sua vez, admite que a amplitude do termo pode abarcar um mero escritório de representação aberto no Reino Unido, ou mesmo um agente ali contratado.

O conceito de “pessoa associada” está presente na Seção 8 da referida Lei. Segundo ali definido, considera-se associada à corporação a pessoa que executa serviços *para* ou *em nome* daquela. São irrelevantes, para efeito do delito, o título

¹⁵⁰ Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/finance/yourbusiness/bribery-act/86094-86/Serious-Fraud-Office-risks-clash-with-Ministry-of-Justice-over-Bribery-Act.html> [acesso em 26.07.2016].

ou a qualificação jurídica por meio dos quais tais serviços são prestados, podendo tratar-se de funcionário ou agente (contratados para específicos serviços)¹⁵¹ da própria empresa ou de subsidiária¹⁵². Por outro lado, o fator determinante – a ser considerado pelos tribunais – para aferir se uma pessoa é associada à corporação não será a natureza da relação existente entre ambos, e sim todas as circunstâncias relevantes do caso. Sendo a pessoa um executivo ou empregado da corporação, todavia, há presunção relativa de que estão associados, admitindo-se a prova em contrário por parte da empresa¹⁵³.

O crime de falha na prevenção de subornos obedece ao modelo de responsabilidade penal de *strict liability*, prescindível a prova relacionada à *mens rea*¹⁵⁴⁻¹⁵⁵, estabelecendo, assim, o tipo em questão, uma responsabilidade objetiva

¹⁵¹ Prática comum nos negócios internacionais (cf. BEAN & MACGUIDWIN, 2013: 93).

¹⁵² O problema, relativamente aos empregados das subsidiárias, está em que, como não há distinção, no UKBA, entre subsidiárias inteiramente controladas pela matriz e subsidiárias que não estão sob esse controle integral, e bem assim das *joint ventures*, mesmo aquelas empresas que possuam "procedimentos adequados" globais de cumprimento normativo podem vir a ser responsabilizadas por causa desse modelo de arranjo proprietário parcial ou mediante parceria (cf. BEAN & MACGUIDWIN, 2013: 93).

¹⁵³ Para BEAN & MACGUIDWIN (2013: 92), essa presunção alcança todos os empregados, inclusive aqueles contratados temporariamente e para serviço de meio período.

¹⁵⁴ Cf. DEMING (2014: 126); e BEAN & MACGUIDWIN (2013: 106), embora não sem críticas, estes últimos, à esse modelo de estruturação do referido delito, que, para eles, atrita com o princípio da presunção de inocência inscrito no art. 6(2) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). Mencionados autores salientam que o crime de falha na prevenção de suborno, contido no projeto inicial do UKBA, não possuía essa questionada feição, visto que estava limitado às empresas organizadas na Inglaterra e País de Gales, dentro, portanto, de limites territoriais legítimos, e, em segundo plano, exigia que a falha na evitação do suborno decorresse, quando menos, de negligência da pessoa responsável pelo setor de prevenção, diretrizes estas alteradas no processo legislativo (cf. BEAN & MACGUIDWIN, 2013: 106).

¹⁵⁵ Conforme adverte VARELA (2012: 4-5), "no sistema angloamericano é um requisito básico da imputação penal a concorrência de um ato humano voluntário e exterior (*actus reus*). A partir desta base, por regra geral, a responsabilidade penal se funda na imputação subjetiva entre o fato e o sujeito (delitos de *mens rea*). Por exceção, a responsabilidade penal pode fundar-se simplesmente na imputação objetiva de um resultado, ou num fato que dispense a prova da *mens rea* para determinados elementos do tipo penal (delitos de *strict liability*). Deste último se infere que a *strict liability* supõe que a responsabilidade penal se atribui com independência da concorrência ou prova do elemento subjetivo, é dizer, com independência do propósito (*purpose*), do conhecimento (*knowledge*), da desconsideração (*recklessness*) ou da negligência (*negligence*), seja para todos os elementos típicos do delito seja para alguns deles. Em atenção a esta diferente exigência de grau ou intensidade da responsabilidade estrita do delito, esta pode classificar-se em *pure* e *impure strict liability*." ROBINSON (2008: 441), por outro lado, esclarece que a punição das corporações (no sistema norteamericano) principiou pelas *strict liability offenses* por questão de conveniência: o avanço do processo de industrialização e a pressão pública por um controle mais efetivo do comportamento das corporações fez superar a 'relutância' daquele sistema de justiça em atribuir responsabilidade criminal à pessoas coletivas, e como este tipo de delito – *strict liability offenses* –, não exige prova da *mens rea*, e raramente resulta em pena de prisão, conclui ROBINSON, a imputação contra as corporações resultava menos questionável do ponto de vista jurídico (2008: 441). Acerca do específico modelo inglês de responsabilidade da pessoa coletiva, CASTRO E SOUSA (1985: 76 e ss.) observa que "a doutrina e jurisprudência hoje dominantes na Inglaterra aceitam a responsabilidade da própria *corporation* pelas infrações criminais dos seus órgãos e representantes, sem ter em consideração as objecções dogmáticas, nomeadamente pelo

para a organização comercial, condicionada ao suborno doloso da pessoa física associada, elemento subjetivo deduzido do termo “intenção”¹⁵⁶. Todavia, somente poderá alcançar os dirigentes das empresas vinculadas ante prova de que tais dirigentes pessoas ou foram coniventes com a pessoa associada que pagou o suborno, diversamente do modelo de imputação do FCPA, viu-se, que se contenta com o *willful blindness*¹⁵⁷.

A conduta típica envolverá um comportamento comissivo da pessoa associada e outro, omissivo, da empresa à qual aquela está vinculada¹⁵⁸. A pessoa associada deverá praticar – não se exige seja necessariamente acusada e/ou condenada – uma infração ao tipo definido na seção 1 (corrupção ativa) ou na seção 6 (corrupção ativa internacional). E, concomitantemente ao suborno, exige o tipo, ainda no plano da conduta típica, uma omissão penalmente relevante da organização empresarial: que não tenha articulado um programa de prevenção de

que respeita à culpa, que a ela se opõem. A culpa do órgão pela prática da infração é imputada à pessoa coletiva. Como justificação para esta imputação, invoca-se a analogia com a regulamentação do direito civil, ou a ideia de que a punição se liga aqui não a uma *mens rea*, mas sim ao dever que a *corporation*, e, portanto, também a totalidade dos seus membros tem de responder pelas infrações dos seus órgãos, pois os membros através da *corporation* tinham criado o perigo de uma infração coletiva e aceitado este risco.” Ainda conforme referido autor, as pessoas coletivas podem ser punidas tanto por *misdemeanours* (infrações menos graves) como por *felonies*, e as sanções à elas aplicáveis são as penas pecuniárias, dissolução, apreensão e limitação de atividade (1985: 77-78). CASTRO E SOUSA também menciona, por fim, já em relação ao sistema norteamericano, que “pelo que respeita aos Estados Unidos da América, as soluções são idênticas ao direito inglês, sendo, porém, aqui o princípio da responsabilidade criminal das pessoas coletivas reconhecido ainda em maior extensão do que em Inglaterra. (...) A doutrina americana preocupou-se ainda menos que a inglesa com as questões de carácter dogmático. Somente LEE afirmou que não poderia falar-se em *mens rea*, e, portanto, de uma censura pela culpa em relação às pessoas coletivas, sendo a responsabilidade criminal das colectividades uma mera responsabilidade por atos alheios” (1985: 78-79). Por força da recorrente referência a esses dois sistemas, vale observar que COFFEE, JR (1999: 9) aponta-nos uma relevante distinção existente entre os modelos norteamericano e britânico: “(...) nos Estados Unidos (tanto no nível federal como em alguns estados), a lei continua a prever que qualquer ator (seja funcionário da empresa, oficial ou agente) que age dentro de seu âmbito normal de responsabilidade e viola o direito penal com a intenção de beneficiar a organização cria a responsabilidade, tanto para si mesmo como para seu empregador corporativo. Esta abordagem, chamada «responsabilidade corporativa vicarial», segue as regras usuais da *respondeat superior* da lei civil. Em contrapartida, no Reino Unido e em grande parte da *Commonwealth* britânica, uma abordagem alternativa há longo tempo vigente prevê que apenas os atos de certos executivos de alto escalão da empresa podem ser atribuídos à corporação para fins de responsabilização criminal. Esta abordagem – que pode ser chamada de «*alter ego theory*» ou «*identification theory*» - tem sido a abordagem dominante na maior parte deste século”. Detalhes adicionais acerca dos modelos de responsabilidade e imputação dos entes colectivos em Inglaterra e nos EUA podem ser conferidos em COFFEE, JR (1999: 9 e ss.), e MELO BANDEIRA (2004: 281 e ss.). Conforme anota este último autor, na lei dos EUA, a responsabilidade da pessoa coletiva dá-se cumulativamente àquela eventualmente imposta aos indivíduos que em seu nome atuam, de modo que a pessoa coletiva pode vir a ser responsável ainda que nenhuma pessoa individual o seja (2004: 292).

¹⁵⁶ Cf. SANTANA VEGA (2015: 14).

¹⁵⁷ Cf. SANTANA VEGA (2015: 7).

¹⁵⁸ Cf. SANTANA VEGA (2015: 8-9).

subornos, ou que o tenha feito de modo deficiente ou inadequado, de tal maneira que essa inexistência ou defeituosa implantação de um programa de *compliance* seja a causa daquela corrupção praticada pela pessoa associada¹⁵⁹.

A pessoa física associada à empresa que vier a praticar o suborno, estará sujeita à pena de prisão prevista respectivamente para os crimes definidos nas seções 1 e 6 [seção 11 (1) do UKBA]: (1) pena privativa de liberdade de até 12 (doze) meses, ou multa, na hipótese de condenação sumária; (2) ou pena privativa de liberdade de até 10 (dez) anos, bem como multa, alternativa ou cumulativamente, nas condenações após o *indictment*. A empresa pune-se exclusivamente com multa, sem qualquer diretriz acerca do seu cômputo no UKBA, que se limita a estatuir a impossibilidade de a multa superar o máximo legal¹⁶⁰, previsto este, por sua vez, no *Criminal Procedure Act*, de 1982¹⁶¹.

Embora não estejam previstas no UKBA, a empresa estará sujeita ainda, para além da multa, às seguintes medidas de caráter punitivo: (1) *civil recovery* (reparação civil), previsto no *Proceeds of Crime Act*, de 2002, que permite o confisco de qualquer propriedade (dinheiro ou bens) obtida de modo criminoso ou que seja produto de crime, ou, ainda, que esteja destinada a ser utilizada numa conduta ilegal¹⁶²; (2) ao *debarment* (exclusão ou inabilitação), previsto na Lei de Contratos Públicos de 2006, medida discricionária de inabilitação para futuras licitações e contratos públicos¹⁶³; e (3) à *financial reporting order*, prevista na Lei sobre Criminalidade Organizada Grave, de 2005, que consiste na emissão de um informe financeiro, por parte da empresa implicada, com a finalidade de prevenir o mercado para o risco de comissão de outro delito, na hipótese de elevada suspeita dessa ocorrência. A ordem deverá ser dada por magistrado, e pressupõe prévia análise do estado financeiro da empresa¹⁶⁴.

3.2.3 Seção 7(2): *compliance defence* e os parâmetros do programa de integridade

¹⁵⁹ Cf. SANTANA VEGA (2015: 9).

¹⁶⁰ Cf. SANTANA VEGA (2015: 14).

¹⁶¹ Cf. SANTANA VEGA (2015: 15).

¹⁶² Cf. SANTANA VEGA (2015:15).

¹⁶³ Cf. SANTANA VEGA (2015: 15).

¹⁶⁴ Cf. SANTANA VEGA (2015: 16).

O UKBA previu, na Seção 7(2), no que é próprio dessa específica legislação antissuborno, se comparada às regulações do FCPA e da Lei Anticorrupção, também objeto de análise,¹⁶⁵ uma *compliance defence*¹⁶⁶, assim normatizada: “é uma defesa para a corporação provar que pôs em prática procedimentos adequados concebidos para evitar que pessoas a si associadas realizassem tal conduta”, idealizada pelo legislador enquanto tentativa de minorar o rigor daquela legislação¹⁶⁷.

Nos termos da referida lei, a pré-existência de um efetivo programa de *compliance*, posto figure como elementar do crime, conforme adiantado, foi erigida à categoria de defesa, permitindo às pessoas colectivas *excluírem* a responsabilidade penal desde que comprovem a realização de procedimentos adequados à prevenção do suborno¹⁶⁸⁻¹⁶⁹.

Segundo Santana Vega (2015: 17), a doutrina anglo-saxã, de forma majoritária e tradicional, considera as *defenses* – a referência está feita no gênero – *causas processuais de exclusão da responsabilidade penal*, tal como ocorre com a defesa da seção 7(2) do UKBA, sob a espécie – acrescentamos – de *justificação*.

¹⁶⁵ A especificidade dessa defesa, em favor do *Bribery Act*, já não ocorre se se tem em linha de conta outras legislações. Chile e Austrália, p.ex., também incorporaram a Convenção contra a Corrupção, da OCDE, mediante a previsão de excludente da responsabilidade corporativa pela pré-existência de um efetivo programa de cumprimento normativo (cf. KOEHLER, 2012: 638-639). No caso do Chile, como seria de supor nos sistemas de tradição romano-germânica, a falha na estruturação de um sistema de *compliance* constitui elemento da infração corporativa, e não tecnicamente defesa, cujo ônus probatório está entregue à acusação (cf. KOEHLER, 2012: 640).

¹⁶⁶ *Defenses*, nos EUA.

¹⁶⁷ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2013: 88). Isso porque, ainda segundo estes autores, o crime definido na seção 7, ao prever responsabilidade objetiva para as empresas, alterou a configuração do sistema até então vigente, que exigia prova da acusação, no processo-crime contra empresas, de que um seu executivo influenciou ativa e conscientemente o suborno (2012: 88).

¹⁶⁸ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2013: 88); SANTANA VEGA (2015: 17-18) e KOEHLER (2012: 636-637).

¹⁶⁹ Nos sistemas da *Common Law*, grosso modo, as defesas se subdividem em *justification* e *excuse* – aquelas afetam a própria estrutura da responsabilidade; estas afastam apenas a culpabilidade (cf. FERZAN, 2011: 239; DUBBER & KELMAN, 2005: 499 e ss.; para uma abordagem de cunho filosófico, cf. GARDNER, 2012: 99-173; e, aprofundadamente, sobre estes e outros tipos de *defenses*, como a *non exculpatory defense*, cf. ROBINSON, 2008: 451 e ss.) –, e costumam, as defesas, incorporar matérias afetas à configuração do próprio injusto penal, por força de uma restritiva compreensão do conceito de culpabilidade, confinada à constatação dos elementos do delito, conforme leciona FLETCHER (1997: 145-147), e pelo costume de aplicar aos casos de justificação e exculpação as exceções do Direito civil (cf. FLETCHER, 2008: 86-87). Essa distinção entre elementos do delito e eximentes, nesses sistemas, realça ainda FLETCHER (1997: 146), tem sérias consequências processuais, visto constituir ônus da defesa a prova acerca da existência de fatos que, a rigor, nos países de tradição romano-germânica, configuraria encargo da acusação. Tal é o caso da defesa baseada na existência de efetivo programa de cumprimento normativo, que, a despeito de constituir elementar do delito previsto na seção 7 do UKBA, está entregue à responsabilidade probatória da defesa.

Por força desse enquadramento normativo, a defesa baseada na existência de efetivo programa de cumprimento normativo constitui ônus probatório da empresa¹⁷⁰.

Numa tentativa de orientar as empresas sobre os procedimentos adequados que servirão de critério para a avaliação de um efetivo programa de *compliance*, a permitir, com isso, uma maior expectativa de êxito por parte da defesa, o Guia editado pelo Ministério da Justiça definiu seis princípios, que, conforme ali mesmo se adianta, devem ser flexíveis a ponto de permitirem adaptação conforme a estrutura e o tamanho da empresa, bem como proporcionais ao risco do empreendimento, visto que empresas menores, com atividades comerciais limitadas a um específico território, p.ex., estão expostas a menos riscos que empresas multinacionais.

Tais princípios compreendem, resumidamente: (a) *proportionate procedures*, proporcionais aos riscos de ocorrência de suborno enfrentados pela empresa, bem como decorrentes da natureza, escala e complexidade das atividades da organização comercial; (b) *top-level commitment*, a exigir do corpo de diretores, executivos, proprietários e pessoas ou órgãos equivalentes, no âmbito da organização comercial, efetivo engajamento na política de prevenção do suborno e com a promoção de uma cultura de intolerância relativamente a tal prática; (c) *risk assessment*, com avaliação periódica e documentada, pela organização comercial, acerca da natureza e extensão de sua exposição a potenciais riscos externos e internos de suborno praticado em seu nome por pessoas associadas; (d) *communication (including training)*, de forma a assegurar que a política e os procedimentos de prevenção adotados pela organização comercial sejam por todos compreendidos, e alcancem o maior público possível, interno e

¹⁷⁰ Cf. SANTANA VEGA (2015: 18). Em contexto mais amplo, NIETO MARTÍN (2013a: 31), após a crítica à imputação da responsabilidade penal da pessoa jurídica baseada nas categorias idealizadas para a imputação das pessoas físicas, e somente a estas apropriada, porque amparada nas estruturas do comportamento típico, antijurídico, culpável e punível, específicas para a resolução de problemas da responsabilidade individual, defende que a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve obedecer a parâmetros dogmáticos comuns, internacionalmente compartilhados, visto que os destinatários de tais normas são empresas sediadas em vários territórios, sujeitas a simultâneos ordenamentos jurídicos. A partir dessa linha de raciocínio, prossegue NIETO MARTÍN (2013a: 32), “o sistema que responsabiliza que melhor se adequa a estes requisitos (comum, simples, e compartilhado por todos) é o que opera no Direito penal internacional, no qual se distinguem basicamente duas categorias. A «ofensa» que descreve a proibição e as «defesas» que estabelecem todos os motivos, materiais ou processuais, que podem levar à exclusão da responsabilidade”. Observe-se, porém, que o autor situa conscientemente a defeituosa organização de um programa de *compliance*, por parte da empresa, como elemento da *offense*, implicando ônus da prova da acusação, acerca desse ponto (2013a: 39).

externo; (e) *monitoring and review*, com a finalidade de permitir que as corporações, via regular monitoramento e avaliação – incluso acerca do incremento de riscos oferecidos por ambientes externos, como mudanças governamentais em países em que eventualmente operem –, adaptem os procedimentos de prevenção de suborno existentes, quando necessário, para assegurar maior efetividade.

O Guia elaborado pelo Ministério da Justiça prevê, por fim, como um dos princípios, a *due diligence*, a ser operacionalizada mediante abordagem proporcional, baseada nos riscos, e respeitante das pessoas que exercem ou irão exercer serviços para ou em nome da organização, com o fim último de reduzir os riscos de suborno identificados. Ainda segundo o Guia, a *due diligence* constitui sólido elemento de boa governança, e pode ser empreendida internamente ou por consultores externos.

Nesse contexto, e à vista da gravidade dos riscos enfrentados, o referido Guia informa que a atividade de *due diligence*, para os propósitos do princípio nº 4, onde está encravada, poderá incluir a realização de interrogatórios diretos, investigações indiretas, bem como pesquisa geral sobre pessoas associadas, a alcançar, assim, inclusivamente os funcionários da própria organização comercial, consideradas 'pessoas associadas', nos termos do UKBA.

Desse modo, tal como imposto via acordos no *enforcement* do FCPA – embora muito além em termos de consequências, seja porque a eventual omissão na estruturação de um efetivo programa caracterizará crime autônomo, seja porque a sua existência importará em exclusão do ilícito, e não apenas atenuante –, o UKBA submete as empresas à obrigação de formalizar programa de cumprimento normativo cuja eficácia, para fins de exclusão de responsabilidade de ordem penal, está na dependência, *a priori*, da implantação, entre outros, de mecanismos de investigação dos próprios funcionários, de que é exemplo concreto o interrogatório¹⁷¹, e, mais além, da comunicação completa de tais fatos às agências de investigação, notadamente ao *Serious Fraud Office* (SFO), como prova da disposição em cooperar, procedimento este a ser considerado pelas autoridades na

¹⁷¹ Como adverte SANTANA VEGA (2015: 18), eventual desvio, pelas corporações, das diretrizes fixadas no Guia, dentre elas a que estabelece o dever de investigar, importará em presunção de que não contam com procedimentos adequados.

decisão sobre a conveniência de iniciar ou não o processo criminal contra a empresa¹⁷²⁻¹⁷³.

3.3 Jurisdição

A jurisdição do UKBA segue princípios opostos quando se tem em vista, de um lado, os crimes de suborno definidos nas seções 1 (corrupção ativa), 2 (corrupção passiva) e 6 (corrupção ativa de funcionário público estrangeiro), e, de outro, o crime de falha na prevenção, previsto na seção 7.

Os crimes de suborno seguem, regra geral, o princípio da *territorialidade*, exigindo a seção 12(1) do UKBA que qualquer ato ou omissão que faça parte da infração tenha lugar no Reino Unido¹⁷⁴. Excepcionalmente, os crimes de suborno poderão alcançar fatos praticados no estrangeiro, condicionado a que o autor possua uma *estreita conexão* com o Reino Unido, conforme critérios definidos na seção 12(4) daquela Lei.

Hipótese diversa, de *extraterritorialidade* aparentemente incondicionada, está reservada para o delito de falha na adoção de procedimentos para a prevenção do suborno (seção 7). Como resulta evidente a mais não poder da seção 12(5) do *Bribery Act*, a infração cometida ao abrigo da seção 7 está submetida à jurisdição do Reino Unido *independentemente da ocorrência, em território britânico, de qualquer ato ou omissão que integre a estrutura do ilícito*¹⁷⁵.

Os únicos limites à jurisdição penal britânica, na espécie, podem ser extraíveis da qualidade dos sujeitos ativos, para além dos quais a legislação não se aplicaria. Recorde-se, a esse propósito, que o crime de falha na adoção de procedimentos para a prevenção do suborno alcança indistintamente *empresas constituídas conforme as leis do Reino Unido*, onde quer que desempenhem suas

¹⁷² Cf. referido no Guia do Ministério da Justiça, repercutido em SANTANA VEGA (2015: 18).

¹⁷³ No plano mais geral da persecução penal contra as corporações, o *Guidance on Corporate Prosecutions*, publicado pelo *Serious Fraud Office* (SFO), à semelhança dos Princípios do DOJ, mais à frente analisado, prevê expressamente, dentre os fatores relevantes que podem conduzir à falta de interesse na persecução criminal das pessoas jurídicas, o comportamento proativo adotado pela equipe de gestão corporativa quando ciente da infração, a envolver a comunicação dos fatos, a disponibilização de testemunhas, a divulgação dos detalhes de qualquer inquérito interno, a adoção de ações correctivas, bem como a existência de um programa de conformidade genuinamente proativo e eficaz (disponível em: <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/codes-and-protocols/>, acesso em 24.08.2016).

¹⁷⁴ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2012: 17); SANTANA VEGA (2015: 3).

¹⁷⁵ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2012: 18); SANTANA VEGA (2012: 3).

atividades negociais, bem como *empresas constituídas alhures*, mas que *administrem um negócio, ou parte de um negócio*, no Reino Unido.

Ficou dito anteriormente que o primeiro grupo de empresas está conexas pela circunstância comum de serem constituídas conforme as leis do Reino Unido, regulação, neste ponto, que se supõe ordinária, não excepcional¹⁷⁶, a despeito, acrescentamos, de permitir ainda aqui um amplo alcance do UKBA, visto que incidirá indistintamente sob *atos praticados noutros países*, sem qualquer conexão territorial com o Reino Unido, desde que cometidos por pessoa associada à corporação britânica.

A jurisdição sobre o segundo grupo de empresas, integrado pelas pessoas jurídicas e parcerias que, posto constituídas fora do Reino Unido, ali administrem pelo menos *parte de um negócio*, ostenta uma enorme amplitude – verdadeiramente global, dir-se-ia sem risco de erro –, especialmente pelos problemas antes mencionados, decorrentes da significação do segmento linguístico “parte de um negócio”, conforme acentuam Bean & Macguidwin (2013: 87), numa pretensão, como revelaram estes autores, não sem ironia, de “*restabelecimento do domínio britânico sob o planeta*” (2012: 18).

Ante tal modelo, poder-se-á cogitar da responsabilidade penal por falha corporativa na prevenção de suborno de qualquer empresa estrangeira, por fato ocorrido inteiramente no estrangeiro, bastando a tanto que referida empresa desempenhe “parte de um negócio”, no sentido *lato* mencionado, no Reino Unido¹⁷⁷.

À vista desses critérios, força é convir que haja um largo espectro de empresas brasileiras, ou atuantes neste mercado, potencialmente à mercê da disposição penal da seção 7 do UKBA, satisfeito que seja o requisito correspondente ao desempenho de um negócio ou parte dele – como a contratação de agentes de representação, ou a negociação de ações em bolsa, p.ex. – no Reino Unido.

¹⁷⁶ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2013: 86).

¹⁷⁷ Informe da ARNOLD & PORTER LLP (2012), escritório de advogados especializado na matéria, ilustra a amplitude dessa extraterritorialidade com o seguinte exemplo: uma empresa-matriz incorporada na Austrália, cujo agente baseado no Vietnã suborne um funcionário chinês para obter algum benefício comercial, poderia ser processada no Reino Unido por causa de sua subsidiária ali localizada, independentemente do fato de esta filial não estar envolvida na infração [disponível: http://files.arnoldporter.com/advisory%20extraterritorial_reach_fcpa_and_uk_bribery%20act_implications_international_business.pdf [acesso em 22/08/2016]].

Tal conclusão põe de manifesto que também as empresas brasileiras atuantes no mercado britânico devem adotar procedimentos direcionados à prevenção do suborno praticado por pessoas associadas, já aqui mediante direta ameaça penal, pela falha na adoção destes mecanismos de integridade, responsabilidade somente afastada – em evidente política criminal de incentivo à figura do *compliance* e dos procedimentos que o integram, dentre os quais, ressalte-se, a investigação de funcionários – pela estruturação formal desse programa mínimo, conforme o modelo constante do Guia elaborado pelo Ministério da Justiça britânico.

4. AS DIRETRIZES DO *DEPARTMENT OF JUSTICE* (DOJ) E DA *UNITED STATES SENTENCING COMMISSION* (USSC) EM MATÉRIA DE *COMPLIANCE*

4.1 Os Princípios do DOJ para a persecução penal das corporações

4.1.1 Origem e desenvolvimento

Como ficou dito pelo texto, a aplicação do FCPA pelo DOJ e pela SEC ampara-se de forma predominante na política de estímulos e desestímulos (“*carrot and stick*”), operacionalizada fundamentalmente com base em diretrizes regulatórias não vinculantes, como o *Principles of Federal Prosecution of Business Organization* (Princípios do DOJ) e as *United States Sentencing Guidelines* (USSG)¹⁷⁸.

No início da década de 1990, o DOJ celebrou acordos pré-processuais com as empresas *Salomon Brothers* e *Prudential Securities*, mediante cláusulas impositivas de reformas corporativas substanciais. O acordo com a *Prudential Securities*, aliás, foi o primeiro DPA a envolver uma grande companhia¹⁷⁹. Tais acordos, porém, não gozavam, naquela altura, de inteira aceitação por parte dos procuradores, especialmente pela falta de diretrizes formais para a sua realização,

¹⁷⁸ Cf. KOEHLER (2014: 55); ORLAND (2006: 47 e ss.) e GRIFFIN (2007: 106 e ss.). A SEC, como ficou dito pelo texto, já adotara a política de divulgação voluntária de irregularidades pela empresa, mediante benefícios, desde a investigação do escândalo *Watergate*.

¹⁷⁹ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 164).

a implicar no exercício de uma inconsistente discricionariedade na atividade persecutória¹⁸⁰.

Em 1999, o então vice-Procurador-Geral Eric Holder emitiu um memorando, a título de diretrizes, designado “*Federal Prosecution of Corporations*”¹⁸¹, que está na origem dos Princípios do DOJ¹⁸², instruindo expressamente procuradores federais a considerarem a colaboração da empresa na avaliação acerca da celebração de acordo, na linha das posteriores diretrizes estabelecidas pelas USSG, incluindo portanto, dentre as exigências para eventual acordo, a divulgação oportuna e voluntária do delito, pela corporação; a vontade de cooperar na investigação de seus agentes; e a existência e adequação do programa de conformidade¹⁸³.

Como resultado dos graves escândalos financeiros havidos no início da década seguinte (*Enron*, *World Com*, e tantos outros), o Congresso norteamericano editou, em 2002, a *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), legislação que, dentro do mais amplo quadro de deveres gerais e especiais de organização e contabilidade dirigidos às empresas¹⁸⁴, de caráter não penal¹⁸⁵, previu também, no §307, regras de responsabilidade profissional para os advogados, determinando à SEC, que estabelecesse padrões mínimos de conduta profissional para advogados atuantes perante aquela Comissão, incluindo a exigência de o advogado reportar eventuais suspeitas de violação da lei de valores mobiliários, e fez direta exigência, à *Sentencing Reform Commission*, de reforma das USSG, no tópico respeitante às diretrizes para a fixação de pena das empresas, o que veio a ocorrer em 2004, com o recém-escrito Capítulo 8 da USSG, permitindo a redução significativa da pena mediante implantação de efetivos programas de *compliance*¹⁸⁶.

As novas proibições e sanções de caráter penal introduzidas pela SOX, todavia, aplicam-se somente a indivíduos, e não a corporações, no que se

¹⁸⁰ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 164).

¹⁸¹ *Memorandum from Eric Holder, Deputy Att’y Gen., US Dep’t of Justice, to All Competent Heads and United States Attorneys*, disponível: <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/docs/reports/1999/char-gingcorps.html>.

¹⁸² Cf. WILKINSON & OH (2009: 8).

¹⁸³ Seção 2(A)4 do anexo ao Memorando.

¹⁸⁴ Cf. Seção 401 e ss. (deveres de publicação); Seção 406 (directivas de ética); Seção 301 (*Audit Comitee*); Seção 302 (controles de publicação); Seção 301 e 806 (*hotlines*). Conferir, a propósito, SIEBER (2013) e ORLAND (2006).

¹⁸⁵ Cf. ORLAND (2006: 50).

¹⁸⁶ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 165).

considerou um falhanço da lei em estabelecer novos parâmetros sancionatórios para as empresas¹⁸⁷.

Ainda em decorrência das fraudes evidenciadas no caso *Enron*, sobreveio o processo contra a empresa de auditoria *Arthur Andersen*, em 2002¹⁸⁸. A empresa recusou-se a celebrar acordo com o DOJ, principalmente por considerar as exigências de cooperação excessivamente onerosas¹⁸⁹. Sem acordo, a empresa sofreu processo e foi condenada por um Júri no Texas, e, inobstante tenha logrado a absolvição na Suprema Corte no ano de 2005, foi à falência por força do *indictment*, com dezenas de milhares de postos de trabalho encerrados¹⁹⁰.

A ruína da *Arthur Andersen* impôs novo desafio ao DOJ: perseguir a fraude corporativa sem olvidar a ponderação acerca das consequências colaterais – para as empresas – decorrentes desse tipo de persecução¹⁹¹. A resposta a esse desafio veio pelo memorando expedido pelo Procurador-Geral adjunto Larry D. Thompson, de 2003¹⁹², primeira revisão do memorando de Eric Holder, intitulado já agora como “*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*”¹⁹³.

Ambos os memorandos possuem a mesma estrutura normativa central¹⁹⁴. A alteração mais relevante em relação à diretriz anterior, entretanto, está em que, enquanto no Memorando Holder o DOJ poderia recompensar a cooperação da empresa, entre outras coisas, pela concessão de imunidade ou anistia, o Memorando Thompson acrescentou a estas opções o “*pre-trial diversion*”, permitindo ao DOJ uma terceira alternativa situada entre as escolhas ao estilo *all-or-nothing* de acusar (e possivelmente destruir) a empresa, ou conceder-lhe o salvo-conduto¹⁹⁵. Com essa terceira opção, a via do acordo, o DOJ pode evitar o *indictment* sem abrir mão de forma peremptória da acusação (como ocorreria no caso de concessão de imunidade ou anistia), visto que uma das particularidades

¹⁸⁷ Cf. ORLAND (2006: 51).

¹⁸⁸ Cf. GIUDICE (2011: 363).

¹⁸⁹ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 165).

¹⁹⁰ Cf. GIUDICE (2011: 363) e SPIVACK & RAMAN (2008: 165).

¹⁹¹ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 165).

¹⁹² *Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Att’y Gen., to Heads of Department Components and United States Attorneys* (Jan 20, 2003), disponível: http://www.usdoj.gov/dag/cftf/corporate_guidelines.htm.

¹⁹³ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 166).

¹⁹⁴ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 166). No mesmo sentido, KOEHLER (2014: 63-64). Para uma comparação mais abrangente entre os memorandos mencionados, cf. FINDER & McCONNEL (2006) e ORLAND (2006).

¹⁹⁵ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 166).

desses acordos está precisamente em que, descumprida que seja qualquer obrigação assumida, pode a persecução ser retomada¹⁹⁶.

O Memorando Thompson também previu, como fatores a serem considerados para a decisão entre formular a acusação ou realizar acordo com as empresas, a divulgação oportuna e voluntária do delito, a vontade desta em cooperar na investigação de seus agentes, como elemento também central da avaliação de boa-fé na cooperação, e incluindo, se necessário, a renúncia ao *attorney-cliente privilege* e à proteção da *work-product doctrine*¹⁹⁷, bem como a existência e adequação do programa de conformidade da empresa.

Estabeleceu ainda o memorando Thompson que a avaliação da boa-fé da empresa em cooperar passaria pela análise acerca da existência de aparente proteção da corporação aos funcionários e agentes responsáveis pelos ilícitos¹⁹⁸. Isso porque, ainda na sequência dos escândalos corporativos mencionados, uma outra relevante perspectiva, não conflitante com as preocupações de salvaguarda corporativas, aflorou.

Como aponta Griffin (2007: 102), a política de proteção e preservação corporativa mediante acordos (*too big to fail*), pelas exigências de investigações internas e de entrega e compartilhamento de material probatório, incrementou a paralela transferência da persecução penal tradicional, de apuração da culpa e da responsabilidade, para os empregados e agentes, para os indivíduos, enfim, tendo culminado, até a altura de 2007, com a acusação e condenação de mais de mil pessoas desde 2002. Em contrapartida, refere Orland (2006: 45), desde 2003 – ano da condenação e desintegração da *Arthur Andersen* –, todos os grandes casos federais contra empresas foram resolvidos sem *indictment*, circunstância que levou este mesmo autor a argumentar que o abandono da política ressocializadora para os indivíduos tem ocorrido paralelamente ao incremento *sub silento* dessa mesma política para as corporações (2006: 84-85).

4.1.2 Conteúdo

¹⁹⁶ Por meio dessa providência, ademais, o Memorando Thompson confirmou o *status* dos acordos de DPA e NPA como resposta formal do governo à criminalidade corporativa (cf. SPIVACK & RAMAN, 2008: 166).

¹⁹⁷ Seção 2(A)4 do anexo ao Memorando. Mais adiante, na Seção IV do anexo, fez-se constar que a exigência de levantamento do privilégio não era absoluta, cumprindo aos procuradores avaliar sua adequação ao caso.

¹⁹⁸ Bem como o memorando seguinte, que lhe promoveu reformas no ano de 2006, do Procurador McNULTRY (cf. GRIFFIN, 2007: 109).

Os Princípios do DOJ para a persecução criminal das empresas, assim, enquanto resultado das instruções internas daquele Departamento, integram o *U.S. Attorneys' Manual*. Nele, como visto, são estabelecidos os fatores que devem ser ponderados pelos procuradores federais na decisão entre formular acusação ou realizar acordo.

Trata-se de diretrizes de amplo alcance, não limitadas às violações ao FCPA, que principiam com a afirmação de que a persecução dos crimes corporativos constitui alta prioridade para o Departamento de Justiça, e está vocacionada à promoção de interesses públicos de relevo, dentre os quais: (1) a proteção da integridade dos mercados econômicos e de capitais; (2) a proteção de consumidores, investidores e entidades empresariais contra concorrentes que se beneficiam de injusta vantagem por violarem a lei; (3) a prevenção de violações de leis ambientais; e (4) o desencorajamento de práticas comerciais que permitam conduta ilícita em detrimento do interesse público.

Dentre os variados fatores ali previstos, não exaustivos, ressalte-se, merecem destaque a natureza e a gravidade da infração, a participação na infração de altos quadros diretivos, as consequências danosas a acionistas, empregados etc.

No particular, porém, a decisão discricionária entre acusar ou fazer acordo deve considerar, segundo os Princípios do DOJ: (a) a disposição da empresa para cooperar na investigação de seus agentes; (b) a existência e eficácia de pré-existente programa de conformidade; (c) a divulgação oportuna e voluntária, pela corporação, das irregularidades; e (d) ações correctivas da corporação, incluindo esforços para implementar um programa eficaz de conformidade corporativa ou para melhorar um já existente, substituir a gestão responsável pelos fatos, disciplinar ou demitir os autores da infração, reparar os danos, e cooperar com as agências governamentais.

As medidas acima listadas são todas particularmente características de – ou estão inseridas em – programas de *compliance* de cariz criminal, notadamente pela exigência de investigação interna dos fatos e compartilhamento da prova obtida com as autoridades.

O incremento da política de recompensas mediante colaboração por esforço organizacional é resultado, segundo Gruner (2007: 279-280), de duas tendências verificadas no início da década de 1990: primeiro, a elevação significativa do valor

de multas e demais sanções aplicáveis às pessoas jurídicas¹⁹⁹, preocupando executivos, numa ponta, e estimulando procuradores, noutra, a despender maiores recursos nas investigações e processos criminais contra corporações; e segundo, a gradual legitimação conferida àqueles enforços de *compliance* como mecanismo apto a reduzir de modo significativo a responsabilidade penal das corporações.

Os Princípios do DOJ, nesse cenário, injetam diretrizes discricionárias na avaliação da responsabilidade penal da empresa, discricionariade também evidente em relação ao acatamento e valoração, pelos procuradores, de um eventual programa de *compliance*²⁰⁰, permitindo, com isso, atalhar a fase judicial na discussão sobre multas e coimas, e abrindo ensanchas a que empresas evitem penalidades graves, como a exclusão dos programas de compras governamentais, bem como danos colaterais economicamente bastante sensíveis²⁰¹.

4.1.3 Funcionalidades

Como se antecipou, essa política intitucional do DOJ tem sido veiculada por meio nos acordos de DPA's, evitando-se o *indictment* pelo Grande Júri, nos casos criminais federais, à espera do cumprimento, pela corporação, durante o período de prova, das obrigações ali formuladas. A utilidade do DPA, no contexto da aplicação do FCPA, está em que, por seu meio, podem as empresas evitar a pena de exclusão e suspensão de contratos governamentais²⁰², bem como as consequências colaterais normalmente advindas da publicidade negativa decorrente da submissão ao processo criminal²⁰³, com danos a funcionários, pelo

¹⁹⁹ Conforme exemplifica GRUNER (2007: 280), entre 1984 e 1999 somente 41 empresas de capital aberto foram processadas por crimes federais. Durante esse mesmo período, a pena média aplicada às corporações foi de U\$48,164. A impossibilidade de encarceramento e o pequeno valor das multas conduziram à falta de interesse na persecução criminal das pessoas jurídicas. Em alguns casos federais, prossegue aquele autor (2007: 280), as multas máximas previstas eram significativamente inferiores às vantagens econômicas obtidas com a infração, a transmitir mensagem de que o crime compensava. Em 1984, a *Sentencing Reform Act* promoveu a mais ampla reforma no campo da responsabilidade penal das corporações: elevou o limite máximo das multas aplicáveis às empresas, nos crimes federais, bem como estipulou confisco de até duas vezes o valor auferido com o crime; e criou a *Sentencing Commission*, autorizando-a a editar diretrizes para a regulação da determinação da pena, provindo daí as USSG (cf. GRUNER, 2007: 280).

²⁰⁰ Cf. WELLNER (2005: 505).

²⁰¹ Cf. GRUNER (2007: 284-285).

²⁰² Cf. GIUDICE (2011: 360).

²⁰³ Cf. BUCY (1993: 352).

fechamento de postos de trabalho; a acionista, pela redução do valor da empresa; e a terceiros, como fornecedores, credores etc²⁰⁴.

Por outro lado, inúmeros autores sugerem que o crescente interesse do DOJ pelos acordos, também no contexto da aplicação do FCPA, decorre do fato de que, por meio deles, e dos programas de conformidade e cooperação ali estabelecidos, aquela agência de persecução delega a particulares a tarefa investigatória, minimizando despesas, e, mais além, logra obter acesso a provas de ilícitos ocorridos no exterior a custos baixíssimos²⁰⁵, viabilizando concomitantemente multas de pronto exigíveis das corporações e justa causa para os processos criminais contra os empregados e agentes.

Uma inicial análise dessa conjuntura indica que as empresas – conforme acentua Gruner (2007: 279) –, têm sido fortemente encorajadas a realizar tarefas de polícia, em apoio – dir-se-ia mesmo em substituição, se se avaliar o específico nicho das investigações internas – à tradicional atividade de investigação das autoridades, a tal ponto de se considerar esse específico capítulo dos acordos meio absolutamente seguro e econômico de o DOJ, com a prova recebida das empresas, construir seus casos criminais contra os indivíduos, empregados e diretores²⁰⁶, atividades investigatórias empresariais desenvolvidas sem uma aparente preocupação com as garantias processuais próprias do Estado de Direito, porque focadas não exclusivamente no viés penal²⁰⁷.

Note-se, no plano mais geral, o que diz Henning (2007: 315):

‘O propósito da persecução contra as corporações não é punir, e sim mudar a cultura corporativa por meio de acordos que tratam diretamente de governança interna. Embora seja duvidoso que o governo tenha expertise para dizer às corporações a melhor forma de governar a si mesmo, o foco sobre como as empresas irão operar no futuro é agora uma característica central das investigações criminais contra as corporações.’

O DOJ, desse modo, tem imposto reformas substanciais na gestão das empresas, livrando-se, com elas, da obrigação de internalizar os custos e riscos da investigação criminal. Para além, como a empresa que opera sob acordo

²⁰⁴ Cf. GIUDICE (2011: 360) e GRUNER (2007: 286-287).

²⁰⁵ Cf. FORD & HESS (2009: 698); GIUDICE (2011: 367); e ainda GRUNER (2007: 287).

²⁰⁶ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 160).

²⁰⁷ Cf. GRIFFIN (2007).

normalmente suporta as despesas do – e permanece sob – monitoramento externo, o governo pode deslocar seus recursos para investigar outras entidades²⁰⁸.

Os Princípios do DOJ, por fim, evidenciam a profunda alteração na perspectiva que o próprio Departamento possuía acerca da persecução penal contra as empresas, viragem promovida pelo caso *Enron*. Após esse escândalo, o papel principal do processo penal contra as empresas deslocou-se da acusação e punição, na visão do DOJ, para a busca de uma ampla e generalizada reforma da cultura corporativa, com foco maior nas questões prospectivas relacionadas a governança e *compliance*, e menor interesse nos problemas retrospectivos decorrentes da formação e pesquisa processual da responsabilidade e da culpa²⁰⁹, campo reservado, este, para a persecução de empregados e agentes, tudo facilitado, evidentemente, pelos acordos de diversão processual.

4.1.4 Objeções

Esse modelo regulatório materializado pelos Princípios do DOJ encontra objeções de variada ordem ²¹⁰. No aspecto mais geral, porém, duas críticas merecem destaque: primeiro, a forma como foi estabelecido (uma objeção, portanto, de legitimidade); segundo, a exacerbada discricionariedade do seu exercício²¹¹.

Sobre o primeiro ponto, Orland (2006: 45) expõe de modo direto, e com propriedade, que as profundas mudanças nas regras processuais acerca da responsabilidade criminal das empresas não resultaram, como deveriam sê-lo, de decisões do Congresso ou da Suprema Corte, mas de novas e diferentes atitudes do DOJ, de um *enforcement*, pode-se dizer, mais criativo do ponto de vistas das

²⁰⁸ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 160).

²⁰⁹ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 161). Não por acaso, têm sido designados os procuradores como *new regulators* (cf. SPIVACK & RAMAN, 2008: 161).

²¹⁰ Como, p.ex., a polêmica acerca do levantamento do privilégio advogado-cliente nos acordos de DPA e NPA, possibilidade aberta inicialmente pelos Memorandos Holder e Thompson (sobre esse ponto, cf. SPIVACK & RAMAN, 2008: 161; e, notadamente, ORLAND, 2006: 52 e ss.), todavia hoje minimizada, tendo em vista que a atual edição dos Princípios do DOJ afastou o levantamento do privilégio advogado-cliente como pré-requisito para a avaliação do nível de cooperação das empresas (Seção 9-28.710 dos Princípios). ORTIZ DE URBINA GIMENO (2014: 77) menciona ainda a existência, dentre outras, de críticas decorrentes (1) da maior disposição do DOJ para celebrar acordos nos casos que envolvem grandes empresas americanas, com tendência à acusação formal das empresas estrangeiras; (2) a excessiva escolha de ex-procuradores para a função de monitor; (3) e a falta de efetivo controle judicial sobre tais acordos.

²¹¹ Não uma crítica à discricionariedade em si.

soluções, e rígido sob o aspecto sancionador. As alterações mais relevantes em termos de responsabilidade penal corporativa, no último quarto de século, já se disse, decorreram de duas características centrais de atuação do DOJ: do poder discricionário para processar ou não, e das válvulas de escape dos acordos de DPA e NPA, cuja publicidade está também entregue à inteira discricionariedade dos procuradores²¹². Em contraponto, o direito penal material das corporações, revela ainda Orland (2006: 45), remanesce praticamente inalterado desde a sua elaboração pela Suprema Corte norteamericana, em 1909.

A crítica à discricionariedade decorre da falta de publicidade, via de regra, dos acordos celebrados com as empresas, inteiramente entregue ao critério do DOJ²¹³, a impedir o escrutínio público²¹⁴⁻²¹⁵, sugerindo a conclusão, em sequência, de que essa baixa transparência ocorre porque há severas dúvidas acerca da legalidade de alguns pontos desses acordos²¹⁶.

Alguns dados permitirão melhor clarear o assunto.

Segundo Orland (2006: 71 e ss.), entre os anos de 1994 e 2006, 24 (vinte e quatro) grandes empresas celebraram acordos de DPA, e entre 1993 e 2006, 20 (vinte) corporações celebraram acordos de NPA. A maioria desses acordos não mereceu publicação pelo DOJ, e as *releases* disponibilizadas não especificavam

²¹² Cf. ORLAND (2006: 52 e 77).

²¹³ Segundo ORLAND (2006: 52), o poder discricionário para acusar ou não acusar permeia o sistema norteamericano de justiça criminal, e confere aos procuradores uma posição única nesse sistema, porque não se submete ao *judicial review*. LaFAVE (1970: 523 e ss.), por sua vez, informa que essa discricionariedade se exerce de modo particularmente relevante de dois modos: pelo poder de não acusar mesmo existente indícios suficientes, e de fazer concessões acusatórias em troca da assunção de culpa. Mais adiante, e em resenha à doutrina, refere este autor que a discricionariedade decorre, dentre outros fatores, (1) da excessiva legislação criminalizante; (2) das limitações dos recursos disponíveis para a persecução; (3) da necessidade de individualizar a justiça, nas hipóteses, p.ex., em que a vítima declara não possuir interesse na persecução do criminoso, quando os custos da persecução são excessivos relativamente à ofensa, ou mesmo quando o dano ocasionado pelo crime possa ser corrigido sem processo (1970: 533-535). Mais além, LaFAVE (1970: 537) refere ainda que esse poder tem sido tradicionalmente exercido de forma confidencial (*sub rosa*) e em bases *ad hoc*, razão pela qual permaneceu em grande parte não-estruturado. Para uma crítica a essa excessiva discricionariedade dos procuradores norteamericanos, seja por maximizar o Direito Penal, seja pelo risco de vulnerar o princípio da proporcionalidade e, de consequência, o Estado de Direito, cf. HUSAK (2013: 70 e ss). Numa perspectiva francamente positiva, há quem defenda que a manipulação, por autoridades, de algum grau de incerteza na lei pode gerar melhor dissuasão do que uma quantidade de risco clara e determinada (cf. STEVENSON, 2004). Segundo este autor, “*um ótimo nível de incerteza pode gerar um apropriado equilíbrio entre dissuasão e liberdade pessoal*” (2004: 12).

²¹⁴ Cf. ORLAND (2006: 76).

²¹⁵ Uma discricionariedade potenciada pelas alternativas persecutórias entregues aos Procuradores, visto que comumente uma infração criminal ao FCPA, p.ex., importará também em infração de natureza civil, permitindo a ponderação acerca da utilidade e conveniência de utilização de mecanismos não-penais, evitando-se o *indictment* (cf. ORLAND, 2006: 53).

²¹⁶ Cf. ORLAND (2006: 78).

todos os seus termos²¹⁷. Mais não bastasse, o DOJ não deixa claro as razões pelas quais faz uso, em cada caso, de DPA ou NPA²¹⁸. Por fim, conforme adverte Koehler (2014: 66), o DOJ costuma estipular, nos acordos, cláusulas que impedem as empresas de emitirem versões públicas para os fatos discordantes das informações prestadas pelo DOJ, inclusive sob ameaça penal.

4.2 *Organizational Sentencing Guidelines* (OSG)

4.2.1 Origem e desenvolvimento

Os Princípios do DOJ possuem fundamento nas USSG, especificamente no Capítulo 8, que prevê as *Organizational Sentencing Guidelines* (OSG)²¹⁹, que estabelecem as diretrizes para a determinação da pena das pessoas jurídicas, com ênfase na cooperação corporativa como forma de obtenção de vantagem na sentença²²⁰.

Esse sistema de *sentencing* (de determinação da pena), entretanto, aplicável a pessoas físicas e coletivas, é historicamente recente. Nesse particular, Zysman Quirós (2013: 87) considera que as *United States Sentencing Guidelines*, no gênero, foram uma das reformas penais mais importantes, modernas e polêmicas dos EUA durante todo o século XX. Até o início da década de 1970, prossegue aquele autor (2013: 87), cada um dos cinquenta estados norteamericanos, e também o ordenamento federal, eram regidos pelo sistema de *pena indeterminada*, que vigorava, como traço absolutamente distintivo daquele Direito penal, desde as primeiras décadas daquele século, por força da ideologia da reabilitação²²¹.

²¹⁷ Segundo SPIVACK & RAMAN (2008: 180), o DOJ carece de uma política uniforme de divulgação ao público desses acordos, com alguns deles jamais tornados públicos.

²¹⁸ Cf. ORLAND (2006: 76). Para ORLAND (2006: 76), o Congresso norteamericano poderia corrigir isso mediante lei que impusesse ao DOJ anunciar publicamente tais acordos, acompanhado de breve relatório que indicasse o interesse público presente no caso, tal como o *The Tunney Act*, legislação que impôs à Divisão Antitruste do DOJ que publicizasse os casos arquivados ou acordados durante a apuração do escândalo *Watergate*.

²¹⁹ Cf., explicitamente, FINDER & McCONNELL (2006: 3).

²²⁰ Cf. FINDER & McCONNELL (2006: 3-4).

²²¹ No mesmo sentido, cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO (2014: 49). O sistema de penas indeterminadas, e os modelos de reformatórios baseados na correção individual (conjunto de idéias acerca da determinação da pena que posteriormente se denominou de modelo de *ressocialização* ou *reabilitação*), foram postos em prática e se difundiram amplamente logo após a Guerra Civil norteamericana (ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 27), e encontraram, em paralelo, no plano teórico, uma forte defesa no movimento reformador designado *new penology*, que aflorou no congresso da *New*

York Prison Association, em Cincinnati (EUA), no ano de 1870, capitaneado por Theodore Dwight, Enoch Wines, Frank Sanborn e Zebulon R. Brocway (cf. ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 27). O movimento *new penology* defendeu a reabilitação individual mediante a instrução, o trabalho industrial e a reflexão religiosa, e promoveu institutos como a “pena indeterminada”, a *probation* e a *parole* (cf. ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 27). No ideal ressocializador, como bem resumiu LARRAURI (1998: 11-12), “nem a lei nem o juiz podem determinar o tempo exato da condenação, já que o tempo de pena depende da evolução da pessoa condenada no interior da instituição prisional. Em consequência – prossegue a autora –, a lei, no geral, se limita a estabelecer um marco muito indeterminado (que pode ser desde cominar apenas prisão, ou prisão de um ano a cadeia perpétua) para cada delito.” Para uma idéia do vigor desse modelo, até o início da década de 1970 os cinquenta estados norte-americanos e o ordenamento federal ainda adotavam o sistema de pena indeterminada, caracterizado, na porta de entrada, por uma ampla discricionariedade jurisdicional para determinar se uma pessoa seria, ou não, submetida a pena de prisão, bem como o máximo (e algumas vezes o mínimo) de pena a cumprir, e, na porta de saída do sistema penal, também por uma enorme discricionariedade das autoridades administrativas responsáveis pela liberdade condicional (*parole boards*), que decidiam pela concessão de liberdade sem controle por qualquer instância ulterior (cf. ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 87). A crítica aos postulados dominantes da ressocialização, pelo seu paternalismo e hipocrisia, dada a ingênua fé nos resultados do castigo e na imposição de tratamentos coativos (cf. ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 32), ganhou corpo especialmente com o trabalho coletivo denominado *Doing Justice: The Choice of Punishment* (HIRSCH, 1986), relatório elaborado pelo Comitê para Estudo do Encarceramento, dirigido e redigido por Andrew von Hirsch, em que se defendeu um sistema de penas – designado *justice model* – ancorado essencialmente nas seguintes vertentes: (1) proporcionalidade entre castigo e delito; (2) penas determinadas; (3) crítica à discricionariedade judicial e penitenciária; (4) crítica à disparidade na determinação das penas; (5) substancial redução da pena de prisão, restringindo-se o tratamento ressocializador à opção voluntária; e (6) assecuração da noção de devido processo (cf. HIRSCH, 1986: 97 e ss.; referência também em ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 33). As idéias expressadas no *Doing Justice*, segundo TONRY (2005: 1262), secundado por ZYSMAN QUIRÓS (2013: 34), foram a “primeira exposição sistemática da teoria do merecimento na literatura penológica”. A teoria da pena como retribuição não por vingança, mas por merecimento, enquanto censura pelo comportamento danoso, foi desenvolvida posteriormente por HIRSCH (1998), na linha da filosofia de HART – que declarou, este, “...I shall assume that Retribution, defined simply as the application of the pains of punishment to an offender who is morally guilty, may figure among the conceivable justifying aims of a system of punishment.” (2008: 9) –, ficou conhecida como teoria do *just desert*, galgou amplo terreno no movimento de reforma do *sentencing* norte-americano entre as décadas de 1970 e 1980, e foi criticada pela sua alegada influência no forte recrudescimento da pena de prisão nos Estados Unidos (cf. ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 34 e ss.). Segundo GARLAND (2008: 59), em contraste com a diminuição das taxas de encarceramento nos EUA e na Grã-Bretanha no período pós-guerra, comparativamente ao número de crimes e de pessoas condenadas, “no período de 1973 a 1997, o número de pessoas presas nos EUA subiu mais de 500%. Igualmente marcante foi o aumento do número de condenações a penas privativas de liberdade (em oposição a penas alternativas) e da duração média das penas privativas de liberdade aplicadas – aumento este que persistiu por muito tempo, mesmo depois que as taxas oficiais de criminalidade assumiram tendência de baixa”. Isso ocorreu, ainda conforme GARLAND (2008: 59), pela *reinvenção da prisão* como mecanismo de solução do conflito penal, com predomínio da idéia de que “a prisão funciona, não como um mecanismo de reforma ou de reabilitação, mas como instrumento de neutralização e de retribuição que satisfaz as exigências políticas populares por segurança jurídica e punições duras”. O informe *Doing Justice*, a despeito dessa crítica, pugnava, porém, pela severa limitação do cárcere como forma de castigo, aplicável somente a um número limitado de infrações qualificadas mais graves, com alternativas à prisão para os demais crimes (cf. HIRSCH, 1986: 107), a indicar que o crescimento das taxas de encarceramento decorreria mais por força de uma política punitiva populista – irredimível com a suposta benevolência da *probation*, e pela defesa da incapacitação, em oposição à reabilitação, a culminar com as leis popularmente designadas *Three Strikes and you’re out*, p.ex. (cf. LARRAURI, 1998:14-15) –, do que dos próprios pressupostos teóricos do *just desert* (cf. ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 43). Como refere textualmente LARRAURI (1998: 12), a propósito do retributivismo de HIRSCH, “penso que é certo que um modelo de justiça não está vinculado com uma determinada severidade, mas também parece certo que a defesa da determinação das penas em um momento em que existe uma crescente demanda punitiva produzirá penas determinadas severas”. Para uma crítica mais acentuada ao retributivismo de HIRSCH, cf. TONRY (2005).

Em reação às críticas à indeterminação das penas, que ganharam corpo no início da década de 1970, e em resposta e acolhimento, também e principalmente, às idéias expressadas no informe *Doing Justice*²²², igualmente refratárias à indeterminação e à ressocialização, e fincadas numa filosofia do castigo baseado no justo merecimento (*just desert*), a sugerir *standards* para a determinação da pena, proporcionais à gravidade do fatos e aos antecedentes do agente, de modo a obter-se maior uniformidade entre as decisões judiciais²²³, surgiram as primeiras formulações em matéria de *sentencing guidelines* nos estados de Denver e Vermont, desenvolvidas pelos próprios juízes, sem base legal, de adesão portanto voluntária²²⁴.

A primeira lei de pena determinada da época atual surgiu em 1976, no estado da Califórnia (*Determinate Sentencing Act*), exatos cem anos depois da primeira lei de pena indeterminada²²⁵. De forma pioneira, em 1980 o estado de Minnessota criou uma comissão destinada a elaborar uma *sentencing guidelines*²²⁶, cujo resultado foi uma planilha na qual se fixavam, numa linha vertical, os diversos delitos por gravidade, e os antecedentes penais noutra linha horizontal, estipulando-se para cada delito, e em função dos antecedentes, um tempo determinado de prisão²²⁷.

No ano de 1984 o Congresso norteamericano editou a legislação designada *Sentencing Reform Act*²²⁸, que criou a *United States Sentencing Commission* (USSC)²²⁹, Comissão esta responsável pelo estudo e reforma do sistema de determinação de penas no âmbito federal, e que logrou obter do Congresso, de sua vez, no ano 1987, a aprovação das USSG, inicialmente composta de diretrizes para a determinação da pena para indivíduos (*Sentencing Guidelines for Individuals*).

²²² Cf. HIRSCH (1986).

²²³ Cf. HIRSCH (1986: 98 e ss.); e ZYSMAN QUIRÓS (2013: 95 e ss.).

²²⁴ Cf. ZYSMAN QUIRÓS (2013: 99).

²²⁵ Cf. ZYSMAN QUIRÓS (2013: 100).

²²⁶ Para um relato mais amplo dessas reformas estaduais nos EUA, em matéria de *sentencing guidelines*, a partir de meados da década de 1970, em abandono das penas indeterminadas, a desembocar nas USSG, cf. ZYSMAN QUIRÓS (2013: 100 e ss.).

²²⁷ Cf. LARRAURI (1998: 13).

²²⁸ Cf. Título 18, §3.551, do *United States Code*. Disponível em <http://uscode.house.gov> [acesso em 12/04/2016].

²²⁹ Título 28, §991 (a) do *United States Code*. A formação de uma comissão de expertos para o estudo e reforma do sistema de determinação das penas nos EUA foi sugerida, em termos gerais, muito tempo antes, no trabalho do juiz federal FRANKEL, de 1972, em que, ao cabo de inúmeras críticas à discricionariedade jurisdicional e penitenciária na determinação da pena, defendeu pela primeira vez a necessidade de implementar-se um sistema de diretrizes para a determinação judicial da pena, baseado na gravidade do delito e nos antecedentes delitivos (Cf. ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 88 e ss.).

A reforma sobreveio no ano 1991, com a aprovação das diretrizes para as pessoas jurídicas (*Organizational Sentencing Guidelines*)²³⁰.

Conforme observa Zysman Quirós (2013: 16), com as USSG pôs-se em marcha um complexo e severo sistema de determinação da pena para os tribunais federais, que opera em virtude de um elaborado conjunto de diretrizes, pautas ou guias penais numéricas (as *guidelines* propriamente ditas), destinadas a orientar os juízes na imposição de *penas precisas* para qualquer configuração que possa vir a ter um fato delitivo.

Ainda de acordo com Zysman Quirós (2013: 149-151 e 289), a Comissão não chegou a perfilhar uma específica linha ideológica em termos de justificação do castigo, embora fosse dominante a idéia de superação do modelo de ressocialização. Nesse sentido, as diretrizes – no gênero – não possuem uma declarada justificativa externa seja pela reabilitação, pela incapacitação, pela prevenção geral (*deterrence*) ou pela retribuição²³¹.

A própria *United States Sentencing Commission* indicou não sentir necessidade de declarar-se partidária de uma qualquer concepção acerca do castigo, preferindo justificar o resultado dos seus trabalhos, enquanto fundamento, no objetivo sistêmico de obter penas uniformes, e, enquanto método,

²³⁰ As USSG continham previsão de aplicação obrigatória pelos tribunais federais. Essa cláusula, porém, foi posteriormente afastada pela Suprema Corte. Conforme relato de ORLAND (2006: 49), entre os anos de 1989 e 2002 a Suprema Corte dos EUA, numa série de cinco casos, rejeitou múltiplas alegações de inconstitucionalidade formuladas contra as USSG [cf. *Harris v. United States*, 536 U.S. 545, 569 (2002); *United States v. Watts*, 519 U.S. 148, 149 (1997); *Witte v. United States*, 515 U.S. 386 (1995); *United States v. Dunnigan*, 507 U.S. 87, 88–89 (1993); *Mistretta v. United States*, 488 US 361, 372 (1989)]. Porém, ainda de acordo com aquele autor, em janeiro de 2005, no caso *United States v. Booker* (543 U.S. 220), uma Suprema Corte dividida declarou inconstitucional a aplicação obrigatória das USSG a indivíduos, porque os privava do direito ao julgamento pelo júri, previsto na Sexta Emenda. Conforme a posição majoritária, a Sexta Emenda proíbe que juízes elevem a pena para além da decisão cabível a ser proferida exclusivamente com base dos fatos *conhecidos pelo júri* ou *admitidos pelo réu*. As USSG, contrariamente, permitem aos juízes determinar a pena com base em inúmeros fatores, muitos dos quais suscetíveis de serem subtraídos da consideração por um júri (cf. ORLAND, 2006: 49). Por outro lado, como a Suprema Corte norteamericana ainda não definiu de modo claro se as corporações também têm direito ao julgamento pelo júri, nos termos da Sexta Emenda, remanesce a dúvida sobre a aplicação do caso *United States v. Booker* para as *Organizational Guidelines* (cf. ORLAND, 2006: 49). Em HENNING (1996), poder-se-á melhor conferir os precedentes da Suprema Corte acerca da aplicação de algumas garantias processuais penais às pessoas coletivas, nos EUA, em especial do direito ao julgamento pelo júri.

²³¹ Cf. ainda LARRAURI (1998: 13); e DUBBER & HÖRNLE (2014: 9).

em investigações empíricas próprias²³²⁻²³³, o que permitiu a Zysman Quirós (2013: 289) considerar as USSG como uma possível expressão da própria fundamentação do castigo na modernidade tardia, tendo conduzido o ideal de pena uniforme ao seu mais avançado estágio histórico.

Nesse particular, Zysman Quirós (2013: 161) e Gómez-Jara Díez (2006: 65-65) referem, aquele com expresso apoio neste, que, a despeito de uma declarada não opção por uma justificativa acerca do castigo, exerceram muita influência, dentre os discursos que gravitaram em torno da reforma que resultou nas OSG, a teoria do *just desert*, bem como as teorias sobre penalidade ótima do movimento *Law & Economics*, assim como, mais recentemente, as perspectivas da Teoria da Organização e dos enfoques baseados na ética corporativa.

4.2.2 Conteúdo

Por outro lado, as *guidelines*, continua Zysman Quirós (2013: 136), são pautas bem detalhadas para estabelecer qual é a pena adequada ao caso concreto, dentre as penas fixadas qualitativa e quantitativamente numa tábua de penas (*sentencing table*). Essa tábua de penas é um quadro de dupla entrada²³⁴, no qual

²³² Como expôs a *United States Sentencing Commission* na abertura original das USSG, “Um problema filosófico surgiu quando a Comissão tentou reconciliar as diferentes percepções acerca dos fins da punição criminal. A maioria dos estudiosos do direito penal concordou que o objetivo último da própria lei, e do castigo em particular, era o controle do crime. Para além deste ponto, no entanto, o consenso pareceu acabar. Alguns argumentaram que a punição apropriada deveria ser definida primariamente com base no princípio *just desert*. Segundo este princípio, a punição deve ser dimensionada de acordo com a culpabilidade do agressor e com os danos por ele causados. Outros argumentaram que a punição deveria ser imposta principalmente com base em considerações práticas acerca do controle do crime. Essa teoria reclama punições que diminuam efetivamente a probabilidade de crimes futuros, seja pela dissuasão de outros, seja pela incapacitação do agressor. Os adeptos de cada um desses pontos de vista cobraram da Comissão uma escolha entre eles, e concedem-se primazia uns sobre os outros. Como questão prática, todavia, esta escolha não era necessária porque na maioria das decisões condenatórias a aplicação de uma qualquer filosofia produziria resultados iguais ou semelhantes. No seu conjunto inicial de orientações, a Comissão procurou resolver os problemas tanto práticos como filosóficos, desenvolvendo um sistema de sentença coerente a partir de uma abordagem empírica de dados, utilizando como ponto de partida o atual sistema de *sentencing*. (...) A abordagem empírica da Comissão também ajudou a resolver seu dilema filosófico. Aqueles que aderem à filosofia do *just desert* admitem que a falta de consenso moral pode tornar difícil dizer exatamente qual a punição merecida por um crime em particular. Da mesma forma, aqueles que subscrevem a filosofia de controle do crime podem reconhecer que a falta de dados disponíveis e válidos em quantidade suficiente pode dificultar dizer exatamente que punição melhor preveniria aquele ilícito.”

²³³ Para uma breve análise das teorias justificadoras do castigo presentes naquela discussão, e da opção feita pela Comissão, cf. DUBBER & HÖRNLE (2014: 4-14).

²³⁴ À semelhança, portanto, de outros modelos estaduais, como o de Minnessota, já mencionado, porém de detalhamento e complexidade ímpares, visto que essa tábua federal possui 43 níveis de delito, 6 categorias de história delitiva, e um total de 258 caixas nas quais se expressam de modo escalonado distintas categorias de penas (cf. ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 140).

se mede a gravidade do delito num eixo vertical, e, noutro eixo horizontal, a história delitiva do acusado. A intersecção entre a gravidade do delito e esses antecedentes determinará a pena²³⁵.

As OSG – descendo ao específico objeto deste tópico – integram, como antes dito, o capítulo 8 das USSG, e, embora editadas em 1991, possuem como principal característica uma medida prevista desde 1962 no Código Penal Modelo²³⁶, a saber, a possibilidade de a pessoa jurídica evitar a responsabilidade penal se demonstrar que o responsável pela supervisão do setor em que ocorreu o delito atuou diligentemente para preveni-lo²³⁷.

Os próprios Comentários Introdutórios às OSG assentam que este capítulo foi concebido para que as sanções impostas às organizações e a seus agentes, em conjunto, proporcionem justo castigo, dissuasão adequada e incentivos para que as organizações mantenham mecanismos internos destinados a prevenir, detectar e reportar conduta criminosa²³⁸.

Os princípios gerais das OSG estão igualmente explicitados nesses comentários introdutórios, e podem ser assim resumidos: (1) em primeiro lugar, e sempre que possível, deve-se determinar à organização que remedie qualquer dano causado pelo ilícito, sendo certo que os recursos gastos para esse fim não devem ser vistos como castigo, e sim como meio de reparar integralmente às vítimas os danos causados; (2) em segundo plano, se a organização tem sido operada principalmente com fins criminosos ou por meios ilícitos, a multa deve ser suficientemente alta para priva-la de todos os seus ativos; (3) terceiro, a pena para qualquer outra organização deve ser baseada na *gravidade da infração* e na sua

²³⁵ Cf. ZYSMAN QUIRÓS (2013: 140). Segundo explicação deste mesmo autor (2013: 141-142) – no essencial e resumidamente, esclareça-se –, para determinar-se a pena prevista para um delito deve-se, primeiro identificar o nível base desse delito (*base offense level*); em sequência, verifica-se as características especiais do mesmo (*specific offense characteristics*), que podem variar em razão de inúmeros fatores – no caso da fraude, por exemplo, em função do valor do prejuízo causado –; numa etapa seguinte, passa-se aos ajustes (*adjustments*), a serem realizados com base em três categorias principais: a situação de vulnerabilidade da vítima; as variações entre participação e autoria; e as concernentes à obstrução da justiça; a etapa final para determinar a gravidade do delito passa pela averiguação de se o acusado aceitou sua responsabilidade, seja pela admissão do fato, pela restituição do objeto do delito antes da condenação, ou por haver assumido a culpa; para além, deve o juiz proceder à inclusão dos antecedentes do acusado em uma das seis categorias existentes, conforme a quantidade de delitos prévios e o tempo transcorrido entre eles e este fatos de que está sendo avaliado; por fim, conforme as possibilidades oferecidas para o caso, define-se a pena propriamente dita, a possibilidade de *probation* em vez da pena privativa de liberdade, a imposição de multas ou restituições.

²³⁶ Cf. ALI (1985).

²³⁷ Cf. NIETO MARTÍN (2008: 51), e ZYSMAN QUIRÓS (2013: 162).

²³⁸ Cf. <http://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-8>.

culpabilidade. A *gravidade da infração*, em geral, se reflete pelo volume do ganho pecuniário obtido e pelas perdas financeiras ocasionadas. A *culpabilidade*, de sua vez, será determinada geralmente por seis fatores, quatro deles responsáveis pelo *aumento* da pena final aplicada a uma organização, e dois fatores mitigantes daquela sanção. Os quatro primeiros são: (i) o envolvimento ou a tolerância com a atividade criminosa; (ii) a história anterior da organização; (iii) a violação de uma ordem; e (iv) a obstrução da justiça. Os dois fatores mitigantes da culpabilidade da pessoa jurídica, e que constituem, enfim, o núcleo do programa de *compliance* instituído pelas OSG²³⁹, são: (i) a existência de um programa de conformidade eficaz; e (ii) a autodenúncia, a cooperação, e a aceitação de responsabilidade.

Em quarto e último plano, (4) avalia-se a possibilidade de *probation*, medida apropriada à corporação quando necessária para garantir que outra sanção seja totalmente implementada, ou para garantir que a organização adote medidas internas destinadas a reduzir a probabilidade de futura conduta criminosa²⁴⁰⁻²⁴¹.

No que se refere às específicas disposições de *compliance*, as OSG estabelecem, no §8B2.1, que um programa de conformidade efetivo, para fins de redução da culpabilidade, depende, em síntese: (1) da implementação, pela empresa, das diligências necessárias para prevenir e detectar condutas criminosas; e (2) pela promoção de uma cultura organizacional que incentive a conduta ética e um compromisso com o cumprimento da lei.

Aquela atividade investigatória e a promoção de uma cultura organizacional de incentivo à conduta ética exigem, ainda conforme as OSG, minimamente, que a empresa: (a) estabeleça normas e procedimentos para prevenir e detectar condutas criminosas; (b) promova o engajamento explícito dos altos escalões no programa de conformidade, com responsabilidades específicas direcionadas à elaboração, implementação, vigilância e supervisão do programa, que deve dispor de recursos adequados; (c) comunicação efetiva do programa de compliance a todos os níveis de empregados; (d) treinamentos e capacitação periódicas; (e) avaliação periódica da eficácia do programa; (e) abertura de canais internos de denúncia que permitam o anonimato ou sigilo; (f) detectada a conduta criminosa, deve a empresa tomar

²³⁹ Cf. ZYSMAN QUIRÓS (2013: 166).

²⁴⁰ Cf. *United States Sentencing Guidelines*, p. 499.

²⁴¹ De que é exemplo a *probation* imposta ainda em acordo de DPA ou NPA, com o fim de permitir a implantação e/ou avaliação do programa de *compliance* acordado.

medidas razoáveis para dar resposta adequada ao fato, inclusive mediante ajustes no programa de conformidade, de modo a prevenir futuras ocorrências.

Trata-se, como se pode observar, das linhas gerais de um programa de *compliance* semelhante àquele concretamente imposto *ex post facto*, via DPA, à *Berger Group Holdings, Inc.* (BGH)²⁴².

As diretrizes organizacionais utilizam os mesmos parâmetros das diretrizes individuais no cálculo da pena pecuniária, e fornecem orientações pormenorizadas para a aplicação de multas (a sanção primária), como também para as sanções secundárias de restituição, pedidos de reparação, e para a *probation*²⁴³.

O esquema básico das OSG, assim, assenta na possibilidade de a corporação evitar a imposição de multas significativas – com reduções de até 95% da pena pecuniária – mediante créditos de recompensa por programas de autopolicimento e de cooperação com autoridades²⁴⁴, e contêm igualmente regras para a implementação de monitores externos, item que se tornou característica importante dos acordos de DPA e NPA já mencionados²⁴⁵⁻²⁴⁶, critérios a serem avaliados na fase de determinação da pena, sem impactar com o modelo vicarial de responsabilidade da empresa, vigente nos EUA.

Isso porque, como adverte Ortiz de Urbina Gimeno (2014: 56), a entrada em vigor das OSG,

‘Promoveu o trânsito dos modelos de responsabilidade por imputação direta para os modelos de autorresponsabilidade. Curiosamente (ao menos *prima facie*), porque as diretrizes não modificam o tradicional modelo vicarial de determinação da responsabilidade penal da pessoa jurídica vigente nos EUA, senão que incorporam aspectos do modelo baseado na infração de controle (autorresponsabilidade) ao momento ou fase processual de determinação da pena concreta (*sentencing phase*).’

²⁴² Vide subitem 1.2, *supra*.

²⁴³ Cf. ORLAND (2006: 48).

²⁴⁴ Cf. ORLAND (2006: 48) e ZYSMAN QUIRÓS (2013: 162).

²⁴⁵ Cf. ORLAND (2006: 48).

²⁴⁶ O conjunto de princípios que conformam os programas de *compliance*, e que permeiam profundamente as OSG (cf. LAUFER, 1999: 1382), operacionalizam, de fato, a idéia do *good citizen corporate*, e com esse formato têm sido impulsionado para outros sistemas, especialmente europeus (cf. ZYSMAN QUIRÓS, 2013: 167-170; para críticas à transferência da responsabilidade criminal das empresas para empregados, facilitada por aquele movimento teórico, a influenciar – desnaturar – inclusive o sistema vicarial, cf. LAUFER, 1999: 1382 e ss.). ZYSMAN QUIRÓS (2013: 170) menciona, p.ex., que o Decreto Legislativo nº 231, de 03 de junho de 2001, na Itália, estabeleceu um modelo vicarial de responsabilidade penal da pessoa jurídica claramente inspirado nas OSG norteamericana. Ainda conforme este autor (2013: 172), a responsabilidade corporativa e a autorregulação também estão presentes no UKBA, que criminalizou – viu-se mais acima – a falha das pessoas jurídicas em prevenir a corrupção.

Ainda segundo este autor (2014: 56),

‘Nos EUA os processos penais geralmente estruturam-se em duas fases: uma primeira de determinação da existência de responsabilidade (*liability phase*) e outra posterior de concreção da sanção a impor (*sentencing phase*). As diretrizes não se referem ao primeiro momento, senão ao segundo (...)’²⁴⁷.

4.2.3 Características

Como características gerais, as OSG são de aplicação restrita a delitos federais de certa gravidade²⁴⁸; e empregam-se a quaisquer empresas que não sejam pessoas físicas (sociedades anônimas, comanditárias, associações, sindicatos, *trusts*, fundos de pensão, inclusive entidades estatais, etc.)²⁴⁹.

Ademais, para além do projetado alcance internacional do FCPA, as prescrições das OSG, inclusivamente aquelas referentes à necessidade de implementação de programas de *compliance*, com obrigações de autodenúncia, investigações internas e compartilhamento de provas, ampliaram-se globalmente após a entrada em vigor da SOX, legislação aplicável, como dito, a todas aquelas organizações nacionais e estrangeiras cotizadas nas bolsas de valores norteamericanas (*New York Stock Exchange* – NYSE, e *National Association of Securities Dealers by automatic Quotation* – NASDAQ), cujas matrizes, subsidiárias e filiais se encontram sob supervisão da SEC²⁵⁰.

4.3 Análise parcial

Como revelado no texto, é precisamente nesse modelo de *Sentencing* que o DOJ se fundamenta, e dele se utiliza, como etapa preliminar dos acordos, para o

²⁴⁷ HENNING (2009: 20) faz expressa referência ao caso *United States v. Ionia Management*, do Segundo Circuito (555 F.3d 303, 310, 2nd Cir. 2009), que desconsiderou a afirmação de defesa, de que a acusação deveria ser obrigada a provar, como elemento do crime, que uma corporação estava em falta na implementação de um programa de conformidade eficaz. A responsabilidade com base no *respondeat superior*, construída a partir de precedentes, foi (e tem sido) considerada como o direito vigente, sendo necessária intervenção legislativa para a transição daquele modelo para outro.

²⁴⁸ Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ (2006: 69) e ZYSMAN QUIRÓS (2013: 164).

²⁴⁹ Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ (2006: 69) e ZYSMAN QUIRÓS (2013: 164).

²⁵⁰ Cf. ZYSMAN QUIRÓS (2013: 168).

cálculo das penas aplicáveis às corporações, de modo a obter resultado mais rigoroso e encorajar, com esse proceder, a cooperação empresarial²⁵¹.

Os Princípios do DOJ e as OSG seguem, em síntese, a mesma linha teórica. Ambos implementam um esquema de apuração da culpabilidade corporativa por falha ou mérito organizacional como indicador para o ajuste as penas aplicáveis às pessoas jurídicas²⁵². Com base nesse esquema, *condutas criminosas idênticas* poderão merecer *penas sensivelmente diversas*, com aplicação de multas mais severas às empresas que *promovem ou toleram desvios de funcionários e executivos*, do que aquelas multas dirigidas às *empresas que diligentemente tentam prevenir, investigar e conter tais fatos*²⁵³.

Trata-se de um esquema, frise-se novamente, de aferição apenas da *culpabilidade*, a impactar a dosimetria da sanção, e não a *responsabilidade*, visto que, pelo menos no que interessa ao *enforcement* do FCPA, não há espaço juridicamente seguro para a valoração, na fase da apuração da responsabilidade, de um programa de cumprimento normativo instituído *ex ante*, por força da teoria do *respondeat superior*, e da elevada discricionariedade entregue ao DOJ.

Mais além, não instituído um programa, ou instituído de modo deficiente, as OSG permitem ao DOJ, no *enforcement* do FCPA, cobrar a implementação ou a adaptação de um concreto programa de *compliance*, nos moldes do modelo analisado, enquanto condição para a obtenção dos bônus.

Em qualquer dos casos, vigora, já se referiu, a obrigação de as empresas desenvolverem, por si, investigações internas dos fatos ilícitos, investigações estas cujo estatuto jurídico não se apresenta claro, porque a sua configuração está dependente, na raiz, das estreitas vinculações com agentes e instituições da persecução penal pública, bem como da existência de uma delegação estatal para a sua realização no âmbito privado, e, no campo da legitimidade dos seus efeitos – no que parece serantes uma diretriz das OSG²⁵⁴, e dos sistemas de *compliance*, no gênero –, pela transferência da responsabilidade criminal das empresas para indivíduos, que o conjunto da obra resultante dos programas de cumprimento

²⁵¹ Cf. GRUNER (2007: 287).

²⁵² Cf. ZYSMAN QUIRÓS (2013: 162 e ss.), em referência apenas às OSG.

²⁵³ Cf. GRUNER (2007: 284).

²⁵⁴ Cf. LAUFER (1999: 1382 e ss.).

normativo, as investigações internas incluídas, têm permitido incrementar, tudo a impactar a prova por seu meio obtido²⁵⁵.

Vê-se ainda que esses subsistemas regulatórios – os Princípios do DOJ e as OSG – fundamentam e estimulam o *enforcement* do FCPA em nível elevadíssimo, relativamente à imposição de exigências de *compliance* às corporações, se se considerar, para essa conclusão, o também maiúsculo percentual de acordos nesse sentido.

Ambos os referidos subsistemas parecem também viabilizar, em paralelo, distintos discursos punitivos: a responsabilidade das corporações transita já em franco caminho para a política da ressocialização, com estímulos à figura do *good corporate citizen*, instrumentalizado o sistema penal para a manutenção da estabilidade das empresas, empregos e minimização de efeitos colaterais²⁵⁶; a responsabilidade criminal dos indivíduos encontra-se particularmente vinculada no retributivismo²⁵⁷, e apurada de modo prioritário por processos de investigação privatizados, com sérios riscos de atritos com garantias constitucionais. Aquele modelo viabiliza econômica e processualmente a expectativa de efetividade punitiva deste, pela oferta corporativa, às autoridades da persecução, de material probatório contra os indivíduos.

O UKBA, diferentemente de todo este contexto, criminalizou o *non-compliance*, de modo que a implementação de um programa de cumprimento normativo constitui obrigação da empresa, e não decisão de conveniência. Na

²⁵⁵ Também no Reino Unido tem avançado a política de transferência da responsabilidade e custo pelas investigações de fraudes corporativas, conforme os modelos de *compliance* sugeridos em doutrina e aplicados na prática, a se observar melhor adiante, no capítulo próprio. Richard Alderman, na altura de 2010 exercendo a função de Diretor da agência SFO, provocado em entrevista por KOEHLER (2010: 2-3), que referiu ser a SFO “*uma agência de investigação que prefere não investigar*” (em razão de fala anterior do próprio Alderman, que manifestara a preferência da SFO de que todo o trabalho de investigação fosse realizado pelos consultores profissionais das corporações, para ulterior compartilhamento, desobrigando a agência da tarefa de investigação em si), discordou evidentemente da observação de KOEHLER, em defesa da agência, mas adiantou os argumentos que dão sustentação à atual política dos órgãos de persecução: revelou que não podiam investigar tudo; que a agência SFO, tal como outras agências governamentais, tem recursos limitados; e que tais recursos devem ser priorizados para os casos mais graves. Em complemento, acrescentou Alderman que a alocação prioritária dos escassos recursos depende do paralelo desempenho, pelas corporações, das tarefas de investigação por meio dos seus próprios consultores internos ou externos, desonerando a agência de todas as hipóteses investigativas, razão da preferência manifestada por este modelo.

²⁵⁶ Uma defesa aberta desse modelo pode ser conferida em HENNING (2009).

²⁵⁷ Cf. MOORE (2012: 83 e ss.). Segundo GRECO (2012: 264), em texto voltado à análise mais detida exatamente das posições de MOORE (2012), “(...) no mundo anglo-saxônico, em que a discussão sobre os fundamentos do direito penal é travada mais entre filósofos do que entre juristas, a retribuição nunca (perdeu) a sua majestade”.

sequência, previu o UKBA uma *compliance defence*, emprestando desse modo à pré-existência de um efetivo programa de cumprimento normativo o efeito de excluir a responsabilidade penal das empresas, coerente, pelo menos nesse aspecto, com a inclusão do *compliance* na estrutura da *offense*.

Ademais, também seguindo a linha clássica da *common law*, a defesa baseada na existência de efetivo programa de cumprimento normativo constitui ônus probatório da empresa.

Frente a tal panorama, de criminalização do *non-compliance*, e da recenticidade dessa legislação (UKBA), poder-se-ia cogitar a falta de interesse do SFO na celebração de acordos de DPA com empresas negligentes com o dever de implementar programas de cumprimento normativo.

Todavia, muito recentemente, o primeiro acordo de DPA feito pelo SFO veio a público, tendo sido celebrado com o *Standard Bank, PLC*²⁵⁸. Conforme se observa daquele documento, o *Standard Bank, PLC* foi investigado exatamente pelo crime previsto na Seção 7 do UKBA, a saber, falha na prevenção do suborno, visto que, ainda segundo os termos do DPA, referida empresa não conseguiu impedir uma pessoa a ela associada de cometer suborno em circunstâncias que denotavam a intenção de obter ou manter negócios.

Além de pagar elevados valores a título de sanção pecuniária, custos de investigação e compensações financeiras por lucros indevidos, o *Standard Bank* assumiu a responsabilidade pelos fatos e obrigou-se a cooperar plenamente com o SFO, incluindo nessa cooperação a entrega às autoridades de todas as informações e materiais que esteja na sua posse, custódia ou controle, não protegidos por sigilo profissional ou qualquer outra proteção legal aplicável contra a divulgação, bem como a custear uma revisão independente de suas políticas e controles internos antissubornos, de modo a adequá-los ao programa mínimo de *compliance* exigido pelo UKBA, submetendo-se a período de prova para supervisão dessas obrigações.

Em contrapartida, cumpridas que sejam as obrigações, obrigou-se o SFO a encerrar o processo criminal contra a empresa, sem qualquer anistia a empregados, diretores e agentes. Conforme declaração do atual Diretor do SFO,

²⁵⁸ Acordo noticiado em 30/11/2015 no sítio da SFO: <https://www.sfo.gov.uk/2015/11/30/sfo-agrees-first-uk-dpa-with-standard-bank/> [acesso em 13/10/2016]. A íntegra do DPA foi atualizada e disponibilizada naquele mesmo sítio em 16/05/2016.

David Green, "este DPA é um marco divisório e servirá como modelo para futuros acordos"²⁵⁹.

A partir deste caso, verifica-se que, no âmbito do UKBA, adicionalmente à *compliance defence*, avaliável no âmbito da responsabilidade, há igualmente disposição das autoridades britânicas para valorar, na fase da culpabilidade, ao que parece, a implementação de um programa de *compliance ex post facto*, para fins de obtenção de certos benefícios de ordem penal inclusive, à semelhança do *enforcement* do FCPA.

Ainda aqui, e por força das exigências de adaptação de tal programa às diretrizes do Guia editado pelo Ministério da Justiça, estão presentes, com efetivo destaque, as diretrizes voltadas à apuração interna dos fatos pelas próprias empresas.

²⁵⁹ Disponível: <https://www.sfo.gov.uk/2015/11/30/sfo-agrees-first-uk-dpa-with-standard-bank/> [acesso em 13/10/2016].

5. A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA (LEI Nº 12.846/2013)

5.1 Origem e breve perfil

Tal como ocorreu com o UKBA, também o legislador brasileiro demorou-se em providenciar, *relativamente às pessoas jurídicas*, a regulação interna das disposições contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros assumida em foros internacionais, malgrado dispusesse o país, no que respeita ao marco normativo, e para além dos dispositivos próprios do Código Penal, de um amplo arsenal legislativo orientado à repressão de atos de corrupção *lato senso*²⁶⁰.

No quesito atinente à *responsabilidade penal das pessoas físicas*, já o Código Penal havia sido alterado no ano de 2002, pela Lei nº 10.467, com a inclusão dos crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B)²⁶¹ e tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C)²⁶². Conforme assentou o art. 1º da Lei nº 10.467/2002, referida reforma teve como objetivo dar efetividade ao Decreto no 3.678/2000, que promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, da OCDE²⁶³.

Mais de dez anos após a fixação da responsabilidade criminal para as pessoas físicas, no âmbito da corrupção em transações comerciais internacionais, veio à luz a Lei nº 12.846/2013, designada pela comunidade jurídica como Lei

²⁶⁰ Uma resenha não exaustiva pode ser conferida em CARVALHOSA (2015: 32), que menciona, entre outras, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1990), a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), a Lei de Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079/2004), a Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), e a Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/1965).

²⁶¹ Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

²⁶² Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

²⁶³ Assim também em BERTONCINI (2015: 153 e ss.).

Anticorrupção²⁶⁴, de agosto de 2013, que entronizou novidadeiramente em nosso sistema uma série de infrações especificamente atribuíveis às pessoas jurídicas, relacionadas ao oferecimento de vantagem indevida a agentes públicos nacionais ou estrangeiros, a fraudes em processos licitatórios e ao embaraço de atividades investigativas de órgãos reguladores, associando a tais ilícitos, como consequente normativo, sanções da natureza civil e administrativa.

A parte inicial do modelo regulatório contido na Lei Anticorrupção, melhor detalhada adiante, que se pode designar de *parte material*, a vincular pessoas jurídica – e seus dirigentes – a sanções decorrentes de atos de corrupção nacional e internacional, obedece primariamente, a exemplo da reforma do Código Penal, às diretrizes constantes da Convenção da OCDE, incorporadas ao Direito brasileiro, como visto, no ano de 2000²⁶⁵.

Essa novel legislação minora, no plano teórico, as desvantagens competitivas experimentadas por empresas multinacionais sediadas em mercados já regulados, como o norteamericano, desvantagens que estiveram na origem das pressões daquele governo para o estabelecimento de uma diretriz internacional – proveniente da OCDE – que impulsionasse estados-parte à adoção de semelhantes marcos normativos, também e especialmente para as corporações²⁶⁶.

Uma segunda parte da Lei Anticorrupção, que interessa mais de perto, respeitante à valoração de mecanismos de *compliance* para a diminuição da pena, e ao acordo de leniência, também vocacionado à exigência de esforços de integridade normativa, possui “decisiva influência dos padrões estadunidense e britânico de prevenção à corrupção”²⁶⁷, numa “tendência de interação de formas

²⁶⁴ Cf., por todos, HEINEN (2015: 16), que referiu ainda ter sido ventilada em doutrina a designação “Legislação de *compliance*”.

²⁶⁵ CARVALHOSA (2015: 31) menciona ainda que estão na origem da Lei Anticorrupção a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996 (internalizada pelo Decreto nº 4.410, de 2002) e a Convenção contra a Corrupção da ONU, de 2003 (Decreto nº 5.687, de 2006).

²⁶⁶ Cf. BEAN & MACGUIDWIN (2012: 323), em referência, porém, ao UKBA.

²⁶⁷ Cf. SILVEIRA & SAAD-DINIZ (2015: 305), padrões estes objeto dos capítulos anteriores. Assim também em IOKOI (2014: 115-116), “a nova norma, que sofre nítida influência do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) e do *United Kingdom Bribery Act* (UKBA), teve como escopo atender os compromissos assumidos pelo Brasil decorrentes da ratificação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003 (ONU), da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, de 1996 (OEA), e da Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997 (OCDE), recepcionada pelo Decreto Legislativo nº 125/2000.”

jurídicas resultante da globalização econômica”²⁶⁸, e que traduz, por outro lado, uma clara “pressão pela internacionalização do Direito Penal”²⁶⁹⁻²⁷⁰.

A Lei Anticorrupção possui sete capítulos: (a) o primeiro contém disposições respeitantes ao âmbito subjetivo de aplicação da lei e ao modelo de responsabilidade exigido de cada sujeito; (b) o segundo define os atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira; (c) os capítulos terceiro e quarto preveem, respectivamente, as sanções administrativas aplicáveis às infrações descritas anteriormente, e o correlato processo administrativo sancionador; (d) o quinto estabelece os marcos do acordo de leniência; (e) o sexto estipula as sanções civis igualmente cominadas às infrações previstas no capítulo segundo, e determina a sua aplicação via processo judicial; (f) o sétimo estatui as disposições finais.

Como se observa de uma rápida leitura, o legislador nacional fez uso restrito da previsão constante do art. 2º da Convenção da OCDE, ao preferir estruturar a responsabilidade das pessoas jurídicas, no contexto da corrupção internacional, mediante ilícitos e sanções de natureza civil e administrativa, e não penal. Todavia, “muito embora não se trate propriamente de lei formalmente penal, (a Lei Anticorrupção) representa conteúdo material penal, seus efeitos e forma sancionatórios têm forte incidência na restrição de direitos e repercutem seriamente na aplicação de condenações criminais”, advertem Silveira & Saad-

²⁶⁸ Cf. SILVEIRA & SAAD-DINIZ (2015: 305).

²⁶⁹ Cf. SILVEIRA & SAAD-DINIZ (2015: 305), com expressa referência, no fundamento teórico, a SILVA SÁNCHEZ (2011: 83-84), que prognosticou, com acerto, que o Direito penal da globalização econômica e da integração supranacional será um Direito deste logo crescentemente unificado, porém também menos garantista, com flexibilização de regras de imputação e relativização de garantias político-criminais, substantivas e processuais.

²⁷⁰ Uma pressão pela regulação do *compliance* que tem alcançado também, de modo não menos significativo, o Direito penal material, a partir do qual se especulam, p.ex., propostas para um *novo Direito Penal de repressão e prevenção das crises financeiras globais* (cf., criticamente, SILVA DIAS, 2014: 62 e ss.). SILVA DIAS (2014: 62 e ss.), em referência à idéia formulada por MICHAEL KUBICIEL (em *Die Finanzmarktkrise zwischen Wirtschaftsstrafrecht und politischem Strafrecht*, disponível em: http://zis-online.com/dat/artikel/2013_2_732.pdf), posto reconheça a importância das estratégias de *compliance*, especialmente quanto às “consequências premiais” de sua efetiva adoção, na aferição da responsabilidade penal das pessoas coletivas, manifesta preocupação com uma orientação político-criminal que funcionalize a intervenção penal ao reforço dessas políticas de *compliance*, como defendido por aquele autor, dentre outros fatores, pelo risco de optar-se por “um Direito Penal administrativo, ou, se se preferir, por uma contra-ordenacionalização do Direito Penal Econômico e Financeiro, opção que é sempre acompanhada pela erosão de princípios que formam a estrutura de validade do Direito Penal, principalmente dos princípios da proporcionalidade, da subsidiariedade e a culpa e – do outro lado da balança – pela banalização da privação da liberdade através da pena de prisão (...)”, conclui SILVA DIAS.

Diniz (2015: 308)²⁷¹, permitindo a incidência das garantias do processo criminal²⁷²⁻²⁷³.

Neste ponto, duas observações são necessárias, uma referente à causa daquela opção regulatória de natureza não formalmente penal, outra respeitante ao possível conflito normativo entre aquela regulação e o sistema vigente.

A responsabilidade criminal da pessoa jurídica tem sido compreendida possível, no direito interno – com algumas pequenas variações que englobariam também a criminalidade econômico-financeira –, apenas nas infrações ao *meio ambiente*, por força de uma interpretação algo ligeira do art.225, §3º, da Constituição Federal²⁷⁴. Esse dispositivo, ao passo em que afirma o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput*), dirige-se ao legislador ordinário para determinar que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente devem sujeitar os infratores, *pessoas físicas ou jurídicas*, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (§3º). Em atenção à Constituição, a Lei nº 9.605/98 previu os crimes ambientais, imputáveis às pessoas físicas e jurídicas (art. 3º). Provavelmente para evitar eventual alegação de atrito constitucional, por uma suposta extrapolação da autorização para a criminalização do comportamento das empresas, e com isso

²⁷¹ Em idêntico sentido, cf. BOTTINI (2014) e CARVALHOSA (2015: 33). Diversamente, HEINEN (2015: 37), que defende tratar-se de lei definidora de ilícitos de natureza coletiva *lato sensu*, isto é, ilícito de natureza difusa, apurado em ação civil pública, sem qualquer conotação penal.

²⁷² Cf. BOTTINI (2014) e CARVALHOSA (2015: 34), ambos com expressas referências ao *nemo tenetur se detegere*. A jurisprudência brasileira não tem recusado a aplicação de garantias processuais penais ao processo administrativo sancionador, de que é exemplo o julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (AC 2004.39.00.006698-0, Desembargador JOÃO BATISTA MOREIRA, e-DJF1 06/08/2015, pag. 2995.).

²⁷³ Para uma perspectiva dos problemas relacionados aos aspectos penais e processuais penais emergentes do direito administrativo-sancionador em Portugal, cf. FERNANDA PALMA; SILVA DIAS & SOUSA MENDES (2009). A questão específica da aplicação do *nemo tenetur* às pessoas coletivas, em processo administrativo-sancionador, pode ser conferida, naquele mesmo volume, em SOUSA MENDES (2009: 217 e ss.); assim como na obra conjunta de FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE & COSTA PINTO (2009). Uma análise do *nemo tenetur* no processo contra-ordenacional português pode ser observada em SILVA DIAS & COSTA RAMOS (2009). Por fim, a afirmação da dignidade penal de parte relevante das infrações contra-ordenacionais e penais associadas ao incumprimento de deveres de cooperação de particulares para com as autoridades reguladoras, pela “excepcional relevância pública” dessas funções de supervisão e fiscalização do regular funcionamento dos mercados é feita, a nosso sentir com exatidão, por BRANDÃO (2014: 29 e ss.).

²⁷⁴ Sobre o alcance deste e de outro dispositivo também constitucional (art. 173, §5º, «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.»), sugestivos de uma mais ampla configuração da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, ainda que confinada, como visto, à criminalidade econômico-financeira, cf. ROTHENBURG (1997: 19 e ss.); e SHECAIRA (2003: 131 e ss.).

perder-se a Lei Anticorrupção, preferiu o legislador ordinário seguir o exclusivo caminho da responsabilização civil e administrativa.

Por outro lado, a diretriz punitivo-administrativa estabelecida no âmbito da Lei Anticorrupção, para os ilícitos ali especificados, não se confunde nem interfere, em linha de princípio, com o já pré-existente sistema de fiscalização e sancionamento administrativo de responsabilidade das autoridades reguladoras, respeitantes às infrações, p.ex., à concorrência, ao mercado de valores mobiliários, ao sistema financeiro e à comunicação social, entre outros setores regulados²⁷⁵, inexistindo conflito de leis na espécie.

O que se pode enfatizar, a partir desse breve perfil, especialmente por força dos estreitos liames decorrentes das diretrizes internacionais, e da apropriação jurídica, por diferentes países, de modelos de autorregulação corporativa, é que, para além da – e concorrentemente com a – responsabilidade criminal suscetível de verificar-se no estrangeiro, em decorrência da firme extraterritorialidade das disposições constantes do FCPA e do UKBA, as pessoas jurídicas constituídas sob leis brasileiras, ou aqui operantes, submetem-se agora, no plano interno, a outras duas ordens de responsabilidade de natureza punitiva (civil e administrativa), por violações a infrações conexas à prática de corrupção.

5.2 Os atos lesivos

Distintamente dos modelos regulatórios adotados pelo FCPA e pelo UKBA, não se limitou, a Lei Anticorrupção, à repressão da corrupção ativa e/ou passiva, desfiando, além da tipificação da corrupção em si, outras duas linhas de ilícitos a partir da matriz constituída pela cabeça do art. 5º.

Desse modo, três são os núcleos de comportamentos proibidos: (1) o primeiro está centrado no oferecimento de vantagem indevida, e se desdobra nas condutas de (a) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; (b) financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; e (c) utilizar-se de interposta pessoa, física ou jurídica, para

²⁷⁵ Observe-se, como exemplo mais concreto, o processo administrativo sancionador previsto na Lei Antitruste brasileira (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011), direcionado à apuração e repressão das infrações à ordem econômica ali também especificadas.

ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; (2) o segundo se relaciona a fraudes em licitações e contratos: (a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; (c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; (d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; (e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; (f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou (g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; (3) a terceira hipótese torna ilícita a conduta de dificultar a atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Bertoncini (2015: 158) conceitua tais ilícitos, no gênero, como atos típicos – por exigência da natureza punitiva –, antijurídicos, e objetivamente imputáveis às pessoas jurídicas, extraindo desse conceito duas importantes consequências: referida relação de ilícitos é exaustiva; e, por ausência de previsão legal, não admitem – as infrações, a punição pela forma tentada.

A maioria ilícitos, pela forma de estruturação semelhante a tipos penais já consolidados no nosso sistema²⁷⁶, não guarda maior complexidade dogmática. Isto não elimina a necessidade de referir, porém, que a vantagem indevida mencionada indistintamente em alguns tipos de ilícito não necessita ostentar conteúdo patrimonial.

De modo particular, o ato lesivo previsto no inc. V instaura um tipo de ilícito de obstrução da justiça, com inspiração no art. 25 da Convenção da ONU contra a Corrupção²⁷⁷. Segundo esse dispositivo, constitui infração dificultar a atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir

²⁷⁶ Cf., p.ex., o crime do art. 337-B, do Código Penal (corrupção de funcionário público estrangeiro), bem como os crimes previstos nos arts. 89 a 98 a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações).

²⁷⁷ Cf. BERTONCINI (2015: 195).

em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

São dois os comportamentos: dificultar a atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, e intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. A abertura típica reclamará considerável esforço dogmático para densificar o que está contido na área de proibição, especialmente porque, ante a falta de delimitação da *qualidade da investigação ou fiscalização* a ser afetada, também eventuais embaraços às atividades de fiscalização das agências reguladoras podem, em tese, configurar o ilícito.

Uma proposta não livre de polêmica acerca do que não está ali inserido, porém, começa a aflorar. Nesse sentido, Carvalhosa (2015: 34) refere que a conduta de dificultar a atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos não compreende o dever de a pessoa jurídica investigada colaborar com fiscalizações, investigações e requisições que lhe forem feitas, por força do *nemo tenetur se ipsum accusare*. Referido tipo, prossegue o autor, com o qual concordamos, deve ser entendido como delito de fraude processual e de criação de entraves à fiscalização, como destruição de provas, aliciamento de testemunhas, falseamento de documentos, etc., e não propriamente como obrigação de prestar colaboração²⁷⁸.

Aplica-se a Lei Anticorrupção, de modo indistinto, às *sociedades empresariais*²⁷⁹ e *simples*, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou *sociedades estrangeiras*, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (art. 1º, parágrafo único)²⁸⁰.

²⁷⁸ Em idêntico sentido, BERTONCINI (2015: 195-200) e HEINEN (2015: 144-145). Uma detalhada análise do crime definido no art. 294 do Código Penal espanhol, de conteúdo semelhante ao ilícito em causa, estruturado qual um delito de desobediência às potestades de agências administrativas de vigilância e proteção, incluso com referência à aplicação do *nemo tenetur se ipsum accusare* às pessoas jurídicas, pode ser conferida em SILVA SÁNCHEZ (2003: 307 e ss.).

²⁷⁹ Segundo CARVALHOSA (2015: 62), “quando a presente Lei fala em sociedades empresariais, não está identificando aquelas com fins lucrativos que organizam os fatores de produção, no conceito clássico de empresa. Está a Lei se referindo à forma de organização e de governança da pessoa jurídica, independentemente de ter ela fins lucrativos ou associativos, beneméritos, assistenciais, etc.”

²⁸⁰ Conforme o art. 1.126 do Código Civil, é nacional a sociedade *organizada de conformidade com a lei brasileira* e que *tenha no País a sede de sua administração*.

Como adverte Costódio Filho (2015: 76), seguiu a Lei o critério adotado pelo novo Código Civil, de inspiração italiana, que unificou o direito obrigacional antes dividido entre Código Comercial e o antigo Código Civil, abandonando a distinção entre sociedades civis e comerciais para fixar como empresárias as sociedades que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, com arquivamento dos atos constitutivos nas Juntas Comerciais, incluso as sociedades por ações, independentemente do seu objeto; e simples as demais sociedades (art. 966, parágrafo único, Código Civil).

Os tipos de ilícito alcançam igualmente as sociedades estrangeiras que aqui tenham atuação ainda que temporária, seja por meio da contratação de agentes, prepostos, filiais, ou por associações a empresas locais (*joint ventures*)²⁸¹.

Trata-se, portanto, de rol amplo, não exaustivo, de sujeitos ativos, aplicável igualmente às empresas estatais²⁸² nacionais e estrangeiras que desempenhem atividade econômica em regime concorrencial²⁸³.

Como antes se revelou, o próprio regime de *enforcement* do FCPA, aliás, pressupõe compreendido no termo “dirigente estrangeiro” também empregados e dirigentes das empresas controladas pelo Estado (*state-owned enterprises*) que possuam fins lucrativos, papéis negociáveis em bolsa, e espaço de atuação no mercado, forma de organização público-empresarial geralmente encontrada nas áreas de exploração de petróleo e gás²⁸⁴.

Para os efeitos da Lei Anticorrupção, a responsabilidade subsistirá ainda que posteriormente se verifique hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 4º). Nas hipóteses de fusão e incorporação, porém, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, inaplicáveis as demais sanções se decorrentes de atos e

²⁸¹ Cf. COSTÓDIO FILHO (2015: 78).

²⁸² Cf. COSTÓDIO FILHO (2015: 85), que admite a responsabilidade indistinta de empresas estatais que prestem serviços públicos e/ou desempenhem atividade econômica, todavia excluindo algumas sanções incabíveis para as primeiras (p.ex., dissolução e interdição de atividades).

²⁸³ Acrescentaríamos nós, vocacionada que está, a Lei Anticorrupção, também, a igualar oportunidades globais de negócios.

²⁸⁴ Cf. KOEHLER (2014: 83-84). Interpretação que casa com a determinação constante do art. 173, §1º, inc. II. da Constituição Federal, de que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades *que explorem atividade econômica* devem sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. HEINEN (2015: 47-49) igualmente refere o problema, embora não expresse tomada de posição.

fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados (art. 4º, §1º).

Por fim, as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos na Lei Anticorrupção, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

Já a definição do sujeito passivo dessas infrações não guarda maior dificuldade, visto tratar-se de ilícitos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. No primeiro caso, a administração pública nacional compreenderá os entes e órgãos da administração pública direta, indireta e fundacional, de todos os níveis de governo²⁸⁵, sentido este que colmata pela qualidade de funcionário público, nos casos, p.ex., de suborno, conceito densificado pelo art. 327 do Código Penal²⁸⁶⁻²⁸⁷.

Por outro lado, o §1º do art. 5º da referida Lei considera *administração pública estrangeira* os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro; considera-se também *administração pública estrangeira*, por equiparação, nos termos do §2º desse mesmo artigo, as organizações públicas internacionais.

O modelo de *responsabilidade objetiva* das pessoas jurídicas, habilitante tanto das sanções cíveis como administrativas, está referido no art. 1º e no art. 2º da Lei Anticorrupção, e se caracteriza pela inexigência de que os atos lesivos antes mencionados sejam praticados com dolo ou culpa²⁸⁸, por parte de diretores ou

²⁸⁵ Cf. HEINEN (2015: 64-65).

²⁸⁶ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. §1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. §2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

²⁸⁷ Cf. BERTONCINI (2015: 165).

²⁸⁸ Cf. BERTONCINI (2015: 159). Ausente qualquer ônus de prova, diríamos, por parte da acusação, acerca do elemento subjetivo que animou a atuação do funcionário ou diretor.

executivos (*top management*), funcionários, ou terceiros associados ou contratados²⁸⁹.

O ato lesivo deverá ser praticado, decerto, no interesse ou benefício da pessoa jurídica, exclusivo ou não (art. 2º)²⁹⁰. Para Bottini & Tamasauskas (2014: 126),

‘O escopo do legislador é fortalecer o ambiente institucional de repressão à corrupção. Ao suprimir a exigência da constatação do dolo ou da imprudência para imputar as sanções previstas, quer-se incentivar a adoção de políticas de integridade e *compliance*, que evitem qualquer ligação da empresa com pessoas ou outras entidades que possam lhe trazer problemas ou danos de imagem.’

Além do mais, conforme disciplina o art. 3º, a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, responsabilidade, neste caso, a ser cobrada na medida da culpabilidade de cada qual, como é da tradição jurídica interna (art. 3º, §2º), e limitada às *infrações penais, administrativas e/ou civis eventualmente correlatas aos atos lesivos* ²⁹¹, nunca por imputação destes mesmos atos, no âmbito da Lei Anticorrupção, visto que inaplicáveis as disposições e sanções desta Lei às pessoas físicas²⁹².

²⁸⁹ Cf. BOTTINI & TAMASAUSKAS (2014: 126). Estes autores, porém, conexam e legitimam a responsabilidade objetiva, na sequência, à exclusiva sanção de reparação do dano. Para as demais sanções, defendem uma imputação amparada em critérios de culpabilidade organizativa da corporação, excluindo responsabilidade quando o ato lesivo ocorreu a despeito da existência de efetivo programa de *compliance*, p.ex (2014: 127-129). No mesmo sentido, cf. SERRANO (2014: 110-114).

²⁹⁰ Uma responsabilidade que pede, em resumo, conforme HEINEN (2015: 68), prova da existência de uma conduta (ativa ou omissiva), de um resultado, e de um nexo de causa e efeito entre ambos.

²⁹¹ A exemplo, em caso de corrupção de funcionário público estrangeiro, ter-se-ia consumado, para o agente, o crime do art. 337-B do Código Penal, e para a empresa a hipótese do art. 5º, inc. I da Lei Anticorrupção, satisfeitos que sejam os demais pressupostos.

²⁹² Cf. CARVALHOSA (2015: 57) e COSTÓDIO FILHO (2015: 86 e ss.). Assim se entende, de acordo com este último, porque a exposição de motivos da Lei deixou clara essa idéia; porque as sanções cíveis e administrativas guardam pertinência com a estrutura e função econômicas das corporações; e, por fim, acrescentamos, porque o art. 1º da Lei o determina, excluindo referência punitiva às pessoas naturais. O art. 3º da Lei Anticorrupção («a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito invocado»), é assumido por HEINEN (2015: 93 e ss.) como suficiente a justificar a imputação a pessoas físicas de infrações à Lei Anticorrupção, à semelhança, ainda segundo HEINEN, da aplicação do FCPA também a pessoas físicas. Esse art. 3º, todavia, não determina a punição de dirigentes, administradores ou funcionários por aquela legislação; apenas ressalva a possibilidade de que respondam, em terreno próprio, pelos atos que praticarem (cf. COSTÓDIO FILHO, 2015: 88). Ademais, o FCPA aplica-se a pessoas físicas porque veicula – de modo não exclusivo – disposições de *natureza criminal*, a

Trata-se, portanto, de um modelo de responsabilidade do tipo vicarial, exsurgente do comportamento daquele que age em nome ou interesse da empresa²⁹³.

5.3 As sanções

A Lei Anticorrupção prevê sanções cumulativas de natureza *administrativa* e *civil*. O art. 6º dispõe que, *na esfera administrativa*, serão aplicadas às pessoas jurídicas, isolada ou cumulativamente, as seguintes sanções: (a) multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e (b) publicação extraordinária da decisão condenatória, após regular processo administrativo de responsabilização, previsto nos arts. 8º a 15 da referida Lei, de competência da Controladoria-Geral da União – CGU, nas hipóteses de corrupção internacional (art. 9º).

Referidas sanções não excluem a obrigação da reparação integral do dano causado, nem afastam a responsabilidade na esfera judicial.

Já o art. 19 estabelece, a título de sanções civis, a serem impostas de forma isolada ou cumulativa, *pela via judicial*, cuja ação será de titularidade do Ministério Público ou do ente federativo lesado (art. 19): (a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtido da infração; (b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (c) dissolução compulsória da pessoa jurídica; (d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. A dissolução compulsória depende

alcançar diretores, funcionários e pessoas físicas nativas ou não dos EUA, expressamente mencionados naquele texto legal, ainda que por vezes mediante equiparação a um empreendimento econômico (cf. §78dd-2 e §78dd-3, FCPA, p.ex.). Vide, a propósito, o subitem 2.3.2, *supra*.

²⁹³ Recentemente, ao analisar hipótese de crime ambiental, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Criminal nº 0010064-78.2005.404.7200/SC, diversamente da jurisprudência firmada em sentido contrário, na linha vicarial (cf. VAZ & MEDINA, 2011), decidiu por bem acolher expressamente o “conceito construtivista de culpabilidade” empresarial cunhado por GÓMEZ-JARA DÍEZ (2010), ressaltando a necessidade de a imputação autonomizar a responsabilidade da empresa relativamente ao comportamento do agente, por meio de elementos que apontem para uma auto-organização empresarial deficiente. Para uma análise dessa decisão, à luz da doutrina que a sustenta, cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ (2015a).

da prova de que a personalidade jurídica foi utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou de que foi constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Uma importante previsão, nesse contexto, está no art. 20, que autoriza a aplicação das sanções administrativas pela via judicial, nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, em cumulação com as sanções civis, constatada a omissão das autoridades competentes na apuração daquela responsabilidade administrativa.

5.4 As exigências de *compliance* e o acordo de leniência

5.4.1 *Compliance ex ante*: diretrizes

De forma inovadora, o art. 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção, prevê que devem ser consideradas, na aplicação das sanções, dentre outras circunstâncias, 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*, cujos parâmetros de avaliação encontram-se estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal, a saber, o Decreto nº 8.420, de março de 2015²⁹⁴.

Segundo Ayres (2014: 44),

‘Com esse dispositivo (art. 7º, VII), na esteira de boas práticas internacionais de combate à corrupção²⁹⁵, a lei brasileira serve de estímulo para que as pessoas jurídicas atuem dentro da legalidade, prevendo agora expressamente que a existência de programa de cumprimento normativo será levada em consideração na aplicação de sanções, podendo gerar benefícios para pessoas jurídicas.’

Antes dessa previsão normativa no sistema interno, prossegue Ayres (2014: 44),

²⁹⁴ Essa oportuna previsão de regulamentação por parte do Poder Executivo, como expõe AYRES (2014: 45), não constava do projeto original da Lei Anticorrupção (Projeto de Lei nº 6.826), tendo sido acrescentada pelo Relator a partir de sugestão apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Empresarial (Ibrademp).

²⁹⁵ Dentre as quais, menciona o autor, estão o FCPA e o UKBA.

‘(...) tais programas eram implementados basicamente por empresas, brasileiras e estrangeiras, sujeitas ao FCPA e ao UKBA (*United Kingdom Bribery Act*), seja por conta dos riscos a que estavam expostas, seja pelos incentivos proporcionados pelos ordenamentos jurídicos dos respectivos países.’

O Decreto nº 8.420, de março de 2015, cuidou extensamente, no Capítulo IV, do Programa de Integridade modelo a ser valorado por ocasião da fixação da pena.

Conforme ali disposto, o programa de integridade consiste 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. 41).

A estruturação, aplicação e atualização desse programa deve ocorrer, naturalmente, de acordo com as *características* e *riscos* atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o seu constante aprimoramento e adaptação, visando garantir efetividade (art. 41, parágrafo único).

Consoante o Decreto, o programa padrão de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: (I) comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; (II) padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; (III) padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; (IV) treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; (V) análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; (VI) registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; (VII) controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; (VIII) procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que

intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; (IX) independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; (X) canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; (XI) medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; (XII) procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; (XIII) diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; (XIV) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; (XV) monitoramento contínuo do programa visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e (XVI) transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos (art. 42).

Como princípio geral a ser considerado na aplicação casuística do dispositivo, por ocasião do exame de viabilidade do programa de integridade implementado relativamente ao tamanho da empresa, dispôs o Decreto que se respeitasse o porte e as especificidades da pessoa jurídica, como a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; o setor do mercado em que atua; os países em que atua, direta ou indiretamente; o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte (art. 42, § 1º).

Na avaliação de microempresas e de empresas de pequeno porte²⁹⁶, o Decreto reduziu à partida as formalidades, prescindido, por exemplo, da avaliação

²⁹⁶ A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. De acordo com o art. 3º, consideram-se

periódica de riscos, da estruturação de uma supervisão independente de *compliance*, da abertura de canais internos de denúncia, e de obrigações relacionadas à *due diligence* frente a terceiros fornecedores e/ou parceiros comerciais (art. 42, §3º).

Trata-se, à evidência, de um amplo programa padrão de integridade normativa, verdadeiramente compromissório, que segue em traços próximos as diretrizes estabelecidas pelo Guia do Ministério da Justiça britânico, porque possui um maior detalhamento de tarefas que, no gênero, podem ser reconduzidas às obrigações de *top-level commitment, risk assessment, communication and training, monitoring and review, e due diligence*, que compõem a espinha dorsal do programa de *compliance* imposto pelo UKBA²⁹⁷.

A essas tarefas, a Lei Anticorrupção acrescentou ainda exigências presentes em diretrizes do DOJ e das OSG, especialmente aquelas relacionadas à autodenúncia e à assunção da responsabilidade pela infração, constantes do acordo de leniência, mais adiante analisado²⁹⁸.

Vê-se, assim, que a Lei Anticorrupção cuidou a efetiva implantação de um programa de *compliance* como uma circunstância, entre outras, a ser ponderada na aplicação das sanções, a indicar que a criação de um programa de conformidade nessas circunstâncias, anterior ao cometimento de qualquer infração, constitui, segundo a lei brasileira, hipótese de possível *atenuação* da responsabilidade da pessoa jurídica, e não de afastamento ou exclusão, conforme Freitas (2014: 98-99), na linha aliás do modelo vicarial antes referido. Ainda segundo esse mesmo autor, em raciocínio que se nos afigura inteiramente correto, a despeito de o art. 7º, em que se contém o benefício, encontrar-se inserido no Capítulo das sanções administrativas, constitui ele diretriz também vinculante da aplicação das sanções cíveis pela autoridade judicial, sendo perfeitamente possível ponderar também

microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

²⁹⁷ É digno de nota que AYRES (2014: 46-49), antes da edição do Decreto nº 8.420, já havia cobrado por uma regulamentação do programa de integridade da Lei Anticorrupção que levasse em conta especificamente esses elementos centrais presentes no Guia do UKBA.

²⁹⁸ Vide subitens 3.2.3, 4.1.2 e 4.2.2, *supra*.

nesta seara a existência do programa de integridade em benefício da empresa (2014: 101).

A pensar de outro modo, perder-se-ia incentivo na adoção do *compliance*, desnivelando acentuadamente a balança entre custos e expectativas de sua implantação, inviabilizando ou tornando incerta a política de prevenção.

Para além da *atenuação*, é possível valorar-se o *compliance* como hipótese de *isenção de específicas sanções*, e não apenas de sua minoração, embora excluída a possibilidade de isenção completa de responsabilidade. Isso porque, como acentuou Freitas (2014: 101-102), os arts. 6º, §1º e 9º, §3º da Lei Anticorrupção trataram das sanções administrativas e cíveis, respectivamente, como aplicáveis de forma *isolada* ou *cumulativa*, admitindo-se, em tese, que a autoridade administrativa e o juiz optem por afastar determinada penalidade – e não apenas diminuí-la – quando esta providência se mostrar justificada a partir do conjunto das circunstâncias avaliadas, dentre elas, a existência de efetivo programa de integridade.

5.4.2 *Compliance ex post*: o acordo de leniência

A Lei Anticorrupção, em acréscimo à atenuante resultante da adoção *ex ante* de um programa de integridade, e fechando o marco normativo relacionado à possibilidade de controle e regulação empresarial, previu igualmente, no art. 7º, inc. VII, como outra hipótese atenuante, a *cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações*, a incidir desde que presente qualquer comportamento cooperativo da pessoa jurídica no âmbito do processo administrativo de fiscalização.

Essa cooperação, todavia, pode ter outra configuração, mais ampla, apta a gerar *isenção parcial de penas*, desde que seja acordada com o Poder Público em programa de leniência, igualmente desenhado na Lei Anticorrupção²⁹⁹. Muito embora tratada em inciso distinto, constitui a cooperação elemento básico de um programa de *compliance*, como se extrai das diretrizes referentes aos programas de integridade das legislações anglo-saxãs.

De fato, constitui pressuposto do acordo de leniência – dentre outros, mais adiante referidos, previstos nos art. 16 e 17 da referida Lei –, a *efetiva colaboração*

²⁹⁹ Cf. COSTÓDIO FILHO (2015: 232).

das pessoas jurídicas com as investigações e o processo administrativo, dela devendo resultar (I) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e (II) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16). Uma colaboração, portanto, qualificada pelas específicas e declaradas finalidades a serem alcançadas pelo acordo de leniência.

O “acordo de leniência”, introduzido pela Lei Anticorrupção, não é novo no direito brasileiro. Estava ele previsto, sob essa mesma nomenclatura, no art. 35-B da revogada Lei Antitruste (Lei nº 8.884/1994), tendo sido sucedido pelo “programa de leniência” da atual Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011, arts. 86 e ss.), de inspiração norteamericana³⁰⁰.

Para Carvalhosa (2015: 371), tal acordo

‘Representa um pacto de colaboração firmado entre a autoridade processante e a pessoa jurídica indiciada ou já processada, através do qual se estabelece a promessa de serem abrandadas as penalidades instituídas (na Lei Anticorrupção), uma vez alcançada a maior abrangência do concurso delitivo em termos de pessoas jurídicas e/ou agentes públicos envolvidos (...).’

Os requisitos do acordo de leniência, a ser celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública lesada, numa ponta, e as pessoas jurídicas responsáveis pela infração, noutra³⁰¹, vêm previstos no §1º do art. 16. Segundo essa norma, o acordo de leniência depende da satisfação cumulativa das seguintes obrigações: (I) manifestação originária de interesse da pessoa jurídica em cooperar para a apuração do ato ilícito, semelhante à exigência de autodenúncia, de forma a demonstrar que não houve expectativa de encobrimento do ilícito por parte da corporação; (II) a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (III) a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

³⁰⁰ Cf. CARVALHOSA (2015: 372); MARTINEZ (2014: 25); e HEINEN (2015: 234).

³⁰¹ Diversamente do modelo previsto na Lei Antitruste (art. 86), que admite o acordo de leniência para as pessoas físicas envolvidas na infração, a Lei Anticorrupção não admitiu essa possibilidade (cf., criticamente, HEINEN, 2015: 242).

Além dessas obrigações, o Decreto nº 8.420/2015 previu adicionalmente, no art. 37, inc. IV, que o acordo de leniência conterà, entre outras disposições, *cláusulas que versem sobre a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade*, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV, antes mencionados, impondo assim, às empresas eventualmente omissas, a implementação, via acordo, de programas de *compliance ex post facto*, como condição para a obtenção de vantagens também de natureza sancionatórias.

A celebração do acordo, preenchidos os requisitos antes mencionados, não autoriza de pronto a irradiação dos seus efeitos. Na verdade, com a sua formalização iniciam-se os deveres específicos de colaboração da pessoa jurídica, que se submeterá a período de prova, após o qual, alcançados que sejam os resultados exigidos por lei, *incluso a implementação do programa de cumprimento normativo*, concretiza-se para o Poder Público o dever de atenuar a pena³⁰².

Desse modo, o acordo é formalizado sob condição suspensiva: a produção dos seus normais efeitos depende da *efetiva colaboração da pessoa jurídica com as investigações e o processo administrativo* (art. 16), efetividade que estará presente apenas se da colaboração resultar: (I) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e (II) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Trata-se, assim, como bem definido por Heinen (2015: 234), de um “ajuste de resultados”. Tal perfil indica que o legislador julgou oportuno delegar responsabilidades investigatórias às empresas, com o consequente compartilhamento da prova obtida com autoridades da persecução.

Nesse ponto, vale a certa observação de Carvalhosa (2015: 378):

‘O pacto deve levar à produção de provas convincentes, capazes, portanto, de serem pesadas pela autoridade processante para indiciar as demais pessoas jurídicas (...), como também apontar outros agentes públicos integrantes do concurso corruptivo. Cabe reiterar que os agentes públicos (porque pessoas físicas esclareçam-se) não têm legitimidade passiva para integrar o devido processo penal-administrativo (...) e nem o de responsabilização judicial (...), devendo necessariamente ser punidos, mas por outros meios previstos em lei.’

³⁰² Cf. CARVALHOSA (2015: 381).

A lição pode ser ainda complementada, visto que também os *funcionários das empresas envolvidas*, e que tiveram direto envolvimento com a oferta de suborno, p.ex., podem e devem ser investigados e delatados pela pessoa jurídica, sem o quê não se aperfeiçoa a condição respeitante à “identificação dos demais envolvidos...”.

Para estes empregados, assim como para os servidores públicos suspeitos de aceitarem suborno, remanesce a ameaça da responsabilidade criminal, instrumentalizada pelos elementos de prova compartilhados com as autoridades da persecução, ou a celebração de acordo de colaboração premiada com autoridades da persecução, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.850/2013³⁰³. Heinen (2015: 170), nesse sentido, observa exatamente que a viabilidade da cooperação depende da posse, pela pessoa jurídica, de elementos de prova da infração, e da posterior entrega destes aos órgãos de persecução, sendo necessário, para isso – conclui o autor –, que as entidades que desejem se beneficiar da atenuante possuam, internamente, “uma estrutura que possa perfazer uma investigação interna efetiva”³⁰⁴.

Cumpridas as condições estabelecidas, aplicam-se à pessoa jurídica, exclusivamente, os seguintes benefícios (§2º, art. 16): (a) isenção das sanção administrativa prevista no inciso II do art. 6º («publicação extraordinária da decisão condenatória»); (b) isenção da sanção civil inscrita no inciso IV do art. 19 («proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos»); e (c) redução em até 2/3 (dois terços) do valor da multa aplicável.

³⁰³ Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. § 1º. Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

³⁰⁴ O Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou referida Lei, determinou, no art. 30, inc. V, a propósito do acordo de leniência, que, entre outros deveres, estava a pessoa jurídica obrigada a fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa.

São estes os únicos incentivos sancionatórios decorrentes da perfectibilização do acordo de leniência e da implementação de *compliance ex post facto*, inexistindo previsão de benefícios em outras esferas de responsabilização reparatória ou punitiva, inclusive a penal³⁰⁵. Inobstante, no âmbito da Lei Anticorrupção, aqueles efeitos do acordo estendem-se às empresas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que tenham firmado o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas (§5º, art. 16).

A título de ilustração do quanto exposto, divulgou-se recentemente despacho do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, proferido nos autos do processo nº 5016683-68.2016.4.04.7000/PR, em tramitação na Seção Judiciária de Curitiba/PR³⁰⁶, por meio do qual aquele magistrado homologou, para fins penais, acordo de leniência celebrado entre o Ministério Público Federal e a empresa de construção civil Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A, tendo em vista a existência de paralela colaboração premiada de executivos da empresa.

O mencionado despacho informa a realização de acordo de leniência entre o Ministério Público Federal e a empresa Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A, envolvendo fatos investigados na Operação Lava Jato e em outros processos³⁰⁷. Segundo os termos da homologação judicial, “o acordo visa

³⁰⁵ Cf. CARVALHOSA (2015: 377) e HEINEN (2015: 237). O acordo de leniência, bem ressalta MARTINEZ (2015: 26), não assegura imunidade para o seu signatário.

³⁰⁶ Disponível em: http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wpcontent/uploads/sites/41/20-16/05/912_DESPADEC1-MORO-HOMOLOGA-LENIENCIA-AG.pdf [acesso em 16.09.2016].

³⁰⁷ Acordo relacionado à investigação desencadeada pela Força Tarefa Lava Jato, que apura crimes de corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da empresa Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras, cujo acionista majoritário e controlador é a União Federal. Conforme revelou o Juiz Federal naquele despacho, “em quase todo grande contrato da Petrobras com seus fornecedores, haveria pagamento de vantagem indevida aos dirigentes da Petrobrás responsáveis calculada em bases percentuais. Parte da propina era ainda direcionada para agentes políticos e partidos políticos que davam sustentação à nomeação e manutenção no cargo dos dirigentes da Petrobras.” Referido acordo ainda não foi divulgado integralmente ao público, circunstância que limita a sua análise. Todavia, foi ele oficialmente referido nas Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras para o exercício findadas em 31 de dezembro de 2015, publicadas pela empresa Andrade Gutierrez Engenharia S.A. em 30 de abril de 2016. A empresa informou, no item 29 – Outros Assuntos, de relevante, o seguinte, relativamente à Operação Lava Jato: “(...) Há um acordo de leniência (o “Acordo”) da Companhia junto ao Ministério Público Federal, já assinado e homologado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção do Ministério Público Federal, nos termos da deliberação da Ata da 902ª Reunião ocorrida em 30 de março de 2016; O Acordo ainda está pendente de homologação judicial nos autos nº 5016683-68.2016.4.04.7000, em trâmite perante o juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR; O valor da multa acordada é de R\$ 1,0 bilhão (“multa”); O acordo abrange os diversos procedimentos no âmbito da Operação, outros contratos de construção da Companhia celebrados com empresa específica, bem como aqueles relacionados a outras investigações que venham a ser instauradas em decorrência dos fatos apontados nos anexos do acordo; O acordo prevê como devedora da multa, no montante de R\$1 bilhão, a *holding* que é acionista direta da Companhia – Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S.A.; A multa será quitada em 12 parcelas anuais, atualizadas

colher provas sobre esses crimes, reconhecimento pela empresa dos ilícitos, e a obtenção de indenização decorrente deles”, tendo concordado a Andrade Gutierrez em pagar multa de R\$ 1 bilhão de reais, prestar colaboração para esclarecer os ilícitos, investigar internamente os fatos, apresentar as provas obtidas ao Ministério Público Federal, e ainda implantar programa de *compliance* segundo padrões internacionais da Norma ISO 19600:2014³⁰⁸, elementos que acentuam a finalidade investigatória da leniência.

Para além, o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (§3º, art. 16), e o seu eventual descumprimento, durante o período de prova, impede a empresa de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos (§8º, art. 16).

Por fim, como a Lei Anticorrupção criou tipos de ilícito relacionados a fraudes a procedimentos licitatórios, permitiu ela, no art. 17, que o acordo de leniência fosse igualmente celebrado com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas na Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos).

5.5 Análise parcial

A obra resultante do conjunto de mecanismos de *compliance* regulados na Lei Anticorrupção, que associou benefícios sancionatórios tanto à existência de prévio programa de integridade, como à sua posterior implementação no âmbito dos acordos de leniência, ambos, portanto, com reflexos no plano da culpabilidade (dosimetria), difere parcialmente da regulação britânica³⁰⁹, e confirma a opção do

monetariamente pela Selic com exigência de garantia de depósito em juízo no valor de uma parcela (R\$ 83.333 mil); O acordo estabelece um prazo de 200 dias após sua homologação para que a Companhia conclua as investigações internas sobre a não observância da legislação brasileira e/ou das regras do Código de Ética e Conduta e que eventuais situações pertinentes sejam informadas ao MPF; e o acordo prevê que o MPF se compromete a não propor qualquer ação de natureza civil e de improbidade administrativa, uma vez cumpridas integralmente todas as condições impostas no Termo de Leniência. (...)”. Disponível em: http://jornal.iof.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/163881/caderno2_2016-04-30%2030.pdf?sequence=1 [acesso em 16.09.2016].

³⁰⁸ A ISO 19.600:2014, publicada pela *International Organization for Standardization* (ISO), organização não governamental vocacionada ao estabelecimento de normas técnicas em escala internacional, fornece às empresas, comomencionado pela própria *International Organization for Standardization*, orientação para estabelecer, desenvolver, implementar, avaliar, manter e melhorar um sistema de gestão de conformidade eficaz e responsivo. Disponível em: http://www.iso.org/iso/home/store/catalogue_tc/catalogue_detail.htm?csnumber=62342, acesso em 07/02/2017).

³⁰⁹ Poder-se-ia cogitar, teoricamente, no âmbito da Lei Anticorrupção, do afastamento da responsabilidade de uma determinada empresa que comprovou ter implementado um prévio e

legislador brasileiro pelo caminho da autorregulação regulada³¹⁰, delegando às empresas tarefas de investigação de funcionários no amplo campo da corrupção de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, assim como na fraude à licitação.

Referido programa de *compliance* adquire contornos penais tanto pela natureza sancionatória do próprio diploma a obedecer, como pelas múltiplas implicações criminais necessariamente correlatas, visto que as infrações descritas na Lei Anticorrupção possuem conotação penal para os servidores públicos, empregados e diretores eventualmente envolvidos na prática do ato lesivo, a exemplo das legislações congêneres analisadas (FCPA e UKBA). Aqui, como para o *enforcement* das legislações alienígenas mencionadas, tem preponderado a abordagem ao estilo "*carrot and stick*", pela concessão de benefícios à autodenúncia, à delação e à entrega de elementos de prova³¹¹, embora não exista obrigação formal às empresas de desenvolverem programas de conformidade previamente.

Esse modelo da Lei Anticorrupção, direcionado prioritariamente às tratativas com as pessoas jurídicas, aparenta instituir, ademais, uma perspectiva declarada e propositalmente salvacionista da empresa, em prol das conseqüências vantagens sócio-econômicas deste tipo de abordagem, com foco repressivo, em contrapartida, relativamente a diretores, funcionários, empregados e servidores públicos envolvidos na infração, alvos diretos dos mecanismos de *compliance*, submetidos a processos investigatórios internos e ao posterior sistema de justiça criminal, semelhante aos acordos de DPA e NPA celebrados no âmbito do FCPA, pelo já questionado movimento de transferência da responsabilidade criminal de empresas para indivíduos, por eles facilitado.

eficaz programa de *compliance*, a despeito da infração cometida por um empregado. Cogitar-se da aplicação, enfim, da responsabilidade por defeito de auto-organização, especialmente porque a *eficácia* de um programa de *compliance* não deve ser confundida com *infallibilidade*. O desenvolvimento dessa questão, todavia, enquanto possibilidade de um programa de cumprimento normativo produzir reflexo na responsabilidade mesma da empresa, e não apenas na sua culpabilidade, é questão em aberto, inclusive *de lege lata*, à vista das possibilidades abertas com a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Criminal nº 0010064-78.2005.404.7200/SC, antes mencionada, que, a despeito de se referir a crimes ambientais, certamente provocará discussão noutros âmbitos.

³¹⁰ Cf. ARROYO JIMÉNEZ (2015: 32), "a autorregulação regulada aduz, em conclusão, à atividade pública mediante a qual o Estado faz possível a autorregulação, configura as estruturas e estabelece os processos através dos quais esta deve desenvolver-se, com a pretensão de que, através da mesma, possam chegar a satisfazer-se concretos fins ou interesses públicos."

³¹¹ Cf. MARTINEZ (2014: 26-27).

Esse perfil comum sugere igualmente uma pré-configuração dos arranjos de *compliance* – especialmente dos programas implementados a instâncias das autoridades, mediante acordos – para atingimento daquele escopo, ou, quando menos, que essa acentuação da punibilidade de indivíduos em troca da salvaguarda da empresa constitui consequência colateral necessária desses arranjos, porque especialmente estimada pelas autoridades da persecução, enfatize-se, em decorrência da obtenção de material probatório a baixo custo e sem riscos de monta para a economia.

6. CRIMINAL COMPLIANCE: ACERCA DOS FUNDAMENTOS PARA AS INVESTIGAÇÕES EMPRESARIAIS INTERNAS

6.1 Consideração inicial

O FCPA e o UKBA, de um lado, e a Lei Anticorrupção, de outro, integram distintos sistemas jurídicos, circunstância que projeta natural reflexo nos mais variados critérios de responsabilidade, imputação, prova, etc³¹².

A despeito disso, desenham aquelas leis um marco normativo punitivo confluyente, no que respeita à corrupção internacional, aplicável diretamente às empresas brasileiras (ou a certo nicho destas, no caso das leis estrangeiras), a partir de uma diretriz principiológica comum, oriunda de tratativas internacionais.

Em paralelo, referidos diplomas trabalham também, cada qual a seu modo, com bônus sancionatórios pela implementação de programas de *compliance* destinados à prevenção e detecção dos fatos delitivos que normativamente proscrevem, fazendo-o por meio de regras de favorecimento ou punição empresarial dependentes de contrapartidas de integridade normativa.

Os programas de *compliance* instituídos naquelas legislações oferecem, por assim dizer, uma “porta de entrada” para um ambiente em que é possível cogitar-se a sobrevivência da empresa, dos empregos, da atividade econômica por ela desenvolvida, enfim, para além do crime corporativo.

Uma relevante contrapartida exigida por aquelas legislações é a realização de investigações internas pelas empresas, com entrega da prova recolhida às autoridades, tarefa esta, portanto, intimamente relacionada com as políticas de prevenção associadas ao novo modelo de regulação empresarial que ganhou corpo após as graves crises econômicas experimentadas nas últimas décadas.

Como referem Sieber & Engelhart (2014: 1), durante a década passada, as empresas aumentaram significativamente a implementação de programas destinados a obter melhor cumprimento das disposições legais e a facilitar a detecção das respectivas infrações, programas estes que, quando direcionados à prevenção e detecção do crime, são designados como *criminal compliance*.

³¹² Contradições estas que já não devem surpreender, tendo em vista que a resposta a este tipo de criminalidade transnacional no domínio econômico passaria exatamente pela construção de concretas respostas jurídico-penais supranacionais, para as quais devem exercer – e vem exercendo – decisiva colaboração o direito anglo-saxão, consoante previu SILVA SÁNCHEZ (2011: 85 e ss.).

A leitura inicial que se pode extrair dos programas de *compliance* estimulados ou impostos pelas legislações anticorrupção analisadas, é a de que eles têm fundamentado, viabilizado e incrementado as tarefas de investigação criminal pelas empresas, emprestando a esta atividade uma nova feição, híbrida, qual um misto de apuração público-privada, perceptivelmente distinta do tradicional perfil exclusivamente oficial da persecução penal pré-processual, e suscetível de impactar, quando se trate das entrevistas ou interrogatórios de funcionários suspeitos, a legalidade da prova por seu meio obtida.

Com efeito, o programa modelo desenhado pelas OSG, e aplicável ao *enforcement* do FCPA, as disposições do Guia do Ministério da Justiça britânico, de orientação à implementação do programa-base de *compliance* para atendimento ao UKBA, bem como as disposições da Lei Anticorrupção, notadamente aquelas relacionadas à exigência de apuração interna dos fatos pelas empresas, cláusula obrigatória do acordo de leniência, promovem uma clara delegação da responsabilidade às corporações para a realização e custeio da tarefa de apuração dos ilícitos de natureza e/ou conotação penal, notadamente as apurações que envolvem a tomada de depoimentos, entrevistas ou interrogatórios, como quer que se definam no âmbito privado, de funcionários havidos como suspeitos da atividade delitiva.

Por essa razão, mostra-se relevante analisar o sentido e o alcance desses programas de integridade normativa, de modo a avaliar se algo do seu perfil, tal como hoje se acha perfeccionado pelas leis anticorrupção mencionadas, se comunica e interfere com a validade probatória, para fins processuais penais, dos interrogatórios de funcionários suspeitos produzidos no âmbito empresarial.

6.2 Conceitos

Em terreno de fértil indeterminação terminológica³¹³, de transversalidade científica³¹⁴ e sob domínio do anglicismo³¹⁵, torna-se necessário tecer algumas breves considerações de ordem conceitual, de modo a fixar determinados sentidos.

³¹³ Cf. SIEBER (2013: 65)

³¹⁴ Cf. GARCÍA CAVERO (2014: 10), com apoio expresso em observações de Dennis Bock e Thomas Rotsch; e BALCARCE & BERRUEZO (2016: 147 e ss.).

³¹⁵ Cf. ROTSCHE (2012: 3); e BALCARCE & BERRUEZO (2016: 135 e ss.), com destaque, afirmam estes dois autores, para o pioneirismo dos EUA e da Inglaterra na criação de legislação penal econômica nomeadamente nas áreas do antitruste e do *compliance*, e para os quais se iniciou,

Consoante leciona Prittwitz (2013: 208), “*compliance* é o substantivo correspondente ao verbo «*to comply*»”, a significar, entre nós, obedecer, acatar³¹⁶. Já o termo *compliance* conhece tradução para “conformidade”³¹⁷. Prosseguindo em suas considerações de ordem semântica, Prittwitz (2013: 208) recorre à própria língua inglesa para definir um sentido que reputa essencial ao verbo “*to comply*”: “*to act in accordance with a command, request, rule, wish, or the like*”, e que se resume, ainda conforme este autor, em *fazer o que é devido*, afinal o centro de gravidade do Estado de Direito.

De igual modo, Rotsch (2012: 2) recorre à língua inglesa para atribuir ao termo *compliance* o significado de “*to be in compliance with the law*”, a traduzir como “conformidade ao Direito” (*gesetzmäßig*).

Que isto – *o dever agir conforme o direito* – não aparenta traduzir algo novo o próprio Prittwitz o menciona (2013: 208-209)³¹⁸, na mesma linha Rotsch (2012: 3-6) e Kuhlen (2013: 51 e ss.). Rotsch (2012: 3-6)³¹⁹, mais além, não se furta em apontar o *compliance* como um “novo objeto de trabalho da Ciência jurídica”, se se levar em conta a singularidade científica própria do *criminal compliance*, não confundível com problemas jurídico-penais tradicionais do Direito Penal econômico, frequentemente inseridos, estes, e não sem erro, no âmbito daquele tema³²⁰.

desde a última década do século passado, um processo de colonização do *civil law* pela *common law*, anglicismo que se faz sentir muito mais firmemente na regulação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, na afirmação da teoria psicológica da culpabilidade no Direito penal internacional, e na disseminação das categorias da *recklessness* e da *willful blindness* (2016: 145).

³¹⁶ Cf. LANDAU (2005: 167), entrada “*comply*”.

³¹⁷ Cf. LANDAU (2005: 167), entrada “*compliance*”.

³¹⁸ Embora deixe claro que essa observação carece de harmonia no subsistema “Economia”: “neste âmbito – esclarece PRITTWITZ (2013: 209) – a fidelidade ao Direito não parece ser nem uma tradição nem um costume; a esperança de fidelidade ao Direito não parece em parte contrafática, mas em parte ilusória; os esclarecimentos dos fatos por parte dos órgãos de persecução penal parece fracassar pela bem organizada irresponsabilidade, assim como pelos modestos recursos (...) do braço jurídico-penal do poder estatal...”.

³¹⁹ Tal como também o faz KUHLEN (2013: 63 e ss.), que, a despeito da observação aparentemente cética, não olvida a existência de problemas normativos próprios decorrentes do *criminal compliance*, como, p.ex., a existência de deveres de vigilância na empresa, o dever de garante do *compliance officer*, e, especialmente, a questão das investigações internas.

³²⁰ A singularidade científica desta nova área, segundo ROTSCH (2013: 4-6), residiria: (1) no seu *objetivo*, que, na maioria dos casos, estaria circunscrito à evitação da responsabilidade penal (*Haftungsvermeidung*), num sentido pleno, levando em conta a empresa no seu conjunto (cúpula e empregados), não confundida portanto com a simples transferência, de diretores para empregados subordinados, dessa mesma responsabilidade; (2) em termos de *assessoramento*, na necessidade de antecipar a responsabilidade penal mediante juízos hipotéticos, de forma a garantir que as decisões empresariais não guardem correspondência com formas de comportamento penalmente típicos; (3) no campo da *negligência*, pelo fato de a empresa, ao fixar os parâmetros internos do comportamento empresarial adequado, fazê-lo em nível tal que eleve sobremaneira os *standards* de diligência a cumprir por parte de funcionários e diretores, dificultando seu

A partir deste contexto, poder-se-ia conceituar *compliance* como o conjunto de medidas adotadas pelas empresas com o objetivo de: (1) assegurar o cumprimento das regras vigentes para a própria empresa e para o seu corpo de pessoal; (2) apurar as infrações cometidas naquele âmbito; e (3) sancionar os responsáveis, consoante a doutrina de Kuhlen (2013: 51)³²¹.

Trata-se, portanto, de um instrumento do mercado, desenvolvido no âmbito das corporações, que está a merecer forte interesse regulatório estatal porque, funcionalizado que seja à base de estímulos e desestímulos, pode render benefícios no plano da detecção e prevenção criminal.

Ponderados os objetivos pretendidos com tal programa, pode-se falar em *compliance* em *sentido estrito*, destinado a assegurar o cumprimento da normativa legal, *tout court*; e em *sentido amplo*, abrangente do cumprimento das normas legais bem como dos códigos de conduta empresariais³²²⁻³²³. Este significado mais elástico abrangeria figuras contextual e conceitualmente próximas do *criminal compliance*, porém tecnicamente distintas. Conforme se observa em Sieber & Engelhart (2014: 1-2), há programas de supervisão empresarial com objetivos mais amplos, voltados à promoção de valores éticos (“*business ethics*”), ou relacionados às atividades sociais das empresas (“*corporate social responsibility*”), bem como programas sobre transparência na estrutura das sociedades comerciais (“*corporate governance*”), que todavia não se confundem com os programas de *compliance*, precisamente porque voltados apenas à observância de diretrizes internas, códigos éticos de governança, disposições de *soft law*, enfim.

atendimento, a denotar um autorregramento penal; (4) se constitui objetivo do *criminal compliance* a evitação ou a minimização da responsabilidade penal, como alcançar tal finalidade, no plano geral, via regulação empresarial interna, especialmente em referência aos delitos dolosos? (5) a pretensão de exonerar os dirigentes das empresas de responsabilidade pode ser lida, em Alemanha, como uma reação frontal à jurisprudência do BGH sobre imputação *top down*, nesse caso mais uma observação crítica que algo efetivamente novo; e (6) por fim, na possibilidade de entender-se o *criminal compliance* como transferência da responsabilidade penal dos dirigentes para a própria empresa, igualmente em perspectiva crítica.

³²¹ ROTSCH (2012: 2) define *compliance* como um instrumento de supervisão empresarial vocacionado a assegurar que as empresas e seus órgãos operem harmonicamente com o *Direito vigente*.

³²² Cf. SIEBER & ENGELHART (2014: 1); na mesma linha, cf. GARCÍA CAVERO (2014: 9). Um conceito amplo de *compliance*, amparado nos regramentos da governança corporativa, está em LAUFER (1999: 1393).

³²³ BOCK (2013: 107), algo diversamente, alude a um “conceito estendido” de *compliance* como “fidelidade do direito”, e a uma “compreensão restritiva do conceito”, a significar “o dever de lograr uma estrutura de implementação – como o conjunto de todas as medidas – tendente a garantir essa fidelidade do Direito”.

Criminal compliance, ainda segundo Sieber & Engelhart (2014: 2), seria exatamente o programa de conformidade voltado à observância da lei penal, direcionado desse modo à prevenção e detecção do crime, podendo caracterizar-se como uma variação ou especialização do *compliance* em sentido estrito. Kuhlen (2013: 51), em sentido semelhante, define *criminal compliance* como as medidas destinadas a evitar a violação de normas reforçadas com pena³²⁴.

Por fim, na perspectiva subjetiva, três personagens avultam: *Compliance Officer* – ou *Chief Compliance Officer*; *Gatekeeper* e *Whistleblowers*.

De acordo com Quintela de Brito (2014: 87),

‘Os *Compliance Officers* são administradores ou trabalhadores cuja função consiste apenas em controlar problemas organizativos concretos, relacionados ou não com a eventual conduta incorrecta de outros trabalhadores. Cabe-lhes uma ‘*função de duplo asseguramento*’, operando como uma barreira adicional destinada a evitar *outputs* lesivos da empresa.’

Em outros termos, Robles Planas (2013: 324) define o *Compliance Officer* – também designado por responsável de cumprimento ou oficial de cumprimento – como aquele que, internamente, “assume a vigilância sobre o correto cumprimento do Direito nas diversas camadas da empresa bem como a transmissão das informações relevantes a esse respeito aos órgãos de direção.”

Para o que aqui interessa, o *Compliance Officer*, ainda segundo Robles Planas (2013: 324), é a pessoa responsável pelo “dever de investigar e transmitir a informação ao órgão superior (...)”, e, embora possa estar vinculado à empresa, deve ser “funcionalmente independente”³²⁵, de modo a que possa bem cumprir suas tarefas de supervisão e controle.

Gatekeepers, de sua vez, “são os auditores externos que avaliam e certificam o programa de cumprimento do Direito elaborado e implementado pelas pessoas jurídicas”, conforme lição de Quintela de Brito (2014: 88).

Por fim, o termo *Whistleblower* constitui expressão coloquial de origem inglesa, significando literalmente “aquele que sopra o apito”, em referência ao antigo costume dos policiais ingleses, que apitavam para advertir a presença de um possível delinquente³²⁶.

³²⁴ No mesmo sentido, BOCK (2013: 108); e ROXIN (2015: 321).

³²⁵ Cf. GARCÍA CAVERO (2014: 39); e NIETO MARTÍN (2013a: 35).

³²⁶ Cf. RAGUÉS I VALLÈS (2013: 19).

A palavra possui hoje outra, porém próxima, conotação: designa funcionários do setor público ou privado que, por motivos variados, denunciam irregularidades ocorridas no âmbito da própria organização, a cuja ciência acederam facilitados pela qualidade de *insider*.

Para Ragués I Valles (2013: 20), *Whistleblowers* são os membros ou antigos membros de uma determinada organização pública ou privada que denunciam práticas ilícitas – ou pouco éticas – levadas a cabo pela própria organização ou por sujeitos que formam parte dela pondo em conhecimento tais fatos, segundo os casos, dos seus superiores, das autoridades ou de terceiras pessoas. O interesse sobre esta figura no âmbito do *compliance* é pontual: a sua regulação legislativa tem ocorrido, via de regra, embora não essencialmente, como capítulo dos programas de *compliance*, sob a forma de canais internos de denúncias.

6.3 Elementos estruturais do *criminal compliance*

Duas funções se estabilizam, no plano teórico, como determinantes para a caracterização do *criminal compliance*, conforme leciona García Caveró (2014: 22 e ss.)³²⁷: (1) a função de *prevenção* das infrações legais (penais), satisfeita com a “implementação de um conjunto de medidas organizativas e de vigilância no interior da empresa, tendentes a evitar que se produzam infrações penais”³²⁸; (2) e a função de *confirmação* do direito, materializada pelo estabelecimento de mecanismos capazes de promover a detecção interna das irregularidades e reparação dos danos³²⁹.

Os contornos mais nítidos dessas funções podem ser verificados na concreta conformação de um programa de *criminal compliance* por uma empresa, que haverá de assentar-se, segundo a doutrina³³⁰, em três pilares.

No primeiro, tem-se a *formulação* do dito programa, compreensivo das etapas de identificação dos riscos, definição das medidas de prevenção, detecção e comunicação, e a estruturação mesmo do programa, dotando certo corpo de

³²⁷ Em idêntico sentido, BAER (2009: 12). Tais funções, ao cabo, perfectibilizam o próprio conceito de *compliance*, como visto parágrafos acima.

³²⁸ Cf. igualmente BERMEJO & PALERMO (2013: 176); e BAER (2009: 12).

³²⁹ Assim, dentre outros, em BAER (2009: 12); SIEBER (2013: 71); KUHLEN (2013: 75-76); PABLO MONTIEL (2013a: 221 e ss.); SAHAN (2013: 245 e ss.).

³³⁰ As referências e a sistematização que seguem, neste parágrafo, são de GARCÍA CAVERO (2014: 27 e ss.).

pessoas e de recursos, dentro da empresa, para o desempenho da função; no segundo, dá-se a *implementação*, desdobrada nas tarefas de informação interna acerca do programa, de incentivo à sua observância, e de organização de medidas que assegurem a vigência do programa de cumprimento, incluindo tarefas de inspeção e monitoramento; o terceiro pilar a sustentar um programa de cumprimento normativo é a sua *consolidação e aperfeiçoamento*, a exigir da estrutura responsável pelo *compliance* no âmbito da empresa que, ante a suspeita razoável de infração, responda a isto com investigações internas, realizadas pelo seu próprio pessoal ou por profissionais externos especialmente contratados para esse fim, puna os responsáveis, e promova o ajuste e melhoramento do programa, em função das falhas detectadas³³¹.

Tais pilares condensam os elementos estruturais mínimos de um programa de *compliance* voltado à prevenção da criminalidade de empresa, assim sistematizados por Sieber (2013: 71-72): (1) definição e comunicação dos valores e objetivos empresariais que devem ser respeitados, análise dos riscos específicos correspondentes dentro da empresa, assim como o consequente estabelecimento e publicidade das disposições e procedimentos que devem ser respeitados pelas empresas e seus trabalhadores; (2) fundamentação da responsabilidade dos níveis hierárquicos mais elevados pelos objetivos, valores e procedimentos definidos; fixação de responsabilidades no nível de mando médio criando uma unidade empresarial correspondente especializada (departamento de *compliance*), assim como o esclarecimento e capacitação dos trabalhadores da empresa; (3) criação de sistemas de informação para o descobrimento e esclarecimento dos delitos, especialmente de controles internos, deveres de informar, “sistemas de informantes” para a recepção de denúncias anônimas, determinação do responsável pela apuração dos casos de suspeita que devem ser esclarecidos (departamento de *compliance* e/ou os órgãos do Estado) e dos resultados da investigação em caso de suspeita (comunicando à alta direção da empresa), assim como a adaptação permanente e o melhoramento dos respectivos programas; (4) participação de controladores externos em relação a determinados elementos do programa de *compliance*, bem como sua avaliação externa; (5) estabelecimento de

³³¹ Modelo teórico reproduzido muito proximamente no *compliance* da SIEMENS, disponível: [http://www.aan.siemens.com/compliance/Documents/Compliance%20System%20Brochure%20\(ES\).pdf](http://www.aan.siemens.com/compliance/Documents/Compliance%20System%20Brochure%20(ES).pdf) [acesso em 13/10/2016].

medidas internas para a sanção de abusos; (6) criação de estruturas efetivas que estimulem a execução e o melhoramento das medidas antes mencionadas³³².

Os elementos estruturais identificados por Sieber coincidem, a traços bem próximos, com a posição de outros autores³³³, e encontram-se bem elaborados tecnicamente nas diretrizes constantes do Guia editado para o *enforcement* do UKBA, a saber: (a) adoção de procedimentos e políticas proporcionais aos riscos; (b) engajamento dos altos níveis diretivos; (c) avaliação periódica dos riscos; (d) ampla comunicação da política e dos procedimentos; (e) monitoramento e avaliação; e (f) a devida diligência sobre funcionários, diretores, fornecedores, parceiros etc., incluso mediante investigações internas³³⁴.

Mais recentemente, a *International Organization for Standardization* (ISO), federação mundial de órgãos nacionais de normalização, no interesse da facilitação autorregulatória empresarial, editou a já mencionada ISO nº 19.600:2014, provendo diretrizes para a implementação de um sistema de gestão de *compliance* por parte das corporações interessadas em “salvaguardar a sua integridade e evitar ou minimizar o não cumprimento da lei”.

Conquanto esse documento tenha mencionado expressamente, na sua Introdução, que “não especifica os requisitos” de um específico programa de *compliance*, fornece ele detalhadas diretrizes para a implementação de um sistema de gestão de cumprimento normativo, cujas linhas gerais, em termos de estrutura, não destoam da teorização feita em doutrina, passando pela identificação de obrigações de *compliance* pela própria organização (item 4.5), por tarefas de liderança e comprometimento da alta direção (item 5), pelo planejamento (item 6), pelo apoio financeiro e técnico (treinamento) às políticas de cumprimento normativo (item 7), pelas tarefas de controle (item 8) e avaliação de desempenho (item 9), dentre as quais se inserem as auditorias (item 9.2), e finalizando com os processos de melhoria do próprio sistema de gestão (item 10).

Observa-se, assim, que, dentre os elementos estruturais básicos dos programas de cumprimento normativo, há invariável destaque para a investigação interna dos fatos delitivos pela própria empresa, mediante inquéritos ou auditorias

³³² Cf. SIEBER (2013: 72)

³³³ Cf., entre outros, GRUNER (2007: 288 e ss.); BERMEJO & PALERMO (2013: 177-178); CIGÜELA SOLA (2015: 343-344).

³³⁴ A proposta de SIEBER (2013: 70-71) agrega à perfeição todos estes elementos, com destaque para a “criação de sistemas de informação para o descobrimento e esclarecimento dos delitos (...)”.

internas, atividade essa que caracteriza, à luz desses parâmetros, necessariamente, uma *compliance measure*³³⁵.

Descontada a mais concreta referência às diretrizes de *compliance* para satisfação do UKBA, e aquelas diretrizes não menos relevantes estabelecidas pela ISO nº 19.600:2014, está-se a andar em terreno essencialmente especulativo. Ao fim, do ponto de vista político-criminal, a decisão sobre quais específicas medidas relevam na composição de um programa efetivo de cumprimento normativo, para a concessão de favores de ordem penal, está entregue, nos seus aspectos mais gerais, ao legislador, tecnicamente livre para a eleição do modelo interventivo, conforme leciona Nieto Martín (2013a: 46), tanto que em Itália, revela este autor, preferiu o legislador valorizar um programa de cunho preventivo, sem associar benefícios de ordem penal a medidas de investigação empresarial.

Aquela perspectiva teórica, porém, encontra eco no *enforcement* ou no desenho mesmo das legislações em estudo. Observe-se, a esse respeito, que o programa modelo de *compliance* analisado, decorrente de acordo entre o DOJ e a BGH, a viabilizar a aplicação do FCPA via Princípios do DOJ e OSG³³⁶, o UKBA³³⁷, bem como a Lei Anticorrupção brasileira ³³⁸, exigem todos a contrapartida empresarial investigatória, com posterior compartilhamento das provas, enquanto condição para a exclusão/atenuação da responsabilidade ou culpabilidade penal, a confirmar um prefigurado potencial destes programas para a transferência da responsabilidade e do custo da apuração do crime corporativo para as próprias empresas³³⁹.

Se se trata da melhor perspectiva político-criminal, é problema cujo aprofundamento refoge ao âmbito deste trabalho. Para o que aqui interessa, basta a constatação de que as legislações analisadas, duas delas nomeadamente influentes no âmbito internacional pela rigorosa aplicação e pela notável extraterritorialidade, orientaram-se de modo claro e indubitado pela exigência de apuração interna dos fatos pela própria empresa enquanto condição para a obtenção de benefícios penais.

³³⁵ Cf. SIEBER & ENGELHART (2014: 2).

³³⁶ Vide subitens 1.2, 4.1.2 e 4.2.2, supra.

³³⁷ Vide subitem 3.2.3, supra.

³³⁸ Vide subitem 5.4, supra.

³³⁹ Cf. GRUNER (2007: 287).

Por fim, ainda em referência às opções legislativas de configuração do modelo e respectivo valor do *compliance*, outra perspectiva de análise merece destaque.

A depender da forma e intensidade como estruturados normativamente aqueles elementos básicos de um tal programa, antes mencionados, o legislador pode dar origem, reitere-se Nieto Martín (2013a: 33 e ss.), a dois modelos de *compliance*. Um voltado a desenvolver uma cultura de respeito à legalidade no âmbito da empresa com ênfase na formação do corpo de pessoal, e que, apesar de possuir também medidas de controle, são aquelas usuais de toda empresa, como controle contábil, seleção de fornecedores, *due diligence* etc, modelo este de cunho mais administrativo, focado na prevenção, dotado de medidas de investigação apenas reativas a infrações já detectadas, e respeitantes dos direitos fundamentais. O segundo modelo, que critica, por converter a empresa num panóptico, é baseado preponderantemente na vigilância e no controle, com risco de afetar direitos fundamentais dos trabalhadores mediante medidas de investigação amplas e preventivas.

6.4 Finalidade

Como leciona Sousa Mendes (2015a), na linha de anterior consideração formulada, no mesmo sentido, por Nieto Martín (2013a: 27), o *compliance* deve ter por finalidade evitar a prática de infrações, e não visar obter isenções de responsabilidade (colectiva ou individual), nem atenuação de sanções. Caso contrário, prossegue Sousa Mendes, “os programas de *compliance* tornar-se-iam facilmente num mecanismo fraudulento de blindagem contra os riscos jurídicos da responsabilidade”.

Com efeito, é fora de dúvida que os benefícios decorrentes da atenuação de sanções e da evitação de processos judiciais economicamente prejudiciais à empresa formam peso relevante na *decisão corporativa* de implementar um programa de cumprimento normativo, como, aliás, o presente texto evidencia em variadas passagens, quando há, evidentemente, espaço de liberdade empresarial para essa decisão.

Todavia, a decisão empresarial pela implementação de um programa de cumprimento normativo fundada apenas na finalidade econômica tem pelo menos

duas graves falhas que impactam a efetividade desse *compliance*, e, conseqüentemente, o valor que se lhe há de ser conferido pelos aplicadores da lei.

Tal visão, primeiro, deturpa ou minimiza a relevância de um dos principais fatores dissuasórios no âmbito da criminalidade empresarial, a saber, a capacidade que a fixação de diretrizes éticas e normativas, no interior das empresas, e o conseqüente e efetivo engajamento diretivo pelo seu cumprimento, têm para contrarrestar as técnicas de neutralização adotadas por infratores³⁴⁰. O viés exclusivamente econômico esgarça a percepção acerca da mandatoriedade de tais normas e controles internos; e põe a perder, ou simplesmente não permite adquirir, no ambiente corporativo, o sentido da “cultura de cumprimento”³⁴¹.

Em segundo plano, a diretriz puramente elisiva da responsabilidade gera o grave risco de produzirem-se programas de *compliance* para fins meramente cosméticos, razão do receio de tribunais em valorar tais medidas, precisamente porque passam a idéia de serem apenas uma “ferramenta nas mãos de administradores”, tendente a “auxiliar a empresa a evitar responsabilidades”³⁴².

Assim vistas as coisas, a implementação, pelas empresas, de programas de *compliance*, deve ocorrer de preferência antes de qualquer fato delitivo, no intuito maior da prevenção, como adverte Cruz Santos (2016a), precisamente porque a ênfase há-de estar centrada na cultura do cumprimento das leis, e não na evitação do castigo, uma perspectiva que adquire ainda mais força se se levar em conta a atuação global de empresas multinacionais, submetidas aos mais diversos sistemas jurídicos, impossibilitadas que estão, por essa razão, de implementarem programas de assessoramento com o fim de “estabelecer normativas internas que lhe permitam mover-se no fio da navalha”, entre a necessidade de evitar-se um e outro comportamento criminoso. “O cumprimento normativo deve começar muito antes do tipo penal”, completa Nieto Martín (2013a: 28).

Esta consideração deve levar em conta, todavia, que as legislações analisadas abrem igualmente espaço para a imposição de programas de cumprimento normativo *ex post facto*, via acordos com órgãos de acusação,

³⁴⁰ Cf. SIEBER (2013: 84-85).

³⁴¹ A significar, essa “cultura de cumprimento”, conforme lição de COCA VILA (2013: 56), “(...) a interiorização por parte de todos os membros da empresa da necessidade de atuar sempre conforme o Direito, assim como da utilização constante e sem reparos dos meios de assessoria, informação e denúncia intraempresariais”.

³⁴² Cf. NIETO MARTÍN (2012: 125). Relembre-se igualmente a observação de ROTSCH (2013: 4-6), acerca do risco de percepção do *compliance* como instrumento direcionado a exonerar os dirigentes das empresas de suas responsabilidades.

quando não chegaram a ser implementados previamente, ou o foram de forma deficiente, enquanto condição para a obtenção de certos favores penais.

Também para este caso, valem as observações atinentes à preponderância da finalidade preventiva sobre a intenção de livrar-se de responsabilidades, visto que direcionado, tal programa, à minimização e evitação de futuras infrações, objetivo dissuasório dificultado, vale reiterar, se não se adquire a cultura da legalidade intramuros³⁴³.

6.5 Origem e desenvolvimento

Os programas de *compliance* ganharam corpo nos Estados Unidos da América, em resposta às graves crises econômicas verificadas na última década do século passado, funcionalizados que foram³⁴⁴, para a *prevenção* e *deteção* de fatos delitivos, com o nítido objetivo de “impedir a criminalidade proveniente das empresas e dirigida a elas”³⁴⁵.

Os vetustos acordos de redução de pena mediante colaboração corporativa, que estiveram na base das investigações da SEC³⁴⁶ a propósito do escândalo *Watergate*, deram início à rigorosa tendência de *enforcement* do direito penal corporativo nos EUA, incluso e maiormente do FCPA^{347 - 348}. Tal atividade persecutória foi incrementada de modo significativo com a promulgação das OSG, que fundamentaram a posterior sistematização e consolidação dos Memorandos do DOJ³⁴⁹.

As OSG, pelo pioneirismo na previsão de diretrizes de redução da responsabilidade corporativa a partir de créditos decorrentes da estruturação de mecanismos internos de prevenção e deteção de delitos, podem ser apontadas

³⁴³ Cf. pesquisa revelada em SIEBER (2013: 84-85).

³⁴⁴ Em paralelo com outros mecanismos de controle da criminalidade econômico-financeira e organizada, de intervenção na economia, enfim, consoante, p.ex., a ampliação de medidas protetivas e de incentivos, incluso financeiro, a informantes internos das empresas (*whistleblowers*), a previsão de limites remuneratórios a dirigentes de corporações, sob risco de imputação por administração desleal (cf. LUZÓN PEÑA, 2014: 27 e ss.), e o incremento do combate ao lucro ilícito derivado daquela atividade criminosa (cf. SILVA DIAS, 2011: 23 e ss.).

³⁴⁵ Cf. SIEBER (2013: 68).

³⁴⁶ Cf. ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI (2013: 198); GIUDICE (2011); e MATHEWS (1984).

³⁴⁷ Cf. GRUNER (2007: 279-280); ORLAND (2006: 45); e GÓMEZ MARTÍN (2013: 127).

³⁴⁸ O FCPA desempenhou papel tão relevante no desenvolvimento dos programas de *compliance* que, para alguns (SOUZA, 2015; NIETO MARTÍN, 2003), a política regulatória ali instaurada pode ser identificada como a origem de tais exigências de integridade.

³⁴⁹ Cf. FINDER & McCONNELL (2006: 3-4).

como a fonte moderna dos programas de *compliance*³⁵⁰, fenômeno atualmente espalhado por diversos continentes, com desenvolvimento nas áreas públicas e privada, e implicações transversais em variados domínios científicos, em especial no segmento jurídico-penal³⁵¹⁻³⁵²⁻³⁵³.

Tal política regulatória encontra fundamento na convergência de entendimento no sentido de que “a intervenção preponderante das corporações em diversos setores sociais essenciais as converteu no principal foco de criação de riscos”³⁵⁴, riscos igualmente decorrentes e favorecidos pela configuração de uma sociedade altamente industrializada e tecnologicamente avançada³⁵⁵, de factível presença em diversos setores socialmente relevantes, como o meio ambiente, o mercado consumidor, a saúde pública, etc³⁵⁶.

³⁵⁰ No mesmo sentido, cf. ENGELHART (2014a: 716) e ENGELHART (2014b: 61); GARCÍA CAVERO (2014: 18-19); ZYSMAN QUIRÓS (2013: 168); e ORTIZ DE URBINA GIMENO (2014: 54). Como advertiu CIGÜELA SOLA (2015: 341), “en los análisis de la responsabilidad colectiva, hasta hace poco más de una década no aparecía, ni siquiera de pasada, la palabra «*compliance*»”. NIETO MARTÍN (2003: 6-7) dá ênfase, nesse quesito, à política de autorregulação regulada iniciada a partir do FCPA.

³⁵¹ SIEBER (2013: 67) refere quadro comparativo entre Alemanha e EUA, apurado em pesquisa conduzida pela *PricewaterhouseCoopers (PwC)*, publicada em 2007, na qual se informa “(...) uma crescente implementação de programas contra a criminalidade econômica. Para este estudo foram entrevistadas 1.166 empresas alemãs. Até 87% das empresas indicaram (segundo o tipo de medida) haver adotado previsões contra a criminalidade econômica. Para isto as empresas confiavam sobretudo em medidas de controle através de revisões internas ou externas, enquanto que as medidas preventivas haviam sido desenvolvidas por muito menos empresas. Em empresas com uma elevada atividade controladora, 62% das firmas havia implementado um programa de ‘*compliance*’, e 76% diretrizes éticas. Em troca, do total de empresas entrevistadas, 61% possuía diretrizes éticas, mas somente 37% tinha programas de ‘*compliance*’ com *standards* de conduta controlados. Nos Estados Unidos, ao contrário, 94% das empresas possuíam diretrizes éticas, as quais foram reforçadas em 73% dos casos mediante programas de ‘*compliance*’.” Em complemento, até mesmo para melhor compreensão dos resultados dessa pesquisa, cite-se a advertência de ENGELHART (2014a: 716), de que na Alemanha a discussão sobre o tema está apenas no início, e que os programas de conformidade, naquele país, constituem ainda essencialmente matéria de *soft law*, de comprometimento voluntário das empresas, a despeito de previsões no âmbito contraordenacional.

³⁵² Um panorama da influência exercida pelas OSG na Europa pode ser conferido em ZYSMAN QUIRÓS (2013: 170 e ss.).

³⁵³ O presente trabalho está limitado à análise das implicações processuais penais decorrentes da realização, pelas empresas, de interrogatórios de empregados suspeitos, no âmbito dos programas de *compliance*, excluídos, assim, outros problemas de ordem penal e procesual penal emergentes do fenômeno, que podem ser observados, de modo não taxativo, para o setor privado, em KUHLEN, PABLO MONTIEL & ORTIZ DE URBINA GIMENO (2013) e SILVA SÁNCHEZ & MONTANER FERNÁNDEZ (2013); e, para o setor público, em NIETO MARTÍN & MAROTO CALATAYUD (2014).

³⁵⁴ Cf. GARCÍA CAVERO (2014: 14) e GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI (2013: 77-78).

³⁵⁵ Cf. AIRES DE SOUSA (2014: 51).

³⁵⁶ Cf. AIRES DE SOUSA (2014: 51), que acrescenta: “a idéia de que a industrialização ou o avanço do conhecimento comporta riscos não é uma idéia nova, encontrando-se documentada pela história. De fato, a aceitação do desafio interposto pelo risco constituiu desde sempre uma condição necessária ao progresso da humanidade. Como forma de garantir a sobrevivência da vida humana, o Homem tem procurado modos de lidar com o risco, agora, por via do recurso (circular) à técnica e à ciência”.

Segundo Sieber (2013: 63),

‘Os programas de *‘compliance’*, assim como novos controles dirigidos a prevenir a criminalidade, constituem uma reação aos espetaculares escândalos no campo da criminalidade econômica que ocorreram há pouco tempo nos EUA, como também em Europa: os desastres empresariais, p.ex., de *World-Com*, *Enron*, *Parmalate* *Flowtex* têm corroborado, no últimos anos, o diagnóstico pioneiramente feito por Tiedemann, no sentido de que a criminalidade econômica também pode levar à ruína de grandes empresas e causar graves prejuízos para toda a sociedade³⁵⁷.’

O exponencial crescimento do *compliance* deriva significativamente, numa perspectiva mais ampla, abrangente do mais alargado conceito de governo das sociedades³⁵⁸ –, da compreensão, infelizmente pós-crise, da fragilidade do sistema econômico-financeiro internacional, agravada pela desregulação do mercado financeiro global e absoluta predominância do lucro como valor³⁵⁹.

6.6 Aspectos criminológicos e político-criminais³⁶⁰

6.6.1 Aportes da Criminologia

Na perspectiva criminológica, a percepção acerca da relevância do *compliance*, segundo Sieber (2013: 83-86), parte de um comprovado potencial desse instrumento para a prevenção da criminalidade empresarial, especialmente porque tal ferramenta permite contrarrestar adequadamente às *técnicas de neutralização*³⁶¹, uma das principais causas daquela criminalidade.

³⁵⁷ No mesmo sentido, cf. BACIGALUPO (2011: 13 e ss.).

³⁵⁸ A origem e a evolução do termo “governo das sociedades”, e sua expansão por força das recentes crises econômicas, podem ser conferidas em MENEZES CORDEIRO (2009).

³⁵⁹ Cf. MENEZES CORDEIRO (2009: 15).

³⁶⁰ Para um mais aprofundado perfil criminológico e político criminal do *white-collar crime* especialmente associado ao tema *compliance*, conferir o recente trabalho de SOUZA (2015: 39 e ss.), cuja metodologia de trabalho inspirou a presente e mais singela abordagem constante deste item.

³⁶¹ De acordo com FIGUEIREDO DIAS & COSTA ANDRADE (1997: 235 e ss.), técnicas de neutralização da culpa seriam “verbalizações ou racionalizações anteriores à conduta que tornam, em concreto, inoperativo o controle social que as normas veiculam. As técnicas de neutralização coincidem assim, grosso modo, com os *motivos* no sentido de W. MILLS, isto é, construções linguísticas, organizatórias e legitimadoras da ação em situações particulares.” As técnicas de neutralização com possíveis contatos com a criminalidade econômico-financeira são a *negação da responsabilidade* (projeção do evento como “algo que lhe acontece”, decorrente de circunstâncias exógenas, e não como algo feito pelo agente); a *negação do dano* (o autoconvenimento do agente acerca da regularidade de sua conduta decorre da argumentação de que, afinal, “não prejudica ninguém”, própria dos crimes sem vítima); a *condenação dos condenadores* (o agente desvia o foco de atenção do crime para os motivos e comportamentos daqueles que condenam sua prática, um

Ainda com Sieber (2013: 83),

‘A investigação criminológica da criminalidade econômica demonstra que, para a criminalidade empresarial, resulta em primeiro lugar determinante a influência da empresa na conduta dos trabalhadores. (...) As infrações às normas são favorecidas especialmente por um clima de erosão normativa, por *técnicas de neutralização* no interior da empresa, para facilitar as violações normativas, por pressões sobre os trabalhadores, para que encontrem ‘soluções inovadoras’ assim como oportunidades para o cometimento de delitos.’

Os programas de *compliance*, conclui aquele autor (2013: 84-85), exercem positiva influência sobre tal quadro, especialmente pela fixação, no seio das empresas, de diretrizes éticas contrapostas ao tradicional clima de erosão normativa, e pela implementação de medidas de investigação dos fatos delitivos, que aumentam o risco de descoberta da infração, como indicado, no plano empírico, pela comprovada diminuição das cifras negras, existentes em percentual mais elevado nas empresas desprovidas de sistemas de controle interno³⁶².

Engelhart (2014b: 65-66) menciona que,

‘A responsabilidade criminal das empresas e o *compliance* encaixam-se perfeitamente, ambos com efeitos preventivos. O efeito dissuasório e preventivo da responsabilidade criminal das empresas, embora muitas vezes contestado, já foi comprovado empiricamente na década de 1970 por Breland e Tiedemann. Nova pesquisa do Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional confirma que medidas de natureza criminal são mais eficazes do que a imposição de sanções administrativas ou civis. Da mesma forma, evidências empíricas indicam que um abrangente e sistemático programa de conformidade é uma ferramenta eficaz para prevenir e detectar infrações legais nas empresas. A principal razão para tal efeito é a influência no clima organizacional na empresa.’

A juridicidade do *compliance*, à vista do quadro de crise econômica já exposta, tem origem, e adquire significação e relevo, exatamente pela alegada virtude de neutralizar ou minimizar os riscos deletérios, para todas as sociedades,

raciocínio do tipo “todos o fazem”), e o *apelo a lealdades superiores* (argumento tendente a neutralizar os “fundamentos axiológicos da norma violada”, do tipo “sempre ilegal e raramente imoral”, próprio da manifestação de lealdade interna de certos grupos, como gangues, ou certos nichos de atividade econômica), tudo conforme, uma vez mais, FIGUEIREDO DIAS & COSTA ANDRADE (1997: 238 e ss.).

³⁶² SIEBER (2013: 84) está a se referir, nesse contexto, à mencionada pesquisa realizada pela *PricewaterhouseCoopers (PwC)*, segundo a qual, em nível mundial, 38% das empresas que possuíam regras éticas e programas de *compliance* foram vítimas de delitos econômicos, enquanto no outro grupo comparativo, composto de empresas sem *compliance*, este número subiu para 54%.

dos *delitos econômicos cometidos a partir de uma empresa*³⁶³, no domínio portanto da responsabilidade penal da empresa³⁶⁴⁻³⁶⁵, notadamente para certos grupos de crimes, como a corrupção de funcionário público nacional ou estrangeiro, branqueamento de capitais, formação de cartel, dentre outros, como bem observou Souza (2015: 34).

Nesse ponto, quando se fala que o *compliance* está referido aos delitos econômicos cometidos a partir de uma empresa, quer-se com isto enfatizar e admitir que a sua relevância está presente no duplo sentido de criminalidade igualmente proposto por Schünemann (1988: 529-530), compreensivo tanto da *criminalidade de empresa* (Unternehmenskriminalität), enquanto a soma dos delitos econômicos cometidos a partir de uma empresa, ou através de uma atuação para uma empresa³⁶⁶; como da *criminalidade na empresa* (Betriebskriminalität), englobante dos crimes cometidos dentro ou contra a própria empresa, por seus colaboradores³⁶⁷⁻³⁶⁸.

³⁶³ Expressão de SCHÜNEMANN (1988: 529), de quem se pede de empréstimo o conceito amplo de delitos econômicos, ali proposto: “todas as ações puníveis e as infrações administrativas que se cometem no marco da participação na vida econômica ou em estreita conexão com ela”.

³⁶⁴ Como, aliás, já ficou observado, em maior medida pela cultura empresarial criminógena suscetível de formar-se a partir da influência específica da empresa sobre o comportamento dos seus trabalhadores, cf. SIEBER (2013: 83); SOUZA (2015: 52) e FARIA COSTA (1992: 543 e ss.). Para um perfil criminológico dos crimes de colarinho branco, abrangente das mudanças de paradigma experimentadas nesse domínio, cf. CRUZ SANTOS (2001: 125 e ss.).

³⁶⁵ FARIA COSTA (1992: 537-538) salientara, já há mais de duas décadas, que a crescente preocupação doutrinária e político-criminal acerca da responsabilidade penal da empresa decorria, entre outros fatores, da “descoberta” da empresa, pelo direito penal e pela criminologia, como “centro susceptível de gerar ou favorecer a prática de fatos penalmente ilícitos, porque de repercussão desvaliosa no tecido econômico-social”. Para uma perspectiva algo mais desenvolvida, cf. FARIA COSTA (2003: 81); e ENGELHART (2014b: 54 e ss.).

³⁶⁶ E lesivos de bens jurídicos e interesses externos, cf. SCHÜNEMANN (1988: 531).

³⁶⁷ Divisão levada a efeito pelo referido autor para equacionar problemas de prova e imputação de responsabilidade individual no âmbito da criminalidade empresarial, menos intensos no segundo grupo de casos, resolvíveis sem maior dificuldade pelas regras aplicáveis aos delitos comuns, desde a perspectiva da dogmática penal (cf. SCHÜNEMANN, 1988: 529-530; e, igualmente, SOUZA, 2015: 30).

³⁶⁸ FARIA COSTA (1992: 543), a partir das linhas essenciais fornecidas por SCHÜNEMANN (1988), provê uma classificação mais detalhada, ao recortar os vários tipos de criminalidade econômica em: “a) criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, não tocando, pois, a própria empresa; b) criminalidade que germina dentro da empresa contra a própria empresa; c) a criminalidade levada a cabo por pessoas da empresa contra outros membros da empresa; e d) a criminalidade que se projecta a partir da empresa.” Os grupos de casos atinentes às letras [b) e d)], e que refletem respectivamente – ainda que parcialmente – as designadas *Betriebskriminalität* e *Unternehmenskriminalität*, como salientado pelo próprio FARIA COSTA (1992: 543), interessam sobremaneira ao *compliance*, pelos elevados riscos de lesão a interesses de terceiros para além da própria lesão patrimonial da corporação. Poder-se-ia objetar que o tipo de criminalidade que germina dentro da empresa contra a própria empresa, espécie de *Betriebskriminalität*, não seria susceptível de engendrar a sua responsabilidade criminal, porque a empresa seria vítima, eliminando o interesse empresarialna estruturação de dispendioso programa de *compliance*, visto que ausente espaço para a discussão acerca de qualquer benefício de exclusão ou redução de pena. A objeção seria falha, porque também nestes casos é possível cogitar a responsabilidade penal

Assim ocorre, a nosso juízo, porque, diferentemente das questões atinentes à fixação da responsabilidade individual de dirigentes empresariais, menos complexas naquela segunda hipótese, possui o *compliance* uma finalidade mais ampla, de observância da lei na atividade corporativa³⁶⁹, indisputavelmente presente nas duas vertentes classificatórias, não se podendo admitir esteja fora da abrangência das atividades de prevenção e detecção de um específico programa de cumprimento normativo voltado à evitação de infrações penais, p.ex., delitos da magnitude daqueles verificados no âmbito da Petrobrás S/A, praticados, em parte, por funcionários e colaboradores da empresa contra o patrimônio desta, e enquadráveis, em tese, no segundo grupo de casos³⁷⁰.

Mais além, tais delitos, especialmente quando lesivos ao patrimônio de empresas de capital aberto, podem gerar danos de proporções drásticas, cumulativamente, para o mercado financeiro e investidores em geral.

6.6.2 A Política Criminal

A resposta estatal aos prefigurados *riscos* da criminalidade econômico-financeira no domínio corporativo tem sido incrementada, no plano político-

corporativa. Note-se, p.ex., que um qualquer desfalque financeiro interno, praticado por diretores, contra empresa de capital aberto, pode – em verdade certamente estará – associado a controles contábeis maquiados. Nesse caso, ainda que ausente uma qualquer criminalidade que se projete a partir da empresa – e em benefício desta empresa – haveria espaço, satisfeitas as demais exigências de extraterritorialidade, para a aplicação das disposições contábeis do FCPA bem como das normas penais a ela associadas, como visto acima. Não parece diversa a compreensão de SIEBER (2013: 68), quando expressa a relevância do *compliance* na criminalidade praticada através da empresa e dirigida a ela, bem como a de BOCK (2013: 108), acerca dos deveres de vigilância voltados ao controle da criminalidade praticada a partir da empresa, e em seu benefício, contra bens jurídicos alheios (corrupção, concorrência desleal etc.), bem como aos “notáveis delitos cometidos no seio da empresa contra ela mesma, como, p.ex., falsificação de balanços, fraude, roubo, malversação de fundos ou abusos de confiança”.

³⁶⁹ Cf. GARCÍA CAVERO (2014: 22). Os programas de *compliance* em geral possuem objetivo mais amplo que o estrito cumprimento das *normas penais*, abarcando interesses variados, como se observa em SIEBER (2013: 68). No mesmo sentido, de amplitude de objeto dos delitos a prevenir e apurar via programas de *compliance*, qual um verdadeiro programa de controle social, cf. LASCURAÍN SANCHEZ (2013: 128).

³⁷⁰ É digna de nota, para uma melhor compreensão destes fatos, a resenha feita por SOUZA (2015: 14 e ss.): “(...) está a se desenrolar o ‘Escândalo da Petrobrás’ (Caso Lava-Jato). Com efeito, aquela que fora, até alguns anos atrás, a nossa maior e mais importante companhia, viu-se envolvida em um pernicioso esquema de cartelização do setor da construção civil e fornecimento de serviços de infraestrutura, aliado a lavagem de dinheiro e pagamento de suborno (‘propina’ ou ‘pixuleco’, no jargão brasileiro) a políticos dos principais partidos, por intermédio de operações feitas com empresas *offshore* ou por via de ‘doleiros’, com destinação final aos até então ‘seguros’ bancos suíços. As investigações da Procuradoria da República comprovaram, até agora, o pagamento de ‘propinas’ a autoridades da ordem de R\$ 7,2 bilhões, já tendo sido recuperados ou bloqueados, em favor dos cofres públicos, cerca de R\$ 2,4 bilhões. Os prejuízos estimados pela então presidente da petrolífera, Maria Graça Foster, foram da ordem de R\$ 88,6 bilhões (...)”

criminal, por duas linhas de intervenção: (1) uma progressiva implementação da responsabilidade penal da empresa ³⁷¹; e (2) pelo estímulo e cobrança à implementação dos programas de *compliance* pelas corporações³⁷².

Esse avanço tem-se feito sentir, maiormente por força de diretrizes internacionais, com intensa pressão decorrente da Convenção contra a Corrupção da ONU (art. 26) e da Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, da OCDE³⁷³.

Aqui, vale repetir Souza (2015: 58): “à cultura empresarial crimonógena antepôs-se, ao nível de estratégias político-criminais, a cultura do *compliance*”.

Entretanto, apesar de tecnicamente próximas, as respostas à criminalidade

³⁷¹ Segundo BRODOWSKI; MONTEROS DE LA PARRA & TIEDEMANN (2014: 2), “(...) o mundo corporativo mudou dramaticamente nos últimos 30 anos: em um mundo globalizado, onde as empresas se tornam cada vez maiores, operam em todo o mundo, e fazem uso de diferentes marcos normativos, não apenas para evitar impostos, mas também para iludir regulações públicas e inclusive para praticar irregularidades corporativas em detrimento do interesse público, a necessidade de regular o comportamento das empresas – também pela *ultima ratio* da responsabilidade criminal – se torna cada vez mais premente. Isto é sublinhado por escândalos corporativos como *Enron* e *WorldCom* nos EUA ou *Parmalat* e *Siemens* na Europa, que serviram como um catalisador no sentido fortalecer ou reformar a responsabilidade criminal das empresas.” Para uma perspectiva mais ampla acerca do crescimento dessa política regulatória e dos diversos modelos de construção da responsabilidade penal da empresa, com destaques para os sistemas norte-americano e britânico, cf. COFFEE, JR (1999: 9 e ss.). Em Portugal, revela FERNANDA PALMA (2010: 555) que “a aceitação generalizada da responsabilidade penal das pessoas coletivas é dominante no Direito Penal Especial relacionado com a atividade econômica e financeira.” Acrescenta ainda referida autora, a título de especificidade do caminho trilhado pela regulação daquele país, que “a partir da reforma de 2007, a responsabilidade penal das pessoas coletivas expandiu-se, abarcando agora também certos crimes contra as pessoas e outros crimes do Direito Penal Clássico que podem ser praticados por organizações e instituições, como é nítido nos maus tratos a menores institucionalizados. Essa solução legal da reforma revela, de certo modo, uma alteração de paradigma do Direito Penal Clássico por influência do Direito Penal Secundário, mas também, inversamente, a associação de crimes contra as pessoas à lógica de responsabilidade pela organização que vigora no Direito Penal Secundário. Com esta dupla inovação, abre-se o caminho para que, no centro da imputação de responsabilidade, deixe de estar a conduta material, mas passe a estar o poder organizativo de certos entes, tornando-se a responsabilidade penal uma responsabilidade pela organização da vida social” (2010: 555).

³⁷² Se se trata de uma resposta “político-criminal de circunstância”, de “reação acríica de causa-efeito”, como assinalou FARIA COSTA (2003: 67), em atenção ao específico panorama legiferante norte-americano desencadeado após os escândalos econômico-financeiros do início da década de 2000, de perfil criminalizante, é algo a reflectir-se, reflexão esta que deve ponderar, no que se relaciona com o *compliance*, quando menos, uma baliza fundamental, a saber, a notável pressão que os fatos tem exercido, aqui, sobre o jurídico, como se observa, a propósito, em SIEBER & ENGELHART (2014: 199), que apontam uma ampla difusão dos programas de *compliance* entre as empresas alemãs, a despeito do ainda parco marco normativo, incluso penal, visto que ainda inexistente a responsabilidade criminal das empresas.

³⁷³ BRODOWSKI; MONTEROS DE LA PARRA & TIEDEMANN (2014: 3) mencionam que, ao nível europeu, há uma infinidade de instrumentos a propugnar a responsabilidade penal da empresa, nenhum, todavia, de caráter vinculativo quanto a este ponto. No âmbito do Conselho da Europa, exemplificam aqueles autores, podem ser citadas as Recomendações R (77) 28, R (81) 12, R. (82) 15, e R. (88) 18; Na União Europeia, o segundo protocolo da Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, de Maio de 1997, pode ser visto como o ponto de partida dos esforços para introduzir e formatar a responsabilidade corporativa.

econômico-financeira pelas vias da responsabilidade penal da empresa e do estímulo ao *compliance* empresarial não se confundem. O *compliance* possui, de fato, profunda vinculação teórica com o tema da responsabilidade penal da empresa, mas não está a ele confinado. Como deixa de pronto evidente Nieto Martín (2013a: 21), “as implicações do *compliance* no Direito penal não se limitam a servir de base ao sistema de responsabilidade das pessoas jurídicas”, embora seja este um aspecto muito relevante, adverte aquele autor.

Exemplos distintos dessa funcionalidade do *compliance*, na estruturação da responsabilidade penal da empresa, são encontrados em Tiedemann (2014: 17) e Ortiz de Urbina Gimeno (2014: 56). Tiedemann advoga, p.ex., que um modelo adequado de responsabilidade penal da empresa pode ser baseado na existência de defeitos de organização ou de supervisão, eliminando-se essa responsabilidade sempre que uma empresa tenha tomado todas as medidas razoáveis e necessárias para impedir o cometimento de delitos. Um modelo de responsabilidade penal empresarial por defeito de organização, enfim, algo semelhante ao defendido também por Gómez-Jara Díez (2015a). E diverso do concreto sistema norteamericano, que, tal como descrito por Ortiz de Urbina Gimeno (2014: 56-57), como visto mais acima, valora o *compliance* previsto nas OSG apenas na fase processual de determinação da pena concreta (*sentencing phase*)³⁷⁴, indicando tratar-se de modelo de *compliance* impactante apenas da culpabilidade empresarial.

6.6.2.1 Os riscos da criminalidade econômica

Argumenta-se, para além, que a opção legislativa por conferir estímulos sancionatórios ao *compliance* empresarial traduz intervenção político-criminal

³⁷⁴ Um sistema de imputação da responsabilidade penal da empresa por fato próprio, baseado na “culpabilidad por defecto de organización”, precisamente pela falta de implementação de um efetivo programa de *compliance*, porém dogmaticamente compreendido a partir das categorias do Direito penal internacional (*offenses e defenses*), afastando a discussão sobre se o *compliance* seria elemento do injusto ou da culpabilidade, é proposto, reitera-se, por NIETO MARTÍN (2013a: 31 e ss.), justificando o modelo exatamente por força da internacionalidade do fenômeno.

baseada no risco^{375- 376}, tema este onipresente no atual discurso jurídico-penal.

A política criminal relacionada aos programas de *compliance* está de fato conectada a este contexto do *discurso do risco*, conceito exposto em Silva Sánchez (2011: 11 e ss.), especialmente pelo alerta em relação ao perfil de sociedade que converte o tema *segurança* em pretensão social à qual o Estado e o Direito Penal, em particular, devem resposta. A aptidão dos programas de *compliance* para a prevenção e repressão de delitos econômicos é hoje enaltecida porque, antes, viu-se nele considerável potencial para o controle dos manifestos riscos provocados pela criminalidade corporativa³⁷⁷.

Aires de Sousa (2014: 52), salienta que o risco constitui atualmente, não apenas no plano sociológico, mas também jurídico, característica fundamental e decisiva da sociedade atual, cujos novos contornos podem ameaçar a qualidade de vida e subsistência do próprio ser humano. Referida autora expõe as três categorias de riscos socialmente relevantes de Christoph Lau, aqui muito resumidamente: (a) os *riscos tradicionais*, em regra voluntariamente assumidos e limitados no tempo, com referência pessoal e por isso passíveis de imputação individual; (b) os *riscos do desenvolvimento industrial*, como os anteriores, referíveis individualmente ou a um grupo de pessoas identificáveis, porém de custos já socializados e juridificados, em certa medida calculáveis e controláveis, e, por tais razões, suscetíveis de

³⁷⁵ Cf. SIEBER (2013: 63); GARCÍA CAVERO (2014: 14); e KUHLEN (2013: 64-65), este último num sentido bifurcado: seja pelo encaixe daquela política no “Direito penal do risco”, de que se fala no texto, seja pela *percepção empresarial* de crescimento dos riscos jurídico-penais decorrentes da tendência criminalizante.

³⁷⁶ Segundo SILVA DIAS (2008: 228), “duas idéias-chave marcam este conceito – de risco – que traduz e sintetiza o espírito empreendedor dos modernos: incerteza e insegurança. Com efeito, o risco exprime conceptualmente um estágio intermédio entre a segurança e a destruição: começa quando há percepção da ameaça e a segurança cessa, e acaba quando o evento danoso efectivamente ocorre. O risco é, destarte, uma realidade virtual ou uma virtualidade real (...)”.

³⁷⁷ Cf. SIEBER & ENGELHART (2014: 205). A propósito da legitimidade de um tal controle, vale lembrar a advertência de FIGUEIREDO DIAS (2001: 160), tomada de empréstimo a Stratenwerth: se se quiser manter os princípios político-criminais clássicos do direito penal, como a função exclusivamente protectora de bens jurídicos, a intervenção mínima e a *ultima ratio*, tal significará a confissão resignada de que ao direito penal não pertence nenhum papel na protecção das gerações futuras. Conforme deixa bem evidente FIGUEIREDO DIAS neste mesmo estudo (2001: 171 e ss.), incluso advertindo uma convergência com SILVA DIAS, a tutela dos novos ou grandes riscos dessa “sociedade do risco” deve continuar a fazer-se pelo direito penal, sem a necessidade de “uma mudança radical no paradigma penal, com uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal”, e deve ocorrer pelo caminho de uma via intermédia entre os extremos da pura negação – como a que restringe a função penal à tutela de direitos fundamentais –, e da extrema funcionalização desse Direito, a abarcar, nesse meio termo, a responsabilidade penal dos entes colectivos. Por fim, já em crítica à defesa de que tais riscos dever-se-iam regular por meios gerais de política social, e não pelo direito penal, aduz FIGUEIREDO DIAS que seria como formular-se o “apelo patético (e com sabor de pesada ironia, a de pedir o remédio ao causador da doença!)” de esperar uma protecção eficaz das “forças auto-reguladoras do mercado” (2001: 165-166).

assecuração pelo próprio Estado ou por empresas; (c) e, por fim, os designados “*novos riscos*”, caracterizados pela autonomia das suas consequências, indetermináveis, transgeracionais, de grandes dimensões relativamente a qualquer ato humano voluntário (2014: 53-54)³⁷⁸⁻³⁷⁹.

Em boa medida, as crises econômicas antes relacionadas, que estão na raiz das exigências por regras de governança corporativa, *compliance* incluso, confirmam esse padrão de “novo risco”, pela despersonalização e distanciação das causas relativamente às drásticas e incontáveis consequências delas advindas³⁸⁰.

Como bem referiu Silva Dias (2008: 222), *as transformações sociais provocadas pelo avanço da sociedade pós-industrial e dos processos de globalização* havidos neste último quartel de século provocaram naturalmente reflexos numa *redefinição do papel do Estado e numa recomposição da matéria jurídica em geral e jurídico-penal em particular*, proporcionando a transição do modelo de Direito penal diretamente intervencionista, conforme a matriz econômica Keynesiana – *de impulso juridificador da atividade econômica* –, para um modelo de “Estado-regulador” vocacionado, dentre outras tarefas, à função preventivo-policial de supervisão e de inspeção, um “Estado-prevenção”, enfim.

Nesse contexto, a funcionalização legislativa dos programas de *compliance* empresarial via estímulos e desestímulos sancionatórios refletem, pode-se intuir, uma *regular performance* jurídico-penal desse modelo estatal, querendo significar, esta consideração, que a imposição ou estímulo estatal à implementação de sistemas de cumprimento normativo pelas corporações não destoam ou atrimam finalisticamente, antes se encaixa, com esse perfil de “Estado-prevenção”³⁸¹.

³⁷⁸ Cf., também detalhadamente, SILVA DIAS (2008: 227 e ss.).

³⁷⁹ SILVA DIAS (2008: 227) manifesta igualmente preferência por essa classificação tripartida na análise histórica do conceito de risco, pela sua maior proximidade com as *fases de evolução econômica das sociedades modernas*, correspondência esta menos exata na divisão de BECK (2016), na qual os riscos tradicionais e aqueles da sociedade industrial conformam as sociedades de primeira modernidade, enquanto os novos riscos, todavia cumulativos com aqueles, manifestam-se na designada segunda modernidade, ou modernidade reflexiva, a ter início a partir da segunda metade do século XX.

³⁸⁰ Segundo FELJOO SÁNCHEZ (2015: 200), “a autorregulação – em referência à correção estatal e privada – tem se convertido numa dinâmica característica do que se vem denominando ‘sociedade do risco’”.

³⁸¹ Para KUHLEN (2013: 65 e ss.), a ênfase na explicação do fenômeno do *compliance* a partir do “direito penal do risco”, decorrente da percepção do aumento dos riscos jurídico-penais pelas empresas, minimizáveis via esforços de integridade normativa, embora produza interrogações interessantes, não logra enquadrar de modo satisfatório a questão das investigações internas, que afetam sobretudo o indivíduo, praticamente esquecido no discurso do *compliance*, cujo foco está centrado nas empresas.

6.6.2.2 Autorregulação regulada (corregulação público-privada)

Tal linha de controle dos riscos da atividade criminosa corporativa via funcionalização do *compliance* obedece, com maior frequência, ao modelo de intervenção designado por *autorregulação regulada*, ou, de idêntico sentido, *corregulação estatal e privada*³⁸².

Como leciona Sieber (2013: 71), é possível distinguir três formas de regulação estatal dos espaços de liberdade econômica: ocupando os extremos, a *autorregulação privada* e a *regulação puramente estatal*, ou heterorregulação; e, no centro, ocupando um mais largo espectro, a *corregulação estatal e privada*. Segundo este autor (2013: 71),

‘Enquanto a pura ‘autorregulação’ deixa às empresas uma ampla discricionariedade, e a regulação estatal fixa todas as decisões determinantes, a *corregulação* se caracteriza pelo fato de que as disposições estatais criam preceitos mais ou menos detalhados ou criam estruturas que estimulam a autorregulação e/ou fazem vinculantes medidas de autorregulação.’

A autorregulação, expõe García Caveró (2014: 14), “privilegia a visão absolutamente liberal de deixar nas mãos da própria empresa a decisão de, em função dos seus benefícios econômicos e das exigências do mercado, incorporar as medidas de controle dos riscos”, perspectiva essa que se tem mostrado impraticável, bastando a tanto observar que a crise de 2007/2009 (...) “foi potenciada – entre outros fatores – pela desregulação do mercado financeiro global (...)”³⁸³.

De fato, num ambiente de livre desenvolvimento, os interesses monetários das empresas frequentemente prevalecerão sobre outros, notadamente éticos, quando eventualmente entrem em conflito³⁸⁴.

A regulação puramente estatal (*command-and-control*), noutra margem, encontra severo obstáculo na impossibilidade de o Estado “controlar e regular eficazmente aspectos que dependem de fatores tão distintos como as dimensões de

³⁸² Cf. SIEBER (2013: 63); KUHLEN (2013: 67 e ss.); GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI (2013: 77 e ss.), e GÓMEZ-JARA DÍEZ (2015b: 251), este último em referência ao específico modelo de autorresponsabilidade baseado na autorregulação regulada recém adotado em Espanha.

³⁸³ Cf., textualmente, MENEZES CORDEIRO (2009: 14-15).

³⁸⁴ Cf. ENGELHART (2014b: 67); e GARCÍA CAVERO (2014: 15).

cada empresa ou as características particulares dos setores do mercado em que operam”, afirma Garcá Caveró (2014: 15)³⁸⁵.

Gómez-Jara Díez (2015b: 253), de sua vez, deixa evidente que as administrações estatais não dispõem de suficiente conhecimento sobre segurança técnica para enfrentar os riscos modernos derivados da inovação, conhecimento este produzido pelas empresas.

Essa carência de informação e de competência faz com o Estado – prossegue este autor, já aqui em referência ao modelo de correção estatal e privada – “se distancie da assunção de qualquer tipo de responsabilidade a respeito – da gestão do risco –, e que se estabeleçam novas relações de responsabilidade recíprocas entre sociedade, Estado e empresa”, limitando-se a atividade estatal de controle, finaliza (2015b: 254), a uma espécie de “controle dos controles internos da corporação”, designando-se como “Estado-Supervisor”³⁸⁶.

Nesse contexto, parece-nos já suficientemente claro que o *compliance* se inscreve como um instrumento do mercado, que o Estado houve por bem valorizar pelas vantagens que tal instrumento pode proporcionar em termos de prevenção da criminalidade econômica e de facilitação da prova de infrações ocorridas nesse mais hermético âmbito para as autoridades da persecução, no essencial³⁸⁷⁻³⁸⁸.

Coca Vila (2013: 43-44) considera que,

‘Numa sociedade de corporações, na qual as grandes empresas têm alcançado já um papel fundamental, senão dominante, pois são elas que gerenciam ou controlam a grande maioria dos serviços e funções públicas

³⁸⁵ Em idêntico sentido, COCA VILA (2013: 46).

³⁸⁶ Cf. igualmente COCA VILA (2013: 43-44).

³⁸⁷ Esse aproveitamento de um instrumento de mercado, operacionalizando-o em função de interesses da administração da justiça penal, qual uma técnica de gestão do risco empresarial, responde a exigências de substituição ou complementação da intervenção penal clássica nesse domínio, “não vocacionada para prevenir ou resolver os problemas gerais dos mercados financeiros – consideração, aqui, circunscrita aos mercados financeiros, tal como a delimita o autor no referido estudo –, e, ainda menos, as crises financeiras” (cf. SOUSA MENDES, 2015b: 141), de que se falou mais acima. A transnacionalidade da criminalidade do colarinho branco e corporativa, e das crises que engendra, está exatamente na raiz das *reticentes* especulações de HEFENDEHL (2010: 769 e ss.) sobre a viabilidade da luta contra este tipo de chaga pela via de um hipotético direito penal internacional para os negócios, pensado a partir das abordagens de natureza penal e não-penal comumente utilizadas, dentre as quais as medidas que designa por *corporate governance*.

³⁸⁸ Essa descrição bastante simplificada da regulação do *compliance* não deve mascarar, evidentemente, a extrema sensibilidade da balança que avalia a eficácia da utilização de incentivos e desincentivos estatais à autorregulação empresarial, como se pode observar do trabalho de AYRES & BRAITHWAITE (1992), uma balança suscetível de variação inclusive por nichos de mercado, a reclamar a superação do modelo de regulação envolvente apenas dos dois atores tradicionalmente implicados (agências de regulação e empresas), em prol de modelos regulatórios tripartites, com participação direta de grupos mais amplos da sociedade, afetados pelas respectivas políticas, na formação do marco regulatório (1992: 162).

(direta ou indiretamente), o Estado não pode senão tratar de garantir o alinhamento dos interesses individuais empresariais com os gerais, que são os legitimamente estipulados através de procedimentos democráticos de regulação.’

Não se trataria, aqui, como deixou evidente Coca Vila (2013: 46-47), de uma postura *laissez faire*, muito menos da admissão de uma incapacidade estatal de regular o mundo empresarial. “Por paradójico que possa parecer – considera aquele autor –, a autorregulação (regulada) não responderia a um impulso desregulador, senão, muito ao contrário, suporia uma melhoria qualitativa e quantitativa na intervenção estatal, na medida em que o Estado poderia lograr uma regulação mais rigorosa, específica e eficaz”, a ocorrer, semelhante intervenção, pela *delegação* de parte da função regulatória estatal para as próprias empresas, sem transferência, porém, da titularidade dessa função.

Em já clássica passagem, confrontando os sucessivos modelos de Estado-vigia³⁸⁹, Estado Keynesiano³⁹⁰, e Estado regulador, Braithwaite (2006: 45) assentou que “o novo Estado regulador, o mais recente nessa cronologia, sustenta como ideal o Estado timoneando e a sociedade civil remando”.

Kuhlen (2013: 67 e ss.) complementaria estas idéias em bases que ele próprio designaria como – e também aqui assumimos – “heurísticamente mais interessantes”. Para este autor, de todos os intentos explicativos do *compliance*³⁹¹, a autorregulação (regulada) é a que melhor cumpre a função, porque pode ser adequadamente compreendida como “a entrega de tarefas tradicionalmente estatais de administração da justiça penal às empresas, às quais se concede certa margem de discricionariedade”, a projetar diversos problemas normativos no âmbito do direito e do processo penal, especialmente a questão das investigações

³⁸⁹ De feição liberal clássica (à Nozick), com funções mais ou menos limitadas à proteção do cidadão contra a violência, o furto, a fraude e à promulgação da lei contratual (Cf. BRAITHWAITE, 2006: 45).

³⁹⁰ De origem historicamente associada ao *New Deal* dos EUA, e marcado pela assunção, por uma ampla variedade de agências reguladoras, de um certo grau de controle estatal centralizado sobre atividades anteriormente desreguladas (cf. BRAITHWAITE, 2006: 46).

³⁹¹ KUHLEN (2013: 63 e ss.) é (1) cético na associação do *compliance* ao movimento de *câmbio de valores* no ambiente empresarial, pelos elevados interesses – porque não dizer: econômicos – também em jogo; (2) acha plausível uma *explicação econômica* para o crescimento do *compliance* amparada no aumento dos riscos de responsabilidade penal e parapenal para as empresas, sobretudo pelo incremento da internacionalização e persecução penal das corporações, embora questione, adequadamente, porque a minimização destes riscos deva fazer-se especificamente pelo *compliance*, e não por tradicionais e menos onerosos sistemas de assessoria jurídica e auditoria; e (3) descarta, criticamente, a pretensão de assento da autorregulação na “teoria dos sistemas”.

internas³⁹².

Conforme detalha Kuhlen (2013: 68 e ss.), tal compreensão do *compliance* tem as seguintes vantagens: (1) põe de manifesto que os interlocutores decisivos do Estado, no tema, são as empresas, sobre cujo comportamento pretende o Estado influir, a explicar porque as sanções aplicadas às empresas dispostas ao acordo com as autoridades estão aquém daquelas explicitamente cominadas, constatação resultante do fato de que tais sanções pretendem, antes da retribuição por um determinado fato, *induzir comportamento futuro*; (2) a “interpretação do *compliance* como forma de autorregulação está ligada a uma abstração que amplia o panorama para outros tipos de autorregulação”, como a verificada em setores específicos da economia³⁹³; (3) e, por fim, “dirige o olhar a *paralelismos* entre os esforços sobre *compliance* e o estabelecimento e realização *estatais* de normas reforçadas penalmente”, revelando ou dando ensejo a problemas normativos cuja expressão mais complexa aparenta estar na criação de uma “justiça da empresa”, eventualmente voltada à apuração (e punição) dos delitos, qual uma “terceirização da persecução penal”, cuja questão candente, na visão do autor, são as investigações internas (2013: 75).

À guisa de uma síntese possível entre os distintos mas complementares modelos explicativos referidos: o que sobrepõe da atividade de definição, pelo Estado Supervisor, conforme Gómez-Jara Díez (2015b: 253), de diretrizes de *compliance* a serem observadas no âmbito empresarial, é precisamente a transferência para a empresa – *centro de produção sistêmica de riscos e ao mesmo tempo detentora de know-how técnico suficiente à sua avaliação e minimização* – da gestão dos riscos da sua própria atividade, tarefa a realizar-se, a propósito das legislações analisadas, incluso e necessariamente mediante a investigação privada de ilícitos criminais.

6.7 Análise dos modelos de autorregulação regulada *vis-à-vis* os concretos sistemas de *compliance* investigados

Esse modelo de regulação das sociedades empresariais guarda ainda um

³⁹² Do mesmo parecer, GÓMEZ MARTÍN (2013: 126), com referência a uma “delegação controlada normativamente”.

³⁹³ Menciona o autor, como exemplo (2013: 69), o “Kodex-FSA”, código de regras de conduta para empresas farmacêuticas promovidas pela associação de indústrias do setor.

sentido adicional, para além dos aspectos atinentes à funcionalização de tarefas estatais, se se pondera as necessidades de adaptação dos programas de *compliance* relativamente ao tamanho, ambiente e área de atuação das empresas, aspectos facilitados por este tipo de abordagem autorregulatória³⁹⁴.

Segundo Engelhart (2014b: 69), cinco níveis de ação do Estado podem ser distinguidos, nesse ambiente de correção, que variam de acordo com a influência do Estado nas empresas e com o grau da ação regulatória: (1) apoio informal do Estado; (2) recompensas pelo *compliance*; (3) sanções pela falta de *compliance*; (4) exclusão da responsabilidade; e (5) obrigação de implementar programas de *compliance*.

As legislações analisadas, e o programa modelo estabelecido a partir do caso EUA x *Berger Group Holdings, Inc.* (BGH), indicam, num primeiro plano, que os EUA e o Brasil estabeleceram prioritariamente diretrizes de recompensas sancionatórias pela implantação de programas de *compliance*, com atenuação significativa das penas, mas sem exigência legal, para as empresas, da adoção de tais programas³⁹⁵.

O *Bribery Act* segue padrão notoriamente mais rígido, porque impõe às empresas, sob ameaça de específica sanção criminal, o dever de implementar programas de *compliance*, posto permita a exclusão da responsabilidade penal mediante específica defesa técnica, e admita bônus sancionatório por *compliance ex post facto* acordado com autoridades, como visto do primeiro ajuste divulgado.

Mas há uma nuance nessa política regulatória, relativamente aos modelos de intervenção adotados pelas referidas legislações, que merece observação.

À primeira vista, a atuação do “Estado-prevenção” ocorre, no domínio daquelas legislações, em níveis distintos, como, aliás, mencionado. O *compliance* estimulado pelo FCPA e pela Lei Anticorrupção brasileira constituiria intervenção

³⁹⁴ Cf. ENGELHART (2014b: 67).

³⁹⁵ Em verdade, a despeito dessa aparente liberdade empresarial, ambos estes sistemas acabam por autorizar a imposição às empresas, via acordos pré-processuais, como foi possível observar, da obrigação de implementar *ex post facto* programas de *compliance*, como requisito para a obtenção de vantagens penais, a indicar igualmente o manejo, ao lado das recompensas, de “sanções” (cf. a propósito dessa particularidade das OSG, ENGELHART, 2014b: 71). O regime de recompensas seria, para ENGELHART (2014b: 70), com expressa referência ao modelo norteamericano, a melhor abordagem no âmbito do direito sancionador, pela possibilidade de evitar-se o processo pela verificação da adoção *ex ante* de medidas de prevenção e controle de riscos.

sistematicamente secundária, do tipo *despenalizante*³⁹⁶, na medida em que associado a favores de redução de pena.

O UKBA, diferentemente, pretende instaurar o controle secundário sobre os riscos socorrendo-se do instrumental jurídico-penal na sua feição mais drástica de intervenção, mediante a criminalização do *non-compliance*, uma opção possível de qualificar-se como “Direito Penal do risco”³⁹⁷, e muito próxima da intervenção de tipo clássica do Estado regulador³⁹⁸.

Essa ambivalência político-criminal, porém, a despeito da relevância, ocorre apenas naquilo que preferimos designar por movimento de *intervenção secundária*, porque característico de uma *segunda etapa* de atuação do legislador no âmbito do controle dos riscos derivados da criminalidade corporativa, correspondente ao exclusivo manejo dos sistemas de *compliance* empresarialmente desenvolvidos enquanto ferramenta para a configuração da *responsabilidade* da empresa, ou de sua *culpabilidade*, como sói ocorrer nos EUA³⁹⁹.

Antes, e habilitante deste segundo e bifurcado movimento de intervenção, há uma intensa e uniforme corrente já desenvolvida no sentido da tradicional *criminalização das atividades das empresas*, na linha inclusive de deliberações internacionais⁴⁰⁰.

O mencionado desnível regulatório verificado naquelas legislações aparenta estar, portanto, confinado ao trato jurídico-penal dos sistemas de *compliance*, um debate que adquire relevo, qualquer que seja a diretriz político-criminal utilizada – de despenalização ou de criminalização –, pelas ameaças penais *ex ante* edificadas contra as empresas, que reforçam enormemente o poder de cobrança estatal em matéria de cumprimento normativo, um modelo que encontra

³⁹⁶ No sentido estrito desse termo, extraído de FIGUEIREDO DIAS & COSTA ANDRADE (1997: 401), enquanto “processo de redução, maior ou menor, das sanções criminais aplicadas a condutas que persistem como ilícitos criminais”.

³⁹⁷ “Direito Penal do risco”, aqui, empregado na acepção referida por SILVA DIAS (2008: 236 e ss.), de conotação negativa (Direito Penal da proteção antecipada, Direito Penal da ampla condução, simbólico), crítica esta decorrente das bases teóricas da “Escola de Frankfurt”. Assim também em FIGUEIREDO DIAS (2001: 164 e ss.).

³⁹⁸ Cf. ENGELHART (2014b: 72).

³⁹⁹ Cf. ENGELHART (2014b: 61 e ss.).

⁴⁰⁰ Cf., entre outros, de uma já inabarcável bibliografia, FARIA COSTA (1992: 538); SIEBER (2013: 74 e ss.); ENGELHART (2014b: 54 e ss.); GÓMEZ-JARA DÍEZ (2015b: 249 e ss.); SILVA SÁNCHEZ (2013b: 15 e ss.); QUINTELA DE BRITO (2014: 75 e ss.); SOUZA (2015: 39 e ss.); FIGUEIREDO DIAS (2001: 178 e ss.); LOPES DA ROCHA (1998: 437 e ss.); CASTRO E SOUSA (1985); FERNANDES GODINHO (2007: 103 e ss.); BACIGALUPO (2011: 95 e ss.); ORTIZ DE URBINA GIMENO (2014: 35 e ss.); e SCHUNEMANN (1988: 529 e ss.).

confirmação nas leis estudadas, em que o *compliance* está inserido e tem significância num mais amplo – e prévio – contexto de *incremento da responsabilidade penal da empresa*, a traduzir a vivacidade e a capacidade de rendimento da expansão experimentada pelo direito penal, todavia a avançar, neste caso – de modo que se-nos afigura inteiramente legítimo – sobre estrato social tradicionalmente infenso a controles, a despeito de necessários⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Um prognóstico expansionista feito por SILVA SÁNCHEZ (2011: 83 e ss.), de unificação crescente do Direito Penal da globalização econômica, dente outras constatações, porque a delinquência dessa globalização é fundamentalmente econômica, já não sendo possível prescindir, quando se trate da integração dos sistemas, e em resposta a essa criminalidade de perfil transnacional, da tradição jurídico-penal anglo-saxã. Mais recentemente, MIRANDA RODRIGUES (2008: 383) também alertou-nos para estes fatos, ao revelar que algumas questões da “«dogmática penal da globalização» não se poderão iludir por muito mais tempo”, dentre elas, “no domínio da responsabilidade por omissão, a abordagem das figuras da *common law* e francesa, respectivamente, a *vicarious liability* e a *responsabilité du fait d'autrui*, permitirão certamente ultrapassar algumas dificuldades que se fazem sentir no âmbito da criminalidade das empresas ou de estruturas organizadas (...)”.

7. AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS E O ESPECÍFICO PROBLEMA DOS INTERROGATÓRIOS DE EMPREGADOS SUSPEITOS PRODUZIDOS NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

7.1 Consideração inicial

A inteligência do *compliance* como autorregulação (regulada), caracterizado pela entrega de tarefas tradicionalmente estatais de administração da justiça às empresas, projeta questões dogmáticas de relevo no domínio das ciências penais⁴⁰², relacionadas principalmente com a existência e alcance do dever de vigilância no âmbito das empresas⁴⁰³; a posição jurídica de garante do *compliance officer*⁴⁰⁴; conflitos com direitos dos trabalhadores⁴⁰⁵; e, em especial, com o tema das investigações internas⁴⁰⁶.

Na linha do que ficou exposto, o *criminal compliance*, seja pela configuração estrutural mínima que a doutrina lhe confere, seja pela concreta formatação legislativa que recebe nos sistemas legais analisados, para qualificar-se como efetivo, demanda a investigação interna pela própria empresa, de tal modo que a regra vigente, nesses sistemas, para a exclusão ou atenuação da responsabilidade penal (ou parapenal) corporativa, encontra verdadeiramente, naquela tarefa, um pilar.

Viu-se ainda pelo texto que o programa modelo analisado, acordado entre DOJ e a BGH (subitem 1.2), as disposições do UKBA (subitem 3.2.3), o *enforcement* do FCPA via Princípios do DOJ e das OSG (subitens 4.1 e 4.2, respectivamente), bem como a Lei Anticorrupção brasileira (subitem 5.4), impõem todos, como requisito para a obtenção de vantagens na persecução criminal, a contrapartida empresarial investigatória, e o posterior compartilhamento das provas com as autoridades.

No que respeita especialmente ao *enforcement* do FCPA e da Lei Anticorrupção, a implementação prévia de tais programas – por decisão voluntária

⁴⁰² Cf. KUHLEN (2013: 67 e ss.).

⁴⁰³ Cf. SILVA SÁNCHEZ (2013a: 79 e ss.); e, relativamente ao direito contraordenacional alemão, cf. BOCK (2013: 79 e ss.).

⁴⁰⁴ Cf., entre outros, BERMEJO & PALERMO (2013: 171 e ss.); PRITTWITZ (2013: 207 e ss.); e ROBLES PLANAS (2013: 319 e ss.).

⁴⁰⁵ Cf. GÓMEZ MARTÍN (2013: 125 e ss.); e MASCHMANN (2013: 147), com referência à normativa alemã de proteção de dados.

⁴⁰⁶ Cf. KUHLEN (2013: 75-76) e GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016: 236-237).

da empresa, antes de qualquer pressão estatal após determinado fato delitivo – não chega a ser uma obrigação legal, cumprindo a cada empresa decidir sobre a conveniência, geralmente em bases econômicas, de assim proceder⁴⁰⁷. Isso ocorre naturalmente nos sistemas em que o *compliance* afeta apenas a culpabilidade ou dosimetria da sanção, visto que a responsabilidade mesma da empresa, no âmbito penal, não se encontra estruturada a partir de critérios relacionados ao defeito de organização ou de inadequada vigilância, hipótese em que se poderia falar de dever⁴⁰⁸.

Essa conveniência assume margens bastante estreitas, porém, se existente a mencionada pressão penal contra a empresa, em face dos já detalhados riscos econômicos associados a um processo de natureza criminal⁴⁰⁹.

No caso do UKBA, aplicável a certo nicho de empresas sediadas ou com atuação no Brasil, mas com negócios no Reino Unido, a implementação prévia de um programa de *compliance*, e, com ele, de medidas investigatórias, é compulsória, sob risco de violação de norma penal.

No geral, entretanto, a decisão empresarial acerca da implementação prévia de programas de *compliance* e, com eles, o desenvolvimento de investigações internas, ampara-se na probabilidade de descoberta da atividade delitiva eventualmente praticada através da empresa, por parte das autoridades. Quando esta probabilidade de descoberta for baixa, as “altas expectativas de benefício” encaminharão a decisão para a assunção dos riscos penais, conforme acentua Sahan (2013: 247).

O conjunto da abordagem até aqui realizada permite assentar, desse modo, que “os sistemas de cumprimento constituem sistemas de controle social

⁴⁰⁷ Cf. SAHAN (2013: 249).

⁴⁰⁸ Na Alemanha, que não conhece a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o §130 da OWiG (*Ordnungswidrigkeitengesetz*, ou Lei de Ilícitos Adiministrativos), determina ao proprietário da empresa que adote as medidas de supervisão necessárias para evitar a ocorrência de infrações que, através da devida supervisão, poder-se-iam evitar ou dificultar, sob pena de multa (cf. BOCK, 2013: 109-110). Referida norma de direito contravencional, estruturada como delito de omissão própria (cf. BOCK, 2013: 110), acaba por impor ao empresário “o dever de promover investigações internas como parte do mencionado dever de vigilância” (cf. SAHAN, 2013: 249).

⁴⁰⁹ Cf. KUHLEN (2013: 64) e SAHAN (2013: 248 e ss.). De acordo com SAHAN (2013: 249), “desde a perspectiva dos custos de pessoal e financeiros de investigar e resolver internamente os fatos, tal como mencionado, podemos assinalar duas coisas: por um lado, os custos de uma investigação interna podem resultar consideráveis, mas sempre serão claramente inferiores aos gerados por uma investigação externa surgida da necessidade de superar uma situação de crise; ademais, os custos reputacionais causados por uma investigação externa comumente representam prejuízos econômicos que, isoladamente considerados, já são capazes de superar os custos derivados de uma investigação interna”.

empresarial que ajudam o Estado de Direito penal em sua tarefa de controlar a criminalidade”⁴¹⁰, sendo certo que, implantado um programa de *criminal compliance*, parte significativa da sua efetividade dependerá do desempenho de investigações particulares, já aqui sem margem de opção empresarial, *se se levar em conta os modelos analisados*, porque tais investigações, repita-se, integram a própria essência do programa.

Nesses modelos legislativos, as investigações internas são uma classe de medidas a adotar no âmbito do *criminal compliance* que não estão ao dispor da decisão empresarial. Instituído que seja um programa desse jaez, é dever das empresas realizá-las, demandadas ou não por autoridades da persecução, se se pretende assegurar um programa eficaz. Do contrário, corre-se sério risco de as autoridades recusarem valor ao *compliance*, pela cooperação deficiente.

Assentadas essas observações iniciais, passa-se adiante à análise das questões mais gerais relacionadas às investigações internas enquanto gênero (7.2). Na sequência, formulam-se premissas necessárias ao desenvolvimento da questão central (7.3); justifica-se a escolha dos interrogatórios de empregados suspeitos como objeto de trabalho (7.4.1); apresenta-se o concreto modelo que tais interrogatórios têm assumido na prática (7.4.2); bem como as considerações teóricas e práticas que têm fornecido suporte àquele específico modelo de interrogatório (7.4.3).

Formatado esse quadro, segue-se a identificação e análise dos concretos problemas processuais penais que gravitam em torno desse novo modelo de apuração da infração criminal, finalizando-se a pesquisa com a solução reputada correta para o equacionamento desses problemas, *construída à luz do direito brasileiro*, opção que se justifica porque, ainda que possam ser destinados, aqueles interrogatórios, à satisfação de requisitos de cooperação com autoridades estrangeiras, em atendimento às respectivas legislações anticorrupção analisadas, supõe-se sejam realizados em território brasileiro, e submetidos, portanto, à jurisdição deste país.

7.2 As investigações internas

7.2.1 Origem

⁴¹⁰ Cf. NIETO MARTÍN (2013a: 21).

Embora disputem redobrada atenção da doutrina no atual momento⁴¹¹, em decorrência do incremento de exigências de investigação enquanto medida própria dos programas de *criminal compliance*, as investigações internas já ocorriam isoladamente nos EUA durante a década de 60⁴¹².

De acordo com Mathews (1984: 655)⁴¹³, as investigações internas tiveram efetivamente lugar na década de 60, mas mereceram desenvolvimento apenas na década seguinte, dentro do específico âmbito dos já mencionados programas de *voluntary disclosure* exigidos às empresas pela SEC, durante as apurações do caso *Watergate*⁴¹⁴, de tal modo que foram consideradas um “novo instituto”, ainda que sem base legal.

Como revelam Estrada I Cuadras & Llobet Angli (2013: 198),

[O]s limitados recursos públicos de que dispunha a SEC para enfrentar uma problemática de tal magnitude só podiam ser contornados recorrendo sistematicamente a uma medida que, até então, havia sido utilizada somente de forma pontual: os acordos de desconto nas sanções, nas hipóteses em que a empresa suspeita colaborasse com seus próprios recursos para o esclarecimento dos fatos, mediante o que se passou a chamar uma «investigação interna».

O ápice do desenvolvimento dessas medidas de investigação ocorreu com os escândalos financeiros da década de 2000⁴¹⁵, já aqui sob a característica de uma *compliance measure*, destinada a apurar fundamentalmente – embora não exclusivamente – ilícitos de natureza penal. A sua institucionalização, por fim, ainda na perspectiva do direito norteamericano, de onde se espalhou, ocorreu no ano 2001, com a promulgação das *Organizational Sentencing Guidelines*⁴¹⁶.

Como ficou mencionado, a incorporação das investigações internas ao arsenal mais direto de resposta à criminalidade econômica decorre, pelo menos em parte, do relevo alcançado pelos “mecanismos de controle interno e externo como

⁴¹¹ “(...) [a]s investigações internas são um fenômeno em notável expansão (...)”, referiu PABLO MONTIEL (2013b: 255). Para KUHLEN (2013: 75), “(...) desde uma perspectiva alemã, as investigações internas constituem na atualidade talvez a «questão mais candente» na discussão sobre *compliance*.”

⁴¹² Cf., desenvolvidamente, MATHEWS (1984: 655 e ss.). No mesmo sentido, PABLO MONTIEL (2013b: 256).

⁴¹³ Cf. MATHEWS (1984: 655)

⁴¹⁴ No mesmo sentido, PABLO MONTIEL (2013b: 256).

⁴¹⁵ Cf. PABLO MONTIEL (2013b: 256).

⁴¹⁶ Cf. ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI (2013: 198).

fator preventivo”⁴¹⁷ dessa mesma criminalidade, no âmbito da teoria criminológica. Relembrando Sieber (2013: 84-85), os programas de *compliance* exercem positiva influência sobre esse tipo de criminalidade especialmente porque estimulam a implementação de medidas de investigação dos fatos delitivos, ampliando o risco de descoberta da infração⁴¹⁸.

7.2.2 Conceito

O termo investigação interna conhece variações conceituais que não se encaixam, todas elas, no sentido que há-de merecer tal tarefa no mais estrito âmbito dos programas de cumprimento dirigidos à normativa penal.

As investigações internas estão hoje incorporadas ao *criminal compliance* como elemento estrutural desde que compreendidas, do ponto de vista teórico, como medidas adotadas no âmbito empresarial voltadas ao “esclarecimento de fatos que podem dar lugar a responsabilidades da empresa ou de seus órgãos de representação (...), bem como daqueles fatos praticados por funcionários, diretores ou colaboradores em prejuízo da própria empresa”⁴¹⁹, ajustando-se, um tal conceito, àquele panorama mais amplo de *criminal compliance*⁴²⁰.

Desse conceito extrai-se a relevante característica que extrema as investigações internas de outras medidas empresariais adotadas no âmbito dos programas de *compliance*, e que, embora possuam perfil análogo, cumprem distinta finalidade⁴²¹. As investigações internas são *reativas*, destinam-se a apurar um fato delitivo pretérito ou em andamento⁴²².

Segundo a lição de Pablo Montiel (2013b: 258), a competência para investigar somente aparece “quando existe a suspeita de que se cometeu um ilícito,

⁴¹⁷ Cf. PABLO MONTIEL (2013a: 223).

⁴¹⁸ Cf. SIEBER (2013: 84).

⁴¹⁹ Cf. SAHAN (2013: 246).

⁴²⁰ Vide *supra*, subitem 6.6.1. Cf., ainda, as perspectivas de SIEBER (2013: 68) e BOCK (2013: 108), quando expressam a relevância do *compliance* na criminalidade praticada através da empresa e dirigida a ela.

⁴²¹ Cf. PABLO MONTIEL (2013b: 257).

⁴²² Cf. SAHAN (2013:); PABLO MONTIEL (2013b: 258); e NIETO MARTÍN (2013a: 46 e ss.). Diversamente, ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLÍ (2013: 199-200), que qualificam como investigações internas as medidas voltadas a “evitar a futura realização” de delitos, investigações do tipo “preventivas (que olham para o futuro)”. Conforme a acertada crítica de PABLO MONTIEL (2013b: 258-259), tais medidas não se enquadram no conceito de investigações internas porque são “típicas de controle”, a ter lugar na parte dos programas destinada à “detecção, prevenção e monitoramento.”

ou bem quando o cometimento do delito é bastante evidente e já existe um processo judicial em marcha”.

Com base nessa observação, é possível distinguir as investigações internas das demais medidas de *compliance* exercidas, p.ex., nas tarefas de controle interno no âmbito da empresa, “direcionadas à obtenção de informação sobre as deficiências” desse sistema de controle, em atenção aos deveres de supervisão ou vigilância⁴²³.

Semelhante definição das investigações internas auxiliam também no seu *discrimen* relativamente às injunções apuratórias designadas por “caça às bruxas”⁴²⁴, empreendidas não para “corroborar ou descartar suspeitas de um concreto delito”, mas preventivamente, e em caráter amplo, “com o fim de proteção do patrimônio da empresa ou para controle dos empregados”, e por isso mesmo ilegais⁴²⁵, porque características de uma deturpação tanto das medidas de controle como das medidas de investigação.

Tais meios de controle, como “vídeo vigilância, vistorias nos correios e chamadas, etc., devem proscrever-se como meios de *fishing*, com o fim de detectar de maneira indiscriminada comportamentos infratores na empresa”, visto que instituem um “panóptico empresarial” de legitimidade nula num Estado de Direito, conforme acentuou Nieto Martín (2013a: 34), e incompatíveis com um *criminal compliance* que se pretende seja plenamente alimentado por valores de ordem constitucional⁴²⁶.

Apesar de inexistente qualquer regulamentação acerca das investigações internas no Brasil, ponto entregue à autorregulação empresarial – item mais adiante melhor analisado –, a Lei Anticorrupção estabelece uma diretriz para o fenômeno que, à partida, tem encaixe no conceito acima ventilado, afigurando-se nos legítima. Segundo os termos da Lei Anticorrupção, as eventuais vantagens na dosimetria das sanções dependem de cooperação empresarial para a *apuração das*

⁴²³ Cf. PABLO MONTIEL (2013b: 258-259); BOCK (2013: 110 e ss.); SILVA SÁNCHEZ (2013a: 79 e ss.).

⁴²⁴ Cf. PABLO MONTIEL (2013b: 259).

⁴²⁵ Cf. PABLO MONTIEL (2013b: 259).

⁴²⁶ Medidas de controle dessa natureza provocam também questionamentos jurídicos variados, relacionados, entre outros, à proteção de dados e da intimidade de empregados, bem como das relações de boa-fé que devem consolidar-se entre empresa, diretores e empregados, num tal ambiente corporativo, cf. GÓMEZ MARTÍN (2013: 132 e ss.), NIETO MARTÍN (2013a: 32 e ss.) e MASCHMANN (2013: 147 e ss.), com especial referência, este último, à normativa alemã de proteção de dados, bem como aos escândalos decorrentes das devassas realizadas sobre os funcionários das empresas *Deutsche Telekom*, *Deutsche Bahn* e *Lidl*.

infrações (art. 7º, VII); e o acordo de leniência subordina seus benéficos efeitos à empresa desde que da colaboração resulte a *identificação dos demais envolvidos na infração* e na *obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração* (art. 16, incs. I e II), indicando, essa literalidade normativa, que as investigações internas têm por exclusivo objeto fatos pretéritos, levados ao conhecimento da empresa por canais de denúncias (*whistleblowers*) ou por medidas de controle interno (resultados do monitoramento do *compliance*, ou de auditorias, p.ex), ou mesmo por autoridades da persecução ou pela imprensa.

7.2.3 Fundamentos

As investigações internas promovem efetivamente uma elevada compressão dos direitos fundamentais dos investigados, cuja legitimidade está a depender, inicialmente, dos fundamentos para ingerência dessa natureza.

Costuma-se justificar as restrições aos direitos fundamentais, no âmbito das investigações internas, por dois caminhos: ora pelo cumprimento de um dever; ora pelo exercício de um direito, excluindo, de início, eventual justificativa pela via do *estado de necessidade* ou da *legítima defesa*, visto que se tratam, as investigações empresariais internas, de medidas de reação frente a uma infração usualmente já consumada⁴²⁷.

A opção legislativa densificada num específico programa de conformidade de viés criminal selará o caminho por uma daquelas duas alternativas de legitimação das investigações internas. A justificativa para a ingerência nos direitos fundamentais encontrará suporte ora no cumprimento de um dever, ora no exercício de um direito, consoante a natureza do programa, de implementação coativa ou voluntária.

Pablo Montiel (2013a: 241) justifica essa compressão de direitos fundamentais nas investigações internas na figura do cumprimento de um dever, relacionando-o naturalmente às particularidades de cada legislação. Assim, e

⁴²⁷ Cf. PABLO MONTIEL (2013a: 241); GARCÍA CAVERO (2014: 48). Nas palavras de PABLO MONTIEL (2013a: 241), “isso quer dizer que as medidas adotadas por quem levam adiante estas investigações na empresa têm lugar *depois* do cometimento de um delito e não previamente, quando este estava acontecendo ou era iminente. Esta primeira circunstância obriga o intérprete a ter que excluir a legítima defesa e o estado de necessidade, dado que não se verifica o requisito da *atualidade* ou *iminência* da agressão nem o da *atualidade* do perigo”.

tendo em perspectiva os Códigos Penais da Argentina e da Espanha⁴²⁸, referido autor (2013a: 241) destaca a possibilidade de ingerência sobre a intimidade de trabalhadores, via medidas de investigação empresarial interna, no cumprimento de um dever que viria a ser, portanto, essencialmente jurídico.

Noutro trabalho coevo, Pablo Montiel (2013b: 263-264) ressalta, por outro lado, que nos EUA a legislação não estrutura um específico dever legal direto de realizar investigações internas, senão um dever mediato, decorrente de anteriores obrigações de controle no âmbito de um programa de *compliance*. Inobstante essa constatação, destaca o referido autor que,

‘(...) o sistema americano tem sido desenhado de tal maneira que as empresas que põem em marcha processos de autolimpeza contam com incentivos tão importantes – diminuição da pena ou arquivamento da acusação – que no fundo as empresas estão faticamente compelidas a investigar.’ (2013b: 264)

A obrigação de investigar, nesse caso, decorreria de uma *coerção fática*, e não propriamente jurídica.

A propósito do sistema alemão, Sahan (2013: 248) argumenta, na linha de Moosmayer (2013: 138), que o §130 da OWiG,

‘(...) prevê um dever de investigação como parte do ali regulado dever de vigilância. Os responsáveis pela empresa estão portanto obrigados a buscar indícios de possíveis infrações jurídicas dos seus trabalhadores ou colaboradores e, sendo o caso, investigá-las. Ante a existência de suficientes e fundadas suspeitas a direção da empresa não goza de margem de discricionariedade alguma quanto à decisão de levar a cabo uma investigação interna.’

Assim ocorre porque, para aquele mesmo autor, a infração a tal dever de investigar pode dar lugar a infrações administrativas, civis e inclusive penais, pela violação do dever de garante (2013: 249)⁴²⁹.

Por outro lado, há quem sustente a legitimidade dessas investigações para avançar sobre certos direitos fundamentais no exercício regular do direito.

⁴²⁸ A saber, art. 304 do Código Penal argentino, e art. 31 bis do Código Penal espanhol, dispositivos que, de acordo com PABLO MONTIEL (2013a: 241), “não fazem impensável falar de deveres especiais do empresário, consistentes em *impedir a comissão de certos delitos*, como também em *contribuir para o esclarecimento dos já cometidos*”.

⁴²⁹ No mesmo sentido, e para uma mais aprofundada análise desse específico dever no âmbito da OWiG, cf. BOCK (2013: 107 e ss.).

No entendimento de García Cavero (2014: 48), parece desarrazoado defender que as empresas estejam *obrigadas* a realizar uma investigação interna que “repercute positivamente nos seus interesses”. Nestes casos, prossegue,

‘(...) a justificação para a restrição dos direitos fundamentais do trabalhador poderá encontrar-se no direito que a empresa possui de tentar evitar uma situação de prejuízo por meio do descobrimento de uma conduta ilícita cometida por um trabalhador (2014: 48)⁴³⁰.’

A questão da justificação assume, nessa ordem de idéias, um perfil dependente da específica regulação estatal, e por isso naturalmente contingente. O argumento do *exercício regular de um direito* parece correto nos sistemas em que as legislações não estruturam a responsabilidade penal corporativa na base da falha auto-organizacional⁴³¹. Nessas hipóteses, o *criminal compliance* tem impacto apenas na fase da culpabilidade, a indicar que a ingerência sobre direitos fundamentais estaria permitida por um mais geral direito da empresa de controle sobre funcionários de modo a evitar infrações e as consequências negativas de variada ordem que delas decorrem.

Nos sistemas que estruturam a responsabilidade por falha auto-organizacional, a investigação interna assumiria a característica de dever, cuja omissão poderia influir já na própria imputação.

As legislações estudadas repercutem essa contingência.

O *enforcement* do FCPA revela a coerção fática por excelência, como já se notou, perfil suscetível de espelhar a aplicação da Lei Anticorrupção, em face da elevada predisposição que o *compliance* e o acordo de leniência aqui estruturados demonstram para instrumentalização da política “*carrot and stick*”. Embora não tenha sido imposto um específico dever direto de desenvolver investigações internas nessas legislações, as contrapartidas positivas e negativas associadas à implementação de tais medidas praticamente anulam o poder decisório empresarial, indicando uma coerção fática irresistível quando em jogo a possibilidade de sobrevivência da empresa. Como sistemas de responsabilidade vicarial, poder-se-ia dizer que as investigações internas se desenvolvem, aqui, enquanto *exercício regular de um direito* voltado à minimização de riscos

⁴³⁰ No mesmo sentido, GÓMEZ MARTÍN (2013: 140).

⁴³¹ Defeito de auto-organização no modelo proposto por GÓMEZ-JARA DÍEZ (2010: 7 e ss.).

decorrentes do comportamento de empregados e prepostos⁴³².

O UKBA, de sua vez, pela previsão de responsabilidade penal corporativa já em função da falha na prevenção, impõe, a nosso juízo, o desenvolvimento das investigações efetivamente como dever jurídico.

7.2.4 Classificação

A doutrina aponta a existência de variadas classes de investigações empresariais internas⁴³³.

Conforme lecionam Estrada I Cuadras & Llobert Angli (2013: 201), em função do objeto de investigação, diferenciam-se as investigações internas sobre ilícitos penais; investigações sobre ilícitos extrapenais (de ordem trabalhista, p.ex.), e investigações sobre irregularidades contratuais. Ainda de acordo com aqueles autores (2013: 201-202), as investigações internas podem assumir a feição reativa, voltadas a esclarecer um determinado fato, ou podem ser preventivas; podem dirigir-se contra funcionário já considerado suspeito, bem como contra trabalhadores isentos de suspeita, nas hipóteses de investigações internas preventivas⁴³⁴; e podem dirigir-se à apuração de infrações: (1) cometidas por trabalhadores contra a própria empresa; (2) cometidas por trabalhadores contra outros empregados (assédio sexual, furto, p.ex.); (3) praticadas por empregados através da empresa, geralmente em benefício desta; e (4) para satisfação dos

⁴³² É essa a linha, p.ex., muito embora não explícita, adotada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10^a Região (Brasília-DF) no julgado que segue, transcrito apenas na ementa: "JUSTA CAUSA. E-MAIL. PROVA PRODUZIDA POR MEIO ILÍCITO. NÃO-OCORRÊNCIA. Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele. Sob este prisma, podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado. Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, não somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o mau uso do sistema *internet* que atenta contra a moral e os bons costumes, podendo causar à empresa prejuízos de larga monta" (Tribunal Regional do Trabalho da 2^a Região - Distrito Federal - 3^a Turma - RO 0504/2002, Rel^a Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro, DJU 19.07.2002).

⁴³³ Cf. ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI (2013: 201 e ss.); PABLO MONTIEL (2013b: 260 e ss.).

⁴³⁴ Estas hipóteses de investigações preventivas, todavia, viu-se antes, não se adequam ao conceito estrito de investigações internas, traduzindo antes medidas de controle interno, cujos parâmetros de realização pedem limites rigorosos destinados a evitar problemas com o direito à intimidade e a proteção de dados de funcionários, p.ex.

deveres de vigilância empresarial⁴³⁵, seja para “controlar ou investigar seus empregados”, seja para velar pela saúde e integridade física destes.

Pablo Montiel (2013b: 260), por outro lado, destaca a existência de “investigações internas em sentido estrito e investigações internas em sentido amplo, segundo participem do esclarecimento dos fatos somente advogados externos ou também membros da própria empresa, respectivamente”; e investigações internas de “caráter nacional e internacional, conforme se tratem de firmas locais ou multinacionais (...)”.

Para além de outras classificações, há, por fim, dois grandes grupos de investigações internas que merecem especial referência: as investigações internas pré-judiciais e as para-judiciais⁴³⁶. Pablo Montiel (2013b: 260) explica-nos que as investigações internas pré-judiciais se desenvolvem antes de qualquer apuração do fato pelas autoridades da persecução, e geralmente têm início a partir do conhecimento da infração obtido pelos canais internos da própria empresa (*hotlines*, auditorias, pelas medidas de controle, em geral). As investigações para-judiciais desenvolvem-se após o início da investigação oficial, por força de injunções das autoridades ou por ciência dos fatos via imprensa, p.ex., tramitando a investigação interna, neste caso, de forma concomitante com a apuração estatal⁴³⁷. Essa segunda constelação de casos é mais comum nas hipóteses de *compliance* implementado *ex post facto*, a partir, reitere-se, de demanda da autoridade⁴³⁸.

7.2.5 Objetivos

São diversos e complementares os objetivos que o Estado e a empresa pretendem alcançar com as investigações internas.

Segundo Sahan (2013: 251), os objetivos perseguidos com uma investigação interna – na perspectiva da empresa – podem ser agrupados em:

(a) Evitação da responsabilidade: a omissão em investigar determinado fato, presentes indícios de sua ocorrência, pode dar lugar à responsabilidade da

⁴³⁵ Cujá omissão pode implicar em responsabilidade inclusive penal, por violação do dever de garante (cf. BERMEJO & PALERMO, 2013: 171 e ss.; e ROBLES PLANAS, 2013: 319 e ss.).

⁴³⁶ Cf. PABLO MONTIEL (2013b: 260-261); e, em sentido semelhante, SAHAN (2013: 246-248).

⁴³⁷ Cf. PABLO MONTIEL (2013b: 261).

⁴³⁸ Cf. PABLO MONTIEL (2013b: 261); e SAHAN (2013: 247).

direção da empresa e do oficial de cumprimento pela infração do dever de vigilância e pela infração em si, não evitada;

(b) Esclarecimento, interrupção e punição de comportamentos irregulares, visto que somente uma pronta apuração interna dos fatos permite esclarecer adequadamente o ilícito, detê-lo, e sancioná-lo;

(c) Obtenção de informação sobre deficiências no sistema de controle interno, permitindo uma “avaliação realista dos sistemas de controle interno da empresa”;

(d) Prevenção, pela transmissão da mensagem aos empregados, diretores e colaboradores da empresa, de que comportamentos ilícitos serão devidamente apurados.

De certo modo, os objetivos acima elencados indicam que as investigações internas – e o subsequente processo sancionatório dela decorrente, no âmbito da empresa – exercem influência sobre parte significativa dos elementos estruturais de um programa de *compliance*, de tal modo que perfectibilizam um fortíssimo indicador da efetividade de tais programas⁴³⁹.

Noutra ponta, os objetivos que o Estado persegue, ao incentivar ou impor às empresas a tarefa de investigar internamente fatos delitivos, assumem feição mais difusa.

Pode-se salientar desde logo o objetivo mais geral e relevante, voltado à prevenção de delitos, de fundo político-criminal⁴⁴⁰. Mas tal meta está melhor conexas ao próprio *compliance*, em que incluídas as investigações⁴⁴¹.

Para além desse objetivo mais geral, e oficialmente declarado pelo incremento das legislações acerca do tema, fala a doutrina em “vantagens” das investigações internas para as autoridades da persecução, que podem traduzir, em face do que representam para o modelo persecutório a partir delas detalhado, objetivos ou finalidades pretendidas pelo Estado com o estímulo a tais medidas.

Nesse sentido, Nieto Martín (2013a: 46-47) afirma que,

‘(...) a decisão político-criminal de dar importância à cooperação com o processo penal da pessoa jurídica é a decisão mais importante desde o ponto de vista do direito processual, visto que afeta a estrutura profunda do

⁴³⁹ Em contraponto a um programa meramente cosmético, cf. NIETO MARTÍN (2012: 125).

⁴⁴⁰ Vide subitem 6.6.2, *supra*.

⁴⁴¹ Confira-se, p.ex. a hipótese lançada nesse sentido, e as observações a respeito, formuladas por SIEBER & ENGELHART (2014: 204 e ss.).

procedimento (...). Admitir a cooperação e, assim, as investigações internas, supõe uma opção política jurídica favorável à privatização do processo penal.’

A partir desta conjuntura, Nieto Martín (2013a: 47) aponta dois grupos de “vantagens” das investigações internas para as autoridades: (a) economiza trabalho e custos, “pois permite que a empresa aporte as provas fundamentais e traga consigo ‘preso pela orelha’ o culpado”; e (b) permite aos procuradores “evitar os controles” do juiz das liberdades⁴⁴².

Esta segunda vantagem não representa um objetivo “declarado” pelo Estado, embora efetivamente dela se privilegie, não sem riscos para a estrutura do processo penal no Estado de Direito, a justificar a referência, mais adiante, incluso pelo que dela se extrai no impacto sobre os interrogatórios de empregados suspeitos.

Já a primeira, sim. As investigações internas têm correspondido à declarada pretensão estatal de evitar custos e utilização considerável de tempo e servidores com apurações de enormes dificuldades, decorrentes da complexidade interna das grandes corporações e da costumeira internacionalidade do delito. Relembre-se, aqui, que Richard Alderman, na altura de 2010 na função de Diretor da SFO, revelou não poder investigar tudo, visto que aquela agência, tal como outras, possuía recursos limitados, enfatizando que tais recursos deveriam ser priorizados para os casos mais graves, tendo acrescentado, em complemento, que a alocação prioritária dos escassos recursos dependeria do paralelo desempenho, pelas corporações, das tarefas de investigação por meio dos seus próprios consultores internos ou externos, desonerando a agência das hipóteses investigativas⁴⁴³.

É a execução do processo de “autolimpeza empresarial”⁴⁴⁴, ou, por outra, o desengargo, pela empresa, de sua tarefa investigatória, que proporciona ao Estado a satisfação dos seus objetivos, em situação de complementaridade.

7.3 Premissas de ordem jurídica

⁴⁴² Em variados sentidos, que passa pela mais rápida possibilidade de a empresa iniciar a investigação sem exigências mínimas de “dúvida razoável”, vasculhar os aparelhos telefônicos, computadores e correios disponibilizados ao empregado para uso em serviço, previamente cientes dessa possibilidade, promover interrogatórios sob coerção de sanção disciplinar e influência do *job loss*, etc (cf. NIETO MARTÍN, 2013a: 47; e GRIFFIN, 2007: 141 e ss.).

⁴⁴³ Cf. KOEHLER (2010: 2-3).

⁴⁴⁴ Expressão de PABLO MONTIEL (2013a).

O avanço para o problema central do trabalho pressupõe sejam fixadas algumas premissas de ordem processual penal necessárias tanto para o correto desenvolvimento do tema principal como para as conclusões ao fim lançadas.

7.3.1 Exigência de suspeita da infração

Os elevados custos financeiros geralmente associados à deflagração de uma investigação interna indicam que uma decisão dessa natureza é fortemente determinada por razões de ordem econômica⁴⁴⁵, a abranger pontos relacionados ao risco de realização de gastos desnecessários e, não menos importante, conducentes a eventual dano reputacional, implicando uma “complicada ponderação de fatores com incidência jurídica e econômica”, como notou Pablo Montiel (2013b: 267 e ss)⁴⁴⁶.

Todavia, para que uma cooperação com as autoridades seja qualificada como efetiva, suscetível de repercutir otimamente na atenuação da responsabilidade ou culpa da empresa e do *compliance officer* – aqui relativamente aos fatos delitivos evitáveis por atempada intervenção –⁴⁴⁷, devem as investigações ter início, quando menos, tão logo disponha a empresa de elementos de suspeita da ocorrência de uma infração⁴⁴⁸. A decisão econômica não pode ignorar esse específico dado jurídico decorrente do princípio do Estado de Direito. A exigência de suspeita mínima da ocorrência de infração, já se viu, constitui um *standard* adequado ao Estado de Direito, por evitar devassas corporativas tendentes a afetar a intimidade, privacidade e honra dos trabalhadores⁴⁴⁹.

Nesse ponto, não parece juridicamente razoável que o Estado recuse parcela de valor às investigações empresariais, no *culpability score*, p.ex., quando aquele *standard* seja observado, sob pretexto de que a empresa deveria ter agido antes. Primeiro porque o Estado que se pretende de Direito não pode fomentar um

⁴⁴⁵ Cf. SAHAN (2013: 249).

⁴⁴⁶ Cf., igualmente, GARCÍA CAVERO (2014: 46).

⁴⁴⁷ Cf. SAHAN (2013: 248 e ss.).

⁴⁴⁸ Embora a empresa não esteja tecnicamente amarrada a este *standard*, podendo antecipar a tarefa apuratória com base em rumores ou denúncia, p.ex., sem que se qualifique como medida ilegítima ou desproporcional (cf. PABLO MONTIEL, 2013b: 269-270).

⁴⁴⁹ Tais como asrelatadas por MASCHMANN (2013: 147 e ss.).

compliance panóptico⁴⁵⁰, agregando maior valor às investigações sem justa causa. Segundo porque tal intervenção atrita demasiado com a liberdade de gestão empresarial, impondo à empresa a internalização de custos elevadíssimos com o desenvolvimento de tarefas investigativas internas sem a mínima suspeita de ilícito.

Essa consideração tem relevo, nesse contexto, porque explicita um pressuposto material para a realização daquela específica tarefa investigatória.

Parte o presente trabalho, portanto, na linha do que já ficou exposto, do duplo entendimento de que a deflagração das investigações internas pela empresa exige suspeita da ocorrência de infração, e, mais, que a deliberação pela oitiva do empregado havido como suspeito dessa infração decorre de *decisão consciente* do setor de *compliance*, adrede informado da existência de indícios contra aquele específico funcionário.

7.3.2 Compartilhamento do produto das investigações

Uma segunda premissa prende-se com a questão do compartilhamento do produto das investigações internas com as autoridades da persecução.

Note-se que o quadro de objetivos a alcançar pela via das investigações internas, antes detalhado, embora desenhado em linhas aparentemente neutras, não mascara o fato de que tais investigações estão preordenadas, para além de viabilizar processos decisórios e corretivos no âmbito da própria empresa, à satisfação probatória das autoridades da persecução, como abertamente revelado pelas leis estudadas, e concretizado no programa modelo de *compliance* acordado com as autoridades norteamericanas⁴⁵¹.

Já se viu que as legislações em estudo exigem a contrapartida empresarial investigatória e o *posterior compartilhamento de provas*, enquanto condição para a exclusão/atenuação da responsabilidade ou culpabilidade penal.

Referidas leis, pode-se dizer promovem a privatização da luta contra a corrupção⁴⁵². Como adverte Feldens (2016: 116-117),

⁴⁵⁰ Cf. NIETO MARTÍN (2013a: 32 e ss.).

⁴⁵¹ Vide *supra*, subitem 1.2.

⁴⁵² Cf. NIETO MARTÍN (2013b: 191 e ss.).

‘(...) não se trata, propriamente, de uma transferência total aos entes privados da titularidade da atividade investigativa, própria das instituições estatais, mas do estabelecimento de uma espécie de ‘sistema de colaboração público-privado’, pautado em um protocolo de interesses recíprocos.’

Em outras palavras, o Estado instrumentalizou a seu favor o poder que o empregador tradicionalmente ostenta em face dos trabalhadores, decorrentes do Direito do Trabalho e/ou do Direito Civil, mormente aquele relacionado às tarefas de apuração de ilícitos ocorridos no âmbito interno, estimulando-o mediante a agregação de benefícios de ordem penal, e cobrando o compartilhamento do material probatório resultante dessas investigações, enquanto requisito para a configuração da boa-fé e eficácia da cooperação.

Nesse contexto, algumas observações são necessárias, respeitantes, primeiro, à existência de um eventual *limite* a esse compartilhamento com as autoridades do resultado das investigações internas, que pudesse representar, de algum modo, proteção à situação jurídica dos empregados interrogados; e, segundo, à especial função que a prova assim trasladada tem exercido no âmbito da persecução oficial⁴⁵³.

Segundo Nieto Martín (2013a: 47),

‘Que exista possibilidade de colaborar não significa que exista dever de colaborar. Se, como consequência dos fatos denunciados, pode impor-se algum tipo de sanção penal ou administrativa contra a pessoa jurídica, esta goza do direito a não declarar contra si mesma e não contribuir para sua própria acusação⁴⁵⁴.’

⁴⁵³ Que este compartilhamento deva ocorrer, quando se implementa um programa de *compliance* destinado a obter favorecimento de ordem penal, é fato indiscutível, à vista, novamente, do marco normativo implementado pelas legislações analisadas. Como corretamente observa PABLO MONTIEL (2013b: 264), apesar de inexistente, no sistema norteamericano, p.ex., um formal dever de investigar, a estrutura dos incentivos penais exerce tal influência na decisão das empresas que elas estão “faticamente compelidas” a isso, e a compartilhar o resultado, acrescentando-se, se a decisão teve em mira a obtenção do benefício. Mais não bastasse, GIMENO BEVIÁ (2014: 229), igualmente em referência ao modelo norteamericano, adverte que se a corporação recusar-se a cooperar, os procuradores podem obter do Grande Júri ordem para acessar todo e qualquer registro relacionado com o programa de *compliance* da empresa, uma providência perfeitamente admissível no sistema jurídico brasileiro, visto que o Código de Processo Penal admite busca domiciliar tanto para descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, como para coletar qualquer elemento de convicção [(art. 240, §1º, letras e) e h)]. Por fim, e para um melhor vislumbre do risco associado a essa questão, ROXIN (2015: 321 e ss.) refere recentes apreensões em Alemanha, pelas autoridades, de documentos relacionados a interrogatórios internos produzidos pelo setor de *compliance*.

⁴⁵⁴ Em idêntico sentido, cf. SAHAN (2013: 252). Para maiores detalhes acerca do dever de cooperação das empresas com autoridades investigatórias, no ambiente português da concorrência, com referência à “jurisprudência Orkem”, do Tribunal de Justiça da União Européia, a envolver a obrigação de entrega de informações estritamente fatuais, ainda que em contraste com o *nemo tenetur*, cf. SOUSA MENDES (2009: 217 e ss.) e BRANDÃO (2014: 39 e ss.).

A fala evidencia que a aplicação do *nemo tenetur* às empresas pode representar uma trava ao compartilhamento.

A questão sobre se o *nemo tenetur* teria aplicação às empresas⁴⁵⁵, suscetível de extrair-se, de uma positiva ou negativa resposta, a (in)existência de um eventual obstáculo ao compartilhamento do resultado das investigações com as autoridades, não tem repercussão jurídico-penal de relevo no mais estrito âmbito dos interrogatórios internos. Reformulada a frase com maior rigor: eventual limitação ao compartilhamento, decorrente da aplicação do *nemo tenetur* às empresas, se existente, não impacta *positivamente* a esfera jurídica do empregado suspeito.

Não afeta porque, à luz daquelas legislações, o *compartilhamento permanecerá exigível*, posto limitado a provas que não impliquem a responsabilidade da empresa, situação que em nada beneficia, em princípio, o empregado do suspeito da infração, antes pode vir a prejudicá-lo, porque tem o condão de torná-lo “alvo” específico do compartilhamento⁴⁵⁶.

Como exemplo das limitações possíveis, Sousa Mendes (2009: 219-220), em referência aos processos por infração às regras da concorrência, não sem críticas à excessiva compressão do *nemo tenetur*, no caso concreto, esclareceu que no acórdão do TJ (Tribunal de Justiça da União Européia), de 18 de Outubro de 1989 (caso 247/87 Orkem vs. Comissão), o TJ declarou que a empresa era obrigada a fornecer à Comissão toda a informação necessária estritamente factual (p.ex., documentos), mesmo que isso pudesse vir a ser usado como meio de prova contra ela. Mas foi reconhecido à empresa o direito de não responder a perguntas que implicassem uma admissão da sua parte de práticas anticoncorrenciais, pois compete à Comissão fazer essa prova⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Que é uma questão completamente diversa da aplicação do *nemo tenetur* aos empregados interrogados no âmbito de um programa de *compliance*. Eventuais atritos com o *nemo tenetur* podem ocorrer, relativamente às empresas, quando, p.ex., para o accertamento da responsabilidade penal do próprio ente corporativo, fizerem-se presentes exigências: (1) de assunção de culpa para formalização de acordos; (2) de compartilhamento de documentos protegidos por sigilo legal (*attorney-client privilege*, p.ex.); (3) ou mesmo de cooperação probatória autoincriminatória (cf. ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI, 2013: 200).

⁴⁵⁶ Uma limitação ao compartilhamento apenas de específicas provas, não do conjunto, muito menos daquelas que possam minimizar a responsabilidade da empresa pela “entrega” de outrem às autoridades, como bem enfatizou NIETO MARTÍN (2013a: 48).

⁴⁵⁷ O Tribunal Constitucional teve oportunidade de apreciar e rejeitar, no Acórdão nº 461/2011, recurso apresentado por uma empresa condenada em processo contra-ordenacional pelo Conselho da Autoridade da Concorrência, no qual se alegava, entre outras, “a inconstitucionalidade

Nesse caso, mesmo a configuração mais ampla da aplicação do *nemo tenetur* às corporações não favorece o empregado: são as provas “contra ele” que a empresa haverá de disponibilizar às autoridades.

7.3.3 Funcionalização: o empregado como alvo

A premissa anterior conduz à necessária consideração acerca da *função* exercida pela prova compartilhada no processo penal.

Acentuou Gruner (2007: 279) que a tarefa de investigação das empresas tem fornecido ao DOJ, na aplicação do FCPA, um meio absolutamente seguro e econômico de obtenção de prova, habilitando-o a construir seus casos criminais contra empregados e diretores⁴⁵⁸, sem as aparentes travas das garantias penais⁴⁵⁹.

normativa que resulta da interpretação conjugada dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, no sentido de obrigar o arguido a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, determinadas informações e documentos à Autoridade da Concorrência”, inconstitucionalidade esta especialmente decorrente, segundo o recurso, da violação do “direito (ou a garantia) fundamental à não autoincriminação ou *nemo tenetur se ipsum accusare*, enquanto direito que se pode definir como o direito do arguido a não ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação”. No referido Acórdão ficou dito, em apertada síntese, que “o direito à não autoincriminação, nomeadamente na vertente de direito ao silêncio, tendo o seu campo de eleição no âmbito do direito criminal, estende-se a qualquer processo sancionatório de direito público”, mas que, todavia, “no âmbito contra-ordenacional – dada a diferente natureza do ilícito de mera ordenação e a sua menor ressonância ética, comparativamente com o ilícito criminal – o peso do regime garantístico é menor, conforme já defendido por este Tribunal, nomeadamente no Acórdão n.º 659/2006”. Esclareceu ainda o Tribunal, na sequência, que, “não obstante ser difícil traçar uma fronteira absoluta entre a natureza das infracções criminais e contra-ordenacionais, a ponto de apenas se poder afirmar, indubitavelmente, que ‘constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima’ (artigo 1.º, do Decreto-Lei n.º 433/82), tal não significa que o âmbito de liberdade do legislador ordinário, quanto à decisão de reprimir determinadas condutas com os mecanismos sancionatórios penais ou apenas intervir com sanções de carácter ordenativo, não seja constitucionalmente vinculado e dependente, no limite, duma distinção substantiva entre os dois ilícitos,” a implicar, de consequência, que no “contexto distintivo do direito de mera ordenação social, justifica-se que o conteúdo potencial máximo do direito à não autoincriminação sofra significativa compressão, face à consagração de deveres de colaboração independentes sobre as entidades sujeitas ao regime da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho”. Dentre tais deveres, ainda conforme o Tribunal Constitucional, “a obrigação de prestar informações e entregar documentos, à Autoridade da Concorrência, como entidade reguladora – fortalecida pela cominação de coima – surge como condição de eficácia da efectiva salvaguarda do princípio da concorrência – constitucionalmente protegido, designadamente em decorrência da alínea f) do artigo 81.º da Lei Fundamental, como já vimos – num domínio em que a colaboração dos agentes económicos se torna fundamental para a fiscalização, verificação e sancionamento da existência de comportamentos infraccionais”. Essa decisão, como refere BRANDÃO (2014: 39), conferiu “o aval prévio” de que necessitava o legislador português para a edição da Lei n.º 19/2012, que aprovou o Novo Regime Jurídico da Concorrência, no qual se estabeleceu uma obrigação de entrega de documentos à Autoridade da Concorrência, por parte das empresas e demais pessoas envolvidas, sancionada a falta como contra-ordenação (art. 18), em situação de “derrogação da prerrogativa contra a auto-inculpação que tende a ser vista como constitucionalmente admissível” (cf. BRANDÃO, 2014: 39).

⁴⁵⁸ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 160).

⁴⁵⁹ Cf. GRIFFIN (2007); e NIETO MARTÍN (2013a: 46 e ss.).

O papel principal do processo penal contra as empresas, no *enforcement* do FCPA, deslocou-se da acusação e punição para a ampla e generalizada reforma da cultura corporativa, com foco nas questões prospectivas de governança e *compliance*, e menor interesse nos problemas retrospectivos decorrentes da pesquisa da responsabilidade e culpa, campo reservado, este, para a persecução de empregados e agentes⁴⁶⁰, tudo facilitado, evidentemente, pelos acordos pré-processuais.

Os altíssimos valores envolvidos nos custos dessas investigações empresariais internas desempenharam papel de relevo na conformação dessa política acusatória⁴⁶¹. Segundo Estrada I Cuadras & LLobet Angli (2013: 200), em referência aos aproximados 70 milhões de dólares pagos em investigações internas pela empresa *United Health*,

‘(...) não é de estranhar-se que a política criminal adotada pelos procuradores federais do DOJ tenha sido a de centrar sua estratégia acusatória na responsabilidade individual das pessoas naturais integrantes da pessoa jurídica, no lugar desta última, o contrário do que havia sido sua política inicial. As empresas ou organizações passaram, deste modo, de alvo das acusações penais dos procuradores federais para agências privadas de investigação ao seu serviço.’

A referência que se vem de fazer, acerca de uma funcionalização do *enforcement* do FCPA via acordos de *compliance*, para a produção de provas contra as pessoas físicas, pode encontrar também repercussão na aplicação do UKBA e da Lei Anticorrupção. No UKBA, por força das semelhanças encontradas entre o primeiro DPA celebrado pelo SFO e o programa modelo estudado (DOJ x BGH), ambos com destaque para a ampla cooperação com autoridades⁴⁶²; Na Lei Anticorrupção, pela declarada opção legislativa de incluir como pressuposto do acordo de leniência a *efetiva colaboração* das pessoas jurídicas com as

⁴⁶⁰ Cf. SPIVACK & RAMAN (2008: 161).

⁴⁶¹ Informa KUHLEN (2013: 60), p.ex., a propósito do caso SIEMENS, que referida empresa “contratou o escritório *Debevoise & Plimpton* para descobrir, através de amplas investigações internas (*internal investigations*), tanto os casos de corrupção como os departamentos frágeis da corporação que os favoreciam. Nesta tarefa, os advogados foram auxiliados pela empresa de auditoria *Deloitte & Touche*. Estas investigações custaram à SIEMENS cerca de um bilhão de euros. Os resultados penalmente relevantes foram postos à disposição das autoridades encarregadas pela persecução penal”.

⁴⁶² Com explícitas exceções relacionadas apenas a material de prova coberto por sigilo, como o profissional, p.ex., que atina mais com a proteção da própria empresa, incluso em face do risco de dano reputacional (como defendem GOLDSMITH & KING, 1997: 13 e ss.), que com a proteção dos próprios empregados.

investigações, dela devendo resultar a *identificação dos demais envolvidos na infração* e a *obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração* (art. 16).

Enfim, a eventual limitação à cooperação decorrente da aplicação às empresas do *nemo tenetur*, além de não abranger objetivamente a prova colhida contra empregados reputados suspeitos, plenamente compartilhável, encaixa-se finalisticamente com uma prática processual penal acusatória já formatada e em franco desenvolvimento, maiormente dirigida ao acerto da responsabilidade penal da pessoa física, com salvaguarda da empresa, transformadas em agências privadas de investigação a serviço das autoridades⁴⁶³.

As implicações que isto pode representar em termos de legitimidade⁴⁶⁴ e eficácia político-criminal⁴⁶⁵ dessa aparente *nova formatação* da investigação criminal e do foco que ela põe no indivíduo enquanto alvo das autoridades, se se está a falar em processo penal clássico, são questões excedentes deste âmbito. Algo, porém, pode ser antecipado, porque exercerá influência no equacionamento jurídico ao fim sugerido: as investigações internas servem igualmente, de modo *apriorístico* – por determinação legislativa, no caso da Lei Anticorrupção – às autoridades da persecução penal, com elementar vocação para a produção da prova necessária à construção dos casos criminais contra indivíduos, notadamente quando o acordo encerra a pesquisa acerca da responsabilidade da empresa, como tem sido regra⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Cf. ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI (2013: 200).

⁴⁶⁴ Não seria impertinente questionar, p.ex., se as investigações empresariais internas estão a promover a interrupção ou mesmo retrocesso na positiva tendência de processualização da fase de investigação criminal, quando são tomadas as decisões mais determinantes do processo penal (cf. MATA-MOUROS, 2011: 20 e ss.).

⁴⁶⁵ Como alerta FIRST (2010: 97), exatamente a propósito do desempenho das tarefas de investigação empresarial interna qual um “escritório avançado” ou “sucursal” (*branch office of the prosecutor*) das agências de investigação oficial, e da funcionalização dessa tarefa para a superior a persecução de indivíduos (e não das empresas), “a adoção de uma função de parceria com a empresa, no entanto, não deve obscurecer a importância da responsabilidade criminal corporativa na dissuasão do crime empresarial. (...) A acusação contra indivíduos não é fator suficientemente dissuasório da criminalidade organizacional complexa. Pode revelar-se difícil processar e condenar os indivíduos; as sanções podem não ser eficazes; e sanções contra específicos indivíduos podem estar abaixo do ideal, quando a sua conduta produz elevados ganhos econômicos que reverterão em benefício de sua organização.” Referido autor finaliza alertando para o fato de que, a depender do caso, embora seja relevante a preocupação dos procuradores com os danos colaterais dos processos criminais contra as corporações, o acordo com as empresas pode implicar em perdas maiores em termos de dissuasão geral que as eventuais consequências negativas de uma denúncia.

⁴⁶⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016: 237) esclarece que a jurisprudência do Tribunal Supremo de Espanha (STS nº 809/2004, de 23 de junho; STS nº 1348/2004, de 25 e novembro, p.ex.) pressupõe vinculação entre as atenuantes de colaboração e confissão. Todavia, segundo este autor, “a previsão específica dessa atenuante para as pessoas jurídicas [(de colaboração com a

Tal configuração das investigações internas, adrede instrumentalizadas a serviço das autoridades, tensiona sobremaneira os já conflituosos interesses em jogo, especialmente nos interrogatórios de empregados reputados suspeitos, em face do dever que possuem de informar a direção da empresa sobre os fatos ocorridos no ambiente de trabalho⁴⁶⁷.

Nesse contexto, vale a observação de Nieto Martín (2013a: 48), no salientar que

‘(...) quem investiga tem sempre maiores possibilidades para construir a ‘realidade’ tal como lhe convém. E neste caso o que convém à empresa é mostrar que seus controles funcionam, que é uma empresa cumpridora, e que tudo foi culpa de um *free rider*’⁴⁶⁸.’

7.4 Os interrogatórios internos de empregados suspeitos

7.4.1 Delimitação e justificação

Embora já referido aleatoriamente pelo trabalho, cabe agora anunciar e justificar um recorte essencial no objeto da presente pesquisa. De todas as medidas de investigação suscetíveis de realização pela empresa, interessa-nos mais de perto o interrogatório do empregado havido como suspeito de uma infração penal, produzido no âmbito de um programa de *compliance* direcionado ao atendimento da Lei Anticorrupção (*internal interviews*).

A opção pela análise dos interrogatórios assenta, primeiro, no relevo *epistemológico* desse específico meio de prova⁴⁶⁹.

investigação, art. 31 quater.B), Código Penal da Espanha], e os requisitos concretos fixados para a mesma, permitem entender **que para a apreciação desta atenuante não se requer nenhum elemento de auto-inculpação, nem tampouco que as provas e depoimentos que se aportem estejam referidos ao colaborador, senão que podem referir-se a terceiras pessoas – na maior parte das ocasiões, pessoas físicas –**. Negrito no original

⁴⁶⁷ Cf. ROXIN (2015: 321 e ss.).

⁴⁶⁸ Em sentido semelhante, cf. MASCHMANN (2013: 157).

⁴⁶⁹ Com a preliminar advertência de que o interrogatório em causa é conduzido por particular, é razoavelmente assente na doutrina e na jurisprudência interna a compreensão de que o interrogatório do suspeito ou réu, por autoridades, possui a natureza binária de meio de defesa e de meio de prova, alternativas estas não excludentes, ainda que potencializado o primeiro aspecto (cf., por todos, LOPES JR., 2011: 622). O próprio Código de Processo Penal brasileiro, pese a anciandade, enquadra tal medida no Livro I, Título VII, Capítulo III, intitulado DA PROVA (arts. 185 e ss.). Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente, na linha de julgados anteriores (Recurso em Habeas Corpus nº 48354-SP e Habeas Corpus nº 96849-CE, p.ex.), que “(...) o interrogatório do réu constitui essencialmente um meio de defesa, mas serve como prova do processo, podendo ser valorado no juízo condenatório” (Habeas Corpus nº 150581/SP, 6ª Turma, Relator Ministro Néfi Cordeiro, data do julgamento 20/10/2015). Em

Como observa Duggin (2003: 864),

‘(...) a entrevista do empregado é o coração da investigação interna. Documentos, livros contábeis e outros registros corporativos são importantes, mas palavras e números ganham vida através das histórias relatadas por pessoas reais. Falar com os que têm conhecimento dos principais acontecimentos facilita a compreensão do quê e por que aconteceu, melhor que qualquer outra ferramenta de investigação.’

Esta observação, de sentido ainda genérico em face dos variados tipos de oitivas (suspeitos, testemunhas, informantes etc), pode ser aprofundada pela lição de Figueiredo Dias (2004: 440), no que respeita ao específico depoimento do empregado suspeito: “o arguido é indiscutivelmente, em princípio, uma das pessoas que estará em melhor situação para dar relevantes esclarecimentos sobre a matéria da *notitia criminis* e da acusação, independentemente do fato de ser ou não culpado”.

E a oferta ou recusa, pelo suspeito, às autoridades da persecução – ou a substitutos particulares –, desse específico conhecimento acerca dos fatos, pode produzir, no plano hipotético, menos condenações falsas ou mais absolvições falsas, respectivamente⁴⁷⁰. Essa diretriz epistemológica é superiormente reforçada, com redução das absolvições falsas, segundo Laudan (2013: 213), se se puder *obrigar* os acusados a testemunhar (ausente o direito ao silêncio), seja pelos correlatos deveres entregues ao acusado que declara, de fazer prova de suas alegações; seja pelas eventuais inconsistências ou implausibilidades do seu testemunho, suscetíveis de percepção pelo julgador; seja pelo risco de inferências negativas desse mesmo julgador acerca do comportamento do acusado ao testemunhar.

Portugal o interrogatório do arguido é regulado no Título II do Livro III do Código de Processo Penal como meio de prova típico (cf., a propósito, cf. SOUSA MENDES, 2013: 174; e PINTO DE ALBUQUERQUE, 2011: 330 e ss.), e está submetido ao “princípio geral de apreciação probatória, sem que qualquer tabelamento probatório seja normativamente imposto” pelo Código de Processo Penal português, segundo o acórdão de 07/04/2015 do Tribunal da Relação de Évora (processo: 1161/11.9PBFAR, referente às declarações do co-arguido).

⁴⁷⁰ Cf. LAUDAN (2013: 213). Como melhor explica este mesmo autor, “à diferença de um sistema hipotético onde os acusados colaboram com as investigações da polícia, podemos pressupor que o «acusado silencioso» gerará muito mais absolvições falsas. Se as partes que são genuinamente culpáveis dizem o que sabem sobre os fatos do delito, é difícil imaginar a absolvição de muitos deles. De igual forma, haveria menos condenações falsas visto que seria menos provável que se apresentassem acusações penais contra o inocente se o culpado reconheceu os fatos” (2013: 213).

A configuração que os interrogatórios particulares têm assumido pela alegada inaplicabilidade do direito ao silêncio e pelo dever de verdade para com a direção da empresa, assume esse perfil epistêmico, podendo indiscutivelmente reduzir as absolvições falsas, mas a um custo que deve ser melhor ponderado.

O segundo motivo para o recorte de objeto é de ordem mais geral. Os interrogatórios de empregados suspeitos no âmbito da empresa, e o seu eventual aproveitamento no âmbito do processo penal, promovem um significativo refluxo na tendência de processualização da investigação criminal, endereçada que estava, teoricamente, na atual quadra, *à maior assecuração dos direitos fundamentais*⁴⁷¹, a confirmar-se pelos relevantes problemas normativos que têm suscitado especialmente aquele atinente à negação do direito ao silêncio no âmbito desses interrogatórios.

Por último, os interrogatórios de empregados suspeitos podem oferecer uma segura via de acesso para o artifício da indevida transferência da responsabilidade criminal da empresa e/ou de elevados diretores para funcionários menos graduados⁴⁷², pelo mais amplo espaço de negociação e pressão que abre entre a própria empresa e o empregado faltoso, a envolver promessas de anistia da infração, no âmbito interno⁴⁷³, ameaças de perda de emprego por não cooperação⁴⁷⁴, e, mais arriscadamente, oferecimento de bônus ou vantagens por declarações com conteúdo dirigido⁴⁷⁵, tratativas estas de objetivos nem sempre coincidentes com os interesses do sistema de justiça criminal, potencializando o

⁴⁷¹ Cf. MATA-MOUROS (2011: 15 e ss.), que chama a atenção, comparativamente aos ganhos resultantes da diferenciação entre investigador e decisor, para a menos lembrada “crescente tendência de de regulamentação legal dos atos policiais de investigação criminal, bem como ao aumento da relevância da fase preliminar do processo”, tendo em vista o maior número dos “(...) atos de investigação que emigram do território tradicionalmente reservado à actuação da polícia para se integrarem na disciplina do processo penal” (2011: 20).

⁴⁷² Uma transferência de responsabilidades negativamente valorada, viu-se antes, em ROTSCH (2012: 5-6).

⁴⁷³ Cf. ROXIN (2015: 321 e ss.).

⁴⁷⁴ Cf. MASCHMANN (2013: 157-159); e GRIFFIN (2007: 141 e ss.).

⁴⁷⁵ Reportagem da edição impressa do jornal Folha de São Paulo (Caderno Poder, folha A4), intitulada “Empresas envolvidas na Lava Jato dão 'bolsa-delação' a executivos”, revelou o seguinte: “Empresas investigadas na Operação Lava Jato que tentam fechar ou já firmaram acordos de delação premiada com os investigadores asseguraram de dez a 15 anos de salários aos executivos envolvidos nas negociações. O benefício, chamado por pessoas que circulam no meio de ‘bolsa-delação’, foi oferecido pelas empreiteiras Andrade Gutierrez e Odebrecht àqueles funcionários que se tornaram ou podem virar delatores. Tal garantia, segundo relatos de empresários desses grupos obtidos pela Folha, teria dupla função: a de proporcionar segurança financeira aos que encontrarem dificuldades em se recolocar no mercado e a de dar às empreiteiras algum controle na coordenação dos depoimentos para que não se fale algo fora do ‘script’ (...)” - Negrito ausente no original

risco de “construção” probatória de uma realidade conveniente à empresa, como denunciado por Nieto Martín (2013a: 48).

7.4.2 O concreto modelo de interrogatório

Os interrogatórios de empregados suspeitos de uma infração penal produzidos no âmbito de um programa de conformidade seguem tendencialmente, na prática, um modelo aproximado, ditado por razões variadas⁴⁷⁶.

Abstraídas certas particularidades, uma perfeita síntese do modo ou formato como tem sido realizadas essas oitivas está materializado no interrogatório de determinado funcionário suspeito levado a efeito pela SIEMENS, tal como descrito por Roxin (2015: 321 e ss.):

‘Em uma ocasião, a entrevista foi realizada em meio a um confortável chá da tarde. O termo de declaração formulado pelos advogados de *compliance* não foi entregue ao interrogado, tampouco lhe foi solicitada uma assinatura. O interrogado não recebeu nenhum tipo de aconselhamento, mas foi informado sobre o seu dever trabalhista de colaborar. Um segundo interrogatório do mesmo funcionário, realizado um ano e meio após o primeiro, também ocorreu sem nenhum aconselhamento prévio. A entrega do termo do primeiro interrogatório, solicitada pelo interrogado antes do interrogatório, lhe foi negada. Em virtude de um comunicado das apurações na empresa, a promotoria tomou conhecimento da antiga investigação. Em uma busca, foi apreendido todo o material dos advogados de *compliance*, inclusive as atas dos interrogatórios. Um pedido de anulação da apreensão foi indeferido pelo *Landgericht*. Os entrevistados tornaram-se acusados em um processo penal.’

A técnica acima, com algumas pequenas distinções, segue sendo adotada nas investigações internas produzidas no âmbito da Petrobrás S/A, em consequência do mencionado caso Lava Jato, já aqui sem a transcrição ou gravação literal do teor dos depoimentos⁴⁷⁷, por razões que logo adiante ficam mais claras.

⁴⁷⁶ A mais comum, de ordem normativa, pela necessidade de as empresas atenderem às diretrizes mínimas algo uniformes de *criminal compliance* presentes nas legislações anticorrupção. Razões adicionais para essa uniformidade transfronteiriça nas coletas de depoimentos, descontadas as particularidades de cada sistema, frise-se, podem ser observadas mais adiante, nas justificativas apresentadas para esse formato de interrogatório.

⁴⁷⁷ Cf. exposição oral de AYRES (2016: 45), advogado sócio da área de *compliance* e investigações internas do escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados, responsável pelas investigações internas no âmbito da Petrobrás S/A. O procedimento empregado na realização das “entrevistas”, segundo Ayres, exige sejam elas presenciais, feitas por pelo menos 2 participantes, documentada apenas em memorando e transparente acerca do seu propósito, divergente, também quanto a esse aspecto, do interrogatório modelo transcrito.

É precisamente esse modelo de interrogatório que abre espaço aos questionamentos centrais da pesquisa, a saber:

(α) os interrogatórios internos de empregados suspeitos, realizados conforme o modelo antes descrito, produzidos no âmbito de um concreto programa de *compliance* implementado para a satisfação da Lei Anticorrupção estudada, por empresas brasileiras ou aqui sediada, assim como os demais meios de prova deles diretamente derivados, podem ser admitidos e valorados como prova no processo penal interno?

(β) que requisitos tais interrogatórios devem satisfazer, quando realizados por empresas brasileiras ou aqui sediadas, para que possam ser admitidos como meios de prova e legitimamente valorados no processo penal?

(γ) não satisfeitos estes requisitos, que consequências podem ser atribuídas a tais interrogatórios no processo penal brasileiro?

7.4.3 As justificativas para o interrogatório modelo

Que ordem de considerações fundamentam o concreto modelo de interrogatório interno de empregados suspeitos? As justificativas ou respostas para essa questão encontram fundamento difuso, dir-se-ia transversal, a envolver considerações de ordem teórica e prática notadamente relacionadas com Economia e o Direito, sem um quadro jurídico definido seja para o seu exercício seja para a identificação dos seus limites. Um perfil de justificativa, aliás, apropriado ao perfil desregulatório do próprio *compliance*.

Uma ilustração dessa consideração está em Moosmayer (2013: 138). Referido autor, após ponderar os inúmeros e complexos problemas jurídicos que decorrem da realização de investigações internas pela empresa, menciona que elas devem ser justas, eficientes e profissionais⁴⁷⁸, agrupando nestes critérios as diretrizes teórico-práticas associadas à justificação das distintas fases de preparação, execução e conclusão dessa tarefa.

Algumas destas considerações não chegam a ter específico relevo na formatação e execução dos interrogatórios internos, porque respeitantes à fase de *preparação* das investigações. Note-se, a propósito, que no quesito *eficiência* das investigações internas, as considerações giram acerca do momento oportuno para

⁴⁷⁸ No mesmo sentido, de modo explícito, cf. GARCÍA CAVERO (2014: 46).

o seu início, sobre a forma de realizá-las, e sobre a existência e disponibilidade de recursos para suportá-las⁴⁷⁹.

Nesse tópico, a disponibilização, pela empresa, ao setor encarregado do desenvolvimento das investigações internas, dos recursos necessários para o sucesso da tarefa⁴⁸⁰, que hão de compreender os meios financeiros e técnicos, como a abertura de canais internos de denúncia, ou, se necessário, iniciada a suspeita de participação de altos diretores no ilícito, pela contratação de investigadores externos⁴⁸¹, constitui decisão juridicamente importante porque agrega eficácia ao programa de *compliance*, afastando a idéia de uso apenas cosmético. Mas, a rigor, um tal argumento, que deita raízes mais fundas no critério econômico, pouco ou nada contribui para a jurídica conformação do concreto modelo de interrogatório descrito, porque atinente à fase ainda *preparatória* das investigações.

Também a decisão sobre o momento oportuno para a realização das investigações internas obedece a razões de ordem marcadamente econômica⁴⁸², com abrangência sobre pontos relacionados ao risco de realização de gastos desnecessários e, não menos importante, risco de dano reputacional⁴⁸³. Como a decisão pela tomada do interrogatório precede a execução mesma do ato, esse argumento igualmente pouco diz sobre a *formatação e execução* do concreto modelo de interrogatório acima referido.

Respeitadas as particularidades de cada sistema jurídico, aquele interrogatório modelo, informal e carente de advertências sobre o *nemo tenetur* e sobre eventuais conflitos de interesses dos advogados que o conduzem, está fundamentado nas diretrizes adiante explicitadas, seccionadas relativamente a cada um dos problemas normativos divisados⁴⁸⁴.

7.4.3.1 A informalidade documental como regra

Já é razoavelmente antiga a preocupação com o risco de dano reputacional

⁴⁷⁹ Cf. MOOSMAYER (2013: 138); e GARCÍA CAVERO (2014: 46-47).

⁴⁸⁰ Cf. MOOSMAYER (2013: 138); e GARCÍA CAVERO (2014: 46-47).

⁴⁸¹ Cf. GARCÍA CAVERO (2014: 47).

⁴⁸² Cf. SAHAN (2013: 249).

⁴⁸³ Cf. PABLO MONTIEL (2013b: 267 e ss) e GARCÍA CAVERO (2014: 46).

⁴⁸⁴ Note-se que aqui se descrevem as razões ou justificativas que dão suporte ao interrogatório modelo. A justificação mais ampla para as investigações internas, interrogatório inclusive, decorre das exigências de satisfação de um *criminal compliance* efetivo (v. *supra*, item 6).

decorrente da *documentação* de medidas de investigação⁴⁸⁵. Um receio, em verdade, que não está centrado precipuamente na documentação das oitivas, mas na ulterior publicização de um documento dessa natureza em detrimento da empresa, de especial gravidade para as corporações de capital aberto⁴⁸⁶.

Para obviar esse problema, duas providências têm sido sugeridas em doutrina e por escritórios de advocacia especializados, relativamente aos interrogatórios de empregados.

A primeira providência está em que tais interrogatórios não sejam gravados ou transcritos literalmente⁴⁸⁷. Essa inicial cautelateria a dupla vantagem de evitar a formalização de material probatório suscetível de apreensão por ordem judicial⁴⁸⁸; bem como o compulsório compartilhamento desse material com a parte adversária em eventual processo⁴⁸⁹. Nesse caso, também a própria processualização do material poderia implicar em sua divulgação.

Segundo, ainda na linha da defesa da informalidade, aconselha-se que os interrogatórios sejam preferencialmente conduzidos por advogados, que, por sua vez, devem se limitar a fazer apontamentos dos depoimentos, que servirão aulterioresconsultas e, sendo o caso, à preparação de comunicados internos–memorandos – com a direção da empresa.

Tal proceder asseguraria uma mais provável proteção em face das autoridades, pela incidência do *attorney-client privilege* e da *work-product doctrine*, visto que os apontamentos podem conter impressões subjetivas dos

⁴⁸⁵ Observe-se, p.ex., GOLDSMITH & KING (1997).

⁴⁸⁶ GÓMEZ MARTÍN (2013: 130) expõe que “é cada vez mais habitual que as empresas com grande proeminência comercial – mais particularmente as cotizadas –, por temor ao risco reputacional que poderia representar o conhecimento por parte do mercado (competidores e consumidores) da existência de um *affaire* interno de certa relevância, prefiram *não denunciá-lo externamente* às autoridades públicas competentes para a sua persecução e depurar *portas adentro* as responsabilidades individuais que do mesmo possam derivar-se. (...) O anterior costuma conduzir, portanto, ao rechaço da denúncia e à preferência pelo estabelecimento de *sistemas internos de denúncia* e o conseqüente desenvolvimento de *investigações internas* para depurar responsabilidades sem que isso transcenda à opinião pública.” (Itálicos no original)

⁴⁸⁷ Cf. MISSAL; LAMBRAKOPOULOS & KOWALK (2015).

⁴⁸⁸ Risco bem observado por GIMENO BEVIÁ (2014: 229), em referência teórica ao sistema norteamericano; e por ROXIN (2015: 321 e ss.), apontando caso concreto na Alemanha.

⁴⁸⁹ Tal como ocorre nos EUA, por previsão do art. 26(b)(3) da *Federal Rules of Civil Procedure*, que garante à parte o acesso às provas produzidas pela contraparte, inclusive gravações de declarações orais, quando adotadas no litígio (Cf. MISSAL; LAMBRAKOPOULOS & KOWALK, 2015: 16).

advogados, e as comunicações internas eventuais conselhos legais à direção⁴⁹⁰⁻⁴⁹¹.

Observe-se, de pronto, que esses argumentos atinentes à forma promovem uma pequena variação no modelo de interrogatório analisado, que teve o seu conteúdo registrado num *termo de declaração* (que estava, porém, sem assinatura, segundo a descrição antes feita). Trata-se de variação pequena porque, de todo modo, o termo de interrogatório mencionado no concreto modelo adotado pela SIEMENS, e aqui analisado, como visto, não chegou a ser assinado, anulando seu valor probatório. Essa variação, inobstante, é especialmente mencionada porque os interrogatórios adotados nas investigações internas no âmbito da Petrobrás S/A, em consequência do mencionado caso Lava Jato, seguem a diretriz de não documentação do conteúdo⁴⁹².

A dúvida que se põe, todavia, é se esse modelo informal de interrogatório, preponderantemente associado aos interesses econômicos e jurídicos da empresa, pode de algum modo oferecer às autoridades da persecução material probatório contra o funcionário suspeito, na linha das questões centrais antes mencionadas.

7.4.3.2 A juridicidade dos interrogatórios (I): o advogado e os conflitos de interesses

Os interrogatórios de empregados suspeitos, no particular, reclamam condução por profissional especializado, com formação jurídica, interno ou externo à empresa.

A exigência de condução das investigações por um advogado se prende inicialmente com a própria *natureza* da tarefa de investigação interna dos fatos delitivos, que, como acertadamente define Moosmayer (2013: 142), traduz um *processo jurídico*⁴⁹³, em face da necessidade de levar-se em conta a constante

⁴⁹⁰ Cf. MISSAL; LAMBRAKOPOULOS & KOWALK (2015: 16). SAHAN (2013: 254 e ss.) defende igualmente a condução de inquéritos internos por advogados, mas num sentido algo diverso, relacionado com a natureza de *processo jurídico* dessas investigações empresariais internas, a reclamar profissional com conhecimentos especializados incluso para evitar consequências danosas de variada ordem, como aliás mais adiante melhor se enfatiza.

⁴⁹¹ A incidência do privilégio advogado-cliente (e da *work-product doctrine*) nas oitivas de empregados por advogados no âmbito de uma investigação interna, foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana em *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 394 (1981). Um privilégio existente, todavia, apenas nas comunicações havidas entre o advogado e empresa que o contratou para a condução das investigações, e não entre aquele e o empregado interrogado (para essa e outras observações acerca do precedente citado, cf. DUGGIN, 2003: 893 e ss.).

⁴⁹² Cf. AYRES (2016).

⁴⁹³ No mesmo sentido, SAHAN (2013: 243) e GARCÍA CAVERO (2014: 47).

“tensão existente entre os interesses da empresa, por um lado, e os dos órgãos de direção e dos trabalhadores e colaboradores, por outro, com o objetivo de conseguir uma ponderação adequada de todos eles”⁴⁹⁴.

A participação de advogados também tem assento em aspectos relacionados com a proteção da empresa, de terceiros (colaboradores, imprensa) e dos interesses do Estado: como a prova obtida pode ou deve comunicar-se às autoridades, que devem interessar-se por sua higidez, recomenda-se a condução das investigações por advogados⁴⁹⁵.

Sahan (2013: 254) aponta que,

‘Com razão se alerta com veemência, especialmente aos membros dos órgãos diretivos da empresa, dos riscos de incorrer em responsabilidades pela implementação de uma investigação interna sem a presença de uma figura central com conhecimento especializado sobre a matéria.’

Recomendação dessa natureza, como antes se revelou, adquire mais sentido se se avalia os riscos relacionados à formalização de prova contra a própria empresa, e a proteção legal assegurada a certos documentos quando produzidos por advogados⁴⁹⁶.

Questão adicional está na opção pela utilização de advogados internos ou externos à empresa para a realização dos interrogatórios.

Como deixa claro Dervan (2012: 367-368), a eventual internacionalidade dos fatos delitivos a apurar justificaria não somente a opção por advogados especializados, como também externos à empresa, pela maior credibilidade que certas jurisdições emprestam a investigações assim conduzidas. Ainda segundo Dervan (2012: 367-368), “no contexto da potencial atividade criminosa de colarinho branco internacional”, os advogados externos devem ser priorizados porque permitem alcançar dois objetivos importantes: emprestam maior credibilidade às conclusões dos inquéritos, eliminando suspeitas que possam pesar sobre investigações conduzidas por quem tenha eventual participação no ilícito ou interesse financeiro no resultado; e – aqui em referência indistinta a *advogados*, em contraste com a opção por um qualquer *funcionário* interno –, protege

⁴⁹⁴ Cf. SAHAN (2013: 254).

⁴⁹⁵ Cf. SAHAN (2013: 254).

⁴⁹⁶ Cf. DUGGIN (2003: 889 e ss.); MISSAL; LAMBRAKOPOULOS & KOWALK (2015: 16); e SAHAN (2013: 254 e ss.).

memorandos investigativos, relatórios e conclusões pela aplicação do *attorney-client privilege* e da *work-product doctrine*.

Mais além, a condução dos interrogatórios por advogados externos ou internos à empresa dependerá ainda de fatores como a participação de pessoal de alto escalão ou do setor de *compliance* na infração, e correlatos custos e recursos associados à função investigativa⁴⁹⁷.

A decisão pela transferência da responsabilidade pela condução parcial ou total das investigações a profissionais externos à empresa, porém, necessita ponderar um item relevante no contexto do interrogatório de empregados suspeitos.

De acordo com Sahan (2013: 255 e ss.), o mais elevado conhecimento que o departamento jurídico interno, responsável pelo *compliance*, possui sobre o funcionamento e organização da empresa, bem como o papel central que exerce no seu âmago, enquanto canal de contato para as consultas de caráter jurídico, justificam que permaneça sob poder desse setor jurídico interno a responsabilidade de *coordenação geral* das investigações, sem prejuízo da terceirização das medidas de execução, desde que ausente suspeita da participação do próprio setor de *compliance* no ilícito.

Sahan (2013: 254-255) observa ainda que a participação de advogados externos nas tarefas de investigação empresarial deve ser ponderada em face do risco da não aplicação a estes profissionais do direito à recusa ao depoimento⁴⁹⁸, e, em consequência, à inaplicabilidade da proibição de apreensão dos documentos da empresa que eventualmente estejam em mãos de tais advogados⁴⁹⁹.

As justificativas acima projetam relevantes considerações acerca do concreto modelo de interrogatório. A diretriz que define a condução dos interrogatórios por um advogado acata razões de ordem jurídica e econômica.

Tratando-se, o interrogatório e o conjunto das medidas investigatórias empresariais em que se insere de um procedimento de natureza jurídica, a produzir efeito incluso no âmbito de formais investigações estatais ou mesmo

⁴⁹⁷ Cf. MOOSMAYER (2013: 141); GARCÍA CAVERO (2014: 47); e SAHAN (2013: 255).

⁴⁹⁸ Presente no §53(1) 3 do Código de Processo Penal alemão (StPO, *Strafprozessordnung*). Conforme leciona ROXIN (2000a: 224 e ss.), tal dispositivo assegura um “direito limitado de abster-se de declarar como testemunha” a “certas pessoas de confiança, integrantes de determinados grupos profissionais, acerca de tudo aquilo que lhes tenha sido confiado ou tenha chegado ao seu conhecimento em virtude de sua respectiva qualidade”, como os advogados.

⁴⁹⁹ Cf. §97(3), StPO.

processos criminais, sua correta realização do ponto de vista da obediência aos marcos normativos é de rigor. Do contrário, poder-se-á cogitar tanto da inutilidade das investigações internas para os fins a que se propõe (civis, trabalhistas e criminais), como da elevada possibilidade de produção de danos à imagem da empresa e a terceiros, como demonstram os casos de atentado à privacidade e à honra de funcionários mencionados por Maschmann (2013: 147 e ss.).

Nesse contexto, e em face do concreto modelo de interrogatório analisado, duas questões afloram: que específicos interesses – da empresa ou do empregado – o advogado interno e/ou externo deve curar na condução do interrogatório do empregado suspeito? O empregado suspeito deve ser advertido daquele conflito de interesses, e que possui direito a consultar seu próprio advogado?

Apesar de existir uma resposta intuitiva – que o advogado que interroga representa os interesses da empresa, não do empregado interrogado –, deve ela ser contrastada com situações mais complexas aqui verificáveis.

Note-se, primeiro, que no interrogatório-modelo não fica explicitado de modo claro, para o empregado suspeito, a existência de um conflito de interesses por parte do inquisidor.

Mais não bastasse, especulando algo mais, tal conflito pode ser mascarado por variados fatores, como a cordialidade no trato inicial do advogado com o investigado e a própria informalidade já referida, sugestionando ao empregado maior confiança, reforçada pela ausência de qualquer documentação.

Por fim, o conflito mais se agrava na hipótese de interrogatório conduzido pelo departamento jurídico interno, *quando este setor está igualmente à disposição do empregado para orientações e consultas*, gerando expectativa de confiança e proteção na pessoa desse advogado, por parte do empregado suspeito⁵⁰⁰.

7.4.3.3 A juridicidade dos interrogatórios (II): *nemo tenetur*

A doutrina tem ressaltado que as investigações empresariais internas devem desenvolver-se com *respeito aos direitos fundamentais dos investigados*,

⁵⁰⁰ Cf., a propósito dessa ordem de problemas, DUGGIN (2003).

especialmente aqueles direitos relacionados à intimidade e à honra⁵⁰¹.

Uma afirmação dessa ordem, linear, dispensaria maiores questionamentos acerca dos parâmetros constitucionais e processuais penais a serem impostos à tarefa de investigação empresarial interna.

Entretanto, o conjunto das abordagens respeitantes à aplicação das garantias do processo criminal às investigações internas deixa antever que não é bem esse o sentido da referida sentença.

De fato, num plano mais geral, seja por força da regulação prioritária das investigações via normas trabalhistas⁵⁰², seja pelos diferentes métodos de coleta da prova, a exercer compressão sobre direitos fundamentais de natureza variada⁵⁰³, seja, ademais, *por se tratar de tema entregue prioritariamente à autorregulação empresarial*, a doutrina tem oferecido diferentes perspectivas acerca da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das investigações internas⁵⁰⁴.

Todavia, como concreto exemplo da relativização experimentada por aquela sentença, basta observar, na hipótese em estudo, que no modelo de interrogatório analisado não se fez a advertência, ao empregado suspeito, acerca do *nemo tenetur se ipsum accusare*. A advertência em verdade foi outra: de que o empregado possuía o dever de colaborar com a investigação, decorrente de obrigações de natureza trabalhista.

Tem-se considerado – e o interrogatório modelo constitui prova desse entendimento –, que a garantia do *nemo tenetur* não tem aplicação aos interrogatórios internos de empregados suspeitos, a despeito da afirmação de que as investigações empresariais devem desenvolver-se com *respeito aos direitos fundamentais dos investigados*.

Essa inaplicabilidade da garantia do *nemo tenetur* aos interrogatórios

⁵⁰¹ Coerentes com essa afirmação, porém com distintas abordagens, cf. GARCÍA CAVERO (2014: 47-48); MASCHMANN (2013: 147); ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI (2013: 204 e ss.); PABLO MONTIEL (2013a: 229 e ss.); GOMEZ MARTÍN (2013: 132 e ss.); NIETO MARTÍN (2013a: 46 e ss.); ROXIN (2015: 321 e ss.).

⁵⁰² Cf., dentre outros, MOOSMAYER (2013); ROXIN (2015); ROSA PAIS (2015); .

⁵⁰³ Cf. MASCHMANN (2013: 147 e ss.).

⁵⁰⁴ Diferenças observáveis, p. ex., nas questões relacionadas às eventuais expectativas de privacidade do trabalhador no uso dos equipamentos que a empresa lhe faculta para o desempenho das funções, relativamente a meios de obtenção de prova como buscas em computadores, aparelhos celulares, ou instalação de equipamentos de videovigilância no interior da empresa, cf. melhor se observa em ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI (2013: 206 e ss.); GÓMEZ MARTÍN (2013: 132 e ss.); MASCHMANN (2013: 148 e ss.).

empresariais tem assento nos seguintes argumentos.

α) Primeiro, por uma clara convergência doutrinária no sentido de que as investigações empresariais internas, no plano procedimental, devem obediência primária às normas trabalhistas, e não aos regramentos próprios do direito processual penal, em razão da tradicional autorização entregue ao empregador para apurar as faltas dos seus funcionários, e que, de consequência, assegura também ao empregador o direito de ser informado pelo empregado dos fatos ocorridos naquele ambiente, impondo a este, em contrapartida, um correlato dever de informação e colaboração com a empresa⁵⁰⁵.

Esse dever de colaboração do empregado, fundado primariamente em normas do Direito do Trabalho⁵⁰⁶, e também do Direito Civil⁵⁰⁷, aliado à sua contraface, representada pelo direito do empregador de apurar irregularidades havidas na sua atuação, que fornecem às investigações internas o perfil de atuação particular, desprovida de *potestas* estatal, tem justificado essa realização de interrogatórios de empregados suspeitos tecnicamente despreocupada com as garantias do processo criminal, como ocorreu no interrogatório-modelo.

No Brasil, essa relação de subordinação trabalhista do empregado para com o empregador decorre do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que define como empregador “(...) a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”

É a partir dessa fonte normativa que se estrutura o denominado Poder Diretivo do Empregador, no âmbito interno, que vem a ser “o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna da empresa e correspondente prestação de

⁵⁰⁵ Cf., p.ex., MOOSMAYER (2013: 138); MOMSEN (2011: 511-512); PABLO MONTIEL (2013a: 227); GARCÍA CAVERO (2014: 48-49); ROXIN (2015: 213 e ss.); ROSA PAIS (2015); MASCHMANN (2013: 156).

⁵⁰⁶ Nesse âmbito do Direito do trabalho, aliás, reconhece-se como dominante a opinião de que o empregado possui um dever de esclarecimento e de informação ao empregador, decorrente do direito decisório deste, conforme expõe ROXIN (2015: 321 e ss.).

⁵⁰⁷ MASCHMANN (2013: 156), a propósito do sistema alemão, adverte que a maioria da doutrina acata a aplicação, à espécie, para fundamentar o dever de colaboração do empregado, inclusive em derrogação ao *nemo tenetur*, do §666 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil), que “obriga o mandatário a dar informação do negócio e prestar contas sobre a execução do mandato. Como o §666 do BGB – prossegue MASCHMANN – não regula nenhum direito a negar informação, o mandatário deveria prestar contas sobre o negócio que gerencia também quando, durante o exercício dessa atividade, tenha cometido uma conduta ilícita. Se se excluem essas condutas do dever de informação o §666 do BGB não poderia cumprir sua função precisamente frente às infrações especialmente graves. Quem lesiona um bem jurídico alheio deve fazer-se responsável por isso e deve procurar repará-lo. Se para isto tiver que assumir a própria conduta delitativa, deve fazê-lo contanto que a lei não lhe libere expressamente disto”.

serviços”⁵⁰⁸, e que se manifesta, numa das suas vertentes, por meio do controle, vigilância e fiscalização dos seus empregados⁵⁰⁹⁻⁵¹⁰.

Nesse direito do empregador, fundado em contrato de natureza trabalhista, pode-se apontar a fonte, no sistema jurídico brasileiro, da justificativa para a condução do interrogatório interno nos moldes do interrogatório-modelo.

Como ressalta Pablo Montiel (2013b: 254), “pesem as coincidências que possam existir, não deve perder-se de vista que as investigações empresariais têm uma natureza claramente divergente – das investigações estatais – por seu caráter privado”, visto que tanto o procedimento como as sanções e consequências delas decorrentes (despedimento, reparação do dano etc.) possuem perfil civil-laboral, e não penal.

Essa perspectiva deixa claro, com Pablo Montiel (2013b: 270), que

‘(...) o simples traslado das garantias do processo penal para as investigações internas poderia gerar notáveis interferências e deformações nas relações jurídicas amparadas pelo Direito laboral, especialmente porque o trabalhador poderia descumprir deveres legais ou contratuais sob o amparo da garantia do princípio *nemo tenetur*.’

β) Como consequência do fato de que as investigações internas constituem um fenômeno regido pelo direito privado, capitaneadas pela empresa, carente de *potestas* estatal, seria inaplicável o *nemo tenetur*, voltado originariamente à

⁵⁰⁸ Cf. DELGADO (2006: 631).

⁵⁰⁹ A propósito do direito de fiscalização do empregador derivado do designado Poder Diretivo, confira-se recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho, na ementa: "REVISTA REALIZADA EM BOLSAS DE EMPREGADOS. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. Esta Corte tem entendido que o poder diretivo e fiscalizador do empregador permite a realização de revista em bolsas e pertences dos empregados, desde que procedida de forma impessoal, geral e sem contato físico ou exposição do funcionário a situação humilhante e vexatória. Desse modo, a revista feita exclusivamente nos pertences dos empregados não configura, por si só, ato ilícito, sendo indevida a reparação por dano moral. (...)" (RR - 1845900-83.2008.5.09.0006, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 06/03/2015).

⁵¹⁰ Em Portugal, segundo MENEZES LEITÃO (2014: 357), “um dos elementos característicos do contrato de trabalho é o poder de direcção do empregador sobre o trabalhador, o qual tem a contrapartida no dever de obediência do trabalhador (art. 127º, nº 1, d)”. E é desse mesmo poder de direcção que emana, ainda conforme MENEZES LEITÃO (2014: 360-361), o poder disciplinar, que “corresponde à faculdade de o empregador aplicar sanções ao trabalhador que se encontre ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho”, dependente, em todo caso, esse sancionamento, de procedimento disciplinar prévio (LAMBELHO & GONÇALVES, 2014: 183). Especificamente acerca das revistas pessoais, MENEZES LEITÃO (2014: 170) adverte que “deve, em princípio, considerar-se proibida por constituir tratamento vexatório ou degradante a revista da pessoa, do cacifo e bens do trabalhador, mesmo que ocorra nas instalações da empresa. Pode, no entanto, admitir-se essa revista, em casos excepcionais, no intuito de protecção da pessoa ou bens do empregador ou de outros trabalhadores, perante indícios graves da prática de crimes no interior da empresa”.

dissuasão da atividade irregular dos órgãos da persecução pública⁵¹¹.

Conforme explica Pablo Montiel (2013b: 271), em tentativa de salvaguardar a essência da relação de natureza laboral existente entre o empregador e o empregado, incluso o legítimo direito do empresário de obter colaboração do empregado mesmo em relação aos danos que este porventura cause à empresa,

‘(...) tratando-se as investigações internas de um processo que não é nem estatal nem de natureza repressiva, não parece adequado reconhecer ao trabalhador uma liberdade de declaração, a partir da compreensão do princípio *nemo tenetur* como um axioma válido em todo o Direito.’

A ser de outra maneira, ter-se-ia verdadeiramente obstaculizada a tarefa empresarial de gerenciamento dos riscos e danos ocorridos *na e a partir* da empresa.

7.4.4 Os problemas normativos: considerações críticas e soluções

7.4.4.1 Observação prévia: a inexistência de marco normativo

Antecipou-se que o presente trabalho leva em conta os interrogatórios internos produzidos para a satisfação de interesses empresariais relacionados precipuamente ao cumprimento da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). De igual modo, expôs-se que as provas resultantes dessa atividade têm vocação para servir, de modo preponderante, à valoração, no âmbito do processo penal, contra os empregados acusados da infração.

A referida Lei, todavia, no essencial, prevê apenas os benefícios sancionatórios para as empresas colaboradoras, bem como as exigências direcionadas à obtenção desses favores, uma vez satisfeitas, como o programa de cumprimento normativo e o acordo de leniência.

Para além, a Lei Anticorrupção não traça qualquer limite, diretriz ou regulação acerca das investigações empresariais internas, no geral, e muito menos do interrogatório ou “entrevista” do empregado suspeito, no particular, matérias naturalmente entregues à autorregulação privada.

⁵¹¹ Cf., p.ex., MASCHMANN (2013: 156) e PABLO MONTIEL (2013b: 271), ambos, porém, com ressalvas relativamente à valoração dessa prova, quando compartilhada com autoridades.

A perspectiva interna do Direito laboral, setor regulatório primário dessas apurações, é muitíssimo limitada.

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452), diploma central que estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho no Brasil, data de 1º de maio de 1943, não possuindo qualquer específica disciplina ou regulação para os inquéritos voltados a apurar as faltas dos empregados⁵¹²⁻⁵¹³, muito menos se pensada à luz da mais moderna figura do *compliance*.

Considerado, além do mais, que tais interrogatórios ocorrem em âmbito privado, e se desenvolvem em atenção primária às normas de direito laboral e civil, ter-se-ia inaplicável, a princípio, o Código de Processo Penal, cuja regulação está endereçada à autoridade policial, na fase do inquérito (art. 6º, IV) e à autoridade judicial, durante o processo (art. 185 e ss.).

Do ponto de vista infralegal, o Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção, não traz qualquer observação de destaque a propósito das investigações internas, mesmo quando esmiuçou o programa de integridade padrão a ser exigido das empresas colaboradoras (arts. 41 e ss.).

A Controladoria-Geral da União (CGU), órgão competente para, em concorrência com os demais órgãos e instituições do Governo Federal, promover a aplicação das sanções administrativas da Lei Anticorrupção no âmbito federal, editou Diretrizes não vinculantes com o objetivo de esclarecer o conceito de

⁵¹² As faltas que autorizam o empregador a demitir o empregado com justa causa estão no art. 482 da Consolidação. Dentre as faltas que se podem relacionar com infrações do empregado em matéria de corrupção pública ou privada podem ser citadas a prática de ato de improbidade; incontinência de conduta ou mau procedimento; e a violação de segredo da empresa.

⁵¹³ No sistema brasileiro vige o princípio do livre despedimento. O empregador que deseje pôr fim ao contrato de trabalho individual possui dois caminhos: a dispensa *sem justa causa* e a dispensa *com justa causa*, nesse caso justificada em razão de falta do empregado. No primeiro caso, a rescisão do contrato de trabalho é livre, sem a necessidade de exposição de motivos (art. 477, Consolidação das Leis do Trabalho), respondendo o empregador, todavia, pelo ônus de indenizar financeiramente o trabalhador por vantagens mais amplas que aquelas reconhecidas na rescisão por justa causa. Na rescisão do contrato de trabalho por justa causa, incumbe ao empregador – desde que questionada a demissão na Justiça – provar a falta grave do empregado (art. 482, Consolidação das Leis do Trabalho), donde se presume o poder de apurar internamente a irregularidade. Nessa hipótese de despedimento, o empregado perde algumas vantagens, como aviso prévio, férias proporcionais, 13º salário proporcional, sem direito a levantar o saldo do FGTS. A reintegração ao posto de trabalho constitui tutela excepcional, reservada apenas aos empregados consideráveis estáveis, que constituem exceção (como, p.ex., a empregada em estado de gravidez e o dirigente sindical), e para aqueles cuja demissão ocorreu por justa causa, posteriormente invalidada pela justiça, desde que não comutada, a reintegração, em indenização (art. 495). Para o empregado despedido sem justa causa não é possível a reintegração ao posto de trabalho. A via judicial abre-se-lhe apenas para a reparação dos valores devidos, mas não satisfeitos pelo empregador no ato da demissão.

programa de integridade para os fins de atendimento àquela legislação, de forma a auxiliar as empresas na construção e/ou aperfeiçoamento de programas dessa natureza⁵¹⁴.

Nesse documento, as empresas são orientadas a iniciar uma investigação interna sempre que detectarem indícios da ocorrência de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira (p. 22). E, de relevo, numa textual opção pela autorregulação, dispôs a CGU, nas Diretrizes, que os aspectos procedimentais dessas investigações, como prazos, responsáveis pela apuração, identificação da instância ou da autoridade para a qual os resultados deverão ser reportados, *devem ser disciplinados por normas internas da empresa* (p. 22-23).

A disciplina das investigações internas está entregue, no Brasil, desse modo, à autorregulação empresarial⁵¹⁵, ausente qualquer diretriz clara em termos de heterorregulação (estatal) e corregulação (estatal e privada)⁵¹⁶.

Esse vácuo conduz a dificuldades na identificação dos limites jurídicos à realização de interrogatórios internos como o modelo apresentado, ainda que, a propósito desses limites, tenha a doutrina afirmado com segurança a necessidade de respeito aos *direitos fundamentais dos investigados*⁵¹⁷, de obediência a normas extra-penais de ordem laboral⁵¹⁸, de proteção de dados⁵¹⁹, e de respeito a limites impostos pelo próprio Direito Penal⁵²⁰.

Novamente, e já aqui contextualizando, uma afirmação dessa amplitude adquire densidade se se indaga, p.ex., acerca dos limites ao direito de vigilância do empregador sobre os meios de produção disponibilizados ao empregado para o desempenho da sua função (computador, telefone etc.). Nesse caso, não tem havido tanta discrepância acerca do reconhecimento da necessidade de proteção da privacidade do trabalhador, se, pelo uso moderado desses meios produtivos para fins pessoais, quando não o proibiu expressamente o empregador, criou-se sobre eles uma *expectativa razoável de privacidade*⁵²¹, a indicar que o direito à

⁵¹⁴ Disponível: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>, acesso em 24/10/2016.

⁵¹⁵ Uma defesa teórica da autorregulação empresarial em termos de desenho e implementação dos mais diversos aspectos das investigações internas, qual a constituição de um “código processual interno”, pode ser conferida em PABLO MONTIEL (2013a: 226 e ss.; e 2013b: 265 e ss.).

⁵¹⁶ Opção, no particular, objeto das críticas de FELDENS (2016: 123)

⁵¹⁷ Cf., por todos, MASCHMANN (2013: 147).

⁵¹⁸ Cf. ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI (2013: 206 e ss.).

⁵¹⁹ Cf. MASCHMANN (2013: 151 e ss.).

⁵²⁰ Cf. GÓMEZ MARTÍN (2013: 132 e ss.).

⁵²¹ Cf. ESTRADA I CUADRAS & LLOBET ANGLI (2013: 207) e GÓMEZ MARTÍN (2013).

privacidade oferece caminho autônomo para a proteção do empregado relativamente ao poder de investigar do empregador.

No caso dos interrogatórios internos, essa disposição para a conformação da investigação privada aos direitos fundamentais – na espécie, ao *nemo tenetur* – é menos segura⁵²².

Todavia, se há dificuldades na identificação dos limites jurídicos próprios à realização de interrogatórios internos como aquele retratado no modelo, que passam pela ausência de marco regulatório (autorregulação predominante) e incluso por uma provável recusa de direito fundamental, não são elas insuperáveis.

As considerações críticas adiante formuladas, e as soluções que se lhe seguem, são o resultado dessa tentativa. À semelhança da miríade de justificativas que estão na base do interrogatório modelo, por falta de um quadro jurídico definido, também os limites encontrados refletem essa realidade, encaixáveis ora em normas de direito público ora de direito privado.

7.4.4.2 A informalidade documental

7.4.4.2.1 Considerações críticas

a) Hipoteticamente, o modelo de interrogatório analisado pode produzir, em tese, uma *vantagem processual* para o empregado suspeito, no âmbito dos interrogatórios internos: a falta de documentação tornaria impossível, em tese, a apreensão e posterior valoração do depoimento prestado pelo empregado.

Essa é uma linha argumentativa que necessita análise, visto que, com tal configuração informal, os interrogatórios internos não produziram maiores atritos com as garantias processuais penais do suspeito, ante a nula possibilidade de as autoridades acessarem o teor das declarações prestadas. As consequências do interrogatório levado a efeito pela empresa, nesse caso, estariam, em tese, limitadas às providências de ordem laboral e civil da própria empresa contra o

⁵²² De acordo com SIEBER & ENGELHART (2014: 204), pesquisa empírica revelou que 64% das empresas alemãs participantes esperam cooperação completa dos empregados nas investigações internas, mas que apenas 30% dessas empresas procuram adotar precauções para a proteção dos interesses dos empregados afetados, sendo certo que a principal medida é a possibilidade de contactar um advogado seguido de instruções no sentido de que as declarações do empregado podem ser utilizadas contra ele em processo criminal, bem como a advertência do direito ao silêncio no caso de informação autoincriminatória.

empregado, sem conotação penal.

A ser assim, por uma satisfatória proteção processual assegurada à empresa e ao empregado, do ponto de vista teórico, a informalidade documental do interrogatório interno não constituiria problema significativo no âmbito do processo penal brasileiro.

b) Todavia, essa é uma vantagem apenas relativa, que não elimina por completo os demais problemas normativos analisados (os conflitos de interesses eventualmente existentes entre o advogado da empresa e o empregado interrogado e o *nemo tenetur*). Muito além. A informalidade mesma agrega problema adicional: sem a documentação do ato é impossível avaliar a *legitimidade* da prova primária e da prova secundária recolhida a partir desses interrogatórios, da prova facilitada, enfim, pela eventual colaboração do empregado suspeito, e sobre a qual, a rigor, recai enorme expectativa de vir a ser comunicada às autoridades.

Trata-se de uma vantagem relativa, reafirme-se, porque está ela dependente das particularidades de cada sistema jurídico, que pode, p.ex., não assegurar aos apontamentos e memorandos resultantes do depoimento – não gravado ou não transcrito – a garantia do privilégio profissional, tornando-os apreensíveis e valoráveis no âmbito do processo de natureza criminal. Exemplo claro desse problema foi ilustrado por Roxin (2015: 321 e ss.), que relatou a apreensão, pelo Ministério Público alemão, do material probatório produzido pelo setor de *compliance* da SIEMENS, incluso o termo de declaração prestado pelo empregado interrogado, agora analisado, cuja valoração como prova penal, em face do próprio empregado, foi admitida pela justiça alemã⁵²³.

Em segundo plano, a eventual vantagem probatória decorrente da não documentação não elimina o risco de o advogado prestar depoimento sobre os fatos de que teve ciência durante a condução do interrogatório, como anotado por Sahan (2013: 254-255).

Observe-se, a propósito dessa consideração, que o art. 207 do Código de Processo Penal brasileiro assegura ao advogado a recusa a depor, em processo de natureza criminal, fundada no segredo profissional.

Segundo o referido art. 207, “*são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu depoimento*”.

⁵²³ Cf. LG Hamburg, decisão de 15.10.2010 – 608 Qs 18/10.

Estão incluídos no âmbito de proteção da norma, portanto, os advogados, que, a teor do art. 7º, inc. XIX da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)⁵²⁴, têm a obrigação de guardar sigilo profissional – sob risco de ameaça penal, à vista do crime de violação de segredo profissional tipificado no art. 154 do Código Penal brasileiro –relativamente aos fatos que tiverem ciência no exercício da profissão⁵²⁵.

Todavia, conforme tradicional entendimento, que decorre da literalidade da própria norma, a parte final do mencionado art. 207 facultou o depoimento do advogado quando este for dispensado, pelo interessado, de guardar sigilo⁵²⁶. Por óbvio, como explicita a norma e a sua interpretação pelos tribunais⁵²⁷, a dispensa pelo cliente não obriga o advogado a depor. Entretanto, não seria desarrazoado intuir a dificuldade de exercício de tal liberdade de depoimento pelo advogado, quando o interesse por uma efetiva cooperação, por parte da empresa, sua contratante, estiver em franca evidência, a ponto de conduzi-la à renúncia ao privilégio profissional, ao autorizar o depoimento.

Nessa hipótese, remanesce íntegra e factível, no sistema, a possibilidade de a empresa liberar o advogado da obrigação de manter sigilo acerca dos fatos que teve ciência durante a realização do interrogatório interno, se se pretende com tal desoneração qualificar a cooperação como efetiva. Argumente-se adicionalmente que o depoimento do advogado poderá ser valorado contra o empregado suspeito independentemente da ausência de transcrição do conteúdo do interrogatório interno, porque comunicará ao juiz os fatos documentalmente sonogados.

E se a declaração do empregado suspeito, ao investigador particular, pode chegar às mãos das autoridades da persecução por atividade própria destes órgãos

⁵²⁴ Art. 7º São direitos do advogado: (...) XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

⁵²⁵ Cf. ESPÍNOLA FILHO (2000: 151).

⁵²⁶ Cf. TORNAGHI (1967: 880); e ESPÍNOLA FILHO (2000: 157). Segundo lição mais atual, em tudo coerente com a linha mencionada, “as justificativas profissionais para não depor são consideradas como derogáveis no direito brasileiro” (CHOUKR, 2005: 379).

⁵²⁷ De que constitui exemplo a ementa do seguinte julgado, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL PENAL. ADVOGADO. TESTEMUNHA. RECUSA. SIGILO PROFISSIONAL. ARTIGO 7º, XIX, LEI 8.906/94. É direito do advogado "recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional". Agravo regimental improvido. (AGRAPN 200101948015, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, STJ - CORTE ESPECIAL, DJ 04/08/2003, pg. 202).

(apreensões), ou por deliberação da empresa (levantamento de sigilo), ainda que não venham a ser transcritos ou gravados, a não documentação não oferece em si qualquer segurança do ponto de vista processual penal, nem elimina os demais problemas normativos decorrentes: (1) dos eventuais conflitos de interesses existentes para o advogado que conduz a apuração; e (2) da (não) aplicação do *nemo tenetur* a tais depoimentos.

O resultado de investigações internas realizadas sem qualquer advertência a respeito desses temas pode vir a ser comunicadas às autoridades. No caso da Lei Anticorrupção, *devem ser comunicados*, se foram realizadas no âmbito de um programa de cumprimento normativo acordado via leniência.

Por essa razão, à vista do sistema atualmente vigente, a não documentação do interrogatório interno não representa efetiva vantagem probatória para o empregado suspeito. O interesse pela informalidade, como visto, permanece atrelado superiormente à proteção jurídica e econômica da empresa.

Mais além, e independentemente do acesso das autoridades às notas do depoimento preparadas por advogados, ou mesmo do depoimento do advogado responsável pela condução do interrogatório, após liberação pela empresa, a não documentação dos interrogatórios internos pode conduzir à obtenção e uso, contra o empregado, de prova derivada, obtida a partir do interrogatório informal, com reduzidas possibilidades de ulterior controle judicial acerca da legitimidade dos procedimentos adotados internamente pela empresa, durante o interrogatório, para a recolha dessa prova.

Que limites, portanto, essa informalidade encontra no sistema jurídico interno?

(α) A Constituição Federal brasileira proscree a prova ilícita no art. 5º, inc. LVI, nos seguintes termos: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”, assim consideradas aquelas produzidas em violação a regras de direito material ou mesmo processual⁵²⁸. Redação semelhante está reproduzida no art. 157 do Código de Processo Penal⁵²⁹.

Ao fazê-lo, qual uma regra de exclusão, oferece o legislador proteção processual aos mais diversos direitos fundamentais do cidadão (vida, integridade

⁵²⁸ Conforme precedentes variados do Supremo Tribunal Federal (cf., dentre outros, o Recurso em *Habeas Corpus* nº 90.376, de 3.04.2007; e o *Habeas Corpus* nº 82.788, de 12.04.2005).

⁵²⁹ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

física, honra, domicílio, privacidade, intimidade, p.ex.), primordialmente contra a atividade ilegal do Estado, enquanto remédio dissuasório à arbitrariedade no exercício do poder público. Segundo Pacelli (2012: 335),

‘(...) a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.’

Naturalmente, referidos dispositivos também impõem o reconhecimento da *ilicitude por derivação*, isto é, a prova secundária, somente tornada possível à custa de outra anterior, dita primária ou imediata⁵³⁰, estará contaminada se ilícita esta⁵³¹.

Poder-se objetar de plano, que a regra de exclusão da prova ilícita e da prova dela derivada está prordenada ao controle e dissuasão da atividade ilícita estatal, em nada interferindo com os parâmetros éticos e legais do interrogatório conduzido por particulares⁵³², de modo que eventual irregularidade havida nesse procedimento interno não eliminaria a possibilidade de valoração, senão do próprio ato, quando não documentado, das provas secundárias obtidas a partir dele.

Como esta é uma objeção comum aos demais problemas, cumpre analisá-la com mais vagar.

⁵³⁰ Cf. COSTA ANDRADE (2013: 61 e ss.); e AGUILAR (2004: 25 e ss).

⁵³¹ Cf. PACELLI (2012: 353 e ss.) e FERNANDES (2002: 89). A teoria da ilicitude derivada (ou frutos da árvore envenenada) foi reconhecida mais de uma vez pelo Supremo Tribunal Federal (citem-se, p.ex., os *Habeas Corpus* n^{os} 74.116/SP e 76.641/SP), e, desde a reforma legislativa promovida no ano de 2008, está formalmente incorporada ao nosso sistema no art. 157, §1^o, do Código de Processo Penal («são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras»).

⁵³² Como advertem GRINOVER; FERNANDES & GOMES FILHO (1997: 26), o Código de Processo Penal brasileiro “tem merecido severas críticas por não conter uma sistematização coerente da disciplina das nulidades; (...) ao lado, de um extenso rol de casos em que são mencionadas irregularidades de maior ou menor gravidade, fixa algumas regras gerais que devem ser obedecidas para o pronunciamento da nulidade do ato processual irregular”. Grosso modo, ocorrerá nulidade do meio de prova, abrindo-se espaço à avaliação da aplicação da regra de exclusão, sempre que houver atipicidade formal ou material (legal ou constitucional) da atividade do agente público. Diversamente de outros sistemas, como o português (cf., COSTA ANDRADE, 2013; e SOUSA MENDES, 2004) e o alemão (cf., entre outros, AMBOS, 2009; e GÖSSEL, 2002), o Brasil não conhece as figuras da proibição de produção de prova (*Beweiserhebungsverbote*) e da proibição de valoração de prova (*Beweiserwertungsverbote*). Toda e qualquer atipicidade (material e/ou processual, se resolve, sendo o caso, pela via da nulidade (absoluta ou relativa) e consequente exclusão da prova.

De fato, o *deterrent effect* dirigido aos funcionários públicos – enquanto “tendência a promover a aquiescência institucional com os requerimentos da IV Emenda” – constitui um dos argumentos essenciais para fundar, nos EUA, a doutrina da *exclusionary rule*, fonte do instituto para o direito brasileiro⁵³³, a ponto de afastar-se a possibilidade de aplicação da regra quando este efeito for inócuo, por atuação de boa fé dos agentes policiais⁵³⁴.

Essa mesma função de “controle disciplinar das autoridades” é atribuível às proibições de prova na Alemanha, conforme adverte Ambos (2009: 62). As provas ilicitamente obtidas por particulares são, em princípio, valoráveis, “dado que as disposições sobre o procedimento da StPO (e sobretudo as proibições de métodos probatórios!) somente estão dirigidas aos órgãos da persecução penal”, afirma Roxin (2000a: 206)⁵³⁵. Uma exceção prossegue este autor, deve vigor “unicamente para os casos de extrema violação dos direitos humanos, p.ex., quando um particular obtém confissão através de tormentos insuportáveis”.

Na França, também os funcionários públicos figuram como destinatários primordiais das regras de proibição de prova, inaplicáveis, em linha de princípio, aos particulares⁵³⁶. Essas investigações privadas, todavia, “encontram seu limite na submissão geral às proibições probatórias relativas ao uso da tortura, dos meios que suprimam o livre arbítrio, etc., bem como à falta de contraditório que possa conduzir a que uma prova não seja valorada pelo juiz (art. 427 CPP)”, adverte Armenta Deu (2014: 77).

Observa-se, assim, uma porta aberta à consideração da ilicitude da prova produzida por particular, justificada inicialmente pelo respeito à dignidade da pessoa humana. A questão está em saber se essa porta pode alargar-se por considerações adicionais, como as investigações havidas no âmbito dos programas de *compliance*.

Segundo Armenta Deu (2014: 76-77), em consideração feita à margem do atual quadro de investigação interna para a satisfação de regras de *compliance*, a preocupação com a proteção da licitude da prova em face dos particulares tem

⁵³³ Confira-se, a exemplo, as referências feitas pelo STF no *Habeas Corpus* nº 103325/RJ, Relator Min. CELSO DE MELLO.

⁵³⁴ Cf. ISRAEL; KAMISAR; LaFAVE & KING (2012: 135 e ss.); e SOUSA MENDES (2004), acerca do sistema português.

⁵³⁵ Referido autor, noutra obra (2000b: 141-142), aponta que o OLG Karlsruhe (NStZ 1989, 278) que admitiu a utilização processual do interrogatório realizado em privado e sem prévia instrução sobre o direito a não declarar.

⁵³⁶ Cf. ARMENTA DEU (2014: 77).

crescido, dentre outros fatores, pelo específico incremento das atividades investigatórias de sujeitos privados ou profissionais.

Para além desse tópico, porém, a objeção não cabe no sistema brasileiro, pelo menos não de modo apriorístico e peremptório. Primeiro, porque o Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de reputar ilícita prova produzida por particular.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 251.445-GO⁵³⁷, o STF afastou a possibilidade de uso como prova em processo criminal de fotografias subtraídas do consultório odontológico do suspeito por um menor, entregues por este à Polícia, e que serviram de instrução ao inquérito e ao processo. A ementa desse julgado ficou assim redigida:

‘Prova ilícita. Material fotográfico que comprovaria a prática delituosa (Lei nº 8.069/90, art. 241). Fotos que foram furtadas do consultório profissional do réu e que, entregues à Polícia pelo autor do furto, foram utilizadas contra o acusado, para incriminá-lo. Inadmissibilidade (CF, art. 5º, LVI).’

Especificamente acerca dos destinatários da regra de exclusão, anotou o Min. Celso de Mello que,

‘No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular.’

Mais além, o Ministro Celso de Mello, com expresse apoio na doutrina de Grinover (1982: 151), foi explícito ao assentar que,

‘(...) se, como ocorreu no caso ora em exame, a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, e a *res furtiva*, por efeito de investigação criminal promovida por agentes policiais, for por estes apreendida, também aqui – mesmo não sendo imputável ao Poder Público

⁵³⁷ Decisão monocrática do Relator, Ministro Celso de Mello, publicada no DJ de 03/08/2000, p. 00068.

o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico, posto que concretizado por um menor infrator – remanescerá caracterizada a situação configuradora de ilicitude da prova.’

No *habeas corpus* nº 82.862, de 19.2.2008⁵³⁸, mais recente, o STF reafirmou a aplicação da regra de exclusão a provas produzidas por particulares em violação à ordem jurídica, hipótese de documentos sigilosos da empresa acessados indevidamente por ex-funcionário e compartilhados com a investigação criminal.

Referido acórdão ficou assim ementado:

‘Prova. Criminal. Documentos. Papéis confidenciais pertencentes à empresa. Cópias obtidas, sem autorização nem conhecimento dessa, por ex-empregado. Juntada em autos de inquérito policial. Providência deferida em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público. Inadmissibilidade. Prova ilícita. Ofensa ao art. 5º, LVI, da CF e aos arts. 152, parágrafo único; 153; e 154 do CP. Desentranhamento determinado (...). Não se admite, sob nenhum pretexto ou fundamento, a juntada, em autos de inquérito policial ou de ação penal, de cópias ou originais de documentos confidenciais de empresa, obtidos, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado, ainda que autorizada aquela por sentença em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público.’

Assim vistas as coisas, é possível aproveitar, para o nosso sistema, por identidade de razão, a lição de Costa Andrade (2013), acerca do alcance das proibições de prova em Portugal. Segundo aquele autor (2013: 197),

‘(...) também em Portugal será sobretudo na direcção das instâncias formais de controle que caberá prevenir os atentados e agressões que os métodos proibidos de prova configuram. Só que não está excluído que eles possam também ser empreendidos por particulares.’

Isso porque, ainda conforme Costa Andrade (2013: 197-198), diferentemente da regulação estabelecida no Código de Processo Penal alemão (StPO)⁵³⁹, o art. 126 do Código de Processo Penal português não contém referência

⁵³⁸ Relator o Ministro Cezar Peluso, decisão publicada no DJe nº 107 em 13/06/2008.

⁵³⁹ Cujo §136a, segundo COSTA ANDRADE (2013: 197), “integrado no capítulo sobre o «interrogatório do arguido», e encimado pela rubrica, de conotação restritiva, «métodos proibidos de prova», faz prevalecer a interpretação restritiva, “nos termos da qual as pertinentes proibições só valem para os agentes das instâncias formais de controle ou para os particulares que intervêm em col aboração com eles e sob sua orientação”. Em explícita referência à hipótese de provas subtraídas ilicitamente por particulares e compartilhadas com as autoridades, ROXIN (2000a: 206) enfatiza que “dado que as disposições sobre o procedimento da StPO (e sobretudo as

às instâncias formais de controle a que possa de algum modo adscrever-se o propósito de fazer dos seus agentes os destinatários exclusivos da proibição”⁵⁴⁰.

De igual modo, também o art. 157 do nosso Código de Processo Penal, integrado às Disposições Gerais do Capítulo referente à Prova, não faz qualquer menção aos destinatários da regra de vedação da prova ilícita⁵⁴¹⁻⁵⁴².

(β) Em segundo plano, e em tentativa de retorno à anterior referência ao incremento da atividade investigatória privada, a investigação empresarial desenvolvida no contexto das leis anticorrupção analisadas exige uma linha axiológica ainda mais rigorosa que esta que endereça, no sistema brasileiro, a vedação da prova ilícita aos particulares em geral.

proibições de métodos probatórios!) somente estão dirigidas aos órgãos da persecução penal, este tipo de provas são, em princípio, *valoráveis*.” Para um panorama mais completo acerca da específica aplicação do §136a da StPO, cf. AMBOS (2009: 59 e ss.).

⁵⁴⁰ No mesmo sentido, com expressa adesão a COSTA ANDRADE, cf. PINTO DE ALBUQUERQUE (2011: 335).

⁵⁴¹ Tecnicamente, como decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa no Processo nº 10210/2008-9, Relatora FÁTIMA MATA-MOUROS (Data do Acórdão:28/05/2009), “1. As proibições de prova representam meios processuais de imposição da tutela de direitos materiais, constituindo limites à descoberta da verdade que têm em si subjacentes o fim de tutela de um direito. Nesta perspectiva as proibições de prova representam, portanto, «meios processuais de imposição do direito material» que visam «prevenir determinadas manifestações de danosidade social» e garantem «a integridade de bens jurídicos prevalentemente pessoais». 2. As regras de proibição de prova constitucionalmente definidas ou concretizadas pelo legislador ordinário na legislação processual penal, mormente o CPP, servindo a tutela dos direitos fundamentais, dirigem-se em primeira mão às instâncias formais de controle, designadamente aos investigadores, ministério público e juiz de instrução. 3. Ao prescrever a proibição de prova obtida mediante intromissão na vida privada sem o consentimento do respectivo titular, o art. 126.º/3 do CPP indica o dever dos investigadores e autoridades judiciárias respeitarem normativos que, excepcionalmente, e para prossecução de outros direitos ou fins constitucionalmente contemplados, designadamente a perseguição penal, autorizam restrições aos direitos fundamentais. 4. No que respeita, por seu lado, a provas obtidas por particulares o legislador remete-nos para a tipificação dos ilícitos penais previstos no Código Penal como tutela do referido direito fundamental à privacidade de que é ilustrativo o normativo inserto no art. 167.º do CPP ao fazer depender a validade da prova produzida por reproduções mecânicas da sua não ilicitude penal. (...)” Nesse caso, apesar das considerações da doutrina, vê-se que “conquanto o regime das proibições de produção de prova siga para os particulares um regime diferenciado do regime dos órgãos de perseguição criminal, o regime das proibições de valoração da prova é unidimensional, isto é, sempre que a produção de prova for atingida pelo atentado contra os direitos fundamentais concretizados, quer pela lei adjetiva, quer pela lei substantiva, ela não poderá ser valorada, no âmbito do processo penal, quer seja carreada para os autos pelas instâncias formais de controlo, quer seja carreada pelos particulares”, adverte MARTINS (2014: 43). No sistema brasileiro, diversamente, e de modo seguramente mais amplo, o princípio de vedação da prova ilícita promove a tutela do direito material conexas com as liberdades fundamentais, e, adicionalmente, da integridade do direito processual relacionado à produção da prova.

⁵⁴² Nessa linha, FERNANDES (2002: 86): “Pretendendo pôr fim ao dissenso na doutrina e na jurisprudência, o legislador constituinte vedou expressamente a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). Pouco importa quem conseguiu a prova. Normalmente, deriva de ato de autoridades encarregadas da persecução penal, mas também pode resultar de atividade desenvolvida por particular”.

É que no âmbito das referidas leis vigora, como antes dito, por estímulo ou cobrança do próprio legislador na seara penal, a obrigação de as empresas desenvolverem tais investigações internas, em regime de estreita vinculação e colaboração com agentes e instituições da persecução penal, a ponto de referir-se a existência de uma delegação estatal para esse fim, com expressa e fundamental transferência da apuração da infração penal ocorrida em ambiente corporativo do Estado para as empresas⁵⁴³.

A investigação interna, enquanto derivada do poder diretor ou de controle do empresário, *desde que não esteja adrede endereçada ao compartilhamento com as autoridades*, destinando-se a *exclusivo consumo interno*, pode fazer-se livremente, uma vez que reflita a tradicional relação empregador-empregado, e se ache entranhada dos valores ético-trabalhistas correspectivos, de boa-fé e informação recíprocos⁵⁴⁴.

Todavia, a investigação interna de infração penal levada a efeito pela empresa, para fins desobrigar-se de responsabilidades cíveis e criminais, em preordenado auxílio às autoridades da persecução, é coisa naturalmente diversa. Há uma declarada *predisposição legal* ao compartilhamento, nuança que não pode ser ocultada ao empregado interrogado. Há também, originariamente, pretensão de livrar o Estado do ônus de investigações tecnicamente difíceis, porque ocorridas em ambiente corporativo, muitas vezes transnacionais, por isso mesmo bastante expensivas, figurando as empresas, a rigor, como agências privadas de investigação a serviço das autoridades⁵⁴⁵.

Diversamente da doutrina aplicável à ilicitude probatória praticada pelo mero particular desprovido de qualquer conexão com as autoridades, as investigações empresariais internas conduzidas com a finalidade de atenderem à Lei Anticorrupção destinam-se expressamente à identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e à obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, para fins de cooperação plena

⁵⁴³ Para além das considerações já efetuadas pelo texto, especialmente aquelas mencionadas a propósito do compartilhamento das povas obtidas via investigações internas com agentes do Estado (vide *supra*, subitem 7.3.2), cf. KOEHLER (2010). No mesmo sentido, cf. FELDENS (2016).

⁵⁴⁴ Cf., especificamente sobre a boa-fé, PABLO MONTIEL (2013a: 223 e ss.).

⁵⁴⁵ Cf. FIRST (2010); KUHLEN (2013: 73); ESTRADA Y CUADRAS & LLOBET ANGLÍ (2013: 198-199) e FELDENS (2016: 116 e ss.), que faz expressa menção à delegação, pelo Estado, às empresas, da atividade investigatória, e sua consequente privatização, justificada grosso modo pela falta de capacidade de o Estado apurar ilícitos ocorridos no interior de estruturas empresariais complexas, e pelos elevados custos de investigações desse gênero.

com a investigação (art. 16), submetendo a atividade apuratória da empresa, nesse contexto, a uma vinculação instrumental com agentes do Estado⁵⁴⁶.

É certo que esta hipótese não se assemelha à utilização, pelo Estado, de agentes encobertos ou infiltrados, voltados à apuração da criminalidade grave e organizada, de que é exemplo a Lei nº 12.850/2013, que admite como meio de obtenção de prova a infiltração de policiais na atividade de investigação de organização criminosa (art. 3º, VII), após circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites (art. 10). Há, nesse caso, uma *conexão formal* entre o investigador e a autoridade pública⁵⁴⁷, documentada e autorizada judicialmente, que não pode ser desprezada aquando da avaliação da incidência da regra de proibição e consequente exclusão da prova ilícita⁵⁴⁸. Mais além, há também aqui atuação de forma *velada* dos investigadores, inexistente nas investigações desenvolvidas nos programas de *compliance*⁵⁴⁹.

Estes fatores, porém, não afastam a consideração relevante atinente à legislativa predisposição ao compartilhamento da prova obtida, decorrente seja de disposição legal expressa seja dos estímulos e das ameaças que se encontram agregadas à política de transferência da atividade de investigação dos delitos ocorridos em ambiente corporativo.

Se o Estado *não criou formalmente* uma nova tarefa investigatória privada, porque esta decorre antes dos deveres e direitos trabalhistas presentes no

⁵⁴⁶ Segundo consta das Diretrizes editadas pela Controladoria-Geral da União (CGU) (disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>, acesso em 24/10/2016), uma vez que a investigação empresarial interna confirme a ocorrência da irregularidade, deve a empresa tomar providências para assegurar a sua imediata interrupção, providenciar soluções e reparar efeitos causados, *bem como utilizar os dados obtidos na investigação interna para subsidiar uma cooperação efetiva com a administração pública* (p. 23).

⁵⁴⁷ Pode-se falar igualmente em *nexo de causalidade*, como refere AMBOS (2009: 86), nas hipóteses de utilização, por agentes do Estado, de um particular para obter declarações do suspeito mediante engano acerca da natureza do diálogo; e ainda de *nexo de imputação*, quando o particular é adrede instruído pelas autoridades a obter uma confissão do suspeito (2009: 86).

⁵⁴⁸ E que, inobstante, tem merecido flexibilização na Alemanha, sobretudo na investigação da criminalidade organizada, em cujo âmbito, segundo ROXIN (2000b: 143), por força da autorização legislativa e da jurisprudência do Tribunal Supremo, tem-se admitido a obtenção de declarações autoincriminatórias mediante o emprego de engano (agentes infiltrados) por parte do Estado. Em recente decisão, porém, conforme revela ROXIN (2015: 321 e ss.), o Tribunal Federal alemão reconheceu a proibição de valoração da prova em um caso de agente infiltrado, nos termos da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso Alan v. Grã-Bretanha, todavia inaplicável ao estudo porque, ainda de acordo com ROXIN (2015: 321 e ss.), nas investigações internas o investigador não atua de forma velada.

⁵⁴⁹ Esta última divergência foi apontada por ROXIN (2015: 321 e ss.). Conforme argumenta REEB (2011: 8 e ss.), nas investigações internas é um particular que detém o “senhorio” da investigação (“princípio do domínio”), circunstância que as diferenciam das investigações estatais realizadas mediante atores privados, nas quais o Estado mantém aquele poder.

ambiente empresarial, certamente aproveitou-se, do ponto de vista político-criminal, do poder de direção do empregador nesse ambiente corporativo, para conduzi-lo a uma nova dimensão estrutural, via estímulos à adoção de sofisticados programas de *compliance*, cujos resultados, no que se referem às investigações internas, devem ser plenamente compartilhados, enquanto requisito para a qualificação de para que tais programas possam ser qualificados como efetivos.

Uma conformação da investigação particular aos interesses persecutórios do Estado que se revela ainda mais característica quando se observa que a prova compartilhada tem servido, maiormente, à sindicância da responsabilidade criminal dos empregados, via tradicional processo crime. Às empresas, medidas de salvaguarda como os acordos têm sido a regra em termos de equacionamento da responsabilidade.

Que isto representa um dado juridicamente relevante, a ser ponderado para apontar a existência de uma *conexão finalística* (a prova obtida está formalmente preordenada ao compartilhamento), ou mesmo um *nexo de imputação* (há estímulo e cobrança estatal na realização das investigações), entre a atividade particular de obtenção de prova e os interesses das autoridades da persecução, no ambiente da Lei Anticorrupção (e, por que não dizer também do FCPA e do UKBA) é ponto que se reputa certo.

c) Pode-se concluir, assim, que a empresa que desenvolve uma investigação interna no âmbito de um programa de *compliance* reativo acordado com autoridades da persecução, para a satisfação de exigências dessas autoridades, dentre as quais a de prover material probatório de ilícitos ocorridos no seu interior, atua como instrumento do Estado, em nexo de imputação.

É certo que não o faz veladamente, como ocorre com as figuras do agente infiltrado e do particular eventualmente instrumentalizado para a coleta de informações, mas às claras, a exemplo das cláusulas do acordo celebrado entre o DOJ e a BGH.

A ausência da atuação velada pode afastar o eventual enquadramento como ardil, mas não elimina a essência: que as empresas constituem, nessa particular atividade, agências de investigação a serviço do Estado, a reclamar “um necessário *equilíbrio* entre as necessidades de uma investigação da verdade eficiente e suas limitações para a proteção da liberdade individual. A busca dese equilíbrio se localiza no centro do Direito processual penal”, acentua Kuhlen (2013: 73).

Por essa razão, independentemente da construção interna que admite a aplicação pura e simples da proibição da prova ilícita ao particular, essa conexão finalística e de imputação autoriza avançar para o seguinte raciocínio: que, dadas certas condições – existência de investigação empresarial direcionada à partida para o esclarecimento de fatos com conotação penal, e predisposição à cooperação –, também direitos outros podem e devem influenciar a validade da prova nesse ambiente produzida, a saber: o *nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito ao esclarecimento, por parte do advogado responsável pelo interrogatório, dos interesses que está a defender.

Em retorno à questão central, assim, vale reiterar: a não documentação dos interrogatórios internos pode conduzir à obtenção e uso, contra o empregado, de prova imediata (a ciência, pelo advogado, dos fatos) e derivada, obtida a partir e em razão do interrogatório informal, com reduzidas possibilidades de ulterior controle judicial acerca da legitimidade dos procedimentos adotados internamente pela empresa, durante o interrogatório, para a obtenção dessa prova.

Eliminada que seja a possibilidade de valoração do próprio ato em si, quando seu conteúdo não for transcrito, abstraindo-se, ademais, o risco de depoimento do advogado que procedeu ao interrogatório, que garantias o sistema de justiça criminal poderá ter no sentido de que o interrogatório foi realizado em obediência a parâmetros mínimos de ética e legalidade, sem coação, violência, engodo ou fraude, p.ex.? Como admitir a valoração, no processo penal, de uma prova obtida a partir desse interrogatório, sem qualquer possibilidade de controle ulterior sobre a sua regularidade, do ponto de vista do mínimo respeito à dignidade da pessoa humana?

Uma presunção de legitimidade parece inviável, porque não se está diante de ato administrativo⁵⁵⁰. Por outro lado, não se pode ignorar o extremo conflito de interesses manifestado no interrogatório interno do empregado suspeito. A empresa que se dispôs a investigar fatos delitivos o faz com o poder de comandar as investigações⁵⁵¹; com o direito, em tese, de exigir o esclarecimento dos fatos ao empregado, e de não compartilhar provas que lhe prejudiquem; com a possibilidade de entregar elementos de prova que incriminem empregados; com interesse quase sempre na evitação e/ou minoração da própria responsabilidade,

⁵⁵⁰ Cf. GORDILLO (2003: V-1 e ss.).

⁵⁵¹ Cf. PABLO MONTIEL (2013b: 253).

cujo sucesso depende exatamente da cooperação probatória contra terceiros; com a possibilidade, enfim, de construir a verdade inicial acerca dos fatos. Ao empregado, restam pressões de variada ordem, como o risco de perda do emprego; o risco do processo criminal; e a ponderação acerca de eventuais vantagens decorrentes de programas de anistia no âmbito empresarial⁵⁵².

A presunção de legitimidade contraria frontalmente esses dados da realidade, rebaixando demasiado a tutela processual penal dos direitos do investigado nos programas de *compliance*, conduzindo a argumento de retórica a assertiva inicial da doutrina no sentido de que as investigações empresariais internas devem desenvolver-se com *respeito aos direitos fundamentais dos investigados*.

Em suma, a não documentação, quando dela resulte prova – oral e derivada – suscetível de compartilhamento com autoridades da persecução, estressa sobremaneira as garantias criminais do investigado, pela possibilidade de valoração dessa prova no processo criminal sem mecanismo de controle acerca da legalidade da sua obtenção, não sendo possível avaliar os métodos, as pressões e as eventuais medidas de coerção utilizadas pelos investigadores privados para a extração da informação.

É certo que também a documentação do interrogatório interno (gravação, de preferência, do ato, por inteiro) permite o acesso direto das autoridades à prova. Todavia, essa providência elimina os riscos adicionais de obtenção de confissões e informações sobre elementos outros de prova mediante uso de fraude, engano ou violência física e psíquica.

Sem a formalização documental do interrogatório – a saber, reitere-se, a gravação do seu conteúdo, por inteiro – é impossível ao Poder Judiciário controlar o respeito às garantias mínimas da dignidade humana na sua execução, se se pretende utiliza, em processo penal, a prova dele resultante⁵⁵³.

Já aqui é possível avançar para uma conclusão preliminar: a *informalidade*, por si, não traduz uma irregularidade de direito material ou processual suscetível de reclamar, intuitivamente, o princípio de vedação da prova ilícita. É o risco de

⁵⁵² Cf. MOOSMAYER (2013: 140). A falta de balanceamento entre estes interesses, com a completa ascendência do empregador sobre o empregado, foi igualmente percebida por ROSA PAIS (2015: 11).

⁵⁵³ Como mais adiante também se poderá observar, a documentação do interrogatório interno possui igualmente papel de relevo na aferição do respeito às advertências respeitantes ao conflito de interesses e ao *nemo tenetur*.

uma indevida funcionalização, para fins processuais penais, de um interrogatório minimamente controlável, do ponto de vista jurídico, que está a reclamar a atenção do sistema.

Nesse exato sentido, o *Bundesrechtsanwaltskammer* (BRAK, 2010)⁵⁵⁴ divulgou, no ano de 2010, as “Teses da Câmara Federal de Advogados sobre o advogado de empresa em Direito penal”⁵⁵⁵, definindo *standards* de atuação para o advogado responsável pela condução da investigação. Entre essas orientações, fez constar a Tese nº 3(2), item 4, no sentido de que o interrogatório deve ser documentado por escrito, e que o advogado por ele responsável deve evitar a aparência de que se trata de uma atuação “oficial”.

7.4.4.2.2 A posição adotada

A documentação, enfim, embora incrementalmente os riscos econômicos para a empresa, é capaz de eliminar os atritos com as garantias criminais do empregado suspeito, desde que se respeite a configuração adiante referida, que, a rigor, pode se revelar viável para equilibrar os diversos interesses em jogo, em conformidade com o direito interno.

Primeiro: a informalidade verificada no interrogatório-modelo só é defensável, nessa linha de raciocínio, se a investigação interna: (1) está direcionada a apurar fatos, em tese, de natureza não penal, circunstância esta regularmente inserida no âmbito de ponderação do setor de *compliance*, inclusive porque subsidiará a decisão de não comunicação às autoridades, acaso desnecessária a cooperação⁵⁵⁶; (2) e estiver destinada, por essa mesma razão, a exclusivo consumo e responsabilização interna no âmbito corporativo. Nesse caso, mostra-se plenamente válido exigir do empregado o cumprimento do dever trabalhista de colaboração e esclarecimento com a direção da empresa⁵⁵⁷.

Segundo: quando a equipe que conduz o interrogatório interno tem presente que os fatos a apurar também possuem conotação penal, evento particularmente fácil de intuir se se trata de apuração interna concomitante com a investigação estatal, a documentação é de rigor, para a perfectibilização de um

⁵⁵⁴ Câmara Federal de Advogados da Alemanha.

⁵⁵⁵ Cf. BRAK-Stellungnahme-Nr. 35/2010, disponível em www.brak.de [acesso em 18.11.2016].

⁵⁵⁶ Cf., a propósito, SAHAN (2013: 252).

⁵⁵⁷ Cf. ROXIN (2015: 321 e ss).

interrogatório em si válido, novamente, advirta-se, *presente a pretensão de utilizar a prova direta e a derivada dele resultante para fins processuais penais*.

Isso pela presença do risco de utilização da prova oral (o depoimento do advogado, uma vez liberado do segredo pela empresa) e da prova derivada, verificadas ambas no interrogatório interno não documentado, em situação de inexistente possibilidade de controle estatal sobre a sua regularidade. Impugnado que seja pelo réu, ao argumento de uso de grave ameaça ou violência, incidirá a norma constitucional que veda a prova ilícita (art. 5º, LVI, Constituição Federal), de alcance amplo em relação aos destinatários.

Todavia, uma declaração dessa ordem, pelo Juízo Criminal, de ilicitude de uma atividade interna empresarial, para fins de proteção processual penal do empregado suspeito contra alegação de *agressão ou fraude*, pode repercutir noutras áreas do direito, especialmente civil e trabalhista, tensionando demasiado com a reconhecida e necessária liberdade de apuração de ilícitos pela direção da empresa, enquanto decorrência direta do direito decisório do empregador, de conformar a sua atividade empresarial às exigências mais que razoáveis dos atuais sistemas legais de combate à indesejada corrupção, de promover, enfim, um eficaz programa de cumprimento normativo⁵⁵⁸.

Já aqui enveredando por uma diretriz político-criminal, o caminho que se afigura mais adequado, suscetível de preservar, a um só tempo, a liberdade de a empresa adotar procedimentos mais céleres no âmbito interno, voltados ao legítimo esclarecimento de atividades suspeitas, que podem indevidamente repercutir contra a própria corporação, bem como a situação processual do empregado suspeito, é implementar-se legislativamente uma *proibição de valoração independente*⁵⁵⁹ desse material não documentado, assim como das provas eventualmente dele decorrentes, para fins processuais penais, se não se lograr comprovar, por outro meio, que a empresa obteve aquelas provas através de regular procedimento investigatório, sem necessidade de passar-se pela declaração de invalidade⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Cf. advertiu PABLO MONTIEL (2013b: 270).

⁵⁵⁹ Segundo SOUSA MENDES (2013: 183), “(...) há algumas proibições de valoração de prova estranhas à existência de qualquer vício na anterior produção da prova”. É essa específica figura, designada proibição de valoração independente (*unselbständige Beweisverwertungsverbote*), que está a sugerir o texto.

⁵⁶⁰ A inexistência dessa figura no direito interno não constitui impedimento à sua implementação pelo legislador, de quem há tempos se reclama da pouca técnica na estruturação – ainda inexistente – de um moderno e coerente sistema de nulidades (cf. GRINOVER; FERNANDES

7.4.4.3 O advogado e os conflitos de interesses

7.4.4.3.1 Considerações críticas

a) O interrogatório-modelo evidencia que o empregado interrogado não foi informado, pelo advogado que conduziu a investigação, que esse profissional estava ali a serviço exclusivo dos interesses da empresa, muito menos de que poderia consultar outro advogado, de sua própria confiança. Segundo o relato feito, “o interrogado não recebeu nenhum tipo de aconselhamento, mas foi informado sobre o seu dever trabalhista de colaborar”.

Vigora amplamente, em diversos sistemas, a compreensão de que as investigações internas desenvolvem-se em obediência primária às normas do Direito do Trabalho, que, por sua vez, assegura ao empregador o direito de ser informado pelo empregado dos fatos ocorridos naquele ambiente, impondo a este, em contrapartida, o dever de informação e colaboração com a empresa, donde decorre o fundamento para a adoção de interrogatórios como o modelo analisado.

Por outro lado, é fora de dúvida que os advogados responsáveis pela condução desses interrogatórios internos, sejam eles integrantes do próprio setor de *compliance* da empresa, portanto empregados desta, sejam eles profissionais externos, contratados pela empresa especialmente para esse fim, atuam juridicamente no exclusivo interesse da empresa, que, no direito interno, se aperfeiçoa via contrato de mandato⁵⁶¹, dentre cujas obrigações do mandatário figura a de “aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente”, nos

& GOMES FILHO, 1997: 26), e, ademais, pela notória influência portuguesa no nosso sistema (para uma exaustiva perspectiva histórica das raízes do processo criminal brasileiro, do período colonial até a primeira quadra de século imediatamente subsequente à proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889, cf. ALMEIDA JUNIOR, 1920: 151 e ss.). Observe-se que proposta similar, no que respeita à introdução de regras de proibição de valoração, foi formulada por VALLE FILHO (2004: 360), sugerindo alteração na disciplina processual penal interna do testemunho de “ouvir dizer” (*hearsay evidence*), de forma a impedir a valoração de testemunhos policiais dessa natureza quando não seja indicada a pessoa fonte dos conhecimentos informados, posteriormente secundado por LOPES JR (2015), que também advoga a aplicação interna da proibição de valoração independente dos testemunhos de “ouvir dizer”, que, a rigor, não podem ser qualificados como ilícitos na ordem processual penal brasileira.

⁵⁶¹ Segundo estabelece o art. 5º da Lei nº 9.804/94, “o advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.”

termos do art. 667 do Código Civil⁵⁶².

Essa atuação do advogado responsável pela investigação ocorre em evidente conflito de interesses com o empregado investigado, no plano interno e externo à empresa, visto que, para o correto desempenho do mandato recebido, aquele advogado deve aplicar toda a sua diligência habitual na recolha de provas *contra esse empregado*, para o fim de subsidiar tanto a decisão empresarial interna, de punição disciplinar, como o posterior compartilhamento da prova com autoridades da persecução.

Como se observou, a doutrina enfatiza a necessidade da condução da investigação interna por advogado para a concomitante proteção: (1) de papéis da empresa contra buscas judiciais ou eventuais tentativas de valoração probatória desse material, quando produzido pelo advogado; (2) da higidez da investigação interna, seja para a eliminação de eventuais erros suscetíveis de gerar a responsabilidade civil e criminal da própria corporação ou de seus diretores, seja para assegurar a qualidade de cooperação efetiva e os bônus daí decorrentes; (3) e, acrescentamos, dos interesses do próprio Estado de receber em compartilhamento *prova válida*, decorrente de uma investigação juridicamente correta.

Nenhum dos mencionados objetivos guarda relação com a proteção da situação jurídica do empregado investigado.

b) Retornando ao caso, para além da falta de expressa advertência, pelo advogado, dos interesses que estava a curar, um interrogatório como aquele analisado, a depender do contexto em que realizado, pode perfeitamente mascarar a existência daquele conflito, pela cordialidade no trato, a informalidade, e a ausência de qualquer documentação. Como pode também exponenciá-lo, na hipótese do interrogatório conduzido pelo departamento jurídico interno concomitantemente responsável por prestar orientação e receber consulta dos empregados.

Conforme expõe Duggin (2003: 912), os advogados que realizam as investigações internas podem extrair mais facilmente informações do empregado suspeito, em comparação com as autoridades,

⁵⁶² Norma que se aplica também supletivamente ao mandato judicial, viabilizado pela procuração geral para o foro, conforme art. 692 do Código Civil, que não é bem a hipótese em causa, visto que a contratação dá-se para fins investigatórios, e não propriamente para a representação da empresa em juízo.

‘(...) por causa da sensação de um dever de lealdade desse empregado para com seu empregador, por causa do relacionamento desse empregado com um advogado que já conhece ou sabe estar representando seu empregador, bem como pela ausência de advertências tão comumente associadas a questionamentos que possam levar à prisão ou à aplicação da lei.’

Na ordem jurídica interna, a regulação do mandato no Código Civil e a estruturação do *attorney-client privilege* no Estatuto da Ordem dos Advogados e no Código de Ética ⁵⁶³ - ⁵⁶⁴ , indicam que a relação advogado-cliente, no

⁵⁶³ Dispõe o art. 7º, incs. II e III do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: “São direitos do advogado: (...) II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis. No Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados (Resolução nº. 02/2015), o sigilo profissional está regulamentado da seguinte forma: “Art. 35. O advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão. Parágrafo único. O sigilo profissional abrange os fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na Ordem dos Advogados do Brasil. Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independentemente de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente. § 1º Presumem-se confidenciais as comunicações de qualquer natureza entre advogado e cliente. § 2º. O advogado, quando no exercício das funções de mediador, conciliador e árbitro, se submete às regras de sigilo profissional. Art. 37. O sigilo profissional cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria. Art. 38. “O advogado não é obrigado a depor, em processo ou procedimento judicial, administrativo ou arbitral, sobre fatos a cujo respeito deva guardar sigilo profissional.”

⁵⁶⁴ Em Portugal, o privilégio de confidencialidade entre advogado e cliente fundamenta-se, de modo direto, no art. 208.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), dispositivo que impõe ao legislador *a proteção das imunidades necessárias ao exercício do mandato e a regulação do patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça* (Cf. CARDOSO, 2003: 29; e CANAS, 2005: 793). REALE JÚNIOR (2009: 79), à vista do sistema brasileiro, também se refere à dignidade constitucional do instituto. O Ac. do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de 20.09.2007 (processo n.º 07B2224), assentou que “as normas que dispõem sobre o segredo profissional de advogado são unanimemente reconhecidas como sendo de interesse e ordem pública”. ARNAUT (2011: 99) prefere designar o segredo profissional como “de natureza social e deontológica”, para extremá-lo das obrigações de natureza contratual. Mas não só. O privilégio também encontrará proteção – mediata – noutras normas constitucionais, pela sua correta associação ao justo processo, à privacidade, e ao *nemo tenetur se ipsum accusare*, valores que lhe incumbe preservar no âmbito do processo penal (Cf. SPRONKEN & FERMON, 2008: 439-462). A vinculação ao justo processo, assegurado pelo art. 20.º, n.º 4, CRP, ocorre porque o segredo profissional, no estimular a livre e confidencial troca de informações com o cliente, proporciona ao advogado a liberdade e as condições necessárias ao exercício pleno do mandato, uma funcionalidade, aliás, corretamente vista como própria essência da profissão (Cf. CARDOSO, 2003: 28). “Cumpra antes de tudo ao defensor – esclarece FIGUEIREDO DIAS (2004: 487) – prestar ao arguido o mais completo e esclarecedor conselho jurídico de que for capaz.” Sem aquela liberdade, inexistiria a possibilidade de prestar adequado conselho e de desenvolver-se, para além, uma defesa eficaz, elemento estrutural do processo penal (art. 32.º, CRP). Consoante a doutrina do TEDH (*Golder v. Reino Unido* e *S. v. Suíça*), a comunicação confidencial com o defensor é protegida pela CEDH como uma importante salvaguarda do próprio direito de defesa (art. 6.º, n.º 3), e alcança contornos socialmente relevantes inclusive porque também estruturada, essa liberdade de exercício da profissão, no interesse da administração da justiça (art. 208, CRP). A preservação do segredo, por outro lado, corresponde ainda a uma exigência de proteção da privacidade do arguido, do defensor e dos seus demais clientes, justificando a incidência do estatuto constitucional do direito à vida privada (arts. 26.º e 32.º, n.º 8, ambos da CRP). Como bem adverte SANTIAGO (1997: 230), o segredo assenta raízes no princípio da confiança, e conclui que “sem confiança não há

interrogatório-modelo, seria formada apenas entre a empresa e o advogado por ela contratado, responsável pelo interrogatório.

O privilégio profissional confina-se a esta restrita relação, nada projetando sobre a situação jurídica do empregado interrogado, a rigor não protegido. As declarações que eventualmente vier a prestar ao advogado da empresa poderão ser completamente trasladadas, a critério desta, para as autoridades⁵⁶⁵.

c) Esse perfil de interrogatório interno deve ser juridicamente rejeitado, à luz da ordem jurídica brasileira, porque equivale, já na sua forma simples – quando realizado sem a advertência acerca dos interesses que o advogado representa –, à obtenção de prova mediante manipulação⁵⁶⁶, iniquidade que se potencializa quando a existência do conflito de interesses é não apenas sonegada ao empregado, mas mascarada por tratativas ou relações de confiança previamente existentes entre este e o setor de *compliance* da empresa.

As declarações prestadas pelo empregado inadvertido constituem manipulação por parte da empresa e do advogado porque decorrem do falseamento: (a) da natureza do ato, travestido de mera entrevista; (b) da sua finalidade, omitido o interesse no compartilhamento com autoridades; (c) do conflito de interesses estabelecido entre o advogado da empresa e o interrogado,

confidências e sem estas não pode haver, por natureza, segredos”. Ainda segundo aquele autor, a profissão de advogado assume a feição de confidente necessário, para a qual as pessoas se vêem obrigadas a recorrer por força de suas próprias incapacidades. Pelo canal do segredo profissional, assim, transitam informações e documentos cuja reserva assume também um valor em si: a confidencialidade já não se justifica apenas enquanto instrumento para a livre comunicação. A compreensão do privilégio a partir desse ponto de vista merece especial destaque porque, ressalte-se, as decisões mais importantes do TEDH sobre o tema estão amparadas no artigo 8º da CEDH, que protege a vida privada. Por fim, uma terceira linha de orientação associa o privilégio ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que, a despeito de não constar expressamente do texto da CRP, possui natureza constitucional dada a sua vocação para a tutela de valores ou direitos como a dignidade humana, a liberdade de ação e a presunção de inocência. COSTA ANDRADE (2013: 121), argumenta que o *nemo tenetur* possui a função negativa de vedar todas as tentativas de obtenção, por meio enganosos ou por coação, de declarações autoincriminatórias. Como concreção dessa idéia, a proteção ao segredo profissional impõe-se – também – para evitar seja o arguido obrigado ou condicionado, mediante engano, a depor contra si mesmo aquando do exercício daquele direito de livre e confidencial troca de informações com seu advogado. Afirmam SPRONKEN & FERMON (2008: 447), com notável acerto, que, não houvesse o benefício da confidencialidade, teria o suspeito que optar por um entre dois direitos: compartilhar as informações com o defensor, a fim de beneficiar-se de uma defesa efetiva; ou utilizar-se da proteção do *nemo tenetur*, e nada revelar, escolha essa incompatível com um julgamento justo em uma sociedade democrática.

⁵⁶⁵ A incidência do privilégio advogado-cliente nas oitivas de empregados, por advogados, no âmbito de uma investigação interna, foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana em *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 394 (1981), entretanto confinado às *comunicações havidas entre o advogado e a empresa* que o contratou (cf. DUGGIN, 2003: 893 e ss.).

⁵⁶⁶ Manipulação no sentido de “manobra oculta ou suspeita que visa à falsificação da realidade” (cf. HOUAISS, 2004: 1838).

desinformado ou iludido, este, do papel que aquele profissional está a ali desempenhar, e, conseqüentemente, da vulnerabilidade processual penal de suas declarações; e (d) por fim, da ocultação, ao empregado suspeito, do direito a consultar seu próprio advogado, como previsto no art. 8º, nº 2, d), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁶⁷.

Ocultou-se o direito que o empregado suspeito possuía de declarar consciente do fato de que aquele advogado não lhe representava, que a conversa entre eles estabelecida não estava protegida, por decisão sua, pelo segredo profissional, e que poderia consultar seu próprio advogado.

A manipulação da vontade livre do empregado ocorre, no interrogatório padrão, porque:

(α) Se a empresa possui o *direito de exigir declarações do empregado*, tem, na mesma medida, por influxo direto do princípio boa-fé-lealdade⁵⁶⁸, que deve reger essas relações trabalhistas, o *dever de esclarecimento ao empregado acerca dos pontos acima mencionados*, todavia sonogados no interrogatório modelo⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm [acesso em 03/02/2017].

⁵⁶⁸ Como leciona PLÁ RODRÍGUEZ, “a boa-fé-lealdade – ou *boa-fé objetiva*, em contraste com a *boa-fé-crença*, de ordem *subjetiva* – se refere à conduta da pessoa que considera cumprir realmente o seu dever (...), e contém implicitamente a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos.”

⁵⁶⁹ O Direito brasileiro conhece, portanto, limites ao poder diretivo do empregador, impostos, p.ex., pela dignidade da pessoa humana, pela honra, pelos direitos da personalidade, pela privacidade e pela proporcionalidade e boa-fé no seu exercício (cf. TST-E-ED-RR-106900-47.2013.5.13.0007; TST-RR-1823300-39.2009.5.09.0651; TST-RR-1638-48.2011.5.09.0021; e TST-RR-22600-79.2010..5.17.0191; todos do TST). Por todos, vale a transcrição de parte da ementa do Acórdão TST-RR: 4717320115010035, publicado no DEJT de 13/03/2015: “(...) Inúmeros limites constitucionais podem ser lembrados quando do exercício dos poderes empresariais: a dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia e não discriminação, da inviolabilidade da intimidade e da honra e a proibição de tratamento desumano e degradante. Na esfera disciplinar, avultam ainda os princípios da ampla defesa e do contraditório e a presunção de inocência. O direito comum ao tratar dos direitos da personalidade, do abuso de poder, da violação da boa-fé, quando em jogo direitos sociais fundamentais, está exercendo função social e instrumental no tocante às normas e regras constitucionais. Portanto, o direito civil e seus institutos devem servir à medição e ao controle do exercício dos poderes empresariais, cabendo ao Direito do Trabalho apropriar-se destas concepções, pois compatíveis com os princípios que o regem. Ademais, a própria bilateralidade do contrato de trabalho atua como limite ao exercício desses poderes. A unilateralidade do poder disciplinar encontra atualmente resistência no campo doutrinário e jurisprudencial. No plano do direito positivo, diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, abraçam a tese do poder disciplinar compartilhado, submetido a uma procedimentalização disposta em lei ou em negociação coletiva. Seja qual for a visão adotada do poder disciplinar, impõe-se no seu manejo o respeito a um procedimento previamente estabelecido, observada a ampla defesa e o contraditório. O desnível atual do exercício do poder disciplinar pelo empregador opera com maior intensidade nas atividades laborais no setor privado, no qual predomina a ampla liberdade do empregador, que enfeixa em suas mãos um poder quase absoluto, potestativo, em uma época de desenvolvimento histórico, político e cultural em que a sociedade já não tolera mais direitos absolutos e quaisquer formas de discriminação, especialmente em face de hipossuficiente.”(ENOQUE. RIBEIRO DOS SANTOS, o artigo " Limites ao Poder Disciplinar do

Ao omitir tais esclarecimentos ao empregado, *no curso de uma investigação direcionada à colaboração com as autoridades da persecução criminal*, a empresa infringe o princípio básico laboral e contratual da boa-fé objetiva (ou lealdade), pela deliberada opção de violar os preceitos dele extraíveis de “não prejudicar”, “não enganar” e “não causar danos”⁵⁷⁰.

Infringe igualmente a correlata boa-fé-objetiva prevista no art. 422 do Código Civil («*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*»), de sentido semelhante, enquanto “fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do *alter*”⁵⁷¹.

O ardil decorre da omissão de informação sobre direitos básicos do empregado suspeito no âmbito de um interrogatório havido no curso da relação trabalhista, decorrentes da boa-fé e lealdade que devem estar presentes no trato dessas relações, com grave implicação processual penal. A colaboração do empregado deve ocorrer com consciência dos direitos que possui, e que se relacionam imediatamente com o processo penal: a hipótese recai portanto, sobretudo, acerca do direito à consulta ao próprio advogado e à constituição e alcance do *attorney-client privilege*.

Empregador - a tese do Poder Disciplinar Compartilhado", publicado na revista Ltr, maio de 2008, fs. 72.05 545-556). A justa causa é a maior penalidade aplicável ao empregado, exigindo prova robusta para sua caracterização e a proporcionalidade da medida. Portanto, quando se fala em justa causa e pena disciplinar, quer-se referir ao sentido da importância e intensidade na prática da infração, que é verificada através da proporcionalidade entre ato faltoso e a punição; *non bis in idem*; arrependimento útil e avaliação da gravidade. De resto, o reclamado ao exercer seus poderes empresariais de forma autoritária, ilegal e despropositada, perpetrando, gerou a descaracterização da justa causa e o dano moral pleiteado. Frente a tais considerações, não demonstrada a presença de quaisquer dos pressupostos intrínsecos previstos nas alíneas do artigo 896, da CLT. Recurso de revista conhecido e desprovido.”

⁵⁷⁰ Com PABLO MONTIEL (2013a: 229), “a boa fé, como princípio fundamental de todo contrato, se exige tanto para o empresário como para os trabalhadores”.

⁵⁷¹ Conforme lição de MARTINS-COSTA (2015: 40), a boa-fé, “(...) quando adjetivada como «objetiva» ou «obrigacional», aponta a um modelo ou instituto jurídico indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um *standard* comportamental. Conquanto não se possa definir um conceito, os juristas chegam ao seu conteúdo pela análise de diferentes situações nas quais os tribunais encontram a razão de decidir (ou uma delas) na violação a esse *standard* comportamental.” Referida autora prossegue afirmando que “conquanto impossível – tecnicamente – definir a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, indicar, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes (valendo então a expressão como forma metonímica de variados modelos de comportamento exigíveis na relação obrigacional), bem como *discernir funcionalmente* a sua atuação e eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do *alter*, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais” (2015: 42). Referência à boa-fé como cláusula geral ou *standard*, “cuja determinação se deve realizar caso por caso”, é feita igualmente por OLIVEIRA ASCENSÃO (1978: 480).

Pode-se invocar Maschmann (2013: 167) para lembrar a necessidade de imposição direta de limites aos programas de *compliance* pelo Direito laboral⁵⁷², e obrigacional, acrescente-se, para a satisfação de um modelo sistêmico de cumprimento normativo efetivamente voltado ao respeito à legalidade e aos valores éticos⁵⁷³.

Admitir-se que a empresa possa tomar as declarações do empregado suspeito, para fins de elisão ou minoração da própria responsabilidade, por meio de um advogado que se permita ser confundido como representante do próprio empregado, seria valorar a vigência apenas parcial de um programa de cumprimento normativo, da empresa para com o Estado, relegando as relações laborais e contratuais existentes entre a empresa e o empregado ao regime exclusivo da força do poder econômico.

(β) Mais além da proteção do empregado suspeito como sujeito de direitos básicos, a presença de conflitos outros, como o receio de demissão por parte do empregado, o interesse da empresa na autopreservação, a pressão pela adesão a programas de anistia e, pior, a degradante e juridicamente iníqua possibilidade de composição indevida acerca do conteúdo das declarações do empregado⁵⁷⁴, indica que o Estado deve ponderar, na pretensão de valoração dessas declarações, o risco adicional para o conteúdo de verdade de um interrogatório interno dessa natureza.

Refere Ambos (2009: 72) que a proibição de valoração (no caso, do §136a, StPO) não se dirige apenas à proteção da dignidade humana, senão igualmente do conteúdo de veracidade da declaração, sob risco de manipulação pela coerção exercida sobre o depoente. Se bem que o regime legal aqui não se assemelhe ao §136a da StPO⁵⁷⁵, a premissa epistemológica vale: um ambiente de interrogatório inteiramente livre à empresa, desvinculada incluso do respeito a obrigações trabalhistas e contratuais, pode representar grave empecilho à qualidade da atividade persecutória do sistema de justiça criminal, pela produção de prova viciada mesmo em relação ao conteúdo.

(γ) A manipulação também ocorre por infração funcional própria do

⁵⁷² No mesmo sentido, KUHLEN (2013: 75).

⁵⁷³ Cf. NIETO MARTÍN (2013a: 33).

⁵⁷⁴ Exemplo da já referida suspeita de implantação da “bolsa-delação” por uma específica empresa de construção civil investigada no caso Lava Jato, revelada pelo jornal Folha de São Paulo.

⁵⁷⁵ Invoca-se, no caso, a produção de prova em descumprimento a regras capitais da formação e desenvolvimento da relação de trabalho, e da estruturação de um *compliance* referido a todas as personagens, sem exclusão dos interesses do trabalhador.

advogado responsável pelo interrogatório, ao violar o seu específico dever de atuar com “(...) honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé”⁵⁷⁶, aplicável também ao advogado empregado (*in-house lawyer*), nos termos do art. 4º do referido Código de Ética.

Por irradiação dos deveres de honestidade, veracidade, lealdade e boa-fé, o advogado que conduz o interrogatório interno possui obrigação própria – paralela e conjugada àquela decorrente da boa-fé de natureza contratual (laboral e civil) pré-existente entre a empresa e o empregado –, de esclarecer à parte investigada que representa exclusivamente os interesses da empresa, que as declarações que o empregado prestar não estão protegidas pelo segredo profissional, e que, em consequência, possui ele direito a consultar profissional de sua confiança.

Esse dever, como dito, vigora mesmo para o advogado submetido a relação de emprego, portador de isenção técnica e independência profissional relativamente à empresa-cliente (art. 18 da Lei nº 8.906/94), cláusula capaz de reequilibrar a mais próxima relação eventualmente existente entre advogado inquisidor e empregado, decorrente da anterior possibilidade de consulta deste empregado ao setor de *compliance*, ou mesmo de voluntária e concreta orientação deste setor, em cumprimento às obrigações de instrução e formação presentes nos programas de *compliance*⁵⁷⁷.

Aqui, com maior rigor, está presente não apenas um conflito para o advogado investigador, mas também uma potencial ou concreta confusão de interesses, a depender da extensão e profundidade da anterior atividade de orientação e consulta, confusão que deve ser eliminada por imperativo dos deveres de lealdade e boa-fé, que o advogado deve independentemente curar, sem subordinação a intenções contrárias do cliente (art. 11, Código de Ética).

Para evitar conflito dessa ordem é que o *Model Rules of Professional Conduct* da *American Bar Association* (ABA: 2004) prevê, na Regra 1.13(f),

⁵⁷⁶ Conforme o art. 2º, parágrafo único, inc. II, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (Resolução nº. 02/2015).

⁵⁷⁷ Um esclarecimento é necessário. A função do advogado de *compliance*, em concomitância com as políticas de instrução e orientação, é também a de prevenir e descobrir ilícitos no seio da empresa, sua cliente. Se a notícia da infração lhe chega por meio dessa tarefa de *compliance*, ainda que relatada pelo empregado, esclarecido este, previamente, dos interesses que aquele advogado está a curar, natural concluir-se pela inexistência de relação de confiança, sendo de rigor a comunicação do fato à direção, para cessação da infração e adoção das medidas legais cabíveis. Diversa é a situação, que aqui está a se tratar, do advogado interno de *compliance* também disponibilizado para o aconselhamento e defesa jurídica do empregado, e que, em contato com ele sobre os fatos, nenhuma advertência faz.

voltada a disciplinar deveres éticos do advogado de empresa, contratado ou interno, o seguinte dever de esclarecimento:

“Ao tratar com diretores, funcionários, sócios, acionistas ou outros integrantes de uma organização, o advogado deve explicar a identidade do cliente quando sabe ou razoavelmente deva saber que os interesses da organização são adversos aos dos constituintes com quem está tratando”⁵⁷⁸.

O alcance da regra é explicitado pelo Comentário nº 10, provido pela própria ABA (2004):

‘Há momentos em que o interesse da organização pode ser ou tornar-se adverso aos de um ou mais de seus integrantes. Nessas circunstâncias, o advogado deve informar qualquer integrante, cujo interesse considere contrário à organização por um conflito ou potencial conflito de interesses, que não pode representá-lo e que tal pessoa pode obter representação independente. Deve-se tomar cuidado para que o indivíduo entenda que, quando há tal contrariedade de interesse, o advogado da organização não pode prestar representação legal para esse indivíduo, e que as discussões entre o advogado, a organização e o indivíduo podem não estar acobertadas pelo privilégio’⁵⁷⁹.

De igual modo, a orientação nº 3(2), item 4, das Teses do BRAK (2010) assegura ao empregado interrogado, entre outros direitos, a possibilidade de consultar previamente um advogado da sua escolha e confiança, orientando o advogado responsável pelo interrogatório a evitar que o procedimento adquira a aparência de oficialidade.

Assim vistas as coisas, a condução do interrogatório interno por um advogado que permita confundir seu papel no ato, e, mais gravemente, que, no âmbito mesmo da empresa, prestou ou esteve disponível a prestar consultoria ao empregado interrogado, constitui autonomamente grave infração disciplinar de ordem ética, em violação à Lei nº 8.906/96 (art. 31 e ss.).

7.4.4.3.2 A posição adotada

A realização de interrogatório como o modelo, desprovido de esclarecimento, por parte do advogado, acerca (a) da natureza do ato; (b) da sua

⁵⁷⁸ A esse respeito, cf. DUGGIN (2003: 920 e ss.).

⁵⁷⁹ Cf. DUGGIN (2003: 925-926).

finalidade; (c) da possibilidade de compartilhamento com autoridades; (d) do exclusivo patrocínio do interesse da empresa; e (e) que, por conjunção desses fatores, o empregado suspeito tem direito a consultar outro advogado, infringe regras básicas do Direito laboral e contratual interno, bem como diretrizes éticas de relevo, gerando fundada incompreensão sobre o real papel do advogado, e *equivocadas expectativas* de proteção *tout court* das declarações prestadas, pelo segredo profissional todavia inexistente⁵⁸⁰.

Esse atuar, quando referente a investigações internas de infração penal predispostas ao compartilhamento com autoridades, via acordos de *compliance* de perfil nomeadamente reativo, constitui indevida manipulação do empregado a serviço dos exclusivos interesses da empresa e do Estado.

Se a empresa tem ciência desse fato, e aceita instrumentalizar-se pelo Estado para obter evidência de ilícitos criminais, deve fazê-lo respeitando as regras de boa-fé objetiva, evitando com isso a manipulação da vontade do empregado para obter maliciosamente declaração que, de outro modo, conhecida pelo empregado a vulnerabilidade processual penal da sua fala, poderia não ocorrer. Ainda com Duggin (2003: 911), “funcionários de qualquer nível podem não ter idéia de que – com tais declarações – estão fornecendo informações susceptíveis de compartilhamento com os procuradores federais”.

Uma declaração assim obtida pode produzir severas implicações para a situação jurídico-penal do empregado, em especial pela ausência de constituição do segredo profissional na relação entre o advogado da empresa e o empregado investigado, com real possibilidade de valoração no processo criminal daquelas declarações, acaso documentadas, ou do depoimento do advogado, liberado que seja, bem como das provas derivadas do procedimento.

Trata-se de prova produzida por particular em grave infração a regras de direito laboral e contratual que, na sua raiz, submete-se a controle jurisdicional do próprio Poder Judiciário trabalhista, e que, por identidade de razões – porque suscetível de reputar-se ilícita por uma doutrina geral da vedação da prova ilícita produzida por particular, cabível no nosso sistema, bem como por um reforçado argumento de aplicação do princípio da vedação da prova ilícita produzido por particular *instrumentalizado pelo Estado* via acordos de *compliance* –, reclama solução dogmática semelhante, em parte, à defendida no item anterior.

⁵⁸⁰ Cf. DUGGIN (2003: 910-912).

Isso porque a ausência das advertências antes mencionadas, ao empregado suspeito, não é defensável sequer na investigação empresarial voltada a exclusivo consumo interno, direcionada a apurar fatos, em tese, de natureza não penal, e limitada às consequências civis e laborais, porque constitui, em si, grave ilícito de ordem contratual por violação aos deveres de boa-fé, tanto que controlável judicialmente⁵⁸¹.

Assim, em primeiro plano, afirma-se que, *se se pretende ou há risco de utilizar a prova direta e a derivada resultante desse interrogatório para fins processuais penais*, deve ele ser documentado de forma a que, na ata ou na gravação, constem as defendidas advertências. Essa providência permitirá ulterior controle do Juízo Criminal sobre a satisfação desse requisito, e acerca do contexto em que realizado o ato, de modo a evitar-se o falseamento das circunstâncias⁵⁸².

Em segundo plano, desobedecido um tal parâmetro, o eventual risco de utilização da prova produzida em situação de patente ilicitude de ordem laboral e contratual, deve ser coibido por uma proibição de valoração (utilização) desse material, uma proibição de valoração fundada na norma constitucional que veda a prova ilícita (art. 5º, LVI, Constituição Federal). Trata-se, como se viu, de vedação constitucional de alcance amplo em relação aos destinatários, entretanto reforçada, na espécie, pelas violações a normas laborais, contratuais e a preceitos éticos.

Aqui não se observa espaço para uma excedente preocupação político-criminal de tentar balancear a proibição de valoração com a liberdade de apuração de ilícitos pela direção da empresa, com vistas à implantação de um eficaz programa de cumprimento normativo em benefício da prevenção criminal. Como a prova foi produzida, na sua origem, em infração a preceitos de lei, é desnecessária a recorrência à interposição do legislador para a implemetação de uma *proibição de valoração independente* desse material, com vistas à eventual salvaguarda da investigação privada contra eventual declaração de invalidade prejudicial à efetividade das investigações noutras áreas⁵⁸³. O Estado não pode estimular

⁵⁸¹ A propósito, conferir o mencionado precedente do Tribunal Superior do Trabalho (TST - RR: 4717320115010035, data de publicação: 13/03/2015).

⁵⁸² No mesmo sentido, todavia apenas acerca da necessidade da advertência, e à vista de considerações de ordem eminentemente ético-profissionais, cf. DUGGIN (2003: 958). Relembrando, a Tese nº 3 (2), item 4, do BRAK (2010) defende que o interrogatório deve ser documentado e que o advogado por ele responsável deve evitar o simulacro de atuação “oficial”.

⁵⁸³ Como se viu, a própria Justiça do Trabalho tem se prontificado a rechaçar demissões por justa causa fundadas em violações a direitos fundamentais do trabalhador.

investigações internas realizadas em desrespeito a valores básicos reconhecidos por outros setores da ordem jurídica.

Em terceiro lugar, por força das obrigações éticas e legais do próprio advogado que conduz o interrogatório, dentre as quais a boa-fé e lealdade, deve-se exigir dele um concomitante dever de esclarecimento ao empregado suspeito; e, na hipótese adicional de anterior consultoria prestada ao empregado, renúncia à função de interrogador. Como a responsabilidade do próprio advogado de *compliance* pode vir a ser questionada se, durante essa consulta, teve ciência de irregularidade em andamento – desde que não se trate, como visto antes, de intervenção na qualidade de *compliance officer*, e esclarecido o empregado dessa situação –, abre-se, *de lege lata*⁵⁸⁴, a possibilidade de renúncia à função, preservando-se a liberdade profissional do advogado, mesmo empregado, como visto⁵⁸⁵.

Quarto, as questões precedentes não eliminam a necessidade de estruturação de diretrizes éticas específicas, voltadas a esclarecer o real papel do advogado responsável pela condução do interrogatório interno (e, no geral, das investigações internas), incluso respectivos direitos e deveres relativamente ao cliente, ao empregado e demais integrantes da corporação (diretores, acionistas, etc), e às outras partes envolvidas (terceiros, agentes da persecução), adequadas ao perfil nomeadamente autorregulatório do fenômeno estudado.

Tais regras de conteúdo ético, é certo, se não afastam a possibilidade de fraude à lei ou mesmo às suas próprias diretrizes, fornecerão às empresas, advogados e funcionários, um quadro regulatório mais claro e conseqüentemente seguro, possibilitando alguma margem de controle contra eventual pressão indevida de agentes do Estado em face da empresa, no sentido da realização de investigações internas mais invasivas⁵⁸⁶⁻⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ Por influxo da independência assegurada no art. 18 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: “A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerente à advocacia.”

⁵⁸⁵ Naturalmente que a elisão completa da responsabilidade para o advogado dependerá da sua atuação interna, comunicando os fatos a quem de direito no âmbito da empresa.

⁵⁸⁶ Como relata DUGGIN (2003: 899 e ss.), a assecuração, pela Suprema Corte norte-americana, da proteção sobre os papéis de trabalho do advogado no curso de uma investigação interna não foi limite a que, posteriormente, por força do incremento da persecução contra as pessoas jurídicas proporcionado pela OSG e pelos Princípios do DOJ, as empresas aceitassem abrir mão do privilégio profissional, em troca do reconhecimento de efetiva colaboração.

⁵⁸⁷ Em idêntico sentido, também GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016: 239) expressa a idéia de que o Conselho Geral da Advocacia, em Espanha, fixe diretrizes destinadas a orientar os advogados

7.4.4.4 O *nemo tenetur se ipsum accusare*

7.4.4.4.1 Considerações críticas

Neste ponto, a realização dos interrogatórios internos alcança seu mais pungente problema.

A breve trecho, a inaplicabilidade do *nemo tenetur se ipsum accusare* aos interrogatórios empresariais teria assento na ausência de *potestas estatal* dessa atividade, desenvolvida no âmbito e sob o influxo das relações jurídicas particulares, de ordem laboral e contratual, travadas entre empregador e empregado, com seus correlatos direitos e deveres, notadamente o direito do empregador de apurar as faltas dos seus funcionários, e o dever do empregado de informação e colaboração com a empresa, nessa tarefa⁵⁸⁸.

Aqui, a atividade investigativa de natureza privada e a subordinação trabalhista do empregado ao empregador constituiriam as razões de maior envergadura para a inaplicabilidade da garantia. A ser diverso, ter-se-ia instaurado clima de anarquia no âmbito empresarial, em face da possibilidade sempre presente de o empregado negar-se a prestar contas de suas tarefas ao empregador, sob o amparo da garantia do *nemo tenetur*⁵⁸⁹.

Como adverte Maschmann (2013: 156), é natural que possa o empregador realizar uma conversa com seu empregado, e fazer-lhe questionamentos em relação ao exercício concreto de suas funções. Que isto possa ser assim em certas hipóteses de interrogatórios internos, quando relacionados ao trabalho ordinário de apuração de irregularidades de cunho não-penal no âmbito empresarial, está-se de pleno acordo. Mas sempre? Seria possível reconhecer um perene dever de colaboração do empregado para como empregador, em toda e qualquer investigação interna? Pablo Montiel (2013b: 271), legitimamente preocupado com a essência da relação laboral, lembra-nos exatamente do risco oposto, receoso da compreensão do princípio *nemo tenetur* como um axioma válido em todo o Direito, inviabilizando o efetivo controle do ambiente corporativo pela empresa.

responsáveis pelas investigações internas, especialmente quanto ao respeito às garantias do investigado.

⁵⁸⁸ Cf. ROXIN (2015).

⁵⁸⁹ Cf. PABLO MONTIEL (2013b: 270).

Os extremos se excluem. A pretensão de aplicação linear de ambas as perspectivas indiciam razões para agir subordinadas, no campo da filosofia moral, ao universalismo racional, porque enunciam normas diametralmente invariáveis⁵⁹⁰ para a solução de variados e muitas vezes contrapostos interesses presentes nas investigações internas, e das distintas feições e finalidades que tais investigações podem vir a assumir.

Essas perplexidades constituem o fio condutor dos argumentos que seguem.

a) De início, um corte é desde logo possível: conforme observação anterior, se a investigação interna está direcionada a apurar fatos que, em juízo valorativo inicial, não possuem natureza penal – assim ponderado pelo setor de *compliance* ou por quem o faça as vezes, inclusive porque tal juízo serve para subsidiar decisão de não comunicação do fato às autoridades, uma vez avaliada a desnecessidade de cooperação –, e está destinada, por essa mesma razão, à obtenção de provas limitadas ao exclusivo consumo interno, não se mostra logicamente correto cogitar-se da aplicação do *nemo tenetur se ipsum accusare* aos empregados interrogados. Pelo contrário, tem-se como plenamente válido exigir do empregado o cumprimento dos deveres de colaboração e esclarecimento⁵⁹¹.

É natural intuir que o maior volume de investigações internas assume esse modelo, e desenvolvem-se informalmente para a apuração de infrações funcionais variadas, com a finalidade de corrigir a falha de serviço, punir o culpado e retroalimentar o sistema de *compliance*, onde houver, com exigências adicionais de instrução e orientação destinadas a prevenir a reiteração.

Pelo perfil que possuem, não estão estas investigações instrumentalizadas à partida para a satisfação dos interesses das autoridades da persecução penal, inexistindo, para a empresa que deliberou implementar um sistema de *compliance* preventivo⁵⁹², a perspectiva de obter, com elas, qualquer benefício de ordem penal *ex ante* vislumbrado, cuja realização pressuponha a “entrega” do empregado infrator às autoridades.

O interrogatório realizado numa investigação interna com esse desenho, em linha de princípio, não colaboracionista, para além de não atritar com a regra da boa-fé objetiva, visto que nada é aparentemente ocultado do empregado

⁵⁹⁰ Cf. REDONDO (2015: 74 e ss.).

⁵⁹¹ Cf. ROXIN (2015: 321 e ss.).

⁵⁹² Em oposição ao *compliance* reativo, apenas desenvolvido *ex post facto*, e por injunções da autoridade.

(lealdade), não exige qualquer prévia advertência acerca do *nemo tenetur*, ante a *ausência de predisposição* do ato para a satisfação de interesses persecutórios do Estado. De consequência, a prova por seu meio obtida, produzida no legítimo âmbito do poder de controle do empresário, pode ter valia no processo penal, mesmo ausente a advertência acerca do *nemo tenetur*.

Pode-se exemplificar, no caso, com o interrogatório dirigido a apurar infração disciplinar do empregado que vem a ser apenas parte de uma infração criminal posteriormente descoberta⁵⁹³. Bem como de interrogatório produzido em investigação interna que, inobstante a finalidade de apurar ausências reiteradas do empregado ao posto de trabalho (situação de abandono de emprego), logrou obter provas de interesse das autoridades, capazes de indiciar, p.ex., que, durante as faltas, estava o empregado envolvido em atividade criminosa extra-muros. O interrogatório interno ocorrido nessas circunstâncias, e a prova a partir dele obtida, teria, a nosso juízo, plena valia no âmbito penal.

b) A consideração acima tem em mente que o interrogatório realizado naquela conjuntura não possui os elementos mínimos configuradores da investigação interna imputada ao Estado por nexos de estímulo e pressão (benefícios sancionatórios enquanto prioridade do programa de cumprimento), e de finalidade (predisposição à cooperação para fins penais). São esses caracteres que alimentam uma tipicidade de investigação interna derivada do *compliance* e caracterizada pela sua funcionalização em favor do Estado, cujo perfil, omitido que seja dos empregados, traduz manipulação, por ofensa à boa-fé objetiva (lealdade) no desempenho da tarefa. Nela ganha vulto *exclusivo o interesse econômico pela sobrevivência da empresa*, juridicamente viável, dentre alguns fatores, pela formatação da prova penal contra o empregado.

Para além da boa fé-objetiva, um jurídico limite ao interrogatório de empregado suspeito praticado nos termos do interrogatório modelo, em conjuntura de colaboração, está no princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, extraível do inc. LXIII do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece o direito ao silêncio: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de

⁵⁹³ Como exemplo, suponha-se inquérito interno com o fim de apurar “mau procedimento” de específico empregado, nos termos do art. 482, b), da CLT, consistente na constante falta de emissão dos balancetes, e que, no âmbito desse inquérito, logrou-se descobrir não se tratar de falha de serviço, mas de tentativa do empregado de encobrir, com as omissões, desfalque financeiro por ele realizado.

permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”⁵⁹⁴⁻⁵⁹⁵.

Essa garantia adquire um sentido *lato* na ordem interna, por jurisprudência do STF⁵⁹⁶ e sufrágio da doutrina, compreensivo tanto do direito de não depor contra si (liberdade de declaração no aspecto positivo – direito de oferecer uma versão –, e negativo – direito a silenciar –), como do direito de não contribuir para a produção de outras provas autoincriminatórias⁵⁹⁷, cujo fundamento maior

⁵⁹⁴ Também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, firmado em 1966, e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6.7.1992 (disponível em <http://www.planalto.gov.br>), reconheceu ao acusado, no art. 14.3, letra *g*, o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem confessar-se culpado.

⁵⁹⁵ Nesse aspecto, Portugal experimenta uma diferença de tratamento, posto não de sentido. Como assinalam SILVA DIAS & COSTA RAMOS (2009: 14-15), “a Constituição da República Portuguesa (CRP) não tutela expressamente o *nemo tenetur*. A consagração expressa do princípio surge apenas no Código de Processo Penal (CPP), na vertente do direito ao silêncio (arts. 61.º, n.º 1, al. *d*), 132.º, n.º 2, 141.º, n.º 4, al. *a*), e 343.º, n.º 1, do CPP). Maugrado a ausência de previsão expressa na CRP, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesa são unânimes quanto à natureza constitucional implícita do *nemo tenetur*.” De igual modo, SOUSA MENDES (2014: 75), para quem o “CPP de 1987 corporiza as garantias constitucionais, interpretadas à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e da jurisprudência do TEDH). Por essa via, está também associado à prerrogativa contra a auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*) da tradição anglo-americana, que abrange o direito ao silêncio”. A sede constitucional do princípio estaria no art. 32.º, n.º 1 da CRP, enquanto uma das garantias de defesa ali asseguradas (cf. SILVA DIAS & COSTA RAMOS, 2009: 16). Relativamente aos sentidos, PINTO DE ALBUQUERQUE (2011: 892) refere que “o direito ao silêncio consiste no direito de não ter de fazer declarações. O direito à não autoincriminação é mais amplo, consistindo no direito de não ter de apresentar provas documentais ou outras, nem colaborar na aquisição de provas”. Conforme RISTORI (2007: 161), o direito ao silêncio, assim como os direitos de não se autoincriminar e de não ser interrogado, constituem significados do *nemo tenetur se ipsum accusare*. Por fim, para a doutrina do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, anota PINTO DE ALBUQUERQUE (2011:982), “o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação são padrões internacionais geralmente reconhecidos que se encontram no coração da noção de processo justo (...)”.

⁵⁹⁶ Na vertente do direito à liberdade de declarar, confirmam-se, todos do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do *habeas corpus* nº 75.616-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, de 07.10.1997, que assegurou ao acusado “o direito de permanecer em silêncio ao ser interrogado, em virtude do princípio constitucional *nemo tenetur se detegere* (art. 5º, LXIII), não se traduzindo esse privilégio autoincriminação”; o *habeas corpus* nº 82.463, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 5.11.2002: “(...) Não tendo sido o acusado informado do seu direito ao silêncio pelo Juízo (art. 5º, LXIII), a audiência realizada, que se restringiu à sua oitiva, é nula”; e o *habeas corpus* nº 78.708, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 9.03.1999: “(...) o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la (...)”. Ainda segundo o Supremo Tribunal Federal, sob outro viés, “o privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito ao silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável” (*habeas corpus* nº 83.096, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18.11.2003). Anteriormente, o STF já havia reconhecido o direito à recusa de colaboração mediante submissão ao “bafômetro”, pela pessoa suspeita de dirigir sob o efeito de álcool (*habeas corpus* nº 77.135, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 08.09.1998). Uma breve análise dessa jurisprudência pode ser conferida em GIACOMOLLI (2015: 223-224).

⁵⁹⁷ Cf. TROIS NETO (2011: 126-135). No mesmo sentido, COUCEIRO (2004: 152). A opção por uma acepção menos restritiva do *nemo tenetur* tem crescido em Portugal, como informam SILVA DIAS & COSTA RAMOS (2009: 21), para compreender como manifestação do princípio, p.ex., o direito a não entregar documentos.

assenta na dignidade da pessoa humana⁵⁹⁸.

Nas palavras de Giacomolli (2015: 207),

‘(...) enquanto o *nemo tenetur* abarca o direito de não produzir ou colaborar na produção de quaisquer provas, sejam elas documentais, periciais ou outros, o silêncio atinge o direito de o imputado não declarar.’

(α) Por outro lado, o limite fundado na boa-fé objetiva foi já antecipado (supra, subitem 7.4.4.3.1), e transita, *no plano geral*, pela aplicação da regra de proibição da prova ilícita, prevista no art. 5º, inc. LVI, da Constituição Brasileira.

Tal como antes se referiu, essa garantia assume pleno vigor na ordem jurídica interna a partir do instante em que o Supremo Tribunal Federal (STF) reputou ilícita prova produzida também por particular (Recurso Extraordinário nº 251.445-GO; *habeas corpus* nº 82.862), alargando o *deterrent effect* tradicionalmente dirigido aos funcionários públicos.

O interrogatório interno desprovido de esclarecimento, para o empregado, acerca (a) da natureza do ato (investigação de ilícito de cariz penal), (b) da sua finalidade (dos concretos interesses sancionatórios da empresa, para além do controle interno do ato irregular); (c) da possibilidade de compartilhamento da prova com autoridades e do risco de o empregado vir a ser implicado criminalmente, eventos estes todos de prévia ciência da empresa, infringe regras básicas do Direito laboral e contratual interno, pela quebra da boa-fé objetiva (dever de lealdade recíproco) que há de reger essas relações, cuidando-se, portanto, de prova produzida por particular em infração a regras próprias do Direito do Trabalho, e suscetível de reputar-se ilícita por uma doutrina geral da vedação da prova ilícita produzida por particular.

Essa proteção, entretanto, deve ser encarada apenas como uma norma de reserva, uma proteção de segunda ordem, precisamente porque constrói uma *doutrina de ordem geral*, não referida aos específicos problemas que emergem da figura das investigações internas no contexto dos programas de *compliance*.

(β) Em segundo plano, há aqui uma abertura à consideração da ilicitude da prova produzida por particular, justificada inicialmente pelo respeito à dignidade da pessoa humana, mas alargada por considerações adicionais, relacionadas com o reconhecimento de um limite processual penal à atividade investigatória de

⁵⁹⁸ Cf. COUCEIRO (2004: 152); QUELJO (2003: 78-80); e TUCCI (2004: 365).

natureza privada, interessada econômica e penalmente, rigidamente estimulada pelo Estado, e preordenada a favorecê-lo pelo aporte de provas cujo desencargo pelo próprio poder público demandaria tempo e recursos consideráveis, sem olvido das dificuldades técnicas naturais associadas à investigação de fatos ocorridos no ambiente de complexas estruturas empresariais.

Existe aqui, de fato, justificativa para a imposição direta do *nemo tenetur se ipsum accusare* ao interrogatório interno – enquanto direito a silenciar e a negar-se a colaborar para a produção de prova contra si – com base num fundamento autônomo, específico em relação à linha doutrinária mais geral, que tangencia o *nemo tenetur*, por invalidar a prova a partir do reconhecimento de uma pretérita violação de ordem laboral ou contratual aquando da sua recolha.

As linhas mestras de fundamentação dessa autônoma incidência do *nemo tenetur* nos interrogatórios internos passam, inicialmente, pelo reconhecimento, a partir do incremento das exigências de *compliance*, de que vigora, na atual quadra, uma política de transferência da responsabilidade da apuração da infração penal ocorrida em ambiente corporativo, do Estado para as empresas⁵⁹⁹, ou, por outra, uma utilização das empresas como agências privadas de investigação a serviço do Estado⁶⁰⁰.

A transformação da empresa em agência de investigação é resultado último da previsão legislativa de estímulos sancionatórios correlatos ao constante e inexorável incremento da responsabilidade penal corporativa, materializadas ambas por um rígido *enforcement* que, contratualmente, tem exigido prioritariamente das empresas o desempenho daquela tarefa mediante uma coerção fático-econômica difícil de recusar sem risco de sobrevivência no mercado.

O Estado não *criou* tecnicamente essa nova tarefa investigatória privada. Decorre ela, antes, do plexo de direitos e deveres trabalhistas. Mas é correto dizer que se aproveitou desse poder de controle empresarial para conduzi-lo a uma dimensão estrutural e sistêmica impensável poucas décadas atrás, via estímulos (bônus sancionatórios) à adoção de sofisticados programas de *compliance*, cujos resultados devem ser plenamente compartilhados para que tais programas possam

⁵⁹⁹ Para além das considerações já efetuadas pelo texto, especialmente aquelas mencionadas a propósito do compartilhamento das provas obtidas via investigações internas com agentes do Estado (vide *supra*, subitem 7.3.2), cf. KOEHLER (2010). Cf., adicionalmente, FELDENS (2016).

⁶⁰⁰ Cf. FIRST (2010); KUHLEN (2013: 73); ESTRADA Y CUADRAS & LLOBET ANGLÍ (2013: 198-199); FELDENS (2016: 116 e ss.); NIETO MARTÍN (2013a, e, com mais profundidade, 2013b); PABLO MONTIEL (2013a: 224 e ss.).

ser qualificados como efetivos (art. 16, Lei Anticorrupção).

Essa conformação da investigação particular aos interesses persecutórios do Estado mais se revela quando se observa que a prova compartilhada serve maioritariamente à sindicância da responsabilidade criminal dos empregados, dispensando-se às empresas, diversamente, medidas de salvaguarda.

O conjunto dessas considerações indica a existência de uma *conexão finalística* (a prova obtida está formalmente preordenada ao compartilhamento), e de um *nexo de imputação* (há estímulo e cobrança estatal na realização das investigações), entre a atividade particular de obtenção de prova e os interesses das autoridades da persecução, no ambiente da Lei Anticorrupção (e, por que não dizer, também do FCPA e do UKBA), muito especialmente presentes nos programas de cumprimento normativo de perfil reativo, acordados com as autoridades já em contexto de pressão pela ocorrência de uma qualquer infração penal.

Percebe-se, portanto um declarado e relevante vínculo entre a atividade apuratória da empresa e agentes do Estado, a indicar que a empresa que desenvolve uma investigação interna no âmbito de um programa de *compliance* acordado com autoridades da persecução, para a satisfação de exigências dessas autoridades, dentre as quais a de prover material probatório de ilícitos ocorridos no seu interior, atua como instrumento do Estado, em nexo de imputação.

Essa instrumentalização da empresa pelo Estado não ocorre veladamente, mas às claras, a exemplo das cláusulas do acordo celebrado entre o DOJ e a BGH.

Por essa razão, enquanto autônomo fundamento, essa conexão finalística e de imputação autoriza avançar para o seguinte raciocínio: que, sob certas condições – existência de investigação empresarial direcionada à partida para o esclarecimento de fatos com conotação penal, e predisposição à cooperação –, o interrogatório interno desenvolvido sem a advertência do *nemo tenetur* constitui grave infração a direito fundamental do empregado suspeito, sacrificando no limite máximo tanto o direito ao silêncio (a liberdade de declarar) como o direito de não produzir prova contra si mesmo.

A perspectiva de interrogatórios desenvolvidos num ambiente de *compliance* reativo não desce a qualquer consideração acerca da liberdade de declaração do empregado suspeito. Aqui vigora inflexível, qual um imperativo categórico, o dever de o empregado colaborar com a apuração. Preponderam, sem

questionamentos, os interesses da empresa na obtenção de favores penais e na manutenção da sua atividade econômica, bem como os confluentes interesses do Estado na eliminação de custos investigatórios, na obtenção de elementos de prova antes inimagináveis, e no tangenciamento dos limites que as garantias processuais penais representariam para um sistema de investigação oficial, tudo logrado pela técnica do estímulo ao *criminal compliance*.

Perde o empregado suspeito, nesse caso, a qualidade de sujeito de direitos de toda ordem, para transformar-se em objeto de investigação, simples veículo para satisfação de interesses outros, em ofensa ao Estado de Direito, avesso a funcionalizações dessa ordem inclusive no ambiente privado, entregue aprioristicamente a valores tradicionais da ordem econômica, como a livre iniciativa e a propriedade privada, mas que se devem necessariamente conjugar com vetores humanos e sociais, enquanto limites constitucionais ao poder econômico^{601- 602}.

Essa funcionalização, aliás, é tanto mais grave quando se tem em linha de conta a criminalidade que se projeta *a partir da empresa e em seu benefício*, entretanto praticada pelo empregado, alçado, ainda aqui, ao posto de principal foco do sistema clássico de justiça criminal (supra, subitem 6.6.1)⁶⁰³.

O interrogatório interno produzido conforme o modelo até aqui estudado, no contexto descrito, anula, reitere-se, a assertiva inicial da doutrina no sentido de que as investigações empresariais devem desenvolver-se com *respeito aos direitos fundamentais dos investigados*⁶⁰⁴. Esta assertiva pode ter fundo de verdade quando se trata de respeito aos direitos afetos à personalidade, privacidade, honra. Mas não ocorre – ou não tem ocorrido – quando se trata do *nemo tenetur*.

A idéia que se vem de adotar, em busca de um equilíbrio mínimo de

⁶⁰¹ Segundo o art. 170 da Constituição Federal brasileira, fundante do caráter compromissório que o legislador constituinte quis fixar para a ordem econômica, dispõe, que, no essencial, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...); II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; (...) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; (...)”.

⁶⁰² Com AMBOS (2009: 60), “o inculcado é sujeito ativo e não simplesmente objeto do processo penal, sua liberdade de decisão e de ação são intangíveis e invulneráveis, razão pela qual nenhuma pessoa deve ser objeto de menoscabo ou manipulação”. Pode haver quem advirta que a referência é ao suspeito ou acusado em investigação ou processo penal. É fato. Que o Estado possa travestir essa posição de suspeito em investigação criminal, alterando-lhe a roupagem, sem perda de essência, mediante uso da técnica legislativa, é também fato.

⁶⁰³ Cf. ROXIN (2015).

⁶⁰⁴ Cf., entre outros, MASCHMANN (2013: 147) e PABLO MONTIEL (2013a: 229 e ss.).

interesses na execução de um interrogatório interno havido em ambiente de predisposta colaboração entre investigadores privados e autoridades, por meio da identificação de limites ora de ordem laboral e civil, ora por meio da própria aplicação direta de garantias penais, encontra respaldo em parcela da doutrina.

Remarque-se, de início, que a argumentação desenvolvida no texto coincide, em termos gerais, com a posição de Maschmann (2013: 156 e ss.), que rejeita uma leitura absolutista do dever de colaborar e prestar contas do empregado para com o empregador, previsto no §666 do Código Civil alemão, e refletida na posição do Tribunal Supremo alemão, que somente admite conflito para o *nemo tenetur* ante pressão estatal. Tal princípio constitui também “uma plasmação da dignidade humana”, e, quando se está diante de investigação interna repressiva, voltada ao descobrimento de fatos delitivos, com risco de acesso do Ministério Público à prova produzida, por colaboração da empresa ou apreensão, deve ele incidir. Diversamente, conclui aquele autor (2013: 156 e ss.), o princípio não teria aplicação na investigação interna preventiva, direcionada a evitar “situações inconvenientes e assim lograr que a empresa funcione no futuro sem perturbações”.

Roxin (2015: 321 e ss.), mesmo considerando que os encarregados de *compliance* não possuem dever legal de esclarecimento, no interrogatório de funcionários suspeitos, pondera o “risco muito concreto (...) de que estas entrevistas cheguem às mãos do Ministério Público”, por interesse da própria empresa nos bônus de cooperação⁶⁰⁵.

Nesse caso, sugere a autora uma proibição de valoração desse material, e, antes, ainda na fase de interrogatório, para evitar a possibilidade remanescente de a empresa liberar o advogado para depor, seja o empregado suspeito advertido do princípio *nemo tenetur*. “Quando um funcionário correr risco de produzir provas

⁶⁰⁵ Uma alternativa contra tal risco seria proibir a apreensão desse material, solução proposta por JAHN (2011: 454 e ss.), à luz especialmente da análise de apreensões, pelo Ministério Público, de arquivos, entrevistas e gravações produzidas por advogados em interrogatórios ocorridos no caso da empresa HSH Nordbank, e decorrente da literal interpretação do §97 (1) da StPO, que proíbe o confisco apenas das comunicações escritas entre o “acusado” e as pessoas que podem recusar-se a depor, entre outras razões, por motivos de ordem profissional (§53 da StPO), como o advogado. Uma interpretação constitucional que leve em conta o direito de autodeterminação informativa do cliente (art. 2º, par. 1 combinado com o art. 1º, par. 1, da *Grundgesetz* - GG, Lei Fundamental da Alemanha), a liberdade de escolha e de exercício da profissão (art. 12, par. 1, GG), e a liberdade da advocacia (art. 2º, par. 1, combinado com art. 1º, par. 1, e art. 20, par. 3, todos da GG), permite alavancar a proibição de confisco para outras relações de confiança do advogado, que não aquela estrita travada com o “acusado” em processo penal. Todavia, como bem observa ROXIN (2015: 321 e ss.), essa proibição de confisco não elimina o risco de a acusação acessar a prova, quando a empresa tem direto interesse de cooperar com as autoridades, fazendo-lhes a entrega direta do material probatório e abrindo mão, assim, de eventuais privilégios.

contra si mesmo em uma entrevista, há de se partir da existência de um direito a não prestar informações”, adverte Roxin (2015: 321 e ss.). Para referida autora, afirmar-se o dever de cooperação do empregado mesmo ante a possibilidade de compartilhamento das provas é assegurar ao contrato de trabalho um valor superior às demais liberdades individuais. Conclui (2015: 321 e ss) que:

‘(...) é praticamente impossível comparar a liberdade de aceitar um contrato de trabalho com uma aceitação livre de renunciar ao direito de não se autoincriminar. A consequência obrigatória de o funcionário ter assinado o contrato, no atual estado do direito do trabalho, é a autoincriminação. Requerer, no entanto, que ele não assine mais nenhum contrato de trabalho para não ter de vir a se autoprejudicar afetaria o núcleo duro dos direitos fundamentais dos cidadãos (liberdade de autodeterminar-se, liberdade de escolher a profissão).’

De igual modo, porém num sentido mais geral, Nieto Martín (2013a: 48) relembra que a decisão político-criminal de exigir a implementação de programas de cumprimento normativo não apenas preventivos, mas também reativos, voltados à detecção de delitos, “supõe uma privatização do processo, que permite evitar o controle judicial e altera seus equilíbrios”. Segundo este mesmo autor, “se a investigação interna é a antessala do processo penal, há que oferecer garantias similares”. E uma forma de recuperar-se a simetria seria fixar o que vale e o que não vale nessas investigações. Como exemplo, prossegue, “as pessoas que sejam interrogadas devem ser advertidas de que possuem direito a guardar silêncio e qual é a finalidade da investigação” (2013a: 48).

A mencionada Tese nº 3 (2) do BRAK (2010), que orienta o advogado da empresa responsável pelas investigações internas a assegurar a obediência às leis em geral e ao princípio do Estado de Direito, nomeadamente nas hipóteses de entrevistas, também exerce alguma influência nesse específico debate⁶⁰⁶.

No essencial para a espécie, os desdobramentos da referida Tese 3 (2), presentes no item 4, estabelecem que no interrogatório deve assegurar-se ao empregado o já mencionado direito de consultar seu próprio advogado; assim como o direito de não ser submetido a interrogatórios desleais especialmente relacionados aos métodos proibidos de prova pelo §136a da StPO⁶⁰⁷; e também de

⁶⁰⁶ Fazem expressa referência às mencionadas teses, entre outros, SAHAN (2013: 257 e ss.); ROXIN (2015: 321 e ss.); PABLO MONTIEL (2013b: 270 e ss.); e MOOSMAYER (2013: 137).

⁶⁰⁷ Cf. Secção 136a (Métodos de Interrogatório Proibidos) (1) A liberdade da vontade de manifestação e da vontade de participação não será prejudicada por maus-tratos, fadiga induzida,

ser informado que os registros do interrogatório podem ser entregues às autoridades e utilizados em seu desfavor⁶⁰⁸, a indicar, senão uma opção direta pelo *nemo tenetur*, o receio de que tais interrogatórios assumam a feição de uma perseguição de cariz criminal.

Uma firme objeção a esse ponto de vista é feita por Pablo Montiel (2013b: 270 e ss.), especialmente por conta do manifestado receio de deformação das relações laborais que um eventual reconhecimento do *nemo tenetur* no ambiente dos interrogatórios internos pode ocasionar.

Por força deste receio, a argumentação que referido autor desenvolve segue linha intermediária, de recusa ao *nemo tenetur*, porém admitindo uma proibição de valoração, no processo penal, da prova produzida no interrogatório interno. Segundo sua linha argumentativa, as investigações internas se situam numa intersecção entre o Direito privado e o Direito público. Nesse contexto, os deveres do empregado são aqueles regulados pela lei trabalhista e civil, dentre eles a obrigação de informar e prestar contas ao empregador. Um traslado automático das garantias processuais penais para esse âmbito inviabilizaria aquela relação, pela possibilidade de oposição sistemática do empregado em colaborar, com base no *nemo tenetur* (2013b: 270).

Todavia, prossegue Pablo Montiel (2013b: 271), seria duvidoso supor que tais interrogatórios se pudessem desenvolver à margem dos parâmetros do Estado de Direito. As Teses do BRAK, argumenta, tentam exatamente conciliar as contraditórias orientações provenientes do Direito privado e do Direito público, mas não aprofundam a questão que o referido autor reputa principal: um problema é reconhecer ou não a liberdade de o empregado suspeito declarar; outro, diverso, e não necessariamente dependente daquele, está no emprego que se dá à prova obtida a partir dessa declaração.

Como a investigação privada constitui fenômeno regido pelo direito privado, carente de *potestas* estatal, e os direitos do trabalhador, nesse ambiente, são aqueles de ordem laboral, não parece adequado assegurar ao empregado uma

interferência física, administração de drogas, tortura, fraude ou hipnose. A coerção só pode ser utilizada na medida permitida pela lei. Estão proibidas a ameaça com medidas não permitidas pelas suas disposições e a promessa de benefício não previsto. (2) Não serão permitidas medidas que prejudiquem a memória do acusado ou a sua capacidade de compreensão. (3) A proibição prevista nos parágrafos (1) e (2) aplica-se independentemente do consentimento do acusado. As declarações obtidas em violação desta proibição não serão utilizadas, mesmo se o arguido consentir em seu uso.

⁶⁰⁸ Cf., respectivamente, Tese n.º 3 (2), item 4.

liberdade de declaração, afirma Pablo Montiel (2013b: 271). A eventual correção dessa mais ampla possibilidade de investigar da empresa, todavia, faz-se – ainda segundo o autor – pela proibição de valoração, no processo penal, da prova obtida no interrogatório. Equilibram-se, pela via da proibição de valoração, o respeito à natureza da relação laboral – mantida pelo reconhecido dever de informação do empregado, destituído da garantia do *nemo tenetur* –, com postulados do Estado de Direito (2013b: 271)⁶⁰⁹.

Essa solução poderia equilibrar os interesses do empregado suspeito no âmbito do processo penal, sem necessidade de recorrer-se à identificação de conexões de instrumentalidade e imputação entre as investigações internas e os interesses do Estado, para disso extrair a aplicação do *nemo tenetur*. Inexistindo receio de uso no processo penal, não tem sentido apelar-se a uma liberdade de declaração do empregado suscetível de fazer degenerar a essência da relação laboral.

Trata-se de uma orientação voltada a eliminar o risco de uso, no processo penal, da prova obtida em interrogatório interno de empregado coarctado a colaborar com o empregador, portanto compromissória com perspectivas que devem evidentemente ser sopesadas. Afinal, não apenas a liberdade do empregado está em jogo, mas também a necessidade de valorizar-se o crescente processo de governança ética e de gestão corporativa comprometidas com o cumprimento normativo, a realizar-se, numa de suas vertentes, pela autolimpeza empresarial.

O problema continua centrado no elevado peso decisório exercido por essa última perspectiva, a da empresa, em detrimento de uma reduzida capacidade de influência dos interesses do empregado suspeito, ainda presente na defesa de Pablo Montiel.

Formulada, ao que parece, sem ter em mira uma específica ordem jurídica, a solução que nega a possibilidade de o empregado suspeito beneficiar-se do *nemo tenetur*, e afirma apenas a proibição de valoração da prova obtida em interrogatório sem liberdade de declaração, quando transposta para as concretas e distintas realidades jurídicas de cada sistema, assume uma fragilidade essencial: no ambiente específico da corrupção internacional, marcado pela

⁶⁰⁹ Adverte o autor, porém, que a mais ampla liberdade de investigar assegurada à empresa, por essa interpretação, não elimina a necessidade de respeito à proibição de produção de prova mediante engano ou violência, em referência expressa à mencionada Tese nº 3 (2) do BRAK (cf. PABLO MONTIEL, 2013b: 272).

extraterritorialidade agressiva de certas jurisdições, pela transnacionalidade dos delitos, e pela ampla e intensa cooperação investigatória de empresas multinacionais com os mais diversos países, uma tal solução dependeria da perfeita simetria das distintas legislações na proibição de valoração desse material⁶¹⁰.

Somente esse uniforme tratamento da questão por diversos sistemas normativos evitaria que o interrogatório de um determinado empregado, produzido em atenção às exigências da Lei Anticorrupção, *mas sob o dever de colaboração para com a empresa*, sem advertência acerca do *nemo tenetur*, e portanto suscetível de aportar matéria probatória autoincriminatória, seja utilizado contra o próprio empregado em instâncias outras. Uma solução, a nosso sentir, de difícil realização, por força dos distintos interesses de cada Estado, e desautorizada, no plano mais empírico, pela concreta exigência formulada pelo DOJ no programa modelo de *compliance* acordado com a BGH, de que esta empresa consentisse com o compartilhamento com outras autoridades governamentais, nacionais ou *estrangeiras*, de quaisquer informações, depoimentos, documentos, registros ou outras provas eventualmente fornecidas pela empresa àquele Departamento⁶¹¹.

Nas investigações de tipo reativo, desenvolvidas em programas de *compliance* acordados com as autoridades, por essa razão assumidamente destinados a compartilhar material probatório, conceder ao empregado apenas a segurança da proteção contra a valoração traduz uma resposta, por assim dizer, limitada, insatisfatória para a defesa do núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana, porque não é capaz de contrarrestar todos riscos de utilização de material autoincriminatório extraído sem liberdade de declaração.

Aqui avança-se para um ponto de vista algo mais amplo. Em verdade, a defesa e a valorização político-criminal das possibilidades investigatórias da empresa não necessita ocorrer com o sacrifício do direito à não autoincriminação. A equação que se vem de criticar pondera apenas os interesses da empresa e do empregado, quando se sabe que, para além destes dois atores, um terceiro – o Estado – também está integrado ao jogo, em posição de privilégio relativamente àqueles. Nessa ordem de idéias, descontadas as zonas de atrito com as liberdades

⁶¹⁰ MOMSEN (2011: 510) chama a atenção exatamente para o risco de comunicabilidade dessa prova, no caso, produzida em Alemanha, para autoridades estrangeiras (norteamericanas).

⁶¹¹ Vide *supra*, subitem 1.2.

fundamentais mais facilmente reconhecíveis no entorno do direito à privacidade, como dito, são inúmeras as possibilidades e técnicas de investigação entregues à empresa, exercitáveis *a priori* sem qualquer controle externo (estatal)⁶¹².

A exigência de que, em adição a essas múltiplas possibilidades investigatórias, um dever de verdade e colaboração seja cobrado do empregado suspeito, capaz de conduzir-lhe, mínimo que seja o risco, à autoincriminação, não parece encaixar-se com o perfil básico do Estado de Direito, centrado na “protecção dos direitos fundamentais”⁶¹³.

Uma valorização dos programas de cumprimento normativo plenamente encaixável nos postulados do Estado de Direito passa antes pela enfática recusa de exigir-se à empresa que obtenha uma verdade “a qualquer custo” acerca do ilícito que investiga, *enquanto condição para a satisfação do requisito de cooperação efetiva*. Por outra: a qualificação da cooperação como efetiva não pode depender, nos interrogatórios internos de empregados suspeitos, do sacrifício do direito ao silêncio.

A contrapartida satisfatória para compensar a incidência do *nemo tenetur* aos interrogatórios privados, nessa ordem de idéias, está em inibir-se o Estado de desqualificar ou julgar desvaliosa a cooperação empreendida pela empresa com fundamento em eventuais limitações probatórias decorrentes do *nemo tenetur*.

Essa solução passa, sobretudo, por uma interpretação dos programas de *compliance* que legitime apenas aqueles conformados a partir de exigências de boa-fé objetiva entre todos os envolvidos, a saber, Estado, empresa e empregado.

Tal controle não se tem feito ao nível político-criminal: sabe-se que as legislações têm sido vagas a propósito da estruturação dos programas de *compliance*, lacuna bastante perceptível na Lei Anticorrupção. Como tema entregue à correção estatal e privada, natural que parte do marco regulatório derive da empresa, donde provém a dificuldade de estabelecerem-se limites jurídicos mais claros às específicas atividades investigatórias, identificados pontualmente no sistema.

⁶¹² Como explicita AYRES (2016: 39), no que se relaciona apenas à preservação de documentos, a equipe de investigação pode determinar a suspensão da política de destruição ou reutilização de fitas de *backup*, providenciar a troca de equipamentos (computador e telefone móvel), coletar equipamentos eletrônicos corporativos (p.ex., computadores, telefones móveis, *tablets*), efetuar coletas em bases de dados de interesse, como acesso aos prédios, ligações efetuadas e recebidas, e rever dados financeiros.

⁶¹³ Cf. REIS NOVAIS (2013: 212).

É, portanto, na tarefa de aplicação do *criminal compliance*, e na seara da interpretação dos problemas normativos que engendra, que se observa uma solução capaz de, a um só tempo, estimular o positivo movimento empresarial voltado à integridade normativa⁶¹⁴, e conformar o seu exercício às exigências mínimas do Estado de Direito, no caso, pela incidência da advertência do direito ao silêncio.

Na hipótese em discussão, essa aplicação traduz-se em controle (jurisdicional) sobre a atividade persecutória capaz de inibir qualquer punição à empresa por haver respeitado o *nemo tenetur* nos interrogatórios privados, ainda que à custa do sacrifício de alguma prova não identificável por influência desse comportamento da empresa.

7.4.4.4.2 A posição adotada

Para além do corte inicial, realizado sobre a investigação interna não destinada a consumo externo, na qual se mostra plenamente razoável a exigência de colaboração do empregado interrogado, o problema que fica, decorrente dos interrogatórios realizados em investigações internas previamente destinadas ao compartilhamento com as autoridades, deve ser resolvido, no plano interno, do ponto de vista da efetiva proteção da dignidade do empregado interrogado, com a exigência de prévia advertência acerca do *nemo tenetur se ipsum accusare*⁶¹⁵.

Realizado o ato tal como o interrogatório-modelo, sem essa advertência, aí sim, abre-se um correto espaço para a proibição de valoração do material probatório dele decorrente⁶¹⁶.

Note-se que o conflito mais intenso, nesse contexto, dá-se entre a empresa e o Estado, premida aquela por este para que obtenha e compartilhe a nível ótimo provas enquanto requisito para a obtenção de benefícios penais que podem repercutir, ao cabo, na própria sobrevivência da corporação. A divergência entre a

⁶¹⁴ Sempre presente a hipótese lançada por SIEBER & ENGELHART (2014: 205-206), extraída a partir dos resultados de extensa pesquisa empírica sobre a implementação de programas de cumprimento normativo por empresas alemãs, *no sentido de que tais programas podem contribuir consideravelmente para a prevenção e detecção de crimes econômicos*.

⁶¹⁵ No mesmo sentido, cf. NIETO MARTÍN (2013a: 48); SAHAN (2013: 257), este com apoio nas Teses do BRAK; e MASCHMANN (2013: 159), aqui para os interrogatórios que menciona como de tipo repressivo, a apurar fatos delitivos consumados, reservando a proibição de valoração para interrogatórios do tipo preventivo.

⁶¹⁶ Também se inclinam pela proibição de valoração GARCÍA CAVERO (2014: 49) e ROXIN (2015: 321 e ss.).

empresa e o empregado, no interrogatório interno, tem relevo na medida em que importa à corporação conhecer e avaliar a extensão do dano causado, e adotar medidas destinadas a evita-lo no futuro. Todavia, pensado hipoteticamente, este conflito, como o único problema a enfrentar, por parte da empresa e do empregado, dele poderia resultar, para este, apenas a demissão e a imposição de sanções de ordem patrimonial. E para a empresa, via de regra, a cautela de evitar que tais fatos venham a público, temerosas as corporações do dano reputacional que publicidade dessa natureza pode ocasionar^{617- 618}.

Esse conflito, vê-se, não se iguala em consequências com aquele decorrente de um interrogatório produzido no ambiente de um *compliance* acordado com autoridades, previamente cooperativo, porque já neste caso *interesses outros* entram em cena, titularizados pelo Estado. É a presença de interesses do Estado que tonifica o conflito empresa *v.* empregado investigado, e que autoriza a vigência do *nemo tenetur* nos interrogatórios internos.

O reequilíbrio dessa balança para a empresa, pelos limites que o *nemo tenetur* impõe à pesquisa interna dos fatos, com potencial repercussão na sua esfera jurídica, deve ocorrer pela seguinte diretriz, na ordem interna: o programa de cumprimento normativo implementado para atendimento à Lei Anticorrupção, acordado com as autoridades, não pode ser negativamente valorado, por estas mesmas autoridades, pelo só fato de a empresa conduzir interrogatórios respeitantes do *nemo tenetur*.

Para que tais sistemas de autocontrole empresariais possam manter-se coerentes com o princípio do Estado de Direito, deve recusar-se toda e qualquer pretensão estatal de punir as corporações mediante redução de bônus sancionatório por cooperação deficiente assim qualificada em decorrência do respeito ao direito ao silêncio. O respeito à lei – no caso, à dignidade do empregado – não pode vir a caracterizar, no mesmo sistema, atividade negligente.

⁶¹⁷ Cf. GÓMEZ MARTÍN (2013: 130-134).

⁶¹⁸ A pretexto de identificar as razões da ineficácia do Direito Penal no combate à criminalidade econômico-financeira, particularmente no que refere à responsabilidade penal dos altos escalões diretivos das corporações, PASTOR MUÑOZ (2006: 6) salienta que o fator determinante do fracasso do Direito penal como mecanismo de prevenção de crimes intraempresariais tem sido a falta de cooperação das empresas-vítimas com as autoridades penais, seja pela impossibilidade de controle do processo penal desencadeado e de outros suscetíveis de surgir a partir dela, seja pelo risco afetação do prestígio da empresa. Ainda segundo a autora (2006: 6), “a lógica empresarial da oportunidade, o pragmatismo, a flexibilidade e a eficiência conduzem – a empresa – a rechaçar a intervenção do Direito penal, porque este último se orienta segundo princípios e objetivos (...) que são distintos e, em certas ocasiões, opostos aos da empresa”.

CONCLUSÃO

Os programas de cumprimento normativo voltados à cultura do respeito à norma penal, especialmente no ambiente da corrupção internacional, constituem fato da realidade, na atual quadra.

Desenvolvidos a partir do ambiente corporativo, referidos programas têm merecido a especial atenção do legislador nas últimas décadas, que, de modo bastante particular nesse mesmo microsistema punitivo da corrupção internacional – embora a ele não limitado –, passou a emprestar aos esforços coordenados e eficientes de integridade normativa empreendidos pelas empresas um positivo valor nos âmbitos da formação da responsabilidade e/ou da culpa penal.

Como o desenvolvimento da pesquisa permitiu concluir, esse modelo político-criminal desenhado a partir da valoração, nos domínios do direito penal e parapenal (ou contraordenacional), dos programas de cumprimento normativo, representa uma linha estatal interventiva de tipo secundária, assim qualificada, a nosso critério, porque o *compliance* constitui antes de tudo um instrumento autorregulatório do mercado, por certo que em regime de correção estatal, mas apenas nos seus traços mais gerais, circunstância que não desnatura aquela convicção; e porque, previamente à valoração legislativa destes programas, e habilitante mesmo deste modelo secundário de regulação amparado em bônus sancionatórios, percebe-se uma já desenvolvida política de fixação da responsabilidade penal das corporações.

Também neste contexto, ficou evidente, pelo texto, que o conjunto dessas medidas tem encontrado justificativa, no aspecto criminológico, por uma decantada virtude do *compliance* para o controle dos riscos derivados da criminalidade corporativa.

Uma tal política se reflete de modo bastante sensível nas legislações antissuborno analisadas, todas elas direcionadas ao reforço no combate à corrupção no comércio internacional pela via do estímulo aos programas de integridade corporativa, ora mediante a estatuição direta de diretrizes (UKBA e Lei Anticorrupção), ora pelas características do respectivo *enforcement* (FCPA, aqui amparado obviamente em diretrizes prévias de *compliance*, todavia sem força normativa vinculante, como os Princípios do DOJ e as OSG).

O programa-modelo que abre a pesquisa representa exemplo eloquente desse perfil político-criminal, apto a demonstrar, ademais, quando confrontado com os mencionados marcos regulatórios, que, para além dos programas de *compliance* de perfil preventivo, implementados de forma espontânea pelas corporações, e por princípio vocacionados à evitação da infração penal, há programas de cumprimento normativo desenvolvidos sobretudo por força de cobrança estatal, via acordos de não-persecução criminal, e que possuem, em regra, um viés reativo à infração, focados em demasia em medidas de investigação interna destinadas contratualmente a prover material probatório de relevo para a persecução penal, por essa razão bastante estimados pelas autoridades.

De fato, observou-se que as investigações internas constituem elemento estrutural necessário para uma configuração ótima e eficaz destes programas de *compliance* de perfil reativo, caracterizando, para todos os efeitos, uma *compliance measure*, cuja omissão implicará na perda dos bônus sancionatórios legalmente previstos.

Observou-se, igualmente, que essa rigorosa aplicação, pelas autoridades, dos modelos legislativos analisados, incluso daquele instaurado internamente pela Lei Anticorrupção, via acordos de cooperação probatória, institui perspectivas punitivas distintas para as pessoas jurídicas e para os empregados dessas corporações. Há de fato uma proposital tendência à salvaguarda da empresa, mantido o foco repressivo, em contrapartida, na direção de diretores, funcionários, empregados e servidores públicos envolvidos na infração, submetidos a processos investigatórios internos a serviço do sistema de justiça criminal, com indiscutível transferência da tradicional responsabilidade criminal das empresas para os indivíduos.

Como dito, já em referência à questão central do trabalho, as investigações internas desempenham função primordial nos programas de *compliance* ditos reativos, porque promovem a recolha da prova penal para posterior compartilhamento com as autoridades em situação contratualmente firmada, eximindo a investigação oficial dos custos financeiros correlatos, das usuais limitações representadas pelas garantias processuais, e das dificuldades de acesso ao mais intrincado ambiente corporativo.

Nesse ambiente de privatização – desinfluyente, para o efeito, se parcial ou completa – da persecução penal pré-processual, identificou-se uma fragilidade

essencial no interrogatório interno do empregado havido como suspeito de uma infração.

De modo distinto dos limites comumente defendidos em doutrina para a faculdade apuratória da empresa, relacionados com os direitos fundamentais à privacidade e a honra do empregado, no interrogatório interno tem vigorado uma perspectiva majoritariamente privatística do marco regulatório, evidenciada no informal interrogatório modelo, realizado sem qualquer advertência relacionada ao conflito de interesses ali presente, desembocando na negação pura e simples da incidência do *nemo tenetur se ipsum accusare*, sobretudo amparada por uma excessiva valorização da autorregulação empresarial.

As soluções encontradas, na pesquisa, para os problemas identificados em derredor do interrogatório interno do empregado, no qual também se faz presente o conflito entre o direito da corporação à investigação de fatos que se lhe podem implicar criminalmente, de um lado, e a dignidade mínima do empregado suspeito, de outro, constituem reflexos de uma idéia central defendida no texto: a de que os programas de *compliance* devem dar relevo à “correta investigação”, e não a uma apuração realizada a “qualquer custo”.

A valoração de elementos de prova, no processo penal, decorrentes de um interrogatório privado realizado sem qualquer controle, importará na adoção de um modelo persecutório despreocupado com o Estado de Direito, exclusivamente monetarizado, seletivo em termos de transferência de responsabilidades, com tarefas de investigação e de formação da culpa privatizadas, e por estas razões desvinculado de questões axiológicas relacionadas ao critério de Justiça, conflitante, desse modo, com uma das finalidades principais daquele processo, que, segundo Castanhera Neves (1968: 6-7), além de “averiguar e condenar os culpados e defender e salvaguardar os inocentes”, deverá “orientar-se (...) pela válida conciliação de dois princípios ético-jurídico fundamentais: o princípio da reafirmação, defesa e reintegração da comunidade ético-jurídica – i. é, do sistema de valores ético-jurídicos que informam a ordem jurídica, e que encontra a sua tutela normativa no direito material criminal –, e o princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos, i. é, os direitos irredutíveis da pessoa humana. A ‘ordem’ e a liberdade, a comunidade e o indivíduo.”

TEXTOS OFICIAIS

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969
(<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencaoamericana.htm>)

Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, 1977.
([http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/a-corrupcao-nas/downloadFile/attachedFile fo/Convencao OCDE Corrupcao PT.pdf?nocache=1311862503.67](http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/a-corrupcao-nas/downloadFile/attachedFile%20fo/Convencao%20OCDE%20Corrupcao%20PT.pdf?nocache=1311862503.67))

Eric Holder Memo, 1999.
(<http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/docs/reports/1999/char-gingcorps.html>)

Guidance on Corporate Prosecutions, 2010.
(<https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/corporate-self-reporting>)

ISO nº 19.600, 2014.
(<https://www.iso.org/standard/62342.html>)

Morford Memo, 2008.
(<http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morforduseofmonitorsmemo-03072008.pdf>)

Organizational Sentencing Guidelines, 2016.
([http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/CHAPTER 8.pdf](http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/CHAPTER%208.pdf))

Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, 1966.
(<http://www.planalto.gov.br>)

Principles of Federal Prosecution of Business Organization, 2015.
(<https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>)

Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas, 2015.
(<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>)

Report of the Securities and Exchange Commission on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices, 1976.
(<https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/sec-report-questionable-illegal-corporate-payments-practices-1976.pdf>)

Senate Report nº. 95-114, 1977.
(<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminalfraud/legacy/2010-04/11/senaterpt-95-114.pdf>)

The Bribery Act 2010: Guidance, 2011.
(<https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>)

Thompson Memo, 2003.
(http://www.usdoj.gov/dag/cftf/corporate_guidelines.htm)

United States Attorneys' Manual, 1997.
(<http://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual>)

United States Code, 2016.
(<http://uscode.house.gov>)

United States Sentencing Guidelines, 2016.
(<http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf>)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR, Francisco. (2004). *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefônicas: Contributo para o seu Estudo nos Ordenamentos Jurídicos Alemão e Português*, Coimbra: Almedina.
- AIRES DE SOUSA, Susana (2014). *A responsabilidade criminal pelo produto e o topus causal em direito penal: contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*, Coimbra: Coimbra Editora.
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. (1920). *O processo criminal brasileiro*, Vol. 1, Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza.
- AMBOS, Kai (2009). “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, in BELING, Ernst; AMBOS, Kai & JULIÁN Guerrero, Óscar, *Las Prohibiciones Probatorias* (pp. 59-145), Bogotá: Editorial Temis S.A.
- AMBOS, Kai (2013). “La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán”, in Revista General de Derecho Procesal, nº 29, disponível em: <http://www.iustel.com> [acesso em 21.11.2016].
- AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA) (2004). *Model Rules of Professional Conduct*, disponível: <https://www.law.cornell.edu> [acesso em 28/12/2016].
- AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI). (1985). *Model Penal Code: Official Draft and Explanatory Notes*, Philadelphia: The American Law Institute, disponível: <http://heinonline.org/> [acesso em 21/03/2016].
- ARMENTA DEU, Teresa. (2014). *A prova ilícita: um estudo comparado*, São Paulo: Marcial Pons.
- ARNAUT, António. (2011). *Estatuto da Ordem dos Advogados - Anotado*, 13.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- ARNOLD & PORTER LLP. (2012). “The Extraterritorial Reach of the FCPA and the UK Bribery Act: Implications for International Business”, disponível: http://files.arnoldporter.com/advisory%20extraterritorial_reach_fcpa_and_uk_bribery%20act_implications_international_business.pdf [acesso em 22/08/2016].
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis. (2015). “Introducción a la autorregulación”, in ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, 2.^a.Ed., Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi, pp. 27-42.
- AYRES, Carlos Henrique da Silva. (2014). “Programas de *compliance* no âmbito da Lei nº 12.846/2013: importância e principais elementos”, in *Revista do Advogado*, Ano XXXIV, nº 125, São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 42-50.

- AYRES, Carlos Henrique da Silva. (2016). “Investigações Internas”, Curso de Aperfeiçoamento *A Lei anticorrupção empresarial e outros temas de compliance*, aula ministrada em 13/09/2016, na Escola Superior do Ministério Público da União, Ministério Público Federal, Brasília/DF.
- AYRES, Ian & BRAITHWAITE, John. (1992). *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, New York: Oxford University Press.
- BACIGALUPO, Enrique. (2011). *Compliance y Derecho Penal*, Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi.
- BAER, Miriam Hechler. (2009). *Governing Corporate Compliance*, in *Brooklyn Law School, Legal Studies Paper* n. 166, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1474291> [acesso em 04/10/2016].
- BALCARCE, Fabián I. & BERRUEZO, Rafael. (2016). *Criminal compliance e personas jurídicas*, Montevideo – Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor.
- BEAN, Bruce W. & MACGUIDWIN, Emma H. (2012). “Expansive Reach - Useless Guidance: An Introduction to the U.K. Bribery Act 2010”, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 18, pp. 325-346.
- BEAN, Bruce W. & MACGUIDWIN, Emma H. (2013). “Unscrewing the Inscrutable: The UK Bribery Act 2010”, in *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 23, pp. 63-109.
- BECK, Ulrich. (2016). *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, 2ª reimp., São Paulo: Editora 34.
- BERMEJO, Mateo G. & PALERMO, Omar. (2013). “La intervención delictiva del *compliance officer*”, in KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, pp. 171-205.
- BERTONCINI, Mateus. (2015). “Capítulo II: Dos atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira”, in SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara, *Comentários à Lei nº 12.846/2013: Lei Anticorrupção*, 2ª.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BOCK, Dennis. (2013). “*Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa”, in KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, pp. 107-121.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. (2014). “A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta”, *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>, acesso em 31.08.2016.

- BOTTINI, Pierpaolo Cruz & TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. (2014). “A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção”, in *Revista do Advogado*, Ano XXXIV, nº 125, São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 125-130.
- BRAITHWAITE, John. (2006). “El Nuevo Estado Regulador y la Transformación de la Criminología”, in SOZZO, Maximo (Coord.), *Reconstruyendo las Criminologías Críticas*, Buenos Aires: Ad Hoc, pp. 43-73.
- BRANDÃO, Nuno. (2014). “Colaboração com as autoridades reguladoras e dignidade penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 24, Nº 1, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 29-55.
- BREUER, Lanny A. (2009). “Prepared Adress to The 22nd National Forum on the Foreign Corrupt Practices Act”, disponível: online.wsj.com/public/resources/documents/111709bre-uerremarks.pdf [acesso em 27/01/2016].
- BRICKEY, Kathleen F. (1984). *Corporate criminal liability: a treatise on the criminal liability of corporations, their officers and agents*, Vol. 2, Illinois: Callaghan & Company.
- BRODOWSKI, Dominik; MONTEROS DE LA PARRA, Manuel E.& TIEDEMANN, Klaus. (2014). “Regulating Corporate Criminal Liability: An Introduction”, in BRODOWSKI, Dominik; MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim (eds), *Regulating Corporate Criminal Liability*, New York: Springer, pp. 1-7.
- BUCY, Pamela H. (1993). “Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before the Horse.”, in *Washington University Law Quarterly*, Vol. 71, pp. 329-355.
- BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER (BRAK). (2010). “Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zum Unternehmensanwalt im Strafrecht”, disponível em www.brak.de [acesso em 18.11.2016].
- CANAS, Vitalino. (2005). “O segredo profissional dos advogados”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. II, Coimbra: Almedina, pp. 791-803.
- CARDOSO, Augusto Lopes. (2003). “A directiva sobre o branqueamento de capitais e o segredo profissional da advocacia”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 27, Julho-Agosto, pp. 28-36.
- CARVALHOSA, Modesto. (2015). *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n.12.846 de 2013*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CASTANHEIRA NEVES, António. (1968). *Sumários de Processo Criminal* (fascículos), Coimbra, 1968.
- CASTRO E SOUSA, João. (1985). *As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do Chamado “Direito da Mera Ordenação Social”*, Coimbra: Coimbra Editora.

- CHOUKR, Fauzi Hassan. (2005). *Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- CIGÜELA SOLA, Javier. (2015). *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid: Marcial Pons.
- COCA VILA, Ivó. (2013). “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, in SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 197-228), Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- COFFEE, JR, John C. (1999). “Corporate Criminal Liability: An Introduction and of *Legal and Collective Entities*, Freiburg im Breisgau: Ed. iuscrim, Max-Planck-Inst Comparative Survey”, in ESER, Albin; HEINE, Günter; HUBER, Barbara (eds.), *Criminal Responsibility. Für Ausländisches und Internat. Strafrecht*, pp. 9-37.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. (2013). *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1ªed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. (2015). “Capítulo I: Disposições Gerais”, in SANTOS, José Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara, *Comentários à Lei Anacleto nº 12.846/2013: Lei Anticorrupção*, 2ª.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- COUCEIRO, João Cláudio. (2004). *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- CRITES, D. Michael. (2012). “The Foreign Corrupt Practices Act at Thirty-Five: A Practitioner’s Guide.”, in *Ohio State Law Journal*, Vol. 73, pp. 1-19.
- CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. (2001). *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra: Coimbra Editora.
- CRUZ SANTOS, Cláudia Maria . (2016^a). “*Criminal Compliance e corrupção*”, I Curso de Pós-Graduação sobre *Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, aula ministrada em 30.06.2016, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- CRUZ SANTOS, Cláudia Maria . (2016^b). “Os crime de corrupção – notas críticas a partir de um regime jurídico-penal sempre em expansão”, in *Julgar*, Lisboa, N.º 28 (Janeiro-Abril 2016), p. 89-105.
- DELGADO, Maurício Godinho. (2006). *Curso de Direito do Trabalho*, 6ªed., São Paulo: Ltr.
- DEMING, Stuart H. (2010). *The Foreign Corrupt Practices Act and The New International Norms*, 2nd.ed., Chicago: ABA Publishing.

- DEMING, Stuart H. (2014). *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, Oxford: Oxford University Press.
- DERVAN, Lucian E. (2012). “International White Collar Crime and the Globalization of Internal Investigations”, in *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 39, N. 2, pp. 361-389.
- DOTY, James. (2007). “Toward a Reg. FCPA: A Modest Proposal for Change in Administering the Foreign Corrupt Practices Act”, in *The Business Lawyer*, Vol. 62, N.º. 4, pp. 1233-1256.
- DUBBER, Markus D. & KELMAN, Mark G. (2005). *American Criminal Law: Cases, Statutes, and Comments*, New York: Foundation Press – Thomson West.
- DUBBER, Markus D. & HÖRNLE, Tatjana. (2014). *Criminal Law: A Comparative Approach*, New York: Oxford University Press.
- DUGGIN, Sarah Helene. (2003). “Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview”, in *Columbia Business Law Review*, pp. 859-964.
- ENGELHART, Marc. (2014a). “Development and Status of Economic Criminal Law in Germany”, in *German Law Journal*, Vol. 15 No. 04, pp. 693-718.
- ENGELHART, Marc. (2014b). “Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective”, in BRODOWSKI, Dominik; MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim (eds), *Regulating Corporate Criminal Liability*, New York: Springer, pp. 53-76.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. (2000). *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Vol. III, Campinas-SP: Bookseller Editora.
- ESTRADA I CUADRAS, Albert & LLOBET ANGLI, Mariona. (2013). “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, pp. 197-228.
- FARIA COSTA, José de. (1992). “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, N.º 4, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 537-559.
- FARIA COSTA, José de. (2003). *Direito Penal Económico*, Coimbra: Quarteto Editora.
- FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo. (2015). “Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?”, in ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, 2ª. Ed., Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi, pp. 197-248.

- FELDENS, Luciano. (2016). “O Direito e o Processo Penal na fronteira entre o público e o privado: a privatização da função investigatória nos delitos empresariais”, in GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro (coord.), *V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal – Memórias*, Coimbra: Almedina.
- FERNANDA PALMA, Maria; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de (coords). (2009). *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora.
- FERNANDA PALMA, Maria. (2010). “Direito Penal Especial – O Vértice do Sistema Penal”, in *Boletim da Faculdade de Direito Studia Iuridica 100, Separata de Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 545-558.
- FERNANDES, Antonio Scarance. (2002). *Processo penal constitucional*, 3ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- FERNANDES GODINHO, Inês. (2007). *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico*, Coimbra: Coimbra Editora.
- FERZAN, Kimberly Kessler. (2011). “Justification and Excuse”, in DEIGH, John; DOLINKO, David (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law* (pp.239-268), New York: Oxford University Press.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. (2001). “O Direito Penal da «Sociedade do Risco»”, in *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. (2004). *Direito Processual Penal*, 1ªed. (reimp.), Coimbra: Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da. (1997). *Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, 2ª. Reimp., Coimbra: Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuela & COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. (2009). *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina.
- FINDER, Lawrence D.& McCONNELL, Ryan D. (2006). “Devolution of Authority: The DOJ's Corporate Charging Policies”, in *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 51, N. 1, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=902161> [acesso em 29/03/2016].
- FIRST, Harry. (2010). “Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions”, in *North Carolina Law Review*, Vol. 89, pp. 23-98.
- FLETCHER, George P. (1997). *Conceptos Basicos de Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blach.

- FLETCHER, George P. (2000). *Rethinking Criminal Law*, New York: Oxford University Press.
- FLETCHER, George P. (2008). *Gramática del Derecho Penal*(trad. Francisco Muñoz Conde), Buenos Aires: Hammurabi.
- FORD, Cristie; HESS, David. (2009). “Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance?”, in *The Journal of Corporation Law*, Vol. 34, pp. 680-737.
- FREITAS, Pedro Aguiar de. (2014). “A Lei Anticorrupção e as empresas: *compliance* e modulação de sanções”, in *Revista do Advogado*, Ano XXXIV, nº 125, São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 97-105.
- GARCÍA CAVERO, Percy. (2014). *Criminal Compliance*, Lima: Palestra Editores.
- GARDNER, John. (2012). *Ofensas y Defensas: Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.
- GARLAND, David. (2008). *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*, Rio de Janeiro: Revan.
- GIACOMOLLI, Nereu José. (2015). *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pato de São José da Costa Rica*, 2ª.Ed., São Paulo: Editora Atlas.
- GIMENO BEVIÁ, Jordi. (2014). “Compliance Programs as Evidence in Criminal Cases”, in BRODOWSKI, Dominik; MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim (eds), *Regulating Corporate Criminal Liability*, New York: Springer, pp. 227-234.
- GIUDICE, Lauren. (2011). “Regulating corruption: analyzing uncertainty in current Foreign Corrupt Practices Act enforcement”, in *Boston University Law Review*, Vol. 41, pp. 347-378.
- GOLDSMITH, Michael & KING, Chad W. (1997). “Policing Corporate Crime: The Dilemma of Internal Compliance Programs”, in *Vanderbilt Law Review*, N. 50(1), pp. 1-47.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (2006). *La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos*, Madrid: Ramón Areces.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (2010). *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo – Buenos Aires: Editorial Bdef.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (2015^a). *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, São Paulo: Editora Atlas.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (2015^b). “La incidencia de la autoregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, in ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dirs.),

Autoregulación y Sanciones, 2ª.Ed., Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi, pp. 249-318.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (2016). “La atenuación de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, 2ª.Ed., in BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª.Ed., Navarra: Civitas – Thomson Reuters.

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.

GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo. (2013). “El *criminal compliance* en la reforma norteamericana de la *Dodd-Frank Act*”, in SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 131-142), Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

GORDILLO, Agustín. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ª.Ed., Tomo 3, Belo Horizonte: Editora Del Rey & Fundación de Derecho Administrativo.

GÖSSEL, Karl-Heinz. (2002). *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, México: Editorial Porrúa.

GRECO, Luís. (2012). “A Ilha de Kant”, in GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (orgs.), *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*, pp. 263-279, Madri: Marcial Pons.

GRIFFIN, Lisa Kern. (2007). “Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure”, in *New York University Law Review*, Vol. 82, pp. 101-168.

GRINOVER, Ada Pellegrini. (1982). *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2ª.Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio M. (1997). *As nulidades no processo penal*, 6ª.Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GRUNER, Richard S. (2007). “Preventive Fault and Corporate Criminal Liability: Transforming Corporate Organizations into Private Policing Entities”, in GEIS, Gilbert & PONTELL, Henry N. (eds.), *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, New York: Springer.

HART, Herbert L. A. (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2ª.Ed., New York: Oxford University Press.

- HEFENDEHL, Roland. (2010). “Addressing White Collar Crime on a Domestic Level: Any Lessons Learned for International Criminal Law?”, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, pp. 769-782.
- HEINEN, Juliano. (2015). *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei nº 12846/63*, Belo Horizonte: Editora Fórum.
- HEISSNER, Stefan. (2015). *Managing Business Integrity. Prevent, Detect, and Investigate White-collar Crime and Corruption*, Heidelberg: Springer.
- HENDLER, Edmundo S. & GULCCO, Hernán V. (2003). *Casos de Derecho penal comparado*, 2.ed., Buenos Aires: Editores del Puerto.
- HENNING, Peter J. (1996). “The Conundrum of Corporate Criminal Liability: Seeking a Consistent Approach to the Constitutional Rights of Corporations in Criminal Prosecutions”, in *Tennessee Law Review*, Vol. 63, pp. 793-886.
- HENNING, Peter J. (2007). “The Organizational Guidelines: R.I.P.?” in *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series*, Nº 07-13, pp. 311-316, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=975539> [acesso em 29/03/2016].
- HENNING, Peter J. (2009). “Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation”, in *Wayne State University Law School Research Paper Series*, Nº. 09-21. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1477535> [acesso em 13/06/2016].
- HIRSCH, Andrew von. (1986). *Doing Justice: The Choice of Punishments*, Boston: Northeastern University Press.
- HIRSCH, Andrew von. (1998). *Censurar y Castigar*, trad. Elena Larrauri, Madrid: Editorial Trotta.
- HIRSCH, Andrew von . (2007). “El concepto de bien jurídico y el «principio del daño»”, in HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, pp. 37-52.
- HOUAISS, Antônio. (2004). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Editora Objetiva.
- HUSAK, Douglas . (2013). *Sobrecriminalización: Los límites del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.
- ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R.; KING, Nancy.(2012). *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados de Tribunal Supremo y texto introdutório* (trad. por GÓMEZ COLOMER *et alii*), Valencia: Tirant lo Blanch.
- IOKOI, Pedro Ivo Gricoli. (2014). “O novo modelo de combate à corrupção”, in *Revista do Advogado*, Ano XXXIV, nº 125, São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 115-124.

- JAHN, Matthias. (2011). “Die verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO”, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS 6/2011), pp. 453-460, disponível em www.zis-online.com [acesso em 19.12.2016].
- KOEHLER, Mike. (2010). “A Conversation with Richard Alderman - Diretor of the United Kingdom Serious Fraud Office”, SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1687299 [acesso em 24.08.2016].
- KOEHLER, Mike. 2012 “Revisiting a Foreign Corrupt Practices Act Compliance Defense”, in *Wisconsin Law Review* 609, pp. 609-659, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1982656>, acesso em 11.08.2016.
- KOEHLER, Mike. (2014). *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, Cheltenham–UK / Massachusetts–USA: Edward Elgar Publishing Limited.
- KUHLEN, Lothar. (2013). “Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal”, in KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, pp. 51-76.
- KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). (2013). *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.
- LaFAVE, Wayne R.. (1970). “The Prosecutor's Discretion in The United States”, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 18, pp. 532-548.
- LAMBELHO, Ana & GONÇALVES, Luísa Andias. (2014). *Manual de direito do trabalho: da teoria à prática*, Coimbra: Coimbra Editora.
- LANDAU, Sidney I. (ed.). (2005). *Cambridge Dictionary of American English*, São Paulo: Martins Fontes.
- LARRAURI, Elena. (1998). “Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español”, in Von HIRSCH, Andrew, *Censurar y Castigar* (pp. 11-17), Madrid: Editorial Trotta.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. (2013). “Compliance, debido control y unos refrescos”, in ARROYO ZAPATERO, Luis & NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), *El Derecho penal económico en la era compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 111-136.
- LAUDAN, Larry. (2013). *Verdad, error y proceso penal: un ensaio sobre epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons.
- LAUFER, William S. (1999). “Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 52, pp. 1341-1420.
- LEE, Jenny. (2011). “Corporate Corruption & the New Gold Mine: How to Dodd-Frank Act Overincentivizes Whistleblowing”, in *Brooklin Law Review*, Vol. 77, pp. 303-339.

- LOPES DA ROCHA, Manuel António. (1998). “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 437-488.
- LOPES JR., Aury. (2011). *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, 7ªed., Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- LOPES JR., Aury. (2015). “Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada”, in *Revista Consultor Jurídico*, disponível: <http://www.conjur.com.br> [acesso em 25/12/2016].
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. (2014). “Administración Fraudulenta y Retribuciones o Indemnizaciones a Directivos de Sociedades”, in FERNANDA PALMA, Maria (Dir.), *Anatomia do Crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, nº 0, Lisboa: Almedina, pp. 27-43.
- MACAULEY, Roderick. (2011). “Bribery Act implementation Manager”, in *The UK Bribery Act: how will you act? Briefing on Bribery Act seminar*, London: CIMA – Chartered Institute of Management Accountants.
- MARTINEZ, Ana Paula. (2014). “Desafios do acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013”, in *Revista do Advogado*, Ano XXXIV, nº 125, São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 25-30.
- MARTINS, Milene Viegas. (2014). *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*, Lisboa: aafdl.
- MARTINS-COSTA, Judith. (2015). *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, São Paulo: Marcial Pons.
- MASCHMANN, Frank. (2013). “Compliance y derechos del trabajador”, in KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, pp. 147-167.
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima. (2011). *Juiz das Liberdades: Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Coimbra: Almedina.
- MATHEWS, Arthur F. (1984). “Internal Corporate Investigations”, in *Ohio State Law Journal*, Vol. 45, N. 3, pp. 655-702.
- MELO BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de. (2004). “Responsabilidade” Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos à Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Cívicas sob a Forma Comercial, Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, António. (2009). “A crise planetária de 2007/2009 e o governo das sociedades”, in FERNANDA PALMA, Maria; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de (Coords.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (pp. 13-39), Coimbra: Coimbra Editora.

- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. (2014). *Direito do Trabalho*, 4ªed., Coimbra: Almedina.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela. (2008). *O direito penal europeu emergente*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MISSAL, Michael J.; LAMBRAKOPOULOS, Stavroula E. & KOWALK, Curtis S. (2015). *Conducting Internal Investigations*, K&L GATES LLP: Washington, D.C.
- MOMSEN, Carsten. (2011). “Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit”, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS 6/2011), pp. 508-516, disponível em: www.zis-online.com [acesso em 27.11.2016].
- MOORE, Michael. (2012). *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- MOOSMAYER, Klaus. (2013). “Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”, in NIETO MARTÍN, Adán (coord.); ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto (dir.), *El derecho penal economico en la era compliance*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 137-144.
- NIETO MARTÍN, Adán. (2003). “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, in *Revista Penal*, Nº 12, pp. 3-26.
- NIETO MARTÍN, Adán. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel.
- NIETO MARTÍN, Adán. (2012). “Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: Any Solution?”, in *The European Criminal Law Associations’ Forum* 2012/3, disponível: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16761.pdf> [acesso em 16.05.2016].
- NIETO MARTÍN, Adán. (2013a). “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, pp. 21-50.
- NIETO MARTÍN, Adán. (2013b). “La privatización de la lucha contra la corrupción”, in NIETO MARTÍN, Adán (coord.); ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto (dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 191-210.
- NIETO MARTÍN, Adán (Dir.); MAROTO CALATAYUD, Manuel. (2014). *Public Compliance - prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. (1978). *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

- ORLAND, Leonard. (2006). “The Transformation os Corporate Criminal Law”, in *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol. 1, pp. 45-87.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. (2014). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *the american way*”, in MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Victor (dir.), *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, pp. 35-88.
- PABLO MONTIEL, Juan. (2013a). “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, pp. 221-243.
- PABLO MONTIEL, Juan. (2013b). “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.
- PACELLI, Eugênio. (2012). *Curso de Processo Penal*, 16ª.Ed., São Paulo: Editora Atlas S.A.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. (2006). “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, in *InDret - Revista para el Análisis del Derecho* nº 4/2006, disponible em www.indret.com.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. (2002). *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, Granada: Editorial Comares.
- PINES, Daniel. (1994). “Amending the Foreign Corrupt Practices Act to Include a Private Right for Action”, in *California Law Review*, Vol. 82, pp. 185-229.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. (2011). *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª.Ed. actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. (2000). *Princípios de Direito do Trabalho*, 3ªed., São Paulo: LTr.
- PRITTWITZ, Cornelius. (2013). “*La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers*”, in KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, pp. 207-218.
- QUELJO, Maria Elizabeth. (2003). *O direito a não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*, São Paulo: Editora Saraiva.
- QUINTELA DE BRITO, Teresa. (2014). “Relevância dos mecanismos de «*compliance*» na responsabilidade penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, in

- FERNANDA PALMA, Maria (dir.), *Anatomia do Crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, nº 0, Lisboa: Almedina, pp. 75-91.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. (2013). *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons.
- REALE JÚNIOR, Miguel. (2009). “A relação Advogado-cliente e o sigilo profissional como meio de prova”, in *Revista do Advogado*, São Paulo, p. 78 – 84.
- REDONDO, María Cristina. (2015). “Dos modelos de norma y razonamiento práctico”, in LUQUE, Pau (ed.), *Particularismo: Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Madrid: Marcial Pons, pp. 59-88.
- REEB, Philipp. (2011). *Internal Investigations: Neue Tendenzen privater Ermittlungen*, Berlin: Duncker & Humblot.
- REIS NOVAIS, Jorge. (2013). *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal para o Estado social e democrático de Direito*, Coimbra: Almedina.
- RISTORI, Adriana Dias Paes. (2007). *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra: Almedina.
- ROBINSON, Paul H. (2008). *Criminal Law: Case Studies & Controversies*, 2nd. Ed., New York: Aspen Publishers – Wolters Kluwer Law & Business.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. (2013). “El responsable de cumplimiento («compliance officer») ante el Derecho penal”, in SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, pp. 319-331.
- ROSA PAIS, Ana Isabel. (2015). “Criminal compliance and the risk of criminal procedure privatization: the problem concerning «borrowed evidence» and the violation of the privilege against self-incrimination”, disponível: <http://www.obegef.pt/i2fc/2015/DO-CS/Pais.pdf> [acesso em 26/12/2016].
- ROTHENBURG, Walter Claudius. (1997). *A Pessoa Jurídica Criminosa: estudo sobre a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica*, Curitiba: Juruá Editora.
- ROTSCH, Thomas. (2012). “Criminal Compliance”, in *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 1/2012, disponível: <http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>.
- ROXIN, Claus. (2000a). *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- ROXIN, Claus. (2000b). *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROXIN, Imme. (2015). “Problemas e Estratégias da Consultoria de Compliance em Empresas”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 114, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 321-338.

- SAHAN, Oliver. (2013). “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, pp. 245-259.
- SANDEL, Michael J. (2011). *Justiça: Fazemos o que devemos?*, Lisboa: Editorial Presença.
- SANTANA VEGA, Dulce M. (2015). “El delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos (*Bribery Act 2010*)”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 17, pp. 1-32, disponível: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-15.pdf>. [acesso em 21/07/2016].
- SANTIAGO, Rodrigo. (1997). “Considerações acerca do regime estatutário do segredo profissional dos advogados”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, Janeiro, pp. 229-247.
- SCHUNEMANN, Bernd. (1988). “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, Fascículo II, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, pp. 529-558.
- SEBELIUS, Ned. (2008). “Foreign Corrupt Practices Act”, in *American Criminal Law Review*, Vol. 45, pp. 579-606.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. (2014). “A responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção”, in *Revista do Advogado*, Ano XXXIV, nº 125, São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, pp. 106-114.
- SHAW, Bill. (1990). “Foreign Corrupt Practices Act: Amendments of 1988”, in *Maryland Journal of International Law*, Vol. 14, pp. 161-174.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. (2003). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 2ª.ed., São Paulo: Editora Método.
- SIEBER, Ulrich. (2013). “Programas de 'Compliance' en el Derecho Penal de la Empresa”, in NIETO MARTÍN, Adán (coord.); ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto (dir.), *El Derecho penal econômico en la Era Compliance*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 63-108.
- SIEBER, Ulrich & ENGELHART, Mark. (2014). *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes: An Empirical Survey of German Companies*, Berlin: Duncker & Humblot.
- SILVA DIAS, Augusto. (2008). «Delicta in Se» e «Delicta Mere Prohibita». *Uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVA DIAS, Augusto. (2011). “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in FERNANDA PALMA, Maria; SILVA DIAS, Augusto & SOUSA MENDES,

Paulo de (coords.), *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 23-47.

SILVA DIAS, Augusto. (2014). “O Direito Penal como instrumento de superação da crise econômico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, in FERNANDA PALMA, Maria (dir.), *Anatomia do Crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, nº 0, Lisboa: Almedina, pp. 44-73.

SILVA DIAS, Augusto; COSTA RAMOS, Vânia. (2009). *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (2003). “Hacia el Derecho penal del ‘estado de la prevención’: La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la proliética criminal”, in SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles: Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid: Marcial Pons, pp. 307-332.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (2011). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3º ed., Madrid: Edisofer S.L. & Editorial B de F.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (2013a). “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, in KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, pp. 79-104.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (2013b). “La responsabilidad penal delas personas jurídicas en Derecho español”, in SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, pp. 15-42.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir.) & MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). (2013). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & SAAD-DINIZ, Eduardo. (2015). *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*, São Paulo: Saraiva.

SOUSA MENDES, Paulo de. (2004). “As proibições de prova no Processo Penal”, in FERNANDA PALMA, Maria (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 133-154.

SOUSA MENDES, Paulo de. (2009). “O procedimento sancionatório especial por infrações às regras de concorrência”, in FERNANDA PALMA, Maria; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de (coords), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209-224.

- SOUSA MENDES, Paulo de. (2013). *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina.
- SOUSA MENDES, Paulo de. (2014). “O processo penal entre a eficácia e as garantias”, in FERNANDA PALMA, Maria; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de & ALMEIDA, Carlota (coords), *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 67-80.
- SOUSA MENDES, Paulo de. (2015a). “Apresentação do Curso e Definição de Conceitos”, I Curso de Pós-Graduação sobre *Law Enforcement, Compliance* e Direito Penal, Sessão de Abertura ocorrida em 16.11.2015, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- SOUSA MENDES, Paulo de. (2015b). “A regulação financeira, o direito penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras”, in FERNANDA PALMA, Maria (dir.), *Anatomia do Crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, nº 1, Lisboa: Almedina, pp. 129-150.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. (2015). *Programas de compliance e atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial*, tese de pós-doutoramento apresentada ao Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra (trabalho não publicado).
- SPIVACK, Peter & RAMAN, Sujit. (2008). “Regulating the 'New Regulators': Current Trends in Deferred Prosecution Agreements”, in *American Criminal Law Review*, Vol. 45, 2008, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1096726> [acesso em 20/12/2015]
- SPRONKEN, Taru & FERMON, John. (2008). “Protection of Attorney-Client Privilege in Europe”, in *Penn State International Law Review*, Vol. 27, pp. 439-462.
- STEVENSON, Drury D. (2004). “Toward a New Theory of Notice and Deterrence”, in *Cardozo Law Review*, Vol. 26, N. 1, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=901321> [acesso em 05/04/2016].
- TIEDEMANN, Klaus. (2014). “Corporate Criminal Liability as a Third Track”, in BRODOWSKI, Dominik; MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim (eds), *Regulating Corporate Criminal Liability*, New York: Springer, pp. 11-18.
- TONRY, Michael. (2005). “Obsolescent and Inmanence in Penal Theory and Policy”, in *Columbia Law Review*, Vol. 105, N. 4, pp. 1233-1275.
- TORNAGHI, Hélio. (1967). *Compêndio de Processo Penal*, Tomo III, Rio de Janeiro: José Konfino Editor.
- TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. (2011). *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

- TUCCI, Rogério Lauria. (2004). *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 2ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do (2004). *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- VARELA, Lorena. (2012). “*Strict-Liability* como forma de imputación jurídico-penal”, in *InDret* nº 3/2012, disponível: <http://www.indret.com/es/>, acesso em 17/06/2016.
- VAZ, Paulo Afonso Brum & MEDINA, Rainer Souza. (2011). *Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional*, São Paulo: Editora Conceito.
- WALTZ, Jon R.; PARK, Roger C. & FIEDMAN, Richard D. (2009). *Evidence*, 11th.ed., New York: Thomson Reuters/Foundation Press.
- WELLNER, Philip A. (2005). “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, in *Cardozo Law Review*, Vol. 27:1, pp. 497-528.
- WELLS, Celia. (2014). “Corporate Responsibility and Compliance Programs in the United Kingdom”, in MANACORDA, Stefano; CENTONZE, Francesco; FORTI, Gabrio (eds), *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, Heidelberg - New York - Dordrecht - London: Springer, pp. 505-512.
- WILKINSON, Beth A.& OH, Alex Young K. (2009). “The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective”, in *New York State Bar Association Inside*, Vol. 27, N. 2, disponível: https://www.paulweiss.com/media/1497187/pw_ny-sba_oct09.pdf [acesso em 31.03.2016].
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego. (2013). *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Madrid: Marcial Pons.