



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A PROVA NAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS CORPORATIVAS

LEONARDO FLEISCHFRESSER

DISSERTAÇÃO DE Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO SENHOR PROFESSOR DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES, EM
COORIENTAÇÃO COM O SENHOR PROFESSOR DOUTOR GUSTAVO BRITTA SCANDELARI

LISBOA

(2024)



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A PROVA NAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS CORPORATIVAS

LEONARDO FLEISCHFRESSER

DISSERTAÇÃO DE Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO SENHOR PROFESSOR DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES, EM
COORIENTAÇÃO COM O SENHOR PROFESSOR DOUTOR GUSTAVO BRITTA SCANDELARI

LISBOA

(2024)

LEONARDO FLEISCHFRESSER

A PROVA NAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS CORPORATIVAS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de especialização em Ciência Jurídico-Criminais.

PROFESSOR DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES (ORIENTADOR) – FDUL

(PRESIDENTE)

(ARGUENTE)

(VOGAL)

LISBOA

(2024)

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, um verdadeiro exemplo de humanidade e uma guerreira incansável. A ela, expresso meus mais sinceros agradecimentos por sua vida, amor e dedicação inabaláveis.

Aos meus mestres, que desde o início foram modelos de profissionalismo e excelência. Em particular, gostaria de destacar o Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, cuja orientação foi inestimável, e cujo conhecimento e competência são reconhecidos internacionalmente. Também, não posso deixar de mencionar com carinho o Professor Doutor Gustavo Britta Scandelari, que além do fundamental apoio como coorientador, também se tornou um grande amigo, cuja presença guardarei sempre em meu coração.

A todos os professores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa que me proporcionaram aprendizado e crescimento acadêmico, em especial à Professora Doutora Helena Mourão e Professora Doutora Maria Fernanda Palma, que sempre lecionaram com cortesia e invejável qualidade.

Igualmente, aos colaboradores e colegas da Faculdade, que me proporcionaram inesquecível experiência pessoal.

Expresso, também, minha gratidão à minha noiva, Beatriz, por seu apoio incondicional, compreensão e amor. Nada disso teria sido possível sem você ao meu lado.

Não posso deixar de mencionar meu colega de profissão, Doutor Nivaldo Migliozzi, cujo suporte e paciência foram essenciais para realização deste sonho.

Ao Universo, por ter colocado todos vocês em meu caminho. Obrigado!

RESUMO

Esta dissertação estuda o regime de obtenção de provas nas investigações internas corporativas e tem como problema as limitações a elas aplicadas com maior foco no ordenamento jurídico brasileiro. Estudam-se os programas de prevenção de ilícitos, originalmente chamados de *compliance*, uma vez que a própria noção de investigação interna passa necessariamente pela existência desses programas como modelo de autorregulação empresarial. Por essa razão, adotou-se a abordagem histórica do *compliance* no regime internacional e no Brasil, passando pelas exigências de idoneidade desses programas. A pesquisa dedicou um capítulo específico para responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois aqui se entende insuficiente que as investigações internas tenham foco apenas na relação sancionatória administrativa da empresa. A segunda parte é dedicada à conceituação de investigação interna, à regulação na experiência internacional e, com foco no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrar que a lacuna legislativa existente não inviabiliza a existência do instituto, que é suprido por garantias constitucionais. Ato contínuo, o trabalho entra no regime de provas. Historicamente, o regime de proibição de obtenção de prova se aplicava exclusivamente ao Estado. Notadamente, no Direito Continental Europeu, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão teve o objeto ampliado, impondo ao Estado não apenas freios à atuação, como também tornando-o guardião do bem-estar dos cidadãos. Portanto, cria-se a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, por via de consequência, impõe aos particulares a observância dos direitos e das garantias fundamentais também nas relações privadas. A conclusão foi de que o limite à produção de prova deve compreender a finalidade da investigação. Se o objetivo for o de utilizar aquele caderno investigativo em futura ação penal contra o colaborador, os limites serão iguais àqueles das instâncias públicas de investigação. Caso contrário, princípios típicos de direito penal são contrabalanceados com regras do direito do trabalho e civilista.

PALAVRAS-CHAVE: *compliance*; investigação interna; proibição de obtenção de provas; direitos fundamentais.

ABSTRACT

This dissertation studies the exclusionary rules in internal corporate investigations and its problem is to determine the limitations applied to them, with greater focus on the Brazilian legal system. It studies illicit prevention programs, originally called compliance programs, since the very notion of an internal investigation necessarily involves the existence of these programs as a model of corporate self-regulation. For this reason, a historical approach to compliance in the international system and in Brazil was adopted, including the requirements for the suitability of these programs. The research has dedicated a specific chapter to the criminal liability of legal entities, as it is considered insufficient for internal investigations to focus solely on the company's administrative sanctions. The second part is dedicated to the conceptualization of internal investigations, their regulation in international experience and, with a focus on the Brazilian legal system, demonstrating that the existing legislative gap does not make the existence of the institute unfeasible, which is supplied by constitutional guarantees. The work then enters the evidence regime. Historically, the exclusionary rules applied exclusively to the state, by the State action doctrine. Notably in continental European law, the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen has broadened the scope of the prohibition, imposing on the state not only curbs on its actions, but also making it the guardian of citizens' well-being. Therefore, the so-called horizontal effectiveness of fundamental rights was created which, as a consequence, imposes on private individuals the observance of fundamental rights and guarantees in private relations as well. The conclusion was that the limit on the production of evidence must include the purpose of the investigation. If the aim is to use that investigative file in a future criminal action against the collaborator, the limits will be the same as those of public investigation bodies. Otherwise, typical criminal law principles are balanced against labor and civil law rules.

KEYWORDS: *compliance*; internal investigations; exclusionary rules; fundamental rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABA - *American Bar Association*

BGH – *Bundesgerichtshof*

CEDH – Comissão Europeia de Direitos Humanos

CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

CGU – Controladoria Geral da União

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPPi – Código de Processo Penal Italiano

CPJM - Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance

DIN - Instituto Alemão de Normalização

DOJ - *Department of Justice*

DPA - *Deferred Prosecution Agreement*

EBAPE - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas

EN – Normas Europeias

ESG – *Environmental; social and Governance*

EUA – Estados Unidos da América

FATCA - *Foreign Account Tax Compliance Act*

FCPA - *Foreign Corrupt Practices Act*

FGV – Fundação Getúlio Vargas

GIP - *Giudice Indagini Preliminar*

HC – Habeas Corpus

ISO - *International Organization for Standardization*

Min – Ministro(a)

MP – Ministério Público

NASD - *National Association of Securities Dealers*

NPA - *Non-Prosecution Agreement*

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OCDE - Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONG – Organização Não Governamental

OSG - *Organizational Sentencing Guidelines*

PCAOB - *Public Company Accounting Oversight Board*

PJ – Pessoa Jurídica
Rcl - Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
Rel – Relator
REsp – Recurso Especial
SEC - *Securities and Exchange Commission*
SOX - *Sarbanes-Oxley Act*
STF – Supremo Tribunal Federal do Brasil
STJ – Superior Tribunal de Justiça do Brasil
StPO – Código de Processo Penal Alemão
STS – Supremo Tribunal da Espanha
TC – Tribunal Constitucional Português
TST – Tribunal Superior do Trabalho
TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
UK – *United Kingdom*
US – *United States*
USA – *United States of América*
USSG - *United States Sentencing Guidelines*
WPA – *Whistleblower Protection Act*
WPEA - *Whistleblower Protection Enhancement Act*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I – PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO NORMATIVO	14
1. PREVENÇÃO DE ILÍCITOS CORPORATIVOS	14
1.1. CRESCIMENTO DO <i>COMPLIANCE</i> E A BOA CONDUTA EMPRESARIAL	15
1.1.1. Experiência internacional	26
1.1.2. Compliance no Brasil	32
1.2. REQUISITOS DE IDONEIDADE DOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>	34
1.3. EFEITOS DO <i>COMPLIANCE</i> NA RESPONSABILIDADE DOS INVESTIGADOS	40
1.3.1. Problema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas	48
1.4. FORMAS DE REGULAÇÃO DO CONTROLE EMPRESARIAL	65
1.4.1. Autorregulação pura e a regulação imposta	68
1.4.2. Autorregulação regulada	71
PARTE II – INVESTIGAÇÕES INTERNAS COMO PARTE NECESSÁRIA AO SISTEMA DE <i>COMPLIANCE</i>	81
CAPÍTULO I – INVESTIGAÇÃO INTERNAS CORPORATIVAS	81
2. INTRODUÇÃO AO TEMA	81
2.1. CONCEITO	85
2.2. FONTE LEGITIMADORA DAS INVESTIGAÇÕES DEFENSIVAS.....	89
2.2.1. Ampla defesa e contraditório	93
2.2.2. Igualdade de Armas	97
2.2.3. Investigação defensiva no P.L 156/2009	101
2.2.4. Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	103
2.3. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS	105
2.3.1. Investigação defensiva nos Estados Unidos da América	106
2.3.2. Investigação defensiva na Itália	109
CAPÍTULO II – PROCESSO INVESTIGATIVO INTERNO E A OBTENÇÃO DA PROVA	113
3. INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO: CANAIS DE DENÚNCIA E <i>WHISTLEBLOWERS</i>	113
3.1. <i>WHISTLEBLOWERS</i>	115

3.1.1.	Proteção legal do denunciante.....	117
3.1.2.	Denúncia anônima x Denúncia confidencial.....	122
4.	LIMITES À OBTENÇÃO PROBATÓRIA COM VISTAS AO PROCESSO PENAL	124
4.1.	REGIME DE PROVAS.....	125
4.1.1.	Eficácia dos direitos fundamentais e a produção de prova por particulares	130
4.1.1.1.	<i>Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais (State Action Doctrine)</i>	132
4.1.1.2.	<i>Teoria da eficácia horizontal e a produção de prova ilícita por particulares</i>	135
4.2.	GARANTIAS NA PRÁTICA: ATOS DE INVESTIGAÇÃO	142
4.2.1.	Depoimentos e interrogatórios: direito à informação; direito a advogado; direito a não autoincriminação.....	143
4.2.2.	Documentos e acesso a informações digitais: privacidade e intimidade dos colaboradores.....	149
4.2.3.	Cadeia de custódia nas investigações internas.....	154
	CONCLUSÃO.....	158
	REFERÊNCIAS	162

INTRODUÇÃO

Ainda muito incipiente, ao menos no Brasil, a investigação interna corporativa é um fenômeno destinado, precipuamente, à obtenção de meios de prova que podem ou não servir a um processo judicial, mas que terá serventia à empresa. Ao redor do mundo, o instituto já faz parte do cotidiano de grandes empresas, e acadêmicos dedicam suas obras ao estudo jurídico daquilo que se vê cotidianamente sendo apreciado pelos Tribunais. Essa modalidade de investigação tem relação com o surgimento dos programas de *compliance* que, por sua natureza, são programas de prevenção de ilícitos. Portanto, um elemento desse grande instituto, via de regra, a investigação interna terá três objetivos. Um de colher informações sobre possíveis transgressões éticas e legais ocorridas no interior do ambiente empresarial, ou contra a empresa, que podem resultar prejuízos à corporação. Nesse caso, a investigação terá por escopo reunir provas que sirvam de amparo à tomada de decisão futura. Em outro caso, ela também poderá servir para reunir subsídios necessários e suficientes à justiça penal negociada, ou mesmo acordos de leniência. Uma terceira hipótese é a obtenção de informações para suportar a defesa criminal da empresa ou seus colaboradores.

O problema em análise é: quais são limites à obtenção de prova no âmbito das investigações internas corporativas? Portanto, analisa-se se os mesmos que impõem limites ao poder punitivo do Estado. Para responder à pergunta, analisam-se os métodos de obtenção de prova e limites aplicáveis aos particulares na obtenção dessas informações, quando inseridos no ambiente da investigação interna. O estudo tem maior foco na legislação brasileira, mas faz comparativo legal com o ordenamento jurídico de alguns países do continente europeu, e os Estados Unidos da América, pelo pioneirismo.

Diante do atual cenário, a ideia de autorregulação das empresas, com a delegação de funções de supervisão, controle e investigação para o ambiente interno empresarial, amparada normativamente, desencadeia desafios específicos, os quais se manifestam em várias áreas. Primeiramente, há a questão da integração e do emprego de evidências legítimas coletadas por entidades privadas no sistema penal. Isso pode influenciar diretamente os direitos substanciais, gerando preocupações sobre a legitimidade e a intrusão dessas práticas. Em segundo lugar, observa-se a geração de informações na esfera empresarial que podem ser comparáveis em natureza às obtidas por investigações formais (como as conduzidas pela polícia ou pelo Ministério Público). Essas informações podem servir de base para o início de processos penais, afetando, potencialmente, as garantias processuais. Por fim, destaca-se a criação de provas

válidas em um contexto empresarial, que está fora da supervisão do judiciário. Esse fenômeno pode impactar as garantias processuais, especialmente quando as informações são posteriormente utilizadas no processo penal.

Por essa razão, a intenção deste trabalho é apresentar a importância do instituto, os objetivos e fundamentos legais dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Para concretizar esse objetivo, a pesquisa está dividida em três partes.

A primeira se destina a apresentar o surgimento dos programas de cumprimento normativo, com foco na prevenção de ilícitos, razão pela qual, doravante, ao referir os programas, será adotada a expressão “programa de prevenção de ilícitos”, ainda que, por vezes, essa referência se dará ao nome original em língua inglesa. Questiona-se se estudar assuntos contextuais é significativo ao trabalho. Acredita-se que sim.

Se a ideia de *compliance* é agir em conformidade com a norma, sejam padrões éticos ou legais, exigir que os entes coletivos tenham postura proativa não somente na prevenção, como também na repreensão de irregularidades, faz sentido estudar como isso se aplica de forma prática e qual a relação dessa postura na autorregulação. Assim, o *compliance*, na forma reativa, atua como privatização da investigação penal e atribui sistema de punição ou recompensa às empresas. Portanto, estudar a forma como isso se estrutura é fundamental para responder à pergunta acerca da validade das provas obtidas nas investigações empresariais.

Uma vez que os programas de prevenção de ilícitos recebem valor significativo no ordenamento jurídico dos países, alguns atribuindo a eles defesa positiva ou negativa ao reconhecimento de imputação penal às corporações; ou mesmo diante da relevância da atuação proativa da empresa em auxiliar o poder público na elucidação de fatos ocorridos internamente para fins de atenuar penalidades administrativas ou penais, não seria possível compreender completamente o instituto da investigação interna, sem se debruçar sobre a origem, fundamentos e efeitos dos programas de prevenção de ilícitos.

Portanto, ainda na Parte I, o trabalho se dedica ao nascimento, à aplicação e eficácia dos programas, bem como a implicação destes na responsabilidade penal de pessoas jurídicas, conforme alguns recortes de ordenamentos jurídicos, como o norte-americano, espanhol, italiano, alemão e português, além do brasileiro, na regulação, conforme o Direito Administrativo. O objetivo é demonstrar a finalidade dos programas, com foco nos requisitos de eficácia. A forma de compatibilizar elementos de regulação entre poder público e setor privado também será abordada, a fim de justificar a implantação dos sistemas de investigação interna.

Na Parte II, entrará em pauta o efetivo problema jurídico que se propõe a resolver. Para que seja possível, de forma esclarecedora, responder ao problema dos limites à obtenção de prova, no âmbito das investigações internas corporativas, será necessário introduzir a própria base legal para se realizar uma investigação defensiva.

A investigação interna corporativa surge como processo do grande sistema de *compliance*, como última ferramenta de controle e sanção, quando conglomerado privado quando o sistema de cumprimento preventivo falhou. Entretanto, não se retira essa importância, uma vez que o processamento tem objetivo oferecer segurança e garantia à manutenção das atividades empresariais, com redução de prejuízos.

Para que assim o seja, a investigação interna deve vir amparada em substrato jurídico legitimador. Nesse momento, o capítulo primeiro da segunda parte se reveste de importância. Se no Brasil, atualmente, há lacuna legislativa sobre o tratamento dado às investigações privadas, a ausência de impedimento também é, por si, fator de legitimação. Sem embargos, os princípios constitucionais conferem legalidade ao ato. Serão, então, abordados os princípios legais e constitucionais que estruturam as investigações internas corporativas, fazendo referência com as experiências internacionais dos Estados Unidos da América, diante do profundo tratamento que há nesse país, e da Itália, que possui regulamentação própria sobre o tema.

O capítulo seguinte será dedicado ao núcleo do trabalho. Estudar-se-ão as fases da investigação interna e o processo de obtenção de prova. O gerenciamento adequado e transparente dos canais de denúncia em complemento a importância dos delatores (*whistleblowers*) assume especial relevância na investigação interna. Isso porque as investigações têm caráter reativo, ou seja, não se confundem com aqueles institutos de diligências diárias da empresa, sob pena de serem tidas como ferramentas de retaliação. Desta forma, é por meio dos canais e delatores que a empresa terá legitimidade para iniciar as investigações.

Entretanto, de nada adianta estruturar de forma correta um canal de denúncia, sem criar meios de transmitir segurança aos delatores de que, caso delate, não será punido. Legislações internacionais e nacionais vêm se preocupando com o estudo acerca da melhor forma de dar proteção aos delatores sem perder de vista à veracidade do fato delatado. Estados Unidos da América contam com regramentos de proteção aos *whistleblowers* há muito tempo, desde pelo menos a Guerra Civil americana, quando se deu poderes a cidadãos para atuar como promotores

públicos e processassem outros particulares em benefício do Estado¹. A Europa se preocupa muito com o tema e, em 2019, a União Europeia editou a Directiva 2019/1937, chamada de *Directiva Whistleblowing*, regulamentando a proteção dos delatores. No Brasil, o ordenamento jurídico no âmbito do Direito Administrativo também protege os delatores, como a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013) e algumas alterações promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei n.º 13.964/2019) e a Lei de Serviços Telefônicos (Lei n.º 9.472/1997).

Por essa razão, o capítulo 3 aborda o estudo da melhor forma de se estruturar um canal de denúncia e proteger os delatores contra posturas de retaliação que poderão vir da própria empresa, ou de funcionários.

Na sequência, a pesquisa apresentará os limites legais que identificam a validade da prova, em conjunto com os direitos fundamentais dos colaboradores. Afinal de contas, a carência legal e regulamentar se traduz em uma discricionariedade tanto nos métodos quanto nos procedimentos. Se a intenção é fazer as provas serem válidas, para quaisquer fins que seja, é necessária a estrita observância aos vetores legais, sob pena de aniquilamento do processo todo, e indiretamente na perda de dinheiro e tempo.

Para que corretamente se delimite o campo de investigação teórica, será necessário abordar a origem da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em outras palavras, a pergunta inicial que se fará é se é possível exigir dos particulares respeito às garantias fundamentais que foram originalmente pensadas para limitar o poder do Estado. Positiva a resposta, ou seja, se, de fato, é exigido dos particulares - nesse caso às empresas - o respeito a direitos fundamentais, como isso se aplica, na prática, quando o raio de atuação são as investigações internas empresariais contra ilícitos cometidos na empresa ou contra a empresa.

Assim, é importante que a empresa tenha consigo um estruturado, e público, programa de *compliance* e que ele contemple um capítulo específico sobre processos de investigação interna.

O trabalho aborda os limites conforme o método de obtenção de prova específico. Por essa razão e considerando os inúmeros métodos existentes, não será possível exaurir o tema.

¹ MEADOR, Patricia; WARREN Elizabeth S. The False Claims Act: A Civil War Relic Evolves into a Modern Weapon. In: **Tennessee Law Review**, vol. 65, n.º 2, 1998, pp. 455-484. Acesso em 14 jan. 2024. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tenn65&i=466>.

Diante do cenário apresentado, há número bastante grande de outros assuntos que certamente são referenciados em conjunto ao *compliance* e investigação interna, como a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e as variadas fundamentações teóricas.

A maior parte do estudo foi feita por meio de pesquisa e revisão bibliográfica em complemento às decisões judiciais no Brasil, na Itália, na Espanha, em Portugal e nos Estados Unidos. Dentre os materiais utilizados, citam-se diversas obras que analisaram a essência dos programas de *compliance* e os respectivos efeitos legais, bem como trabalhos que se dedicam às investigações internas.

Frequente será o uso do termo “*compliance*” para fazer referência à originalidade e sua maior abrangência de sentido. Em outros momentos, haverá referência ao termo “programas de prevenção de ilícitos”. Este trabalho não trata as palavras como sinônimos. Enquanto *compliance* seria algo abrangente e que trabalha com diversas linhas de atuação, o programa de prevenção de ilícitos é a norma empresarial escrita e prévia que prevê tanto as atividades diárias de controle e fiscalização, quanto procedimentos próprios para atuação investigativa *ex post*.

O texto é escrito em português do Brasil, respeitando o novo acordo ortográfico da língua portuguesa. Ocorre que, em vistas à natureza do tema em análise, decorre a necessidade de se valer de palavras em língua estrangeira, mais notadamente do inglês. Desta forma, haverá respeito à originalidade de alguns termos que, nesse formato, materializam-se em maior carga de sentido e linguagem. Alguns trechos extraídos de obras escritas em língua espanhola foram transcritos na forma de citação direta, sendo mantidos no original, por não configurar dificuldade na compreensão aos falantes de língua portuguesa. Por sua vez, as obras em escritas em língua inglesa, consultadas, mencionadas e citadas diretamente foram traduzidas para o português e são de responsabilidade do autor.

PARTE I – PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO NORMATIVO

1. PREVENÇÃO DE ILÍCITOS CORPORATIVOS

O tema do *compliance* no cenário corporativo contemporâneo ressalta aspecto crucial para compreensão das investigações internas e os limites de prova nelas aplicados. As empresas, inseridas em um complexo sistema organizacional, enfrentam a dualidade de prevenir e reprimir práticas ilícitas internas, como crimes e infrações administrativas. O cumprimento eficaz dessas funções reforça a integridade corporativa, como também pode ser a base para isenção ou atenuação de responsabilidades. Para que haja o efeito esperado, os códigos de prevenção devem contar com rígido e eficaz sistema de repreensão, para que, então, comprove-se a não participação intencional do ente coletivo na prática da irregularidade.

A metáfora do "*carrot and stick*"² ilustra a dinâmica entre incentivos para conformidade, e penalidades para negligência. Além disso, a evolução legislativa em jurisdições, como os Estados Unidos e a Espanha, ressalta a importância crescente do *compliance* e organização empresarial apta a não gerar responsabilidade criminal.

Nesse contexto, problematiza-se adequadamente a delegação estatal de funções investigativas para o âmbito interno das empresas, referidas neste trabalho como investigações internas. E, para ser adequada a investigação e cumprir de forma plena o papel da autorregulação, é imprescindível que a empresa se valha de procedimentos internos de coleta de prova que se atentem aos padrões legais.

Essa abordagem entende como as corporações, ao assumirem o papel investigativo que tradicionalmente pertencia ao Estado, enfrentam desafios únicos em termos de conformidade legal e ética. A investigação interna é terreno complexo, em que a coleta e o uso de provas devem não apenas atender aos padrões legais para serem admissíveis em processos judiciais, mas também devem respeitar os direitos fundamentais dos colaboradores.

Portanto, para poder esclarecer esta área cinzenta, trazendo à luz as nuances e os dilemas enfrentados pelas empresas na condução de investigações internas, justifica-se a relevância do assunto contextual do *compliance* no ambiente corporativo, como base fundamental para o exame das investigações internas corporativas e dos respectivos limites probatórios.

² Termo cunhado para justificar o tratamento dado pelo Memorando Thompson que justificava a concessão de benesses a empresas que adotavam medidas de prevenção ou colaboração, em comparação às empresas que não tiveram postura colaborativa.

1.1. CRESCIMENTO DO *COMPLIANCE* E A BOA CONDUTA EMPRESARIAL

Compliance é um termo vago e, ao mesmo tempo, muito abrangente. A expressão tem origem na língua inglesa e deriva de “*to comply with*”, algo como “estar de acordo” com alguma coisa. Essas ideias são replicadas na literatura jurídica internacional. Para a língua portuguesa, não há tradução precisa, mas conceitua-se um “estar em conformidade”.

A ideia, porém, é a de não conferir um conceito preciso e engessado ao termo, em vistas à natureza aberta do que se busca com a axiologia do instituto³. O conceito de *compliance*, quando considerado de maneira abrangente, não se limita aos riscos corporativos originados das ações de colaboradores, como também engloba os riscos pessoais enfrentados pelos dirigentes de uma empresa⁴.

Compliance é um sistema que engloba uma série de ações implementadas por uma empresa para se conformar com as diretrizes éticas e legais. Essas medidas visam mitigar potenciais ameaças à reputação, questões trabalhistas, desafios financeiros e implicações legais que podem surgir como resultado das operações empresariais⁵. Com essa determinação, a consequência interpretativa é de que não deve a empresa ter a tarefa de simplesmente cumprir normas específicas de Direito Penal, mas contar: “*con mecanismos de gestión y control internos que les permitan cumplir con toda la normativa que les afecta, sea de carácter administrativo, laboral, societario o penal.*”⁶

Também, há o viés do *compliance* sob a ótica da ESG, como um termo que se refere à inclusão de meio ambiente (*environmental* — E), social (*social* — S) e governança (*governance* — G), de modo que os critérios são considerados nas decisões de investimento tomadas pelas empresas como manifestação de práticas de investimento responsáveis ou sustentáveis⁷.

³ SCANDELARI, Gustavo Britta. *Compliance e prevenção corporativa de ilícitos: inovações e aprimoramentos para programas de integridade*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 102

⁴ COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SANCHÉZ, Jesus Maria (*dir.*), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier Libros, 2013, pp. 43-72, p. 43.

⁵ DUMONT, Paola Alcântara Lima. Canais institucionais de denúncia. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (*org.*), *Estudos de Compliance Criminal*, Editora Fi: Porto Alegre, pp. 168-179, p. 171.

⁶ NIETO MARTIN. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: **Temas de derecho penal económico: empresa y compliance Anuario de Derecho Penal**, 2013, pp. 171-200, p. 178. Acesso em: 23 maio 2023. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf.

⁷ CÂMARA, Paulo; MORAES, Filipe (*org.*), **The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance**, 2022. pp 03-40, p. 05. https://doi.org/10.1007/978-3-030-99468-6_1

Em outras palavras, ESG (Ambiental, Social e Governança) expressa a conexão entre governança corporativa e sustentabilidade social e ambiental. Empresas malgovernadas dificilmente conseguem ser sustentáveis a longo prazo⁸. A boa governança corporativa atua a fim de evitar abusos de poder por parte dos administradores, enquanto o que é conhecido como responsabilidade social corporativa seria destinado a conciliar o interesse da empresa com o ambiente.⁹ Nessa linha, o *compliance*, hoje, já se descolou de uma ideia simplista que servia exclusivamente para reduzir risco de prejuízos e aumentar lucros dos acionistas, de modo que as empresas também buscam cumprir as normas, porque compreendem o aspecto ético e social¹⁰, sem contar o importante papel que a reputação empresarial ocupa nessa discussão¹¹. O conceito e significado de governança corporativa somente veio a ser conhecido na década de 1990¹² e seria algo como a constituição da empresa¹³: norte e marco regulatório dela.

Compliance não é apenas o cumprimento normativo, mas também a criação de ferramentas e procedimentos para assegurar esse cumprimento. É o cumprimento da legalidade e a atuação com base em padrões éticos, alcançáveis com estímulos¹⁴. Como recurso final, os padrões preventivos estabelecidos pela legislação extrapenal, oriundos da autorregulação empresarial, devem ser adequados também para atender à conformidade do Direito Penal. Isso é um reflexo de que a conformidade com as normas deve ser o objetivo principal a ser alcançado.

⁸ CÂMARA. *The Systemic interaction (...) op. cit.*, p. 5.

⁹ NIETO MARTIN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa. In: **Política Criminal**, vol. 3, n.º 5, 2008, pp. 1-18, p. 14. Acesso em 20 mai 2023. Disponível em https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_3_5.pdf.

¹⁰ FERRARINI, Guido. Sustainable Governance and Corporate Due Diligence: The Shifting Balance Between Soft Law and Hard Law. In: CAMARA, Paulo; MORAIS, Filipe (eds.) **The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance**, 2022, pp. 41-57, pp. 43-44. *e-book*. Disponível em <https://doi.org/10.1007/978-3-030-99468-6>.

¹¹ FERRARINI. *Sustainable Governance (...) op. cit.*, p. 46.

¹² ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. In: **Revista InDret: revista para el análisis del derecho**, n.º 1, 2012, pp. 1-11, p. 1. Acesso em 05 abril 2023. Disponível em <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260786/347968>.

¹³ HAUSCHKA; BESCH *apud* ROTSCH, *Criminal Compliance, op. cit.*, p. 2.

¹⁴ PAZMIÑO RUIZ, José Roberto. *Compliance y Derecho penal: entre mitos y verdades*. In: **VI Simposio Internacional de Derecho Consinter**, Universidade de Barcelona, out-2019, p. 4. Acesso em 05 abril 2023. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/344510373_Compliance_y_derecho_penal_entre_mitos_y_verdades_Compliance_and_Criminal_Law_In_Between_Myths_and_Truths. Nesse sentido também advoga Coca Vila: “*por primera vez la pretensión sistemática de adoptar reglas y procesos intraempresariales que logren que el cumplimiento del Derecho vigente no obedezca al a casualidad, al compromiso individual o a los intereses parciales de un departamento, sino a una arquitectura de Compliance vinculada globalmente con las actividades empresariales tanto internas como externas*” COCA VILA. *Programas de cumplimiento (...), op. cit.*, p. 55.

Trata-se, em simples tradução, de estar de acordo com algo. Embora o termo *compliance*, por si só, seja termo vago e inexpressivo, traduz-se, conforme expõe Nieto Martin, em algo extraordinariamente rico e completo, quando analisado em complemento ao ordenamento jurídico, e na forma como os programas se comportam dentro da empresa¹⁵. A palavra *compliance* também poderia significar algo como "capacidade de aprendizagem"¹⁶.

O *compliance*, portanto, não é universal, mas demanda aplicação prática com o ordenamento jurídico de cada país, servindo como instrumento desse ordenamento, e às empresas para trabalharem de forma harmônica com as leis¹⁷. Contudo, não significa afirmar que a resposta buscada dentro de sistema preventivo se isole em um contexto globalizado, mesmo porque o fenômeno da criminalidade econômica deve ser combatido de forma harmônica entre as soberanias internacionais¹⁸.

Alguns questionam que o conceito de *compliance* é vazio em si mesmo, um termo da moda, que nada mais é do que um conjunto de normas dentro de uma empresa que não é aplicado, servindo apenas para evitar prejuízos e ganhar dinheiro¹⁹. Essa crítica é feita na medida em que as discussões sobre *compliance* criminal são, em maior ou menor medida, semelhantes àquelas já discutidas no âmbito do direito penal econômico e empresarial, todas visando evitar a responsabilidade penal da empresa.

Entretanto, o olhar que se tem é que o *compliance*, em verdade, tem função maior e mais específica, que é a de prevenção de ilícitos empresariais. Trata-se de investimento em pessoas, processos, conscientização²⁰. Não por menos, Adán Nieto tem ideia muito firme de que é a ética, traduzida nos códigos de cumprimento normativo, que devem pautar a atuação da empresa, e não o Direito penal, de modo que o objetivo do *compliance* não deve ser evitar uma punição criminal da empresa, mas fazer cumprir a legislação²¹.

É inquestionável que o *compliance* representa, hoje, uma realidade no ambiente corporativo. A existência dele é tão necessária que pode ser lida como impositiva. Em alguns

¹⁵ NIETO MARTIN. *Problemas fundamentales (...)* op cit., p. 173.

¹⁶ ROTSCHE. *Criminal Compliance*, op. cit., p. 3

¹⁷ ROTSCHE. *Criminal Compliance*, op. cit., p. 1.

¹⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**, 3.^a ed, Madrid: Edisofer, 2011, p. 105.

¹⁹ ROTSCHE. *Criminal Compliance*, op. cit., p. 4.

²⁰ GUARAGNI, Fabio André; STEIDEL, Evelin. Desvios de personalidade em grupos empresariais e neutralização por *compliance*: uma tentativa para minimizar o impacto da corrupção no horizonte da criminalidade. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (coord.); SOBRINHO, Fernando Martins Maria (org.), **Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**, Londrina: Thoth Editada, 2017, pp. 45-77.

²¹ NIETO MARTIN. *Problemas fundamentales (...)*, op. cit., p. 178.

ordenamentos, essa imposição é legal, mas, em todos, a imposição é natural em razão da compreensão dos efeitos positivos do instituto, independente do setor que ocupam.

Os programas de *compliance* tem surgimento nos Estados Unidos da América, mais especificamente quando a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reconheceu, pela primeira vez, que as pessoas jurídicas podiam ser responsabilizadas pelas omissões de seus agentes²². No entanto, os programas sofreram mudança de perspectiva, ao se descobrir o cartel das fabricantes de componentes elétricos²³, e o governo passou a exigir que todas as empresas desse setor criassem um programa de *compliance* para evitar práticas anticoncorrenciais. Desde então, de forma globalizada, passou-se a entender que os programas teriam papel fundamental no desenvolvimento social e fiscalizatório.

Evidencia-se um modelo de prevenção de riscos de valiosa importância, quando analisados os dados econômicos sobre a velocidade de criação de novas empresas, e milhares de novas atividades econômicas antes não conhecidas, que produzem os mais variados riscos²⁴. Diante da carência de instrumentos jurídicos adequados e suficientes para o controle efetivo dos riscos empresariais, o *compliance* e as técnicas de *law enforcement* aparecem como ferramenta ao auxílio do Poder Público²⁵.

Portanto, a conformidade às normas, às regras e aos procedimentos se comportam como via de mão dupla, um diálogo bilateral na sociedade global marcada por riscos, em que as esferas privadas e públicas se estreitam com objetivo de cooperação contra a criminalidade econômica (transnacional)²⁶, uma vez que as empresas se tornaram o pano de fundo da afetação de bens jurídicos transindividuais²⁷.

A ciência da criação de programas de *compliance* promove efetiva transformação do perfil da influência do ambiente coletivo em favor do cumprimento das normas, o que é

²² MENDES, Paulo de Sousa. Responsive regulation enforced self-regulation, and corporate liability. In: **Criminal Law Forum**, n.º 33, 2022, p. 285–321, p. 291.

²³ NIETO MARTIN, Adán. O cumprimento normativo. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.), **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**, 2.ª ed, 2019, São Paulo: Tirant lo Blanch, pp. 29-55, p. 31. Não por menos a doutrina segue utilizando o termo *compliance*, o que conseqüente e gradativamente aproxima os modelos jurídicos do *common law* e do *civil law* (SALVADOR NETO, Alamiro Vellud *apud* ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Programa de integridade e responsabilidade penal da pessoa jurídica, In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.), **Estudos de Compliance Criminal**, Editora Fi: Porto Alegre, pp. 107-145, p. 108).

²⁴ SCANDELARI. *Compliance* e prevenção (...) *op. cit.*, p. 30.

²⁵ SCANDELARI. *Compliance* e prevenção (...) *op. cit.*, p. 30.

²⁶ ENGELHART, Marc. **The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes**. Freiburg: Max-Planck, 2018, pp. 1-2.

²⁷ TRADE, Bruna Perasoli. Impactos dos programas de *compliance* na responsabilidade penal individual de dirigentes no âmbito da sociedade empresária. In: **Revista Científica do CPJM**, vol. 1, n.º 2, 2021, pp. 30-63, p. 32.

importante sob o aspecto da prevenção²⁸. O programa se apresenta como ferramenta relevante para redução de riscos empresariais, preservação dos princípios morais e perpetuação dos negócios, objetivando garantir a perenidade da empresa e a defesa das expectativas dos grupos de interesse.

Com o aumento desse interesse estatal sobre as pessoas jurídicas na dinâmica social moderna - e, conseqüentemente, a criação de mecanismos de controle e de eventual responsabilização - que se fertiliza o terreno para o aparecimento dos programas de *compliance*²⁹. Das empresas, não se exige apenas um comportamento omissivo às práticas delitivas, mas além, exige-se proatividade para evitar a ocorrência de qualquer ato que lesione terceiros³⁰ e atue para reprimir aquilo que não foi possível prevenir.

A finalidade primordial dos programas de *compliance* deve ser a prevenção de uma ampla gama de ilícitos, abarcando desde violações criminais até irregularidades laborais, consumidor etc. Portanto, o objetivo central do *compliance* não é simplesmente assegurar a isenção de responsabilidades, seja ao nível coletivo ou individual, ou buscar a atenuação de sanções. Pelo contrário, é imperativo que esses programas se concentrem ativamente na prevenção de atos ilícitos, reforçando uma cultura de integridade e conformidade legal dentro das organizações. Caso contrário, os programas de *compliance* tornar-se-iam facilmente estratégias de fuga à responsabilidade³¹.

O foco é impedir qualquer descumprimento de leis, regulamentos ou procedimentos internos³² dentro da entidade e, quando aplicável, reconhecer e aplicar sanções a esses desvios, fomentando, assim, uma cultura de aderência às regras na corporação³³. Silveira e Saad-Diniz

²⁸ BUSATO, Paulo Cesar. Criminal *compliance*: relevância e riscos. In: AGRA, Cândido; TORRÃO, Fernando (coord.), **Criminalidade organizada e econômica: Perspectivas jurídica, política e criminológica**, Lisboa: Lusíada Editora, 2018, pp. 87-111, p. 96.

²⁹ FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. Pessoas coletivas e os programas de *compliance*: a problemática da prova compartilhada com o processo penal de pretensão democrática. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n.º 3, 2018, pp. 1277-1318, p. 1.280.

³⁰ FRANÇA JÚNIOR. *Pessoas coletivas e os programas de compliance (...) op. cit.*, p. 1291.

³¹ MENDES, Paulo de Sousa. Law enforcement & *compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.), **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance, e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 11-20.

³² Uma vez que a aderência deve ser tanto às normas legais, quanto administrativas em geral, inclusive éticas (ENGELHART. *The Nature (...) op. cit.*, p. 2). No mesmo sentido: NIETO MARTIN. O cumprimento normativo, *op. cit.*, p. 36. Posição que discorda BOCK, para quem cumprimentos éticos não fazem parte dos ideias de *compliance* (BOCK, Dennis. Zum Stand der Geschäftsherrenhaftung des Betriebs- inhabers für betriebsbezogene Straftaten seiner Mitar- beiter (BGH, Beschl. v. 6.2.2018 – 5 StR 629/17 = NSiZ 2018, 648). In: ROTSCH, Thomas (ed.), **Criminal Compliance – Status quo und Status futurus**, 2011, pp. 1-18. Acesso em 09 mar 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.5771/9783748922117>.)

³³ NIETO MARTÍN, Adán, El cumplimiento normativo. In: NIETO MARTIN, Adan (dir.), **Manual de cumplimiento penal en la empresa**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 24-49, p. 35.

sugerem, assim, que, de maneira geral, o *compliance* reflete uma ideia de autorregulação regulada de pessoas jurídicas, vistas com o propósito básico de se evitar o cometimento de ilícitos³⁴, cumprindo papel não somente punitivo, mas cooperativo³⁵.

Essa cultura a qual se refere os autores, entretanto, não se cria do dia para a noite, mas se trata de um processo, cuja preservação passará pela revisitação das normas e dos efeitos produzidos com base na experiência³⁶. Em suma, o *compliance* deve significar uma mudança de cultura que incorpore o ideal anticorrupção, maior transparência e ética, capacitações, integridade em toda a cadeia empresarial, múltiplas regulamentações, controle interno e auditorias externas, junto com uma cultura de divulgação³⁷.

Estudo realizado pelo Instituto Max-Planck aponta que mais de 80% dos delitos socioeconômicos são cometidos por meio de empresas³⁸. De acordo com Palermo e Bermejo,³⁹ isso ocorre porque a diminuição da sensação de responsabilidade individual presente no contexto empresarial incentiva os agentes a cometerem ações criminosas que, possivelmente, não realizariam isoladamente.

Aliás, se observarmos o passado, impensável que a vultuosas quantias relativas a crimes de grande escândalo teriam sido perpetradas sem a utilização de empresas. Basta pensarmos nos casos⁴⁰ Enron (63,6 bilhões de dólares), Worldcom (107 bilhões de dólares), Adelpha (24,4 bilhões de dólares), Global Crossing (25,5 bilhões de dólares) e Parmalat, ou mais recentemente os casos Lehman Brothers, ou Arthur Andersen ou a operação Lava Jato (15 bilhões de reais⁴¹).

Empresas com enorme fonte de poder e desenvolvimento de ambientes corporativos fortemente hierarquizados e com tarefas divididas⁴², que nas grandes corporações se constituem

³⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 113.

³⁵ KÖLBEL, Ralf. Kriminologisch-empirische Forschung zu Criminal *Compliance*. In: ROTSCH, Thomas (ed.), *Criminal Compliance – Status quo und Status futurus*, Nomos, 2021, pp. 139-161, p. 140.

³⁶ SCANDELARI. *Compliance e prevenção (...)*, op. cit., p. 85.

³⁷ CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Tese de Doutorado, Universitat Pompeu Fabra, 2014, p. 289. Consult em 28 de out 2023. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10803/284236>.

³⁸ A informação foi obtida através de BUSATO. *Criminal compliance (...)*, op. cit., p. 92.

³⁹ PALERMO, Omar; BERMEJO, Mateo G. La Intervención Delictiva del *Compliance Officer*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp. 171-205, p. 183.

⁴⁰ Os dados que se seguiram foram extraídos de BUSATO. *Criminal compliance (...)*, op. Cit., p. 94.

⁴¹ Informação extraída do sítio virtual do Ministério Público Federal. Acesso em: 20 jul. 2023. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>.

⁴² BUSATO. *Criminal compliance (...)*, op. cit., p. 89.

de entidades autossuficientes⁴³ e se ramificam em setores por vezes atuantes, por meio de outras empresas com metas e objetivos próprios, de forma a ser descentralizado e multidirecional⁴⁴.

Essa forma complexa e estruturada das empresas, em complemento ao poder econômico que pode exercer sobre o Estado, torna obsoleto e, por vezes, ineficaz, a regulamentação proveniente puramente do ordenamento jurídico. A criminalidade econômica tem contornos muito diametralmente opostos aos da criminalidade “comum”, ou de “rua”, porque são praticados por pessoas que ocupam um padrão de vida mais elevado em termos financeiros. O sujeito ativo do delito é, normalmente, executivo ou membro da alta cúpula empresarial⁴⁵ que estrutura complexa rede de atividades com delegações verticais e horizontais⁴⁶ e passa a atuar criminalmente de forma a blindar sua responsabilidade. São chamados também de crimes de colarinho branco⁴⁷.

Entretanto, por mais que haja a necessidade de se repensar alguns institutos da dogmática penal tradicional, isso não significa que é preciso abdicar das garantias conquistadas ao longo da história⁴⁸, mas de entender que a atual dogmática, de fato, não dá conta da sociedade de risco, e necessita de ajuste discursivo⁴⁹.

O cenário proposto não é de substituir, portanto, as clássicas noções de prevenção especial e geral, mas de incluir a empresa como agente responsável por essas mesmas medidas que, outrora, eram tipicamente impostas ao Estado. O Direito Penal que tem função preventiva, com foco específico às pessoas físicas, passa a ter concepção de prevenção empresarial ou

⁴³ BUSATO. *Criminal compliance (...), op. cit.*, p. 90.

⁴⁴ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Responsabilidad penal de las empresas: experiencias adquiridas y desafíos futuros. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; MENDOZA, Fátima Flores (eds.), **Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra le delincuencia económica y tecnológica**. Granada: Comares, 2012, pp. 435-463, p. 443.

⁴⁵ BONACCORSI, Matheus Fernandino. Corrupção no âmbito empresarial: evolução histórica dos programas de *compliance* e seus reflexos atuais sobre as responsabilidades do *compliance* officer. In: **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, vol. 6, n.º 2, 2020, pp. 79-106, p. 83.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de Vigilancia y *Compliance* Empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (org.), **Compliance y Teoría del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-106. pp. 83-84.

⁴⁷ Termo cunhado por SUTHERLAND, Edwin H. White-collar Criminality. In: **American Sociological Review**, vol. 5, n.º 1, 1940, pp. 1-12. Acesso em 17 jun 2023. Disponível em https://www.asanet.org/wp-content/uploads/1939_presidential_address_edwin_sutherland.pdf. No original: “More accurately stated, it is a comparison of crime in the upper or white-collar class, composed of respectable or at least respected business and professional men, and crime in the lower class, composed of persons of low socioeconomic status.”

⁴⁸ BUSATO. *Criminal compliance (...), op. cit.*, p. 92

⁴⁹ Termo usado por BUSATO. *criminalidade organizada (...), op. cit.*, p 92. Em sentido parecido defende Kai Ambos ao afirmar que a macro criminalidade organizada apenas é possível com a utilização de grandes organismos com grande poder financeiro, o que normalmente é fornecido por atores econômicos (AMBOS, Kai. International Economic Criminal Law. In: **Criminal Law Forum**, vol. 29, n.º 4, 2018, pp. 499–566, p. 504. DOI: 10.1007/s10609-018-9356-9).

prevenção criminal corporativa⁵⁰. Não se trata de ignorar o impacto social e potencializado dos crimes empresariais com relação aos agentes pessoas físicas, mas entender que a perspectiva da prevenção empresarial é outra⁵¹.

Ao seguir essa lógica, a atuação do *compliance* em uma perspectiva antecedente ao cometimento de quaisquer irregularidades, mesmo quando olhamos sua aplicação por meio de exclusão de responsabilidade ou adequação de punição às pessoas jurídicas, não invalida a ideia de *ultima ratio* do Direito Penal⁵². Muito pelo contrário, reforça o princípio da intervenção mínima, quando, de forma mais efetiva, tem o potencial de reduzir a ocorrência do ilícito⁵³.

O funcionamento remete a dois objetivos simultâneos e específicos: de um lado ele previne ilícitos dentro do ambiente empresarial, por meio de rígidas medidas de controle, como verificações contínuas das atividades e, ao mesmo tempo, tem capacidade de se modificar de forma rápida e eficiente, quando se identificam os problemas, dando a eles resposta adequada. Por meio dessas providências, o programa de integridade criminal atende à função de confirmação do Direito⁵⁴.

Se é verdade que o risco sempre fará parte do ambiente de negócios, o gerenciamento correto deles resultará na maximização do sucesso financeiro. O mesmo se expande para o risco e a confiança dos acionistas, afinal, hoje, a existência de *compliance* na empresa é tratado com um sinal de boa reputação⁵⁵. Isso corresponde a entender que a existência de um programa de *compliance* não deve existir apenas à vista da relação com o poder público, mas também porque surte efeitos na relação privada das empresas. Aquilo que se denomina *due diligence*, que pode ser traduzido para a língua portuguesa como diligências prévias, servem às empresas que negociam entre si, a fim de garantir a integridade e reputação⁵⁶. Por essas razões, os programas de cumprimento normativo garantem a continuidade do negócio e protegem os interesses de todo ambiente corporativo⁵⁷.

⁵⁰ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica (trad. SAAD-DINIZ, Eduardo). In: OLIVEIRA, Willian Terra de, et. al (coord.), **Direito penal econômico: Estudos em Homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013, pp. 291-318, p. 291.

⁵¹ ROCHA. Programa de integridade (...), *op. cit.*, p. 123.

⁵² SCANDELARI. *Compliance* e prevenção (...), *op. cit.*, p. 115.

⁵³ SCANDELARI. *Compliance* e prevenção (...), *op. cit.*, p. 116.

⁵⁴ SILVEIRA; SAAD-DINIZ. *Compliance, direito penal (...)*, *op. cit.*, pp. 113-114.

⁵⁵ ENGELHART, *The Nature (...)*, *op. cit.*, p. 22. Da mesma forma, ROTSCH, Thomas. *Compliance und Strafrecht – Fragen, Bedeutung, Perspektiven: Vorbemerkungen zu einer Theorie der sog “Criminal Compliance”*. In: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, vol. 125, n.º 3, 2014, pp. 481-498, p. 487. Acesso em: 9 mar. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/zstw-2013-0024>.

⁵⁶ NIETO MARTIN. O cumprimento normativo, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁷ TRADE. *Impactos dos programas (...)* *op. cit.*, pp. 32-33.

E quando esse programa encontra guarida na prevenção da prática de ilícitos criminais, entra aquilo que pode se chamar de *criminal compliance*. Uma ressalva é que o termo, em que pese ser o mais utilizado pela doutrina nacional e internacional, não seria o mais adequado, porque, de acordo com Scandelari⁵⁸, quando assume que a expressão criminal *compliance*, dá a impressão de que haveria algum instituto, como *compliance* exclusivamente da área criminal, ou de que *compliance* em Direito Penal, seria um instituto jurídico diverso do *compliance* nos direitos civil, trabalhista ou tributário, p.ex. E isso não é verdade: o que se tem é a implementação do *compliance* em vários ramos do Direito. Isso é, existe o *compliance* jurídico, que visa prevenção de atos ilícitos. Contudo, a definição no âmbito do Direito penal é condicionada pelas utilidades que as normas de *compliance* podem prover na ação penal ou na interpretação de leis penais⁵⁹.

Portanto, a ideia de *criminal compliance* parece servir apenas para se destacar uma “ramificação” dentro de todo o grande sistema do programa de integridade. A conceituação se assemelha à definição de *compliance*, de modo que também pode ser chamado de *risk management, value management, corporate governance, business ethics, integrity codes, codes of conduct, corporate social responsibility, governance tools e self-policing*⁶⁰. Em linhas gerais, nada mais são do que estratégias para guiar os empresários na busca por valores éticos, a fim de coibir a criminalidade no âmbito empresarial, por meio da adoção de medidas preventivas⁶¹. Portanto, talvez a maior diferença de contraste com o Direito penal tradicional é a aplicação preventiva, haja vista que é aquele que opera na análise *ex post* de crimes⁶².

Dessa noção, adotam-se as ideias de Nieto Martin, quando pontua que o *criminal compliance* pode ser visto, inclusive, como norma penal em branco, na medida em que, se há adequação às normas de Direito administrativo, não há que se falar em ilícito penal, até mesmo por respeito ao caráter de *ultima ratio* do Direito Penal⁶³. Em sentido muito parecido, Saavedra explica que a tradução da palavra “conformidade” significa muito pouco, havendo a necessidade de conjugar o estudo com o exame do objeto de referência, pois quem está “de

⁵⁸ SCANDELARI. *Compliance e prevenção (...)* op. cit., pp. 119-120

⁵⁹ SCANDELARI. *Compliance e prevenção (...)* op. cit., pp. 119-120

⁶⁰ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal *compliance* no brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fabio Andre; BUSATO, Paulo Cesar (coord.); DAVID, Décio Franco (org.), **Compliance e direito penal**. Sao Paulo: Atlas, 2015, pp. 158-199, p. 163.

⁶¹ SCANDELARI. As posições de garante (...), op. cit., p. 182

⁶² GUARAGNI; STEIDEL. *Desvios de personalidade (...)*, op. cit., p. 62.

⁶³ No original: *En este caso, la criminal compliance penal debiera entenderse como una norma penal en blanco. Allí donde se cumple con el derecho administrativo debe considerarse que no hay un ilícito penal. El carácter de ultima ratio del derecho penal y el principio de unidad del ordenamiento jurídico avalan esta tesis* (NIETO MARTIN. *Problemas fundamentales (...)*, op. cit., p. 179).

acordo" está, evidentemente, "de acordo" com "algo"⁶⁴. Assim, o *compliance* assumiria conceito dinâmico⁶⁵, de modo a se tornar um sistema complexo de políticas, controles internos e procedimentos que demonstrem que a empresa ou organização tem procurado garantir que o estado de conformidade seja atendido.

Se a finalidade de um programa de *compliance* for exclusivamente evitar a responsabilidade penal da empresa, acabaria por correr o risco de simplesmente transferir a responsabilidade a outra pessoa, como subordinados, o que, do ponto de vista empresarial, também seria um desastre. Na visão de Rotsch, o programa de *compliance* deve ser pensado para a empresa como um todo, inclusive os trabalhadores, e não apenas na cúpula diretiva⁶⁶. O autor ainda continua afirmando que o fim máximo do *criminal compliance* não deve ser o de evitar a responsabilidade criminal ou a punição, mas de prevenir o aparecimento de uma conduta criminosa⁶⁷.

Sousa Mendes identifica que o objetivo primordial dos programas de *compliance* é prevenir irregularidades, especialmente infrações penais, e não procurar escapar ou reduzir a responsabilidade corporativa (seja ela administrativa ou penal)⁶⁸. E afirma:

Deixar de prevenir adequadamente as irregularidades, implica que os programas de *compliance* sejam reduzidos a um artifício para encobrir a má prática corporativa. Para se precaverem contra tal resultado, os legisladores e reguladores não devem estabelecer regras sobre responsabilidade corporativa que recompensem automaticamente apenas a existência de programas de *compliance*, pois a eficácia de tais programas na prática também precisam ser levada em conta⁶⁹.

Na mesma linha, compreende Busato, que é cético, ou ao menos cauteloso, com a sistemática do *compliance* e o objetivo de isentar ou reduzir punibilidade criminal de pessoas jurídicas e cúpula diretiva, tecendo críticas às premissas de distribuição de responsabilidade, quando da existência de programas de cumprimento⁷⁰. É, por essa razão que o objetivo, para além da responsabilidade penal e/ou administrativa, e também para além de criar ferramentas à prevenção de ilícitos, o *compliance* deve atuar no sentido de alterar o ambiente corporativo,

⁶⁴ SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Criminal Compliance in Brasilien: Fortschritte und neue Entwicklungen*. In: ROTSCH, Thomas (org.), **Criminal Compliance – Status quo und Status futurus**, Nomos, 2021, pp. 367-378, p. 372. Disponível em <https://doi.org/10.5771/9783748922117.SA>

⁶⁵ SAAVEDRA. *Criminal Compliance in Brasilien (...)*, op. cit., p. 372.

⁶⁶ ROTSCH. *Criminal Compliance*, op. cit., p. 6.

⁶⁷ ROTSCH. *Compliance und Strafrecht (...)*, op. cit., p. 487.

⁶⁸ MENDES. *Responsive regulation (...)*, op. cit., p. 312.

⁶⁹ MENDES. *Responsive regulation (...)*, op. cit., p. 307.

⁷⁰ BUSATO. *Criminal compliance (...)*, op. cit., p. 97.

criando cultura de cumprimento às normas, verificando e sancionando os comportamentos desviados⁷¹.

Punir rigorosamente a empresa é necessário, em vista ao alto poder de criar riscos sociais, sejam eles a direitos individuais ou transindividuais. Essa punição poderá vir tanto pela premissa de utilização intencional da empresa como ferramenta de práticas criminosas, ou mesmo quando houver desorganização não intencional, pois como fonte potencial de risco, não basta apenas uma “boa-fé” empresarial⁷², mas se exige atuação efetiva na prevenção dessa desordem. Assim é que o *compliance* representa um reflexo específico desse desenvolvimento atual.

Por essa razão, desaponta-se tão necessária a implantação de código de boas condutas e programas de cumprimento normativo dentro das empresas, para auxiliar e guiar o empresariado nas funções que desempenha, de modo que a deixá-los dentro do caminho regulatório. No contexto dos princípios de boa gestão corporativa, é essencial enfatizar a exigência de inculcar na organização uma cultura de *compliance* que assegure a aderência à legislação, por meio de ações de prevenção e identificação de violações legais. A implantação de um sistema de *compliance* transcende a dimensão meramente ética, assumindo, igualmente, implicação econômica⁷³.

É imprescindível que a empresa se estruture com códigos de ética⁷⁴, e que esses códigos sejam fiscalizados por órgãos próprios, como comissão de ética e criação de cargos específicos para essa função, como um *ethics officers*⁷⁵.

O *compliance*, assim como visto, é uma ferramenta inovadora. Faz parte da nova realidade, cabendo aos operadores de todas as áreas a ela se adequar e somar esforços para o aperfeiçoamento. A natureza jurídica é importante, mas não o cerne da questão. Ainda que muito se discuta - de forma absolutamente salutar - acerca da diferenciação do *ius puniendi* administrativo e penal. Fato é que o alinhamento do *compliance* em respeito às normas é de

⁷¹ FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e lei 12.846/2013: a adoção do *compliance* como excludente de responsabilidade**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2015, p. 117. Acesso em 19 jun 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/17475>.

⁷² ROTSCH. *Criminal Compliance*, *op. cit.*, p. 7.

⁷³ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. ***Compliance y derecho penal***, 2012, *apud* GARCÍA CAVERO, Percy. Las políticas anticorrupción en la empresa. In: **Revista del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, vol. 47, n.º 2, 2016, pp. 219 – 244, p. 227.

⁷⁴ MARTÍN, Adán Nieto. *Problemas fundamentales (...)*, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁷⁵ Sobre esse assunto e as ideias sobre como setorizar de forma minimamente adequada: práticas de incremento da conjuntura de condução das empresas: "programa de *compliance*", "gerenciamento de risco" (Risk management), "gerenciamento de valores" (value management) e "governança corporativa" (corporate governance), assim como "ética negocial" (business ethics), "códigos de integridade" (integrity codes), "códigos de conduta" (codes of conduct) e "responsabilidade social corporativa" (corporate social responsibility) são os conceitos mais recorrentes. SIEBER, *Programas de compliance (...)* *op. cit.*, p. 291.

grande auxílio tanto para um ramo, quanto para outro. Autores como Lobo da Costa lecionam que o atual momento das ferramentas contra a criminalidade transnacional torna evanescente a discussão sobre a qual setor punitivo se situa, uma vez que ambos se tornaram igualmente severos, retributivos e punitivos, sendo que nem mesmo a privação de liberdade é um diferenciador, quando a pena de prisão já é temperada na maior parte dos crimes econômicos⁷⁶.

Inobstante a ponderação, e ainda que não seja objeto deste trabalho, alinha-se à ideia de que a migração das condutas apuradas no seio do direito sancionador, para o Direito Penal, confere maior grau de garantias constitucionais aos envolvidos, de modo a não escoar em uma burla de etiquetas⁷⁷.

Sousa Mendes, por sua vez, em valiosa afirmação, afirma que estamos vivenciando o surgimento de um novo ramo de Direito, que congrega aspectos de direito administrativo e de direito sancionatório público, inclusive penal.⁷⁸

1.1.1. Experiência internacional

A saga pelo reconhecimento jurídico à aplicação de sanções criminais contra pessoas jurídicas sempre foi o desafio e a vontade de órgãos de persecução penal. A dogmática penal clássica, pelo menos de países de tradição *civil law*, por razões de difícil superação - ou modulação - do princípio da culpabilidade, não vislumbrava meios de superar a barreira. Nos Estados Unidos da América, porém, o panorama era diferente⁷⁹ e bastava que as agências persecutórias encontrassem meios de aprovar leis que dessem conta do recado.

Por mais que o *compliance*, como se vê hoje, não tenha como finalidade principal a fuga à responsabilidade penal ou administrativa, fato é que o limiar de sua implantação teve a

⁷⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013. p. 162. Há outros autores, como Jesús-María Silva Sánchez que afirma a desconfiança ao Direito Administrativo como ferramenta à gestão de riscos (SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. Expansão do Direito Penal e lavagem de capitais. In: **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, vol. 8, dez-2021, pp. 1-6, p. 1). Enrique Bacigalupo Zapater, ao falar da não previsão legal de responsabilidade criminal de empresas na Alemanha, situa que as sanções de caráter administrativo podem chegar a ter a mesma gravidade das penas pecuniárias aplicadas no Direito penal (ZAPATER BACIGALUPO, Enrique. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “*compliance*”: A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009, in: **Diario La Ley**, n.º 7442, 2010, p. 3.

⁷⁷ COSTA. *Direito Penal Econômico (...)*, op. cit., pp. 193-194.

⁷⁸ MENDES. *Law enforcement (...)* op. cit., p. 18.

⁷⁹ COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: **IDPEE – Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**, vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 353-370, p. 359.

matéria como pano de fundo. Diante disso, após o julgamento do caso *New York Central & Hudson River Railroad vs United States* que definiu que as empresas são passíveis de responsabilização criminal⁸⁰, parece ter havido corrida das empresas para se adequar às normas e evitar punições.

Com o passar dos anos, e diante de aceleração dos processos econômicos, as empresas foram se tornando cada vez mais poderosas e, conseqüentemente, mais capazes de afetar bens jurídicos de ordem transindividual. Prova disso foi a grande depressão que, por sua vez, instigou ainda mais o interesse pelo *compliance* como forma de resgatar a reputação perdida com as condutas⁸¹.

Na sequência da recuperação pós-guerra, em meados do século XX, foi possível observar acréscimo de dezenove vezes no produto global⁸². Nos territórios de maior desenvolvimento, a ampla maioria da força de trabalho transitou das atividades primárias, ancorando-se no setor industrial por volta da metade do século, para finalmente ser predominantemente alocada nos serviços do setor terciário ao culminar do período⁸³.

E foi assim que uma guinada significativa começou a se desenhar nas posturas acerca da conformidade regulatória.⁸⁴ Esse foi um momento de grandes revelações no mundo corporativo, com ilícitos empresariais cada vez maiores sendo descobertos.

Por essa razão, e como reação ao caso *Watergate*, em 1977, os EUA promulgaram a primeira legislação contra a corrupção estrangeira, chamado de *Foreign Corrupt Practices Act* (Lei Americana Anticorrupção no Exterior, FCPA). Naquela altura, o país já contava com regramento próprio para atos de corrupção, o *Corrupt Practices Act*, de 1925, mas que não dava conta de conferir transparência, controle e fiscalização aos atos públicos⁸⁵. A nova legislação, então, buscou combater os atos de corrupção que envolvessem, também, corporações e servidores públicos⁸⁶. A fiscalização ficou a cargo da *Securities and Exchange Commission* (SEC) e do *Department of Justice* (DOJ), nos âmbitos cível e penal, respectivamente. A atuação dos órgãos foi primordialmente com a exigência de implantação e fiscalização dos programas de cumprimento normativo e do padrão de cooperação das empresas.

⁸⁰ USA. *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

⁸¹ MENDES. *Responsive regulation (...)*, *op. cit.*, p. 292.

⁸² ALMEIDA, Paulo Roberto de. A economia internacional no século XX: um ensaio de síntese. In: **Revista brasileira de política internacional**, vol. 44, 2001, pp. 112-136, p. 114.

⁸³ ALMEIDA, A economia (...) *op. cit.*, p. 114.

⁸⁴ MENDES. *Responsive regulation (...)*, *op. cit.*, p. 292.

⁸⁵ SCANDELARI. *Compliance e Prevenção (...)* *op. cit.*, p. 45.

⁸⁶ SCANDELARI. *Compliance e Prevenção (...)* *op. cit.*, p. 45.

A fiscalização, porém, não passa sem críticas, mesmo porque DOJ e a SEC divergem da concepção de cooperação corporativa e da recompensa a ser dada para a empresa quando da ocorrência⁸⁷, o que complica o entendimento da empresa sobre o que deve fazer, considerar e esperar da cooperação investigativa⁸⁸.

Diante desse fator de instabilidade, em 1991, com a publicação da *Organizational Sentencing Guidelines (OSG)*, incorporada às *United States Sentencing Guidelines (USSG)*, houvera mudança mais significativa no pensamento do *compliance*, da forma como vemos hoje. Em contraste com a tradicional punição estabelecida por métricas normativas, o que fez a USSC foi estabelecer parâmetros de punição com base no comportamento da companhia anterior ao cometimento da infração⁸⁹.

De acordo com Nieto Martin, a criação das USSC ocorreu por pressão das empresas que, em ampla maioria, já contavam com programas de cumprimento normativo e exigiam que a conduta virtuosa influenciasse na gradação das sanções⁹⁰. Essa pressão foi iniciada após pesquisa feita por Marvin Frankel acerca da total falta de razoabilidade, proporcionalidade e racionalidade na aplicação de sentenças criminais nos Estados Unidos⁹¹. Então, com os posteriores estudos de Barkow e O'Neil's, percebeu-se que a utilização de domínios racionais de sentença tinha papel significativo para auxiliar o governo na redução dos custos dos encarceramentos longevos em massa⁹².

Esse guia de sentença se manifestou também em atuação pré-processual, nas investigações ocorridas em território americano, na medida em que os promotores de justiça se organizaram para criar guias próprios (memorandos), com objetivo de traçar exigências à elaboração de acordos com as empresas para abdicar das denúncias.

Dentro dessa perspectiva, a USSC detém importância crucial na inspeção dos sistemas de conformidade e na pertinência das investigações corporativas internas. Ela prevê a opção de postergar ou mesmo suspender um processo criminal relacionado à corrupção, desde que a

⁸⁷ ROMANO, Virginia Chaves, *et al.* **The Evolution and Current Approach to Corporate Cooperation in US Enforcement Investigations**. Global Investigation Review, out-2021. Acesso em 13 de março de 2023. Disponível em <https://globalinvestigationsreview.com/review/the-investigations-review-of-the-americas/2022/article/the-evolution-and-current-approach-corporate-cooperation-in-us-enforcement-investigations>.

⁸⁸ ROMANO, *et al.* *The Evolution (...)*, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁹ MENDES. *Responsive regulation (...)*, *op. cit.*, p. 292.

⁹⁰ NIETO MARTIN. *O cumprimento normativo (...)*, *op. cit.*, p. 33.

⁹¹ FREIBERG, Arie; ROBERTS, Julian V. Sentencing commissions and guidelines: a case study in policy transfer. In: **Criminal Law Forum**, vol. 34, 2023, pp. 87-129, p. 89.

⁹² FREIBERG; ROBERTS. *Sentencing commissions (...)*, *op. cit.*, p. 100.

empresa em questão tenha em funcionamento eficaz programa de conformidade, ou contribua significativamente para as investigações.

Depois disso, com a Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), celebrada em 1997, diversos países se comprometeram a exigir que empresas adotassem medidas anticorrupção, inclusive por meio da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela corrupção de funcionário público estrangeiro. Após a negociação da Convenção, outras convenções antissuborno foram estabelecidas, como é o caso, por exemplo, do *Council of Europe Criminal Law Convention* (1999); *Council of Europe Civil Law Convention on Corruption* (1999); *United Nations Convention Against Corruption*, (2003) e *Council of Europe, Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption* (2003).

Já em 1998, a própria legislação americana ampliou o leque de alcance da FCPA, para também incluir empresas nacionais ou residentes que atuassem fora dos EUA, o que veio com a *International Antibribery and Fair Competition Act* de 1998. Entretanto, a FCPA foi imprecisa no texto, o que veio a ser suprimido pelos memorandos do DOJ⁹³.

Após o caso de fraudes corporativas da Enron e WorldCom, que basicamente mascaravam os lucros, de modo a dar impressão de boa saúde financeira, ambas em 2002, os Estados Unidos da América sancionaram nova lei, chamada de *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), que introduziu reformas significativas para melhorar a precisão financeira e a responsabilidade das empresas e prevenir a fraude corporativa. Ela se aplica a todas as empresas públicas dos EUA, bem como às empresas internacionais que têm títulos registrados na SEC, ou que são obrigadas a apresentar relatórios à SEC.

Dentre algumas modificações introduzidas pela SOX⁹⁴, estão a exigência de que os executivos seniores assumam a responsabilidade individual pela precisão e integridade dos relatórios financeiros corporativos; aumento das penalidades para fraude financeira corporativa, incluindo multas e prisão para executivos que cometem fraude e exigência de que as empresas estabeleçam controles internos e procedimentos de relatório para garantir a precisão das informações financeiras.

As empresas também devem ter função de auditoria interna independente para revisar os controles e procedimentos e conferir independência a esse auditor. Isso significa que, por

⁹³ GARCÍA CAVERO, Percy. Las políticas anticorrupción en la empresa. In: **Revista de derecho Valparaíso**, n.º 47, 2016, pp. 219-244, p. 223. Acesso em: 8 abr. 2023. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173650537007>.

⁹⁴ EUA. Sarbanes-Oxley Act. 2002. Acesso em: 4 ago. 2023. Disponível em: https://pcaobus.org/About/History/Documents/PDFs/Sarbanes_Oxley_Act_of_2002.pdf.

meio da SOX, as empresas de auditoria estão proibidas de fornecer certos tipos de serviços para alguns clientes, de forma a evitar conflitos de interesse.

No setor público, a SOX criou a *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB), uma agência reguladora, cujo objetivo é supervisionar as empresas de auditoria de empresas públicas. O PCAOB tem o poder de registrar, inspecionar, regular e disciplinar as empresas de auditoria.

A experiência norte-americana, entretanto, não é a única que nos ensina sobre escândalos de corrupção que escoaram em políticas criminais de combate à ilegalidade corporativa. O Reino Unido já contava com legislações anticorrupção desde pelo menos 1889, com a *Public Bodies Corrupt Practices Act*⁹⁵. Porém, após adesão à OCDE, percebeu-se que a legislação pátria não dava conta de efetivamente combater e prevenir atos de corrupção. Foi quando, então, criou-se um comitê de análise que, posteriormente, publicou um dossiê chamado *Legislating the Criminal Code: Corruption*⁹⁶. Anos depois do início dos trabalhos da comissão, o Reino Unido atualizou suas legislações anticorrupção que desembocou no U.K Bribery Act, de 2010.

A aplicação dessa lei é abrangente e introduziu uma série de tipos penais com contornos rígidos de prevenção corporativa de ilícitos. De acordo com Trautman e Altenbaumer-Price⁹⁷, as quatro categorias principais de crimes criadas pela Lei de Suborno do Reino Unido de 2010 são: crime de suborno; crime de ser subornado; suborno de funcionários estrangeiros; e falha das empresas em prevenir subornos. O agravamento de pena não foi o único impacto positivo da legislação, tampouco, mostrou ser a ferramenta mais eficiente: do contrário, todo o sistema nele inserido mostrou que a prevenção é muito mais eficaz e menos custosa do que a atuação reativa⁹⁸.

Com vistas a esse contorno positivo da prevenção, punir pela falta dela também foi um objetivo da Lei Antisuborno. Por exemplo, a seção 7 da legislação inglesa institui o delito de

⁹⁵ UK. Public Bodies Corrupt Practices Act. 1889. Acesso em 04 ago 2023. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/52-53/69/enacted>.

⁹⁶ BEAN, Bruce W; MACGUIDWIN, Emma. Unscrewing the Inscrutable: The UK Bribery Act 2010. In: **Indiana International & Comparative Law Review**, Research Paper n.º 10-22, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2150256>.

⁹⁷ TRAUTMAN, Lawrence J.; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. Lawyers, guns, and money: The bribery problem and the UK Bribery Act. In: **The International Lawyer**, vol. 481, 2013, pp. 481-517.

⁹⁸ MIHAI, Berinde; ALINA, Andreescu Nicoleta. Business ethics implementation in the organizational culture of companies. In: **Annals of the University of Oradea: Economic Science**, vol. 22, n.º 1, pp. 44-53, p. 47.

falha da empresa em prevenir o suborno⁹⁹. A ordem é clara: a empresa tem obrigação não SOMENTE de não realizar o delito, mas, igualmente, será punida se não o prevenir. Porém, o mesmo texto legal, na seção 7(2), confere às empresas a possibilidade de não ser processada criminalmente quando comprove que efetivação de medidas apropriadas para prevenção de atos de suborno¹⁰⁰.

Na Itália, o *compliance* encontrou O marco legal quando da aprovação de um direito administrativo sancionador às pessoas jurídicas, por condutas praticadas por funcionários ou administradores¹⁰¹.

Em Portugal, recentemente, o Poder Legislativo alterou uma série de leis anticorrupção, com objetivo de melhorar qualitativamente as normas de *compliance*¹⁰². Foi, então, estabelecida a necessidade de adoção de programas de conformidade às empresas. Estas devem incorporar planos para prevenção de riscos, códigos de conduta, treinamento adequado, canais para relatos e nomeação de um encarregado de conformidade¹⁰³. A ausência desses programas, assim como esforços de adoção que se apresentem insuficientes ou incompletos, são passíveis de sanções administrativas.

De forma geral, as exigências legais são no sentido de que os programas de cumprimento contenham alguns requisitos básicos, como a designação de responsável pela análise de risco; instituem um sistema de documentação eficiente e normas de comportamento; estabeleçam um órgão especializado pela análise da conformidade em si. Esse órgão deve dispor de informações e recursos, e tenha autonomia suficiente para administrar e monitorar os programas de

⁹⁹ O texto legal apresenta a seguinte definição exculpatória: “*But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.*” Em tradução livre: “Mas é uma defesa para C provar que C tinha procedimentos adequados em vigor destinados a prevenir que pessoas associadas a C realizassem tal conduta.” A redação não deixa margem para interpretações: trata-se de uma causa de isenção de pena à pessoa jurídica quando demonstrar que tinha em vigor um procedimento adequado a prevenir o ilícito.

¹⁰⁰ BEAN; MACGUIDWIN. *Unscrewing the Inscrutable* (...) *op. cit.*, p. 37.

¹⁰¹ BACIGALUPO ZAPTER. Responsabilidad penal (...) *op. cit.* No original, explica o autor: “*la persona jurídica no responderá por los delitos cometidos por sus administradores, directivos o representantes y sus subordinados, en su beneficio o por su cuenta, si se comprueba una adecuada organización preventiva, es decir, si la persona jurídica adoptó «modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de la especie de los cometidos» [art. 6.1 a)], si ha confiado la vigilancia del funcionamiento y la observancia del modelo «a un organismo del ente dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control» [art. 6.1 b)], y si «las personas han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión». Estos modelos deben prever, «en relación a la naturaleza y a la dimensión de la organización así como a la actividad desarrollada, medidas idóneas para garantizar el desarrollo de la actividad en el respeto a la Ley y para descubrir y eliminar oportunamente situaciones de riesgo» (art. 7.3).”*

¹⁰² MENDES. *Responsive regulation* (...), *op. cit.*, p. 302.

¹⁰³ MENDES. *Responsive regulation* (...), *op. cit.*, p. 302.

conformidade, além de treinar colaboradores, distribuir funções e possibilitar controle periódico por parte de entidades fiscalizadoras externas, como empresas de auditoria especializadas.

1.1.2. *Compliance* no Brasil

O Direito Administrativo ainda recebe a maior carga de atuação na relação entre empresa e Estado¹⁰⁴. A Lei de Lavagem de Capitais, originalmente promulgada como Lei n.º 9.613/98 no Brasil, marcou um ponto de virada significativo no tratamento de delitos corporativos, alinhando a legislação nacional às tendências internacionais de combate à lavagem de dinheiro que emergiram na década de 1990. Esta legislação foi, posteriormente, modificada pela Lei n.º 12.683/12, que introduziu a obrigatoriedade de controles internos para certas pessoas físicas e jurídicas, conforme descrito no artigo 9.º.

Além disso, a lei estabeleceu políticas de prevenção e controle de atos ilícitos relacionados à organização criminosa, abordando os crimes de 'lavagem' ou 'ocultação' de bens, direitos e valores. O artigo 10.º, inciso III, da mencionada lei, atribui a determinadas entidades a obrigação de criar mecanismos de controle de suas atividades, evidenciando métodos de prevenção impositiva, por meio da implementação de procedimentos e controles internos.

No âmbito do Direito Administrativo, a relação entre as corporações e o Estado no Brasil foi reforçada com a ratificação da OCDE, por meio do Decreto Presidencial n.º 3.678/2000.

Contudo, a verdadeira mudança no paradigma de responsabilidade empresarial por atos de corrupção veio com a edição da Lei 12.846/2013, chama de Lei Anticorrupção que, na mesma linha das experiências internacionais, foi promulgada após os vereditos decorrentes do escândalo do mensalão. Esta lei segue uma trajetória semelhante a instrumentos normativos estrangeiros e representa um aprofundamento nas medidas de combate à corrupção em território nacional.

É essa a lei que, de forma pioneira, atribui sanções às organizações privadas¹⁰⁵, ao mesmo tempo que identifica a redução de penalidade administrativo, frente à conduta

¹⁰⁴ TAVARES, Debora Santos. Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa de empresas no processo penal. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (*org.*), **Estudos de Compliance Criminal**, Editora Fi: Porto Alegre, pp. 10-25, p. 12.

¹⁰⁵ Sobre a Lei Anticorrupção Barreto comenta que a “norma, baseada no referencial internacional anticorrupção, mudou o paradigma ao reconhecer que, tomadas isoladamente, as medidas punitivas tradicionais são ineficazes, devendo ser associadas a mecanismos preventivos que fortaleçam a conformidade com os princípios éticos, as melhores práticas de gestão e as normas legais.” (BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza; VIEIRA, James Batista. Os programas de integridade pública no Brasil: indicadores e desafios. In: **Cadernos EBAPE BR**, vol. 19, 2021, pp. 442-463).

colaborativa da empresa (art. 7.º, VII). O maior acerto da novel legislação, de acordo com Saavedra¹⁰⁶, é justamente a exigência de que as empresas implementem programas de *compliance*¹⁰⁷.

O Decreto n.º 11.129/2022 (anteriormente 8.420/2015), que regulamenta a Lei n.º 12.846/13, determina que a implantação ou aperfeiçoamento de programas de integridade será requisito essencial para entabulação de acordo de leniência com as empresas infratoras. Ainda, o artigo 56.º conceitua o que é um programa de integridade, e especifica que O objetivo é: I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional. Por sua vez, o Decreto n.º 9.203/2017 trata sobre a política de governança da administração pública federal, e no artigo 4.º, atribui como diretrizes da governança corporativa a implementação de controles internos fundamentados na gestão de risco, que privilegiará ações estratégicas de prevenção antes de processos sancionadores.

A legislação brasileira relativa ao *compliance* foi, posteriormente, ampliada pela Lei n.º 13.303, datada de 30 de junho de 2016, também referida como Estatuto das Estatais. Esta lei é direcionada a empresas públicas e de economia mista que exercem atividades econômicas, e demanda foco em ética, transparência, governança corporativa, códigos de conduta, e práticas de gestão de riscos e controles internos (artigo 9.º e seguintes). A essência da norma é a transparência na sua concepção mais abrangente que é a publicidade¹⁰⁸.

Ademais, a Instrução Normativa MP/CGU 1-2016 aborda os controles internos, gestão de riscos e governança, no âmbito do Poder Executivo Federal.

O Decreto-Lei n.º 9.203, de 22 de novembro de 2017, constitui marco na definição da política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional no Brasil. Notavelmente, este decreto incorpora princípios essenciais típicos dos programas de cumprimento normativo. Entre eles, destaca-se a exigência de padrões elevados de conduta para a alta administração, conforme estipulado no artigo 4, inciso V, visando guiar o comportamento dos agentes públicos. Adicionalmente, enfatiza-se a implementação de controles internos baseados em gestão de riscos, com foco preferencial em medidas estratégicas de prevenção, ao

¹⁰⁶ SAAVEDRA, Giovani Agostini. Panorama do *compliance* no Brasil: avanços e novidades. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coord.), **Governança, compliance e cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 37-50, pp. 37-38.

¹⁰⁷ A lei fala em “programas de integridade”.

¹⁰⁸ FERRAZ, S. Das regras de governança corporativa, transparência e gestão de riscos. In: **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 7, n.º 29, 2018, pp. 109-137, p. 114.

invés de depender exclusivamente de processos sancionadores, conforme indicado no inciso VI. Outro aspecto relevante é a exigência de edição e revisão de atos normativos, alinhados às boas práticas regulatórias e à estabilidade e coerência do ordenamento jurídico, incluindo a realização de consultas públicas quando apropriado, conforme o inciso IX. Esses dispositivos refletem abordagem abrangente e estratégica na governança pública, integrando práticas de *compliance* para assegurar a eficácia e a integridade da administração.

O que se percebe da evolução legislativa é um novo marco na prevenção criminal, que passa necessariamente pelos programas de integridade típicos de uma autorregulação regulada que auxilia as empresas a estarem sempre em conformidade com as normas penais¹⁰⁹. Para tanto, é imprescindível que dentro desses códigos de integridade, esteja a previsão rígida de controle internos e, em caráter reativo, as investigações internas.

O Brasil aderiu ao FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), por meio do Decreto 8.506/2015, estabelecendo compromisso de troca recíproca de informações financeiras e fiscais de pessoas físicas e jurídicas entre as autoridades brasileiras e norte-americanas. O objetivo é aprimorar a fiscalização e repressão a crimes fiscais, lavagem de dinheiro, tráfico, terrorismo (Lei 13.254/16) e outros¹¹⁰.

Entretanto, é importante reforçar que, no Brasil, ainda não há legislação que atribua caráter criminal a ausência de um programa de prevenção de crimes em empresas¹¹¹, até mesmo porque não há em território nacional, à exceção dos delitos que combatem infrações ambientais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

1.2. REQUISITOS DE IDONEIDADE DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

Se ao mesmo tempo em que a evolução jurídica no tratamento de condutas ilícitas praticadas por uma empresa teve o foco na criação e estruturação dos programas de cumprimento normativo das organizações, a mesma atenção deve ser direcionada à idoneidade desses programas.

Registre-se, de oportuno, que não se defende neste trabalho uma premissa absoluta de que para ser eficaz — e assim conduzir às benesses legais —, o programa precisaria erradicar práticas desviadas. Por questão de lógica, “não se pode avaliar programas de prevenção como

¹⁰⁹ ROCHA. *Programa de Integridade (...)*, op. cit., p. 120.

¹¹⁰ ROCHA. *Programa de Integridade (...)*, op. cit., p. 120.

¹¹¹ SCANDELARI. *Compliance e prevenção (...)*, op. cit., pp. 61-62.

se avaliam coletes balísticos”¹¹², de modo que a ocorrência de ilícitos corporativos jamais será erradicada, mas será possível identificar fatores que apontem para sua idoneidade¹¹³, de maneira a diferenciá-los de programas meramente cosmético¹¹⁴ e instituídos com o único objetivo de afastar responsabilidade da empresa, ou dos seus diretores, por meio de delegações de fechada.

A efetividade de um programa de *compliance* é, portanto, um juízo técnico que deve se adaptar a uma determinada metodologia¹¹⁵. O problema de programas de *compliance* meramente cosméticos não é outro senão a falta de idoneidade. É que nesses programas, a falta de confiabilidade é evidente. A estruturação denota que foram meticulosamente moldados para servir como escudos nas mãos dos gestores, permitindo-lhes desviar de responsabilidades e fortalecer a posição dentro da organização.

Mais do que isso, essa ferramenta pode ser astutamente utilizada para designar um colaborador específico como o "elo fraco" ou o principal responsável por falhas, garantindo que o prestígio do gestor e a imagem da entidade permaneçam intactos¹¹⁶. Por esta razão, a melhor forma de evitar o problema da “cosmética” é a criação de um programa de *compliance*, com a participação a terceiros independentes em desenho, confecção, implementação, desenvolvimento, avaliação e supervisão.¹¹⁷

Algumas experiências trazem parâmetros de eficácia aos programas. Nos EUA, a eficácia desses programas está prevista na *Sentencing Commission Guideline*, e estabelece algumas exigências, como (1) exercer os processos de averiguação interna para prevenir e detectar condutas criminais, (2) promover cultura organizacional que encoraje uma conduta ética e comprometida com o cumprimento às leis¹¹⁸. De modo a especificar condutas que significam processos de averiguação interna (*due diligence*) e promoção à cultura ética, o guia exige, de forma mínima:

1. Estabelecer normas e procedimentos para prevenir e detectar condutas criminosas.
2. A autoridade da organização deve:
 - (A) Conhecer e supervisionar o programa de conformidade e ética.
 - (B) Alocar pessoal de alto nível para garantir a eficácia do programa.

¹¹² SCANDELARI. *Compliance e prevenção (...)* op. cit., p. 103.

¹¹³ SCANDELARI. *Compliance e prevenção (...)* op. cit., p. 104

¹¹⁴ NIETO MARTIN. O cumprimento normativo (...), op. cit, p. 53.

¹¹⁵ NIETO MARTIN. O cumprimento normativo (...), op. cit, p. 53.

¹¹⁶ NIETO MARTIN. Fundamento e estrutura (...), op. cit, p. 144.

¹¹⁷ NIETO MARTIN. Fundamento e estrutura (...), op. cit, p. 144.

¹¹⁸ No original: (1) exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and (2) otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law (§8B2.1.).

- (C) Delegar responsabilidades diárias a indivíduos específicos, que relatarão periodicamente aos superiores e terão acesso aos recursos e autoridade necessários.
- 3. A organização não deve dar autoridade substancial a qualquer pessoa envolvida em atividades ilegais ou contrárias à ética.
- 4. A organização deve:
 - (A) Comunicar e treinar regularmente seus padrões, procedimentos e programa de ética a todos os membros relevantes.
 - (B) Isso inclui autoridades, pessoal de alto nível, empregados e agentes.
- 5. São necessárias medidas para:
 - (A) Garantir a aderência ao programa de ética.
 - (B) Avaliar a eficácia do programa periodicamente.
 - (C) Ter um sistema para relatar condutas criminosas sem medo de retaliação.
- 6. O programa de conformidade deve ser aplicado consistentemente, com incentivos para conformidade e medidas disciplinares para transgressões.
- 7. Após a detecção de conduta criminosa, a organização deve responder adequadamente e prevenir futuras ocorrências, adaptando o programa conforme necessário.
- 8. A organização deve avaliar regularmente os riscos de conduta criminosa e ajustar o programa para minimizar esses riscos.

Porém, o próprio texto faz ressalva de que o insucesso em prevenir e detectar condutas ilícitas não necessariamente indicará que o programa não é inteiramente eficaz¹¹⁹, o que se amolda ao dito anteriormente.

Nessa linha de buscar parâmetros adequados para se averiguar a idoneidade de um programa, Sieber apresenta lista do que acredita ser essencial, mas não taxativo que, em maior parte, está em consonância do que faz o guia de sentenças norte-americano:

- a) definição e comunicação das finalidades e valores a serem observados pela empresa, análise dos riscos específicos correspondentes nas empresas assim como as determinações e as advertências dos preceitos a serem observados e do procedimento para as empresas e seus empregados; b) fundamentação da responsabilidade do plano de direção mais elevado em relação aos objetivos, valores e procedimento para evitar a criminalidade de empresa; determinação das responsabilidades em relação ao plano intermediário da direção com a criação de uma seção especializada na empresa (a Seção de *Compliance*), assim como o esclarecimento e capacitação dos empregados da empresa; c) criação de um sistema de informação para a descoberta e esclarecimento de delitos, especialmente para o controle interno pessoal e material, deveres de informação, "sistema de informante" (*Hinweisgebersystem*) para a recepção de informações anônimas, determinação do canal de denúncias para casos suspeitos a serem esclarecidos (com inclusão da Seção de *Compliance* e também das autoridades estatais) e de adaptações em curso e desenvolvimento posterior dos programas de *compliance*; d) introdução de controladores externos e controles em relação aos elementos individuais dos programas de *compliance* e avaliação externa dos programas; e) estabelecimento de medidas sancionatórias internas em face de abusos; f) criação de estruturas efetivas de incentivo para a realização e desenvolvimento posterior das medidas anteriormente mencionadas¹²⁰.

¹¹⁹ (...) *The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct.*

¹²⁰ SIEBER. *Programas de compliance* (...), *op. cit.*, p. 298.

De forma geral, percebe-se tentativa de atribuir caráter normativista lógico à estruturação dos programas de cumprimento, certamente com objetivo de trazer segurança jurídica às relações, sem que seja necessário buscar conceitos axiológicos para definir a eficácia de um programa com a finalidade de elidir eventual responsabilidade administrativa ou criminal.

Porém, essa *standerização* encontra críticos, como Sousa Mendes, porque entende que, com isso, não há verdadeiro incentivo à prática de *compliance*, mas um guia do que empresas de todos os setores devem colocar no programa de *compliance* para se esquivar da responsabilidade¹²¹. Da mesma forma, pensa Busato, ao alertar que diante de uma enorme quantidade de organizações empresariais em diferentes setores, seria impossível estabelecer um *standard* de cumprimento normativo único, capaz de alcançar eficácia para todas as distintas formações empresariais¹²² e, portanto, estabelecer padrão de eficácia objetivo e formal indistintamente representaria ilusão apta a ter efeitos reversos ao esperado.

A crítica recebe eco de Coca Vila, ao afirmar que os programas meramente formais (*window-dressing compliance programs*) não terão qualquer impacto na atenuação da responsabilidade criminal, porque não basta que as empresas tenham programas de *compliance*, mas é importante que estes sejam adequados e efetivamente implementados¹²³.

Neira Pena acredita que não deva existir legislação que trate excessivamente acerca dos requisitos de eficácia dos programas, para não os tornar formais demais¹²⁴. É que, na visão dela, a eficácia para fins de exclusão de responsabilidade deve ser lida como uma eficácia relativa¹²⁵, e nem sempre a ausência de um programa de *compliance* será causa, *per si*, de responsabilidade penal¹²⁶. A verificação da supervisão e de uma direção ao cumprimento poderá ser feita por outros meios.

Em sentido parecido advoga Rotsch, quando afirma que, do ponto de vista da empresa, não parece seriamente contestado que o cumprimento não tem apenas uma função preventiva¹²⁷. O fato de ter sido cometida uma infração penal em uma empresa, apesar das medidas de

¹²¹ MENDES, Paulo de Sousa. Regulação Responsiva, Autorregulação regulada e responsabilidade empresarial. In: MENDES, Paulo de Sousa *et al.* (org.). **Estudos sobre law enforcement, compliance e responsabilidade empresarial**, Coimbra: Almedina, 2023, pp. 9-52, p. 37.

¹²² BUSATO. *Criminal compliance (...)*, *op. cit.*, p. 99. Posição compartilhada por MENDES. Autorregulação regulada (...) *op. cit.*, p. 37.

¹²³ COCA VILA. *¿Programas de cumplimiento, op. cit.*, p. 62.

¹²⁴ NEIRA PENA, Ana María. La efectividad de los criminal *compliance* programs como objeto de prueba en el proceso penal. In: **Política Criminal**, vol. 11, n.º 22, 2016, pp. 467-520, p. 473.

¹²⁵ NEIRA PENA. *La efectividad de los criminal compliance (...)* *op. cit.*, p. 478.

¹²⁶ NEIRA PENA. *La efectividad de los criminal compliance (...)* *op. cit.*, p. 473.

¹²⁷ ROTSCH. *Compliance und Strafrecht (...)*, *op. cit.*, p. 485.

conformidade existentes, não significa nada quanto à qualidade de um sistema de gestão da conformidade.¹²⁸

Nessa linha, é importante salientar que o plano de prevenção é concebido a partir de uma perspectiva *ex ante*, enquanto, evidentemente, a responsabilidade será determinada a partir de uma perspectiva *ex post*¹²⁹. Assim, sempre haverá incerteza quanto à eficácia do programa para prevenir aqueles riscos que, por fim, materializaram-se em um resultado prejudicial e, conseqüentemente, quanto à eficácia do modelo para isentar a entidade de responsabilidade penal. Contudo, um adequado programa de *compliance* sempre terá maior chance de sucesso ao alcance de uma prevenção real¹³⁰.

Nada obstante, uma forma de constatar a idoneidade de um programa é a diligência permanente da empresa em verificar os padrões de atuação, e arquivando suas reações imediatas, assim que verificada uma irregularidade, com aplicação de punições proporcionais, de modo a comprovar que os instrumentos de prevenção e detecção de delitos do programa estavam em vigor e funcionavam adequadamente quando o ilícito foi cometido¹³¹.

Diante desse panorama, observa-se que o *compliance* criminal se fundamenta na concepção de um Direito Penal com olhar voltado para o futuro. Em vez de se concentrar estritamente no passado, ele prioriza a prevenção através de controles internos. E é essa proatividade que visa impedir a concretização de irregularidades econômicas¹³².

Além do Direito estadunidense, é possível encontrar alguma baliza em outros ordenamentos jurídicos, como o caso da Alemanha, que em que pese não contar com uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas, utiliza dos programas como atenuante de punição administrativa. É tido como bons olhos, o fato de a empresa ser proativa na atenuação dos danos causados pela conduta ilícita praticada¹³³. Um dos requisitos é que a companhia tenha adotado imediatamente todos os esforços para identificar a prática errada e prevenir que não ocorra novamente no futuro.

¹²⁸ ROTSCHE. *Compliance und Strafrecht (...)*, op. cit., p. 485.

¹²⁹ SEIN, José Luis Goñi. Programas de cumplimiento empresarial ("compliance programs"): aspectos laborales. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos (coord.); VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente; MIR PUIG Santiago (dir.), **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. 2014. pp. 367-420, pp. 374-375.

¹³⁰ SCANDELARI. *Compliance e prevenção (...)*, op. cit., p. 106.

¹³¹ NEIRA PENA. *La efectividad de los criminal compliance (...)* op. cit., p. 499.

¹³² FELICIO, Guilherme Lopes. **Criminal compliance como mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018, p. 121. Nesse mesmo sentido: BENEDETTI, **Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 87.

¹³³ ALEMANHA. BGH. 1 StR 265/16, 09/05/2017, (457).

Ao especificar sobre a lei italiana, Bacigalupo Zapter discorre que os programas devem: (a) permitir individualizar a atividade na qual podem ser cometidos os crimes; (b) prever protocolos específicos voltados para programar a formação e a tomada de decisões da entidade em relação aos crimes a prevenir; (c) individualizar o modo de gestão dos recursos financeiros adequados para impedir a prática de crimes; (d) prever obrigações de informação em relação ao organismo competente para supervisionar o funcionamento e o cumprimento dos modelos; e (e) introduzir um sistema disciplinar adequado para sancionar a falta de respeito pelas medidas indicadas no modelo¹³⁴. Esses modelos de organização podem ser adotados com base em códigos de conduta elaborados por associações representativas das entidades, que garantam as exigências apontadas, comunicados ao Ministério da Justiça, que, de acordo com os Ministérios competentes, poderá fazer observações sobre a adequação dos modelos para prevenir os crimes.

Nieto Martín indica que uma presunção *iuris tantum* a favor da eficácia do modelo poderia ser estabelecida a partir dos padrões provenientes de investigações privadas¹³⁵. Essa afirmação é feita ao mesmo tempo que faz uma crítica à legislação espanhola, que deixou lacuna com espaço grande de interpretação para se entender o que seria um sistema eficaz de *compliance*, e que teria sido mais proveitoso se utilizar das experiências internacionais, como EUA, Itália, Chile, Austrália, Reino Unido¹³⁶.

Por essas razões, a implantação desse modelo envolve reformulação na maneira como a organização opera, alinhando-se ao programa em questão. Isso demanda, por um lado, a instauração de estruturas organizacionais pertinentes, como a nomeação de um indivíduo responsável pela prevenção, estabelecendo canais de comunicação interna robustos e assegurando meios de comunicação confiáveis e acessíveis para os colaboradores. Em contrapartida, torna-se indispensável moldar o comportamento dos integrantes da organização ao programa. Para essa finalidade, são cruciais a implementação de sistemas de sanções e incentivos, bem como ferramentas que promovam a informação e capacitação tanto dos trabalhadores quanto dos gestores.

Alguns padrões de efetividade podem ser encontrados em organizações não governamentais, como a ISO 19.600-2014, que trata de um padrão global para o gerenciamento de programas de *compliance*. Esse padrão foi utilizado em território nacional para elaboração do Decreto 11.129/2022, que regulamenta a Lei Anticorrupção. No ano de 2015, a

¹³⁴ BACIGALUPO ZAPTER. *Responsabilidad penal (...) op. cit.*

¹³⁵ NIETO MARTÍN. *Problemas fundamentales (...), op. cit.*, p. 179.

¹³⁶ NIETO MARTIN. *Problemas fundamentales (...), op. cit.*, p. 177.

Controladoria Geral da União publicou as Portarias n.º 909 e n.º 910, as quais oferecem diretrizes sobre a constituição, o funcionamento e a eficácia de um programa de *compliance*, além de estabelecer critérios para sua avaliação. Entre eles, destaca-se a elaboração de um código de ética, que se aplica de maneira uniforme a empregados, gestores e terceiros (como prestadores de serviços), também se destaca a realização de análises de riscos em intervalos regulares, a presença de canais eficientes para denúncias e a garantia de medidas disciplinares rigorosas em caso de desrespeito ao programa são outros aspectos cruciais¹³⁷.

Fato é que os padrões de cumprimento devem ter efeito preventivo e repressivo, na medida em que, se o programa já existe antes do cometimento do delito, funciona de forma preventiva (ainda que não consiga dar conta da totalidade das transgressões). Se é implementado de forma posterior a uma prática ilícita, funciona como repressão, de modo que a empresa, quando o fez de forma efetiva e com boa vontade, pode receber uma benesse legal, como redução de multas¹³⁸.

1.3. EFEITOS DO *COMPLIANCE* NA RESPONSABILIDADE DOS INVESTIGADOS

O que se buscou demonstrar até o presente momento foi que os programas de prevenção de ilícitos são essenciais na configuração empresarial contemporânea, visto o poder econômico que exercem as empresas diante de bens jurídicos individuais e transindividuais. Os objetivos do programa vão desde a verdadeira mudança na cultura empresarial, até a constatação de que, se eficaz e legítimos, podem conduzir a uma benesse processual, seja no âmbito penal ou administrativa. Esse último tema será objeto de estudo neste capítulo.

Afinal de contas, por que se oferecem esses incentivos? Trata-se verdadeiramente de incentivos, ou critérios de dogmática penal na análise conceitual de crimes praticados por pessoas jurídicas?

Os programas de prevenção de ilícitos, dentre outras funções, servem tanto para a dosagem na pena (*sentencing*) quanto para reconhecer haver ou não imputação penal a pessoas jurídicas¹³⁹. Sobre o primeiro aspecto, a integridade pode ser considerada uma das linhas direcionais nas decisões sancionatórias, tanto para entidades corporativas quanto para

¹³⁷ TAVARES. *Riscos criminais (...)*, op. cit., p. 15.

¹³⁸ ROTSCH. *Compliance und Strafrecht (...)*, op. cit., p. 485.

¹³⁹ ZACLIS, Daniel. **Investigação Interna Corporativa: Reflexos no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 53.

indivíduos que respondem ao processo penal. Em determinadas circunstâncias, uma disposição ou um aspecto do programa pode fundamentar não apenas uma atenuação da penalidade, mas também um eventual acréscimo.

Atualmente, um programa genuinamente voltado à prevenção de desvios pode ser visto como fator atenuante na penalização, caso seja demonstrado que sua essência visa efetivamente coibir irregularidades. Por outro lado, se o programa for percebido como mera cortina de fumaça ou aparentar indiferença perante transgressões, certamente poderá ser evocado pelo magistrado como fundamento para exasperar a penalidade.

No domínio teórico, essas repercussões estão alinhadas ao anseio por justiça, pois o trabalho legislativo deve incessantemente dialogar com ferramentas voltadas à realização dos objetivos societários da norma¹⁴⁰. Empresas, sem dúvida, são pilares cruciais para o progresso social, dada sua capacidade em gerar emprego, prover bens e serviços, e contribuir para o avanço tecnológico e melhoria da qualidade de vida¹⁴¹. Assim, recompensá-las com reduções de penas quando suas condutas estiverem alinhadas aos objetivos de prevenção de ilícitos é adequado, na medida em que sua punição, em verdade, ocorre sob a justificativa de uma ausência de fiscalização e controle e não, logicamente, de uma atuação comissiva. Do mesmo modo, é salutar punir com maior rigor as empresas e pessoas que estavam comprometidas com a fraude às normas internas de prevenção¹⁴².

No contexto de busca por uma racionalidade de punição, a justiça negociada surge como instrumento apto a combinar um sistema punitivo centralizado na restituição; nas multas, e exigência à implantação de um sistema de *compliance* das empresas¹⁴³.

Considera-se que os programas de *compliance* são instrumentos de assistência, quando o que está em pauta é a investigação de ilícitos, ou mesmo de prevenção, de tal modo que, sendo de interesse público, é normal que haja incentivos normativos à implementação. Almejando a realização plena dos propósitos da sanção, seja em sua vertente restaurativa, neutralizadora, conservadora ou reintegradora, a prevenção emerge como instrumento multifacetado no

¹⁴⁰ CARUNCHO, Alexey Choi; ATET, Felipe. Sanção pecuniária na responsabilidade penal da pessoa jurídica: a eficácia como premissa. In: BUSATO, Paulo Cesar (org. coord) GRECO, Luís (coord.), **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas Anais do III Seminário Brasil- Alemanha**, vol. 2, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 65-96, p. 75.

¹⁴¹ SCANDELARI, Gustavo Britta; FLEISCHFRESSER, Leonardo. *Compliance* e direito penal brasileiro: algumas interseções. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (org.), **Comentários às Leis Penais e Processuais Penais**, 3.ª ed, Curitiba: Juruá, 2023, pp. 1562-1579.

¹⁴² SCANDELARI; FLEISCHFRESSER, *Compliance* e direito penal (...), *op. cit.*, p. 1574.

¹⁴³ GOMES, Marlos Corrêa da Costa. Acordos de não persecução penal por infrações econômicas: análise do modelo consensual dos Estados Unidos. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.), **Estudos de Compliance Criminal**, Editora Fi: Porto Alegre, pp 49-75, p. 49.

contexto punitivo. Assim, vislumbra-se diálogo construtivo entre Estado e setor corporativo, visando aprimorar instrumentos de *compliance* e reparações.

Sob essa perspectiva, de uma estratégia calcada em incentivos e reprimendas, pode-se cogitar a criação de um aparato dialógico entre as entidades administrativas públicas e as corporações, visando adoção de programas robustos de conformidade normativa e elevação dos padrões éticos do cenário mercantil nacional¹⁴⁴.

No arcabouço jurídico-penal dos Estados Unidos da América, sob a égide da FCPA, estabelece-se a prerrogativa de imputar criminalmente às corporações cotadas nas bolsas de valores estadunidenses (denominados "emissores") ou àquelas que têm o cerne de suas operações em solo americano, por transgressões corruptivas envolvendo servidores públicos de nações alheias¹⁴⁵. A novel legislação propiciou reconfiguração não somente no prisma ético acerca da prática de corrupção, como também elucidou que essa conduta engendrava circunstância de desequilíbrio e iniquidade no cenário mercadológico¹⁴⁶.

Essa visão se intensificou com as *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* em 1991, fortalecendo o conceito de uma "entidade corporativa cumpridora da lei". Em 2016, a *United States Sentencing Commission* (USSG) promulgou novas diretrizes, elucidando critérios e orientações para a sentença de entidades e indivíduos. Os objetivos mais notórios do guia é refletir a gravidade do crime, fortalecendo o respeito pelos marcos legais com a imposição de retribuição justa; criar fatores de desestímulo de práticas ilícitas ao mesmo tempo que incentiva a construção de uma cultura dedicada ao respeito normativo, quando confere margem de manobra para sentenças personalizadas, considerando fatores atenuantes não encapsulados nas normas gerais de sentença; ao mesmo tempo que promove o réu com a educação necessária, habilidades vocacionais, assistência médica ou outras medidas de reabilitação de forma otimizada¹⁴⁷.

Uma empresa sujeita às Diretrizes de Sentença Organizacional inicia submetida a uma multa baseada na ofensa cometida, contudo, o montante pode ser reduzido em até 95% se a

¹⁴⁴ CASTRO, Armando Cesar Marques de. Justiça consensual e *compliance* anticorrupção. In: **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, vol. 13, mar-2023, pp. 1.1-1.9, p.1.7. Revista Online. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/222574350/v20230013/page/RR-1.7>.

¹⁴⁵ GARCÍA CAVERO. *Las políticas anticorrupción (...)*, op. cit., p. 221.

¹⁴⁶ GARCÍA CAVERO, *Las políticas anticorrupción (...)*, op. cit., p. 222.

¹⁴⁷ MAURER, Ronald J. Federal Sentencing Guidelines for Organizations: How Do They Work and What Are They Supposed to Do. In: **University of Dayton Law Review**, vol. 18, n.º 3, 1993, pp. 799-834, pp. 821-822.

empresa possuía efetivo programa de conformidade em operação anterior à ocorrência da ofensa¹⁴⁸, isso denota olhar voltado ao juízo de proporcionalidade em sentido amplo.

Há evidente caráter educativo por meio de sanções, de modo que, nas palavras de Capanema: “o quadro de insegurança é muito maior para aquelas que não definem rígidos padrões de conduta e que ignoram seu papel de orientar, controlar e, eventualmente, punir os atos de seus funcionários”¹⁴⁹.

A forma dessa cooperação é que evidencia, claro, maior discussão. Como mencionado no subcapítulo 1.1.1. deste trabalho, as agências de controle norte-americanas divergem em como mensurar o grau de comprometimento da empresa.

A magnitude da cooperação é tão preponderante que o Memorando Holder¹⁵⁰ postula que a inclinação da entidade empresarial em participar de forma proativa das investigações pode constituir-se como fatores determinantes, ao ponderar sobre a procedência ou não de uma denúncia, facultando, inclusive, fundamentos para concessão de imunidades ou anistias¹⁵¹. O aludido documento, em seu escopo, estipulava como *conditio sine qua non* para a contemplação de vantagens a integral disponibilização, aos acusadores, das informações auferidas, mediante a investigação interna¹⁵², prescrevendo, ademais, a ruptura do privilégio advogado-cliente¹⁵³.

Em 2003, à luz dos escândalos de corrupção que envolviam as corporações Enron e WorldCom, emergiu o Memorando Thompson, que revisitava e reformulava o preexistente Memorando Holder. Esta novíssima incursão documental, que norteava a atuação das entidades acusatórias, acirrou os critérios para concessão de benefícios e acentuou, com vigor redobrado, a afronta às prerrogativas inerentes ao trabalho dos advogados. Foi nesse memorando que a apreciação meticulosa dos programas de *compliance*, enquanto elemento intrínseco ao diálogo negocial, consolida-se, inquestionavelmente, como critério axiológico para o escrutínio das instâncias autoritárias. O critério, quando alinhado à colaboração proativa das corporações, possui o potencial de “premiar” condutas empresariais virtuosas e íntegras¹⁵⁴.

¹⁴⁸ MENDES. *Responsive regulation (...)*, *op. cit.*, p. 292.

¹⁴⁹ CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei n. 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (coord.), **Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, pp. 13-28, p. 21.

¹⁵⁰ Nome atribuído ao Procurador Geral Eric Holder Jr que intitulou o documento “trazendo as denúncias criminais contra corporações” (em tradução livre).

¹⁵¹ ROMANO, *et al.*, *The Evolution (...)*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁵² ROMANO, *et al.* *The Evolution (...)*, *op. cit.*, p. 3..

¹⁵³ ROMANO, *et al.* *The Evolution (...)*, *op. cit.*, p. 3..

¹⁵⁴ GOMES. Acordos de não persecução penal (...), *op. cit.*, p. 60.

Todavia, ainda que o referido documento tenha sido propalado com o propósito primordial de delinear os parâmetros norteadores para a ação das autoridades competentes, o alegado estímulo à elucidação probatória, à condução de escrutínios internos corporativos e à colaboração incondicional das entidades empresariais, inadvertidamente, fomentou um cenário propício à consumação de numerosas transgressões de direitos individuais, no âmbito das modernas técnicas investigativas¹⁵⁵.

Para se ter uma ideia, o episódio envolvendo a KPMG se tornou um marco definidor na limitação e exigência das “técnicas de cooperação”. Quando se constataram práticas de corrupção envolvendo a empresa, alguns dos colaboradores e sócios de alta patente, reivindicaram o direito de ser representados por advogados. Acontece que a decisão não foi voluntária, quando se identificou que membros do DOJ haviam pressionado a KPMG a abdicar dessa prerrogativa constitucional. A motivação foi a exigência para que, somente assim, seria possibilitada a oferta de acordos em matéria penal. Diante da constatação, o Poder Judiciário de Nova Iorque¹⁵⁶ ponderou que a cláusula do Memorando Thompson, que insta às corporações à renúncia de direitos constitucionais, seria ilegal.

Esses instrumentos normativos voltados ao enfrentamento da criminalidade empresarial organizada passaram por sucessivas revisões nos EUA. Em 2006, o Memorando McNulty promoveu abordagem menos intransigente em relação aos advogados¹⁵⁷. Concomitantemente, os "Filip Factors" reavaliaram o documento, orientando os promotores que a não ruptura do privilégio advogado-cliente não deve ser interpretada como recalcitrância corporativa em cooperar.

Na sequência, em setembro de 2015, consolidou-se documento voltado com maior ênfase à responsabilização de indivíduos. O Memorando Yates alçou como norte a imputação cabal de responsabilidade criminal a indivíduos, sejam eles dirigentes ou colaboradores, que tivessem a atuação relacionada aos delitos perpetrados em nome ou nas dependências da empresa. Resguardava-se, contudo, a percepção de que, para considerar autêntica e efetiva a cooperação empresarial, tornava-se imperativo discernir acerca da extensão das revelações efetuadas pela corporação, sobretudo aquelas que pudessem implicar na responsabilização direta de tais indivíduos¹⁵⁸. Adicionalmente, esse *memorandum* não se restringiu unicamente

¹⁵⁵ GOMES. Acordos de não persecução penal (...), *op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁶ EUA. *U.S. v. Stein*, 435 F. Supp. 2d 330 (S.D.N.Y. 2006).

¹⁵⁷ ROMANO. *et al.*, *The Evolution* (...), *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁸ ROMANO. *et al.*, *The Evolution* (...), *op. cit.*, p. 3.

ao espectro criminal, mas se estendeu também ao âmbito cível, muitas vezes, tramitando concomitantemente aos processos penais, possuindo a capacidade de reconfigurar substancialmente a maneira pela qual essas questões são dirimidas¹⁵⁹.

No aludido memorando, há seis passos¹⁶⁰ a serem seguidos pelos investigadores e investigados, com condições específicas de concessão de crédito civil e criminal, com a cooperação. Uma dessas condições é a imposição aos advogados investigadores que elaborem um plano de atuação que vá tanto no sentido de responsabilizar a pessoa jurídica, como indivíduos que participaram dos eventos; e todas as informações obtidas com as investigações devem obrigatoriamente ser compartilhadas com a acusação, sob pena de não receber qualquer benefício.

A alteração mais significativa no novo Memorando Yates estipula que, para ser elegível a qualquer crédito por cooperação, a empresa deve identificar todos os indivíduos envolvidos ou responsáveis pela má conduta em questão. Entretanto, é perceptível a crítica feita no sentido de que o memorando é notoriamente draconiano e em pouco melhora a situação trazida pelos antecessores¹⁶¹.

Por fim, em 2016, a divisão criminal do departamento de justiça norte-americano anunciou o programa piloto para investigações corporativas, mais focado na manifestação voluntária da empresa em cooperar e na atuação direta para corrigir os erros do passado¹⁶². Os requisitos estipulados pela *Corporate Enforcement Policy* para reconhecer uma cooperação da empresa seriam¹⁶³: (i) divulgação tempestiva de todos os fatos relevantes sobre a transgressão ocorrida, incluindo todos os fatos relevantes sobre todos os indivíduos envolvidos ou

¹⁵⁹ CHUNG, Daniel P. **Individual Accountability for Corporate Wrongdoing**, set-2015. Acesso em 03 abr de 2023. Disponível em <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/09/21/individual-accountability-for-corporate-wrongdoing/>.

¹⁶⁰ *The guidance in this memo reflects six key steps to strengthen our pursuit of individual corporate wrongdoing, some of which reflect policy shifts and each of which is described in greater detail below: (1) in order to qualify for any cooperation credit, corporations must provide to the Department all relevant facts relating to the individuals responsible for the misconduct; (2) criminal and civil corporate investigations should focus on individuals from the inception of the investigation; (3) criminal and civil attorneys handling corporate investigations should be in routine communication with one another; (4) absent extraordinary circumstances or approved departmental policy, the Department will not release culpable individuals from civil or criminal liability when resolving a matter with a corporation; (5) Department attorneys should not resolve matters with a corporation without a clear plan to resolve related individual cases, and should memorialize any declinations as to individuals in such cases; and (6) civil attorneys should consistently focus on individuals as well as the company and evaluate whether to bring suit against an individual based on considerations beyond that individual's ability to pay.*

¹⁶¹ CHUNG. *Individual Accountability (...)* op. cit.

¹⁶² ROMANO, et al., *The Evolution (...)*, op. cit., p. 4.

¹⁶³ ROMANO, et al., *The Evolution (...)*, op. cit., p. 4..

responsáveis pela violação da lei; (ii) postura ativa da empresa na elucidação dos fatos; (iii) apresentação voluntária de todos os documentos obtidos com a investigação interna; (iv) a realização de tomada de depoimento das testemunhas dentro dos padrões legais¹⁶⁴; (v) facilitação na oitiva de todas as testemunhas necessárias e requeridas pelas autoridades.

Os poderes outorgados aos integrantes do DOJ, amplamente caracterizados pela discricionariedade, desenham panorama em que os representantes do poder executivo assumem papel regulatório. Estes poderes abrangem, entre outras prerrogativas, a negociação de acordos de não persecução (muitos dos quais se configuram como extrajudiciais, como os NPA's), e a imposição de sanções pecuniárias e determinações de ações específicas, muitas vezes desprovidas de amparo jurídico específico. Uma sugestão solucionista para esse cenário seria direcionar ao judiciário a competência de avaliar o atendimento ao interesse público¹⁶⁵.

Mesmo diante de direitos e garantias conferidos pelo Direito penal, inúmeras corporações optam por orquestrar acordos de resolução, preferencialmente fora do âmbito judicial. Essa inclinação decorre de variados elementos, como os custos exorbitantes associados ao exercício pleno do direito de defesa em instâncias judiciais, as consequências gravosas de uma eventual condenação — que poderiam culminar na sentença de morte da corporação —, bem como os riscos reputacionais intrínsecos ao desenrolar de um litígio em juízo¹⁶⁶. É comum nos EUA dois tipos de acordo. O de não persecução (NPA), ou acordo de persecução diferido (DPA)¹⁶⁷.

De fato, parte expressiva das averiguações e atuações penais em virtude de transgressões à FCPA culminam em NPA ou DPA, que acabam por estipular o dever de instauração desses programas, bem como a submissão ao respectivo monitoramento¹⁶⁸.

Seja como for, mesmo na seara judicial, por meio de sentenças, a existência de um programa de prevenção de ilícitos efetivo é causa determinante na dosagem das penas. Se o programa existir antes do cometimento dos fatos ilícitos, e se mostrar idôneo, abrir-se-á um caminho para isenção de responsabilidade. A implementação posterior justifica o abrandamento da sanção.

¹⁶⁴ Aqui com uma observação aos avisos legais exigidos na lei americana, como o Miranda Corporate Warning e *upjohn warning conforme será objeto de estudo adiante*.

¹⁶⁵ GARRETT, Brandon. **Too big to jail: How prosecutors compromise with corporations**. Harvard University Press, 2014, pp. 282-283.

¹⁶⁶ GOMES. Acordos de não persecução penal (...), *op. cit.*, p. 66.

¹⁶⁷ ENGELHART, *The Nature (...)*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁸ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

Normativas estrangeiras seguem modelos parecidos. No Código Penal espanhol, caso os requisitos próprios de imputação ou mesmo de isenção de pena (art. 31 *bis*, item 2 do Código Penal Espanhol) não se façam presentes, a existência de um programa de prevenção poderá servir de base à atenuação da pena. Caso o programa seja efetivado posteriormente ao fato criminoso, ainda a pena poderá ser reduzida, caso o programa adote “*medidas eficazes para prevenir e descobrir crimes futuros*”. O mesmo ocorre na Itália, conforme o Decreto Legislativo 231/10. Na Argentina, conforme a Lei 27.401/17, no artigo 8º, quando a infração ocorre devido à desobediência das diretrizes e dos procedimentos estabelecidos internamente, infere-se que a existência de um plano de prevenção pode agravar a punição do infrator, por não seguir tais diretrizes. Tanto a Colômbia, com a Lei 1.778/2016, quanto o Peru, pelo Decreto Legislativo 1.352/17, têm regulamentações parecidas.

No Brasil, legislações como a Lei Anticorrupção (12.846/2013) e a Lei Geral de Proteção de Dados (13.709/2018) ressaltam a relevância de mecanismos internos de integridade nas determinações sancionatórias. Embora a dosimetria penal seja prerrogativa judicial, é imperativo que o magistrado esteja a par das peculiaridades empresariais em contextos de delitos corporativos, já que cada entidade possui sua própria singularidade intrínseca¹⁶⁹. Deste modo, o programa de integridade assistirá na ponderação da sanção mais adequada ao caso em apreço.

Essa proposta constitui contraponto ao paradigma convencional de combate à criminalidade organizada, que se revelou insatisfatoriamente eficaz na prevenção de fraudes e prejuízos ao erário¹⁷⁰. A ideia subjacente é encontrar harmonia entre o imperativo punitivo — que engloba a reabilitação por meio de reformulações estruturais corporativas —, a reparação dos danos perpetrados e a preservação da continuidade da atividade econômica¹⁷¹.

Nessa perspectiva, ao estruturar um sistema de responsabilidade para a pessoa jurídica, o *compliance* assume papel que transcende ao simples aspecto da quantificação da pena, tornando-se ferramenta poderosa de prevenção (*ex ante*) apto a evitar, de forma justa, a

¹⁶⁹ LUZ, Yuri Corrêa da. O combate a corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 18, n.º 89, pp. 429-470, 2011, pp. 431-432.

¹⁷⁰ MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n.º 3, pp. 1175-1208, set.-dez. 2020, p. 1178.

¹⁷¹ GOMES, Acordos de não persecução penal (...), *op. cit.*, p. 52.

responsabilização penal da empresa¹⁷². E a recompensa pela existência de normas de cumprimento deve ser não apenas com o fim de proteger bens jurídicos, como é a ideia do direito penal clássico, mas que tenha enfoque também na estabilidade da norma, como prevenção geral positiva¹⁷³.

Nesse cenário, os programas de integridade poderiam se assimilar às demais práticas de justiça negociada como vetor impulsionador para harmonização entre as funções repressivas e preventivas dos direitos penal e administrativo sancionatório¹⁷⁴. Fundamentado nesses postulados, o direito sancionador na era do *compliance*, deve orientar-se à imputação individual, ao passo que fomenta uma medida de responsabilização da entidade coletiva, mormente sob o prisma preventivo, assegurando, contudo, a tutela das potencialidades econômicas da corporação¹⁷⁵.

Inevitavelmente será preciso abordar, ainda que *an passant*, os modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica para se compreender os efeitos secundários que os programas de prevenção de ilícitos surtem, sem pretensão de exaurir ou emitir opinião valorativa sobre o tópico.

1.3.1. Problema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas

No item 1.3 deste trabalho, abordaram-se os programas de prevenção de ilícitos que podem ter consequências legais tanto para dimensionar a penalidade a ser aplicada a uma empresa, quanto para definir a própria imputação penal. Esse último ponto será tratado neste subcapítulo.

Se é verdade que os programas são, dentre outras coisas, instrumentos de auxílio ao Poder Público no combate à criminalidade econômica, a efetividade deles, no campo penal, receberia peso favorável quanto mais responsabilidade criminal pudesse ser imposta a esses entes¹⁷⁶.

¹⁷² BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o criminal *compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.), **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance, e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 26-33.

¹⁷³ BUSATO. criminalidade organizada (...), *op. cit.*, p. 100.

¹⁷⁴ CASTRO. Justiça consensual (...), *op. cit.*, p. 1.7.

¹⁷⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance* e direito penal na era pós-lava jato. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 106, n.º 979, 2017, pp. 31-52, p. 39.

¹⁷⁶ ZACLIS, Investigação Interna Corporativa (...), *op. cit.*, p. 53.

O escopo deste capítulo consiste em uma revisão acerca dos modelos dogmáticos de imputação penal a entidades jurídicas, conforme concebidos nos Estados Unidos da América, na Espanha e em Portugal, fazendo alguns comentários sobre o tratamento dado na Inglaterra e no Canadá, por sistema um pouco diferenciado, e à Alemanha, que não pune criminalmente as empresas. A eleição desses ordenamentos jurídicos se deve à relevância e ao vanguardismo. Enquanto se pode afirmar que o sistema de *common law* representou o advento desta imputação penal a entes coletivos, a seleção dos países do continente europeu se justifica pela afinidade com os estudos realizados em território brasileiro.

Conforme se estudou no primeiro capítulo deste trabalho, as empresas são, hoje, a principal fonte de ilícitos criminais que afetam bens jurídicos coletivos. Urbina Gimeno identifica que, ao passo em que se inclui a atividade empresarial como potencial de risco, e confere a ela direitos e garantias semelhantes aos do cidadão individual, é igualmente necessária a imposição de maiores deveres¹⁷⁷.

A resposta criminal a isso, porém, necessita de revisitação sobre o sistema jurídico de imputação¹⁷⁸ que até hoje foi pensado apenas no indivíduo, com critério como culpabilidade e responsabilidade subjetiva¹⁷⁹. Esse silogismo exige aprofundamento de teorias aptas a permitir, constitucionalmente, uma solução ao problema. Importante será, então, apresentar os modelos de imputação que ostentam maior relevância para conferir efetividade operacional à responsabilização penal da entidade jurídica.

O primeiro modelo a ser estudado é o de heterorresponsabilidade, também chamado de responsabilidade *vicarial*, em que se pune a empresa pelo crime praticado pelo funcionário, cuja origem remonta a ideia de *respondeat superior* do Direito Civil¹⁸⁰. O ponto central seria

¹⁷⁷ No original: “La progresiva constitucionalización de los derechos de las empresas em el ordenamiento jurídico estadounidense ha traído consigo un mayor énfasis em sus obligaciones, por el sencillo argumento de que si son ciudadanas para los derechos, también han de serlo para los deberes.” (URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: the american way. In: SANTIAGO, Mir Puig (*et. al.*), **Responsabilidad de la empresa y compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal**. 1ª ed, Madrid: Edisofer., 2014, pp. 33-88, pp.48-49).

¹⁷⁸ Sobre o tema: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: Teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015; e SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. In: **Boletim IBCCRIM**, n.º 65. São Paulo: IBCCRIM, abril 1998.

¹⁷⁹ BUSATO, Paulo Cesar; PRAZERES, Ângela dos. Heterorresponsabilidade e Autorresponsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. Especial Referência ao Fato Conexão. In: BUSATO, Paulo Cesar (org. coord) GRECO, Luís (coord.), **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas Anais do III Seminário Brasil- Alemanha**, vol. 2, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 9-34, pp. 0-11.

¹⁸⁰ BUSATO; PRAZERES. Heterorresponsabilidade e Autorresponsabilidade (...), *op. cit.*, p. 11.

o depósito de confiança que se exige entre a entidade e os subordinados que agirão em seu nome¹⁸¹.

Até o início do século XIX, a responsabilidade penal das *universitas*¹⁸² tinha reconhecimento no direito europeu¹⁸³. No início do mencionado século, as cortes inglesas passaram a questionar a possibilidade de empresas serem responsabilizadas criminalmente, mesmo na ideia de *respondeat superior*¹⁸⁴, utilizando-se da célebre frase do Chefe de Justiça Inglês, Lord Holt, de 1701: “*corporation is not indictable but the particular members of it are.*”¹⁸⁵. Entretanto, em 1850, duas decisões judiciais¹⁸⁶ iniciaram um debate, ainda sem uma justificativa plausível, de que corporações poderiam ser responsabilizadas criminalmente, quando houvesse omissão ao cumprimento de ordens judiciais. A dúvida era se o termo “*person*”¹⁸⁷ existente em determinadas legislações que previam responsabilidade criminal para atos, p.ex., como envenenamento por produtos químicos, podia ser interpretado, também, em relação às pessoas jurídicas.

O questionamento ainda não teria sido suficiente para pacificar a matéria, menos ainda levou, em um período longo que se seguiu, a definição teórica segura sobre como e porque se punir empresas. Os juízes se mantinham resilientes, acrescentando que empresa “não tem alma” e, portanto, não poderiam ter a “intenção perversa efetiva” exigida por certos crimes¹⁸⁸.

¹⁸¹ BUSATO; PRAZERES. Heterorresponsabilidade e Autorresponsabilidade (...), *op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁸² De acordo com Ernani Guarita Cartaxo: “A *universitas*, como locução destinada a difundir-se, caracteriza o sentido exato das individualidades corporativas, tanto de direito público, como de direito privado, para designar a unidade patrimonial das comunidades e associações. O município e a República alcançam uma significação jurídica, que os individualiza em face dos seus membros componentes: a representação de um ou de outro não se confunde com a representação de cada indivíduo, em separado, do grupo comunal. Considerados “um e outro” como *universitas*, são equiparados às *universitates*; em geral, as *universitates* são corporações, associações ou sociedades de pessoas, que, por efeito do direito, adquirem personalidade jurídica e capacidade de adquirir direitos e obrigações.” (CARTAXO, Ernani Guarita. Evolução da Teoria da “Universitas”. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, vol. 2, 1954, pp. 44-68, p. 66, consult em 28 de out 2023. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/6279/4488>.)

¹⁸³ MARINUCCI, Giorgio *apud* CONSENTINO, Luís Claudio Senna. Responsabilidade penal da empresa: a culpabilidade e os programas de *compliance*, in: **Revista Brasileira de Direito Penal Econômico**, vol. 4, 2023, pp. 87-112, p. 94.

¹⁸⁴ BRICKEY, Kathleen F. Corporate criminal accountability: A brief history and an observation. In: **Washington University Law Quarterly**, vol. 60, n.º 2, 1982, pp. 393-424, p. 417.

¹⁸⁵ citado por LEE, Frederic P. Corporate Crime Liability. In: **Columbia Law Review**, vol. 28, n.º 1, 1928, pp. 1-28, p. 4.

¹⁸⁶ UK. *Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge*, 68 Mass. 339, 1854 (citado por BRICKEY. *Corporate Criminal accountability (...)*, *op. cit.*, p. 409); e UK. *State v. Morris & Essex R.R.*, 23 N.J.L. 360, 1852 (citado por LEE. *Corporate Crime (...)*, *op. cit.*, p. 7).

¹⁸⁷ UK. House of Lords, *The Pharmaceutical Society v. The London and Provincial Supplu Association Ltd* (1880) 5 AppCas 857, HL(E). No caso, o Tribunal fez a análise da *Amendment of the Law of Poison*. Essa citação utilizou as considerações feitas por GLEN, Randoplh A. Legal Notes. In: **Journal of the Royal Institute of Public Health**, vol. 17, n.º 3, 1909, pp. 188-191. Acesso em 28 out 2023. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/45162614>.

¹⁸⁸ UK. *State v. First National Bank*, 1892, 568-571.

O desenvolvimento econômico acelerado que ocorreu no início do século XX marcou a conscientização de que as empresas, frente à atividade e ao poder de influenciar o andamento social, precisava de controles mais rigorosos. E foi com a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, pioneiros no combate ao crime chamado de “colarinho-branco”, que houvera a guinada interpretativa que traçou caminho em direção à punibilidade das empresas. Como mencionado, o ponto marcante nessa forma de responsabilização veio pela via judicial, com a decisão da do caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*¹⁸⁹ que reconheceu a possibilidade de pessoas jurídicas serem passíveis de responsabilidade penal. O tema de fundo buscou saber se o Congresso americano havia agido constitucionalmente quando, ao aprovar a Lei Elkins, previu que os descontos ilegais concedidos por agentes e funcionários de uma transportadora comum podiam ser automaticamente imputados para criar responsabilidade criminal para a própria transportadora.

O Egrégio Tribunal qualificou a matéria em tela como indagação acerca da competência do Congresso em submeter uma pessoa jurídica à sanção penal, exclusivamente em virtude dos atos de seus representantes, e proferiu uma decisão peremptoriamente afirmativa. A decisão foi paradigmática e pautou as decisões das cortes federais que então passaram a reconhecer a teoria da *vicarious liability*, de forma a não diferenciar mais responsabilidades civis de responsabilidades criminais¹⁹⁰.

A fundamentação ocorre pela punição da empresa por atos de qualquer dos funcionários¹⁹¹, idealizada com o objetivo de beneficiar a empresa¹⁹²; quando o ato ilegal tenha ligação com as funções desse funcionário e a empresa tenha se beneficiado diretamente da ação, ainda que parcialmente¹⁹³. A responsabilidade criminal, então, é transferida da pessoa física à pessoa jurídica¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Shaun Martin disse que a decisão foi o começo do fim da imunidade criminal das empresas: Intracorporate conspiracies. In: **Stanford Law Review**, vol. 50, n.º 2, 1998, pp. 399-468, p. 407.

¹⁹⁰ WEISSMANN, Andrew; NEWMAN, David. Rethinking Criminal Corporate Liability. In: **Indiana Law Journal**, vol. 82, n.º 2, 2007, pp. 411-451, p. 422.

¹⁹¹ Interessante apontamento é que o Código Penal Modelo (§ 2.07(1)(c)), desde 1962, limita a responsabilidade vicarial somente aos casos envolvendo condutas praticadas por pessoas de hierarquia alta de gerenciamento, e que tenha ligação com o exercício das suas funções.

¹⁹² GREENBERG, Joshua D.; BROTMAN, Ellen C.. Strict vicarious criminal liability for corporations and corporate executives: stretching the boundaries of criminalization. In: **American Criminal Law Review**, vol. 51, n.º 1, 2014, pp. 79-98, p. 82.

¹⁹³ WEISSMANN; NEWMAN. *Rethinking criminal (...)*, op. cit, p. 422.

¹⁹⁴ BROWN, Lowell. Vicarious criminal liability of corporations for the acts of their employees and agents. In: **Loyola Law Review**, vol. 41, n.º 2, 1995, pp. 279-328, p. 284.

Esse precedente recebe reafirmações da Suprema Corte¹⁹⁵, justificando que ao assim reconhecer há aumento de incentivos para que as empresas controlem e previnam o comportamento ilegal dos trabalhadores.

No âmbito legislativo, com a criação da FCPA, a decisão de penalizar criminalmente as corporações foi tomada para responsabilizar criminalmente as empresas que são listadas em uma bolsa de valores americana (emissores) ou que desenvolvessem as atividades principais nos EUA por atos de corrupção envolvendo funcionários públicos estrangeiros¹⁹⁶. A nova legislação trouxe reformulação não apenas ética sobre a prática de corrupção, como também mostrando que tal comportamento gerava situação desleal sobre o mercado¹⁹⁷.

Há, porém, diversas críticas no sentido de que aludida responsabilidade criminal foi concretizada naquele país sem nenhum embasamento teórico¹⁹⁸. Sem contar que se o pressuposto é compensar o risco da atividade impondo alta responsabilidade à empresa que realiza essa atividade, estar-se-ia diante de uma feição pura de responsabilidade objetiva¹⁹⁹, o que é impensável em Direito penal.

Outras críticas bastante duras que são feitas ao sistema norte-americano é que o sistema adversarial lá adotado confere poderes demais à acusação, relegando pouco ou nenhum controle ao juiz. Isso impõe, ainda, grande desigualdade no efetivo resultado de uma demanda judicial a depender de quem está no polo fraco da relação – falando precisamente do poder aquisitivo do réu²⁰⁰. Isso tem forte peso no sentido das investigações internas, pois, da mesma forma, empresas com alto poder aquisitivo terão maior capacidade de instrumentalizar a apuração

¹⁹⁵ EUA. *United States v. Sun-Diamond Growers of Cal.*, 138, 1998.

¹⁹⁶ GARCÍA CAVERO. *Las políticas anticorrupción (...)*, op. cit., p. 221.

¹⁹⁷ GARCÍA CAVERO. *Las políticas anticorrupción (...)*, op. cit., p. 222.

¹⁹⁸ DISKANT, Edward B. Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure. In: **The Yale Law Journal**, vol. 118, pp. 126-176. Falando sobre o julgamento *Lennard's Carrying Co v Asiatic Petroleum Co.*, [1915] AC 705; FISCHER, Daniel R.; SYKES, Alan O. Corporate crime. In: **The Journal of Legal Studies**, vol. 25, n.º 2, 1996, pp. 319-349, pp. 319-320, os autores aqui descrevem que a criação da responsabilidade da empresa foi a “*The doctrine of corporate criminal liability has developed . . . without any theoretical justification*”.

¹⁹⁹ Nesse sentido GÓMEZ-JARA DÍEZ, acredita que tal teoria dificulta a responsabilização quando não for possível se identificar a pessoa física responsável pela prática delitiva; sem contar que igualmente dificulta a defesa da empresa (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.** Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 65). No mesmo sentido, NIETO MARTÍN, adverte que tal modelo de responsabilidade é uma forma de responsabilidade objetiva (NIETO MARTÍN, Adán. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo.** Madrid: Iustel, 2008. p. 221).

²⁰⁰ DISKANT, *Comparative Corporate Criminal (...)*, op. cit., p. 151.

interna com qualidade e, por consequência, poderão ter maior poder de negociação com os órgãos de persecução penal²⁰¹.

Em contrapartida, a imputação por essa fundamentação teria o propósito precípuo de gerir a árdua tarefa de coletar evidências suficientes para sancionar indivíduos. Deste modo, se uma corporação não é passível de penalização criminal e subsiste uma considerável complexidade em identificar as pessoas responsáveis pelas decisões corporativas, existiria, em última análise, uma impunidade empresarial frente às condutas ilícitas.

Na Inglaterra, a ideia de atribuir responsabilidade criminal da corporação pode se dar por ato praticado por seu superior máximo, o *alter ego* da empresa²⁰², aquilo que se denominou de teoria da identificação²⁰³. No Canadá, a teoria da identificação ia na linha de que o delito deveria ter sido praticado por ordem daquele que exerce um poder de decisão das políticas de direcionamento da corporação²⁰⁴.

A definição canadense sobre a forma de responsabilizar a PJ mudou com a reforma do Código Penal, em 2004. Dito normativo passou a estabelecer três hipóteses de atribuir responsabilidade criminal à corporação. A Teoria da Identificação segue sendo uma delas, mas agora passou a receber ampliação de significado, caracterizando a responsabilidade não apenas quando o mais alto cargo der uma decisão que culmine em um ato criminoso, mas também quando funcionários mais “baixos” o façam, desde que tenham papel importante na instituição²⁰⁵. Ainda, atribuiu função de garantidor a determinados cargos, de forma que a omissão consciente é justificativa de atribuição de responsabilidade criminal²⁰⁶. Diante disso, o sistema canadense acaba por ser um híbrido entre o sistema vicarial tipicamente norte-americano²⁰⁷ de responsabilidade e o de função de direção²⁰⁸.

²⁰¹ Nesse sentido o autor afirma: *The adversarial system, by contrast, puts lawyers front and center, making the trial less a truth-seeking endeavor and more of a contest, one with complex and rigid rules that the most talented contestants and their lawyers can readily manipulate to their side's advantage*. Em tradução livre: o sistema adversarial posiciona os advogados como figuras centrais, transformando o julgamento menos em uma busca pela verdade e mais em uma competição, uma competição com regras complexas e rígidas que os competidores mais talentosos e seus advogados podem facilmente manipular a favor de seu lado.

²⁰² HOFFMAN, Pierre-Christian C; PINSONNAULT, Guy. Attaching Criminal Liability to Organizations for Anti-Competitive Offences: What Can Be Learnt From the Canadian Experience. In: **Journal of European Competition Law & Practice**, vol. 6, n.º 6, 2015, pp. 432-439, p. 434.

²⁰³ HOFFMAN; PINSONNAULT, *Attaching Criminal Liability (...)*, op. cit., p. 432.

²⁰⁴ HOFFMAN; PINSONNAULT, *Attaching Criminal Liability (...)*, op. cit., pp. 432-433.

²⁰⁵ HOFFMAN; PINSONNAULT. *Attaching Criminal Liability (...)*, op. cit., p. 433.

²⁰⁶ HOFFMAN; PINSONNAULT. *Attaching Criminal Liability (...)*, op. cit., p. 433.

²⁰⁷ ROTSCHE. *Criminal Compliance*, op. cit., p. 615.

²⁰⁸ ROTSCHE. *Criminal Compliance*, op. cit., p. 615.

Outro modelo de responsabilidade oposto ao adotado nos Estados Unidos, é o modelo da autorresponsabilidade. É aquilo que Klaus Tiedemann, ainda nos anos de 1980, entendeu por responsabilidade criminal por desorganização, ou defeito na organização empresarial²⁰⁹. Esse defeito significaria que a administração empresarial não cumpriu de forma eficaz as exigências de autorregulação impostas pelo direito administrativo e penal, de modo a evitar a lesão aos bens jurídicos protegidos da atuação empresarial²¹⁰. Adán Nieto defende a responsabilidade penal coletiva fundamentada na autorregulação, ou seja, na forma do sistema penal espanhol, sob justificativa de que a ausência de um sistema efetivo de *compliance* é a base da responsabilidade²¹¹.

O foco da vigilância não seria o comportamento individual errado, mas a organização deficiente da empresa que não considera adequadamente os riscos da atividade e não se prepara de forma satisfatória.

Pune-se penalmente a empresa por uma estrutura organizacional falha²¹². O núcleo da responsabilidade é que a empresa não conta com padrões de conduta e não é virtuosa²¹³. A mensagem passada pelo estado é: se organizem a si e aos membros, para que se dificulte o cometimento de ilícitos e, se houver a organização, não terá responsabilidade ou a terá atenuada²¹⁴.

Lascuraín Sánchez defende que o melhor modelo de imposição de responsabilidade a pessoa jurídica seria o da autorresponsabilidade, ou seja, é o delito da pessoa jurídica por uma ausência de controle efetivo de seus funcionários, por ser esse modelo o de maior utilidade e

²⁰⁹ TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El derecho penal económico en la era *compliance***. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013, pp. 31- 42, p. 39. Também em TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1985, p. 168; TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y empresas en derecho comparado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 3, n.º 11, 1995, pp. 21-35; TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: **Anuário de Derecho Penal**, vol. 96, 1996. Acesso em 23 de abril de 2023. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf.

²¹⁰ NIETO MARTIN. *Responsabilidad social, gobierno (...)* op. cit., p. 14.

²¹¹ NIETO MARTIN. *Responsabilidad social, gobierno (...)* op. cit., p. 14. No mesmo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.), **Autorregulación y sanciones**, Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 197-252, p. 204.

²¹² BUSATO; PRAZERES. Heterorresponsabilidade e Autorresponsabilidade (...), op. cit, p. 15.

²¹³ PAZMIÑO RUIZ. *Compliance y Derecho penal (...)*, op. cit., p. 8.

²¹⁴ PAZMIÑO RUIZ. *Compliance y Derecho penal (...)*, op. cit., p. 8. No original: “Así las cosas, el mensaje penal del Estado ha cambiado a: *organízate empresa para que tus miembros no puedan o se les dificulte cometer delitos en beneficio tuyo. Si te organizas correctamente «cumpliendo con la legalidad», no tendrás responsabilidad penal o se te atenuará la misma*”

mais compatível com os princípios constitucionais, como a culpabilidade, *non bis in idem*, presunção da inocência e responsabilidade subjetiva²¹⁵.

Afinal de contas, o modelo de responsabilidade da pessoa jurídica baseada na ideia de heterorresponsabilidade, ou seja, pune-se a pessoa jurídica por delito praticado pela pessoa física, a empresa não passa a ter interesse em criar um programa de prevenção efetivo, e tenderá a esconder o delito praticado. Sem contar que há isolamento do caso apenas à pessoa física que praticou o delito, e se desprende de toda ideia de desorganização empresarial. Já no modelo de autorresponsabilidade, o *compliance* não serviria apenas para prevenção, como também reação, uma vez que a defesa seria a de existência de um programa virtuoso²¹⁶.

Nesse modelo, a responsabilidade corporativa se traduziria em uma falta de compromisso com o Direito, evidenciada em uma cultura empresarial de não conformidade com as normas vigentes. Essa deficiência na cultura corporativa explicaria o erro organizacional²¹⁷. Segundo Gomez-Jara Diez, os Programas de *Compliance* têm dupla função, eles estabelecem a infração e codeterminam a responsabilidade²¹⁸.

Na Espanha, a reforma promulgada em 2010 do Código Penal introduziu um marco legal inovador ao estabelecer a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Dentro desse escopo, enfatizou-se a necessidade de medidas e programas robustos de prevenção de delitos que possam emergir no contexto das atividades corporativas, servindo esses mecanismos como elementos potenciais para atenuar a responsabilidade penal das entidades corporativas em transgressão.

Nesse diapasão, o estatuto legal estabelece critérios precisos para os modelos de organização e gestão que as corporações devem adotar, com objetivo primordial de prevenir infrações penais, atribuindo, assim, importância indelével no contexto jurídico-penal. A normativa em questão procede com uma análise meticulosa dos modelos de governança

²¹⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Compliance*, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (*Dirs.*), **El Derecho Penal Económico en la era *Compliance***, pp. 118-149, p. 119.

²¹⁶ Nesse sentido também defende GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. **La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Santiago de Chile: ARA Editores, 2017. Porém, em sentido contrário FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?* In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis, NIETO MARTÍN, Adán (*Dir.*), **Autorregulación y sanciones**, A, Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 197-248.

²¹⁷ COCA VILA. *Programas de cumplimiento (...), op. cit.*, p. 64.

²¹⁸ GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español. In: SILVA SANCHEZ (*dir.*), **El nuevo Código penal: Comentarios a la reforma**, Madrid: La Ley. 2012, pp. 43-101.

corporativa, avaliando se, antes da perpetração do delito, foram instauradas e aplicadas medidas de monitoramento e controle, comprovando sua eficácia, não apenas na prevenção de delitos análogos, como também na mitigação substancial dos riscos de sua manifestação.

Silva Sanchez indica que a reforma de 2010 constituiu manifestação do sentimento de insegurança da população, reivindicando resposta legislativa aos casos de delitos sexuais, financeiros e de corrupção²¹⁹. Explica que diante do artigo 31, bis, uma pessoa jurídica pode ser considerada responsável por um delito específico se o ato ilícito for cometido em seu nome, por sua conta, e em seu benefício, por parte de seus administradores, sejam eles gestores de fato ou de direito, ou por indivíduos atuando em representação da empresa²²⁰. No entanto, a atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica ocorre somente se o delito for perpetrado por indivíduos sob sua subordinação e se for demonstrado que não houve exercício de supervisão ou controle adequados sobre esses indivíduos²²¹.

Essa previsão normativa ressalta a imperatividade do exercício de diligência e prudência por parte das entidades corporativas, não apenas no que concerne à conduta dos altos dirigentes e representantes, mas se estendendo de maneira igualmente rigorosa à ação de todos os indivíduos que operam sob a égide da entidade. Assim, enfatiza-se a necessidade premente de estabelecer, implementar e rigorosamente fiscalizar protocolos eficazes de *compliance* e mecanismos de controle interno, visando prevenir a ocorrência de infrações penais e, conseqüentemente, salvaguardar a integridade jurídica e ética da pessoa jurídica.

Ainda o Silva Sanchez, a explicar a forma de estruturação de um modelo espanhol de responsabilidade penal da pessoa jurídica, assinala:

Em todo o caso, parece ter-se chegado à ideia – num amplo setor da doutrina – de que o “defeito organizacional” da pessoa jurídica consiste em não ter estabelecido um sistema de prevenção (um código interno de conduta, um *compliance program*) contrário à obrigação. Pois bem, com base em tudo o que precede, se resulta que um funcionário de uma empresa comete um ato de lavagem e este pode ser atribuído à inexistência ou funcionamento defeituoso do programa de *compliance*, não só o funcionário em questão responderá penalmente. A própria pessoa jurídica também o fará.²²²

²¹⁹ SILVA SANCHÉZ. Expansão do Direito Penal e Lavagem de Capitais, *op. cit.*, p. 1.

²²⁰ SILVA SANCHÉZ. Expansão do Direito Penal e Lavagem de Capitais, *op. cit.*, p. 4.

²²¹ SILVA SANCHÉZ. Expansão do Direito Penal e Lavagem de Capitais, *op. cit.*, p. 4.

²²² SILVA SANCHÉZ. Expansão do Direito Penal e Lavagem de Capitais, *op. cit.*, p. 4. Registre-se que aqui, Silva Sanchez está a tecer críticas sobre o modelo expansivo principalmente da função de garante das pessoas responsáveis pela empresa, notadamente aos crimes de lavagem de capitais, onde não só quem praticou o ato de ofício e a empresa vão responder, mas igualmente os administradores que não adotaram o programa de cumprimento antilavagem ou os diretores que, encarregados de sua efetiva implementação (por exemplo, os diretores de *compliance*), não o realizaram, reconhecendo que: “A conformação dessa posição de garantia

Em conformidade com a regulamentação espanhola, é imperativo salientar que todas as empresas definidas como pessoa jurídica estão sujeitas a processamento criminal, incluindo sociedades mercantis estatais, com exceção do Estado, das administrações públicas e demais entidades enunciadas no artigo 31.º, bis²²³.

Na Alemanha, sob influência da ideia de que “*societas delinquere non potest*”, não há responsabilidade penal da pessoa jurídica. Entretanto, a tendência é de reconhecer os programas de integridade no ordenamento jurídico como forma de atenuar a responsabilidade administrativa²²⁴. Porém, há um projeto de lei defendido pelo atual governo de Scholz, inclusive com previsões de como e quando as empresas devem realizar investigações internas: “(...) apesar de existir conceitos de que a falta de uma responsabilização criminal da pessoa jurídica dentro de um ordenamento jurídico é questão de menor importância, ou mero tecnicismo dentro da grande ideia de autorregulação e regulação responsiva”²²⁵. O Direito penal alemão, portanto, foca na responsabilidade de administradores, gestores, diretores, empregados e outros representantes da empresa²²⁶.

Em Portugal, o ente coletivo será responsável sempre que o crime for cometido: (a) em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança (art. 11, 2; ou (b) por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. Porém, exclui-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica quando o funcionário que cometeu o ilícito agiu contrariamente a ordem expressa do superior ((art. 11 (6)). Assim, o CP português atribui a responsabilidade penal da pessoa jurídica a uma ausência do dever de vigilância²²⁷, identificando-se o dever de vigilância como fato constitutivo da responsabilidade²²⁸.

Adotada a sistemática da responsabilidade criminal por fundamento na desorganização, remanesce o questionamento sobre o ônus da prova em demonstrar a efetividade de um

universal é, provavelmente, a expressão máxima da capacidade do delito de lavagem de dinheiro para expandir o Direito penal.”

²²³ ANZOLA, Ayelén; SANTOS, Marina Oliveira Teixeira dos. The Regulation of Money Laundering and Corporate Criminal Responsibility in Spain: *compliance* as a key for Virtual Asset Service Providers. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 8, n.º 3, pp. 1335-1370, set.-dez. 2022. p. 1347.

²²⁴ SILVEIRA; SAAD-DINIZ. *Compliance, Direito Penal (...)*, op. cit., p. 117.

²²⁵ MENDES, *Responsive regulation (...)*, op. cit., p. 296.

²²⁶ MENDES, *Responsive regulation (...)*, op. cit., p. 296.

²²⁷ ANTUNES, Maria João. Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas – Alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007. In: **Estudos do Direito do Consumidor**, 8.ª ed, 2006. pp. 165-170.

²²⁸ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n.º 39, dez-2018, pp. 261-285.

programa de prevenção de ilícitos. Silva Sanchez entende que, uma vez que nessa modalidade de responsabilidade penal não existe *mens rea* ou *actus réus*, em tese, a defesa seria afirmativa, de modo que o ônus da prova recairia sempre no acusado²²⁹. Porém, o autor alerta que, na atribuição de responsabilidade por autorresponsabilidade da pessoa jurídica, notadamente, ligada ao sistema de *compliance*, a carga probatória depende da dogmática adotada. Ou seja, se a legislação considera que a existência eficaz de um programa de *compliance* é uma causa de exculpação de responsabilidade, tratar-se-ia de uma defesa afirmativa, cujo ônus recai sob a defesa. Agora, se a dogmática fosse além, considerando que a existência do programa exclui o próprio fato criminoso, a questão se atrelaria a uma defesa negativa, e o ônus incumbiria à acusação²³⁰. Neste sentido, advoga que primeiro há que se definir qual o modelo de responsabilidade que existe dentro do ordenamento e, em segundo lugar, qual localização ocupa o sistema de *compliance* dentro da teoria do delito.

Sousa Mendes, também, segue essa linha, ou seja, que para se definir a distribuição do ônus da prova primeiro é necessário averiguar se um programa de cumprimento efetivo servirá como um elemento negativo da definição de ofensa ou como um motivo de exclusão em relação à ilicitude ou culpa²³¹. Entretanto, o autor termina pontuando que não concorda com distribuição de ônus da prova única a acusação, e que isso acabaria por tornar ineficaz o próprio sistema de autorregulação regulada e o ideal por trás do sistema de *compliance*, porque se revelaria uma, prova diabólica, impossível de ser feita pela acusação²³². Sousa Mendes, então, defende que o réu, nesse caso a empresa, é quem teria o ônus de alegar e produzir prova no processo sobre: (i) existência de programas de *compliance*; (ii) existência de sistemas efetivos de *compliance*; (iii) identificação de medidas adequadas e realmente implementadas contra falhas organizacionais suscetíveis de originar a prática de infrações; (iv) identificação, avaliação e controle dos riscos empresariais²³³.

²²⁹ SILVA SANCHÉZ, Jesus Maria. El debate sobre la prueba del modelo de *compliance*: Una breve contribución. In: **InDret**, n.º 1, 2020, pp. 3-5, p. 3. Assim, essa é a adoção do UK Bribery Act de 2010.

²³⁰ SILVA SANCHÉZ. *El debate (...)*, op. cit., p. 4.

²³¹ MENDES. *Responsive regulation (...)*, op. cit., p. 318.

²³² MENDES. *Responsive regulation (...)*, op. cit., p. 318.

²³³ MENDES. *Law enforcement & compliance (...)*, op. cit., p. 14. O autor ainda traz uma provocação: “Não se diga que esse ônus de alegação e produção de prova configura uma inversão do ônus da prova, desde logo porque os itens mencionados não integram os elementos típicos da infração, nem constituem excludentes da responsabilidade”.

Na linha empírica, o Código Penal espanhol dispõe que a eficácia do programa de *compliance* se traduz como causa de justificação ou exculpação, de modo que o ônus da prova recaia sobre a defesa²³⁴. Entretanto, o Tribunal Supremo Espanhol decidiu recentemente que:

Na medida em que o defeito estrutural nos modelos de gestão, vigilância e supervisão constitui o fundamento da responsabilidade do crime corporativo, a vigência do direito à presunção de inocência impõe que o Procurador não se considere isento da necessidade de comprovar a concorrência de um incumprimento grave dos deveres de supervisão.²³⁵

Mesmo entendimento tem o Ministério Público do Chile, quando na instrução 440, ao dispor que é da acusação a carga probatória de demonstrar todos os pressupostos de imputação criminal à pessoa jurídica, inclusive àqueles que recaem sob os deveres de direção e supervisão. É que, se reconhecido que a existência de um programa de cumprimento eficaz retira a tipicidade dos delitos empresariais com responsabilidade à empresa²³⁶, ou que tal circunstância faz parte do núcleo da culpabilidade, mas que ainda se refere a algum requisito da teoria do delito, a carga probatória é da acusação. Se, por outro lado, se entender que a existência de um programa idôneo e eficaz é uma causa de exclusão de responsabilidade, a carga probatória recairia sobre a defesa²³⁷.

Ressalva feita por Neira Pena é acerca da necessidade de se estudar se haverá diferenciação na carga probatória se o crime tiver sido praticado por alto escalão da empresa, ou por um subalterno. Para tanto, afirma:

La diferencia más relevante en relación con el supuesto anterior radica en que, en este caso, el incumplimiento del deber de control no puede deducirse de la comisión del delito por un miembro de la entidad que no ostenta poderes de administración, dirección o supervisión, ya que, este acto, por si solo, no tiene fuerza indiciaria suficiente para incriminar a la entidad. Por eso, adicionalmente, se requiere una prueba de cargo, específica y suficiente, que acredite la falta de controles en relación con el área de actividad en que presuntamente se cometió el ilícito, la inadecuada o confusa distribución de responsabilidades entre los miembros de la entidad, la falta de supervisión sobre los subalternos, la insuficiencia o inexistencia del sistema de sanciones para quienes incumplan el modelo de prevención, la carencia de medidas apropiadas para detectar conductas delictivas u otras características de la

²³⁴ NEIRA PENA, *La efectividad de los criminal compliance (...) op. cit.*, p. 501. Nesse sentido julgou o STS (Sala 2.^a, Sección 1a) n.º 154/2016, de 29 de febrero, RJ 2016\600, fundamento jurídico 3.º.

²³⁵ ESPANHA. STS (Sala 2a, Sección 1a) no 221/2016, de 16 de marzo, RJ 2016/966, fundamento jurídico 5º.

²³⁶ Nesse sentido advoga GÓMEZ-JARA DÍEZ *apud* NEIRA PENA, *La efectividad de los criminal compliance (...) op. cit.*, p. 501; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, **Modelos de prevención de delitos en la empresa**, Chile: Abeledo Perrot, 2012, p. 7; e COLLADO GONZÁLEZ, Rafael. **Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados en Chile y en España**, Thomson Reuters: Santiago de Chile, 2013, pp. 81-82.

²³⁷ NEIRA PENA, *La efectividad de los criminal compliance (...) op. cit.*, pp. 503-504.

organización, de las cuales quepa deducir que la entidad incurrió, en el desarrollo de su actividad, en riesgos excesivos que, finalmente, se han materializado en la comisión del delito perseguido. Solo de esta forma, cabe afirmar que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en un hecho propio de la entidad y no en la mera transmisión de la responsabilidad derivada de las actuaciones de sus miembros²³⁸.

O que defende a autora é que, em casos dessa natureza, pela posição dogmática, em que o *compliance* ocuparia dentro do ordenamento jurídico, caberia à acusação demonstrar que o delito apenas foi cometido por ausência de fiscalização apropriada por parte do topo da hierarquia empresarial, de modo que os subordinados perpetraram infração em prol e sob a representação da organização.

Laufer, em análise à luz das *Guidelines* (§8 C2.5 (f)), afirma que a prática da infração ter sido iniciada por um empregador com alto poder de mando, seria forte indício de que o *compliance* da empresa não é efetivo²³⁹.

Na Itália, ensina ENGELHART, esse olhar a partir de quem cometeu o delito é compreendido da seguinte forma: quando um delito é cometido por um gerente sênior, a empresa é considerada culpada *a priori*, a não ser que consiga demonstrar que não está envolvida no crime, comprovando que implementou e efetivamente monitorou um programa de conformidade para prevenir tais infrações. Por outro lado, no caso de delitos cometidos por funcionários de níveis inferiores, a empresa será responsabilizada se a infração foi permitida devido à falta de supervisão e controle dos gestores sênior, contudo, isso apenas ocorrerá se a empresa não possuir um programa efetivo de conformidade²⁴⁰.

Acontece que, como mencionado, a ausência de um programa efetivo de *compliance* não pode ser visto, de modo absoluto, como causa de responsabilidade, uma vez que uma

²³⁸ NEIRA PENA, *La efectividad de los criminal compliance (...) op. cit.*, p. 504. Em tradução livre: A principal distinção em relação ao caso anterior reside no fato de que, neste cenário, a falha na obrigação de controle não pode ser inferida simplesmente a partir da prática de um delito por um membro da organização que não tem poderes de administração, direção ou supervisão. Esse ato isolado não possui força indicativa suficiente para incriminar a entidade. Por essa razão, adicionalmente, é necessária uma prova suficientemente específica que ateste a falta de controles relacionados à área de atividade, em que se presume que a infração foi cometida, uma distribuição de responsabilidades inadequada ou confusa entre os membros da entidade, a falta de supervisão sobre os subordinados, a insuficiência ou inexistência de um sistema de sanções para aqueles que não cumprem o modelo de prevenção, a falta de medidas apropriadas para detectar comportamentos criminosos ou outras características da organização que permitam deduzir que a entidade incorreu em riscos excessivos em suas atividades, que acabaram se materializando na prática do delito em questão. Somente assim, podemos afirmar que a responsabilidade da pessoa jurídica se baseia em um ato próprio da entidade, e não na mera transferência de responsabilidade resultante das ações de seus membros.

²³⁹ LAUFER, William S. Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance. In: **Vanderbilt Law Review**, vol. 52, n.º 5, 1999, pp. 1341-1420, p. 1385.

²⁴⁰ ENGELHART. The Nature (...), *op. cit.*, p. 10.

empresa pode contar com sérios e responsáveis métodos de fiscalização e controle dos funcionários, mesmo sem ter um código expresso, sendo que as provas podem ser feitas por outros meios que não o rigor do documento escrito. Isso pode se verificar diante de pequenas e médias empresas, para as quais é excessivamente oneroso contratar profissionais qualificados para elaboração e estruturação de um programa de *compliance*. Nada as impede de criar métodos de fiscalização próprios e internos, a fim de evitar a ocorrência de delitos e, nem por isso, sofreriam o revés de mudar uma presunção de inocência para a de culpa.

Fato é que os programas de *compliance* podem também ser decisivos na apuração das responsabilidades, eis que formalizam, em parte, a delegação de funções dentro da empresa. Definição adequada e clara das tarefas de cada indivíduo, juntamente com a precisão dos fluxos de informação, previne, por exemplo, que, durante o processo penal, as condutas sejam imputadas a administradores delegantes que possuíam apenas funções de alta supervisão²⁴¹. Diante desse cenário, o *compliance* pode ser visto não apenas como redução no risco de responsabilidade criminal, mas o contrário também: cria a possibilidade de punição, em primeiro lugar, pois ajuda a identificar uma cadeia de responsabilidade no direito penal²⁴².

Importante consideração é que, se outrora se buscou uma reestruturação dogmática que acolhesse a responsabilidade penal das pessoas jurídicas sem se perder dos importantes avanços em termos de garantias fundamentais, hoje o *compliance* pode ser visto como uma faca de dois gumes, na medida em que se trabalha no campo preventivo sendo essa sua precípua intenção, mas de outro vértice também pode servir a uma causa de exculpação, para o fim de afastar aquela mesma responsabilidade. Nessa linha, Laufer faz importante constatação quando reforça que o *compliance* deve ter como objetivo principal o de transformar a cultura empresarial para atuação diária voltada à ética, à proatividade e à proteção dos informantes, do contrário, a autorregulação regulada se transformaria em uma parceria criminal do regulador com o regulado, e o programa de *compliance* existiria com intento exclusivo de mascarar uma culpa, ou jogá-la a quem quer que seja desde que não a empresa²⁴³.

²⁴¹ NIETO MARTIN, Adán. *O compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. In: SAADDINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord. PT), **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**, 2ª ed, 2019, São Paulo: Tirant lo Blanch, pp. 61-122, p. 76.

²⁴² SAAVEDRA. *Criminal Compliance in Brasilien (...)*, op. cit., p. 374.

²⁴³ LAUFER, William S. A very special regulatory milestone. In: **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, vol. 20, n.º 2, 2017, pp. 392-428, pp. 402-408. Valiosa lição trazida por Busato quando afirma que “sucede com frequência que, ante a necessidade imputar alguém por uma ação antijurídica, se busca um bode expiatório, geralmente pertencente aos quadros médios da companhia, que é quem acaba sofrendo na carne um castigo que, na verdade, deveria estender-se à organização em seu conjunto” BUSATO, *Criminal compliance (...)*, op. cit., p. 94.

Assim é que o autor se posiciona de forma contrária a qualquer possibilidade de atenuação ou isenção de pena às empresas, mesmo as que demonstram uma “boa-fé” na busca por reduzir riscos e danos²⁴⁴. E o faz sob a justificativa de que essas teses corroem um sistema de delegação e autoridade que, por sua vez, pressupõe a confiança e uma vigilância, sob a qual a falha de um é a falha do outro²⁴⁵. O fundamento por trás do posicionamento de Laufer é que o ideal das *Guidelines* nos Estados Unidos reflete um método de incentivos e ameaças²⁴⁶, e separa a noção de responsabilidade penal da empresa em fases pré e pós *Guidelines*²⁴⁷.

No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é constitucionalmente proibida, do contrário, ela é legitimada pelo texto cidadão²⁴⁸. Porém, por ausência de previsão infraconstitucional, a aplicação se restringe somente aos crimes ambientais previstos na Lei 9.605/1998²⁴⁹. Shecaria defende a inovação legislativa a partir de um ponto de vista a evitar impunidades:

atual sistemática de responsabilidade individual é insuficiente para dissuadir o cometimento do delito no âmbito das grandes empresas. Quando ocorre um delito de natureza econômica o agente imediato é punido, mesmo não obtendo qualquer benefício direto com o cometimento do delito. No mais das vezes, a verdadeira beneficiária – a empresa – obtém as vantagens do crime sem sofrer qualquer consequência legal ou patrimonial. Se o crime foi cometido no interesse da empresa, em seu benefício, deve por ela responder, também, penalmente.²⁵⁰

Regis Prado, por outro lado, tece fortes críticas ao legislador brasileiro, afirmando que agiu o poder de forma irresponsável, pois criou a responsabilidade penal de pessoas jurídicas para aplicação dos crimes contra o meio ambiente, sem criar o sistema que valida os próprios fundamentos²⁵¹.

²⁴⁴ LAUFER. *Corporate Liability (...)*, *op. cit.*, p. 1368.

²⁴⁵ LAUFER. *Corporate Liability (...)*, *op. cit.*, p. 1370. Para isso, o autor demonstra sua ideia de injustiça a partir do julgamento Electrical Antitrust: EUA. United States vs. Westinghouse Elec. Corp., 1960 Trade Cas. (CCH) 69,699, at 76,759 (E.D. Pa. 1960).

²⁴⁶ Dito por Laufer como “carrot and stick”. LAUFER. *Corporate Liability (...)*, *op. cit.*, p. 1382.

²⁴⁷ LAUFER. *Corporate Liability (...)*, *op. cit.*, p. 1383.

²⁴⁸ No que se apresenta especificamente no artigo 173, §5.º e no artigo 225, §3.º da Constituição Federal.

²⁴⁹ Há autores que postulam pela expressa possibilidade de punição das empresas aos crimes relativos à ordem econômica e financeira, na medida em que igualmente há a previsão constitucional esculpida no artigo 173, §5.º, de forma que torna-se incongruente defender a atribuição de responsabilidade penal às entidades coletivas no escopo da salvaguarda ambiental, enquanto simultaneamente se postula a alegada incompatibilidade de sua essência com as sanções penais inseridas no âmbito da custódia da ordem econômica e financeira (NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p 283).

²⁵⁰ SHECARIA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 92.

²⁵¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 21.ª ed, São Paulo: Thoth. 2023, p. 315.

Historicamente, a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica passou por modificações interpretativas via Poder Judiciário. No Habeas Corpus 83.301/RS, o Supremo Tribunal Federal²⁵², após voto-vista do Ministro Cezar Peluso (voto vencedor), e julgando a imputação de crimes financeiros à pessoa jurídica, reconheceu que os entes coletivos não são sujeitos ativo de crimes, uma vez que a Constituição Federal adotara o princípio da “*societas delinquere non potest*”, ou seja, de que pessoas jurídicas não cometem crimes.

Porém, em 27 de abril de 2006, em voto de lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal fez interpretação literal do artigo 3.º, da Lei 9.605/1998, reconhecendo a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, desde que derivada obrigatoriamente com a responsabilidade da pessoa física ligada ao dano praticado²⁵³, chamado naquela ocasião de dupla imputação.

Essa obrigatoriedade de punição da pessoa física para então haver punição do ente coletivo se alterou em 2013, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 548.181 de lavra da Ministra Rosa Weber²⁵⁴. Na ementa do acórdão, registrou a Ministra ora aposentada que:

3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.

4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.

Enfim, sedimentou-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais é independente da responsabilidade da pessoa física, sendo cabível, entretanto,

²⁵² BRASIL. STF. HC n.º 83.301, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Min. Cezar Peluso. J. 16.03.2004. Publicação: 06.08.2004.

²⁵³ BRASIL. STF. HC n.º 88.544. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.04.2006. Publicação: 05.05.2006.

²⁵⁴ BRASIL. STJ. REsp n.º 548.181-PR, de relatoria da Ministra Rosa Weber, Publicação: 06.08.2013.

apenas para os crimes ambientais. As decisões, porém, fazendo coro a Regis Prado e Dotti²⁵⁵, não passaram sem críticas. Machado pontua que:

até hoje condenemos a pessoa jurídica pela prática de delito ambiental, sem que tenhamos um modelo suficiente de teoria do delito, o que possibilitou que condenações fossem proferidas em adoção de requisitos antropológicos que a pessoa jurídica obviamente não tem.²⁵⁶

Diante disso, e ainda que se mantenham dúvidas e críticas na verdadeira adoção de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica em solo brasileiro, parece que o país adotou a teoria *vicarial* de imputação, exigindo a atuação de uma pessoa física que cause danos ao meio ambiente, para se poder responsabilizar a pessoa jurídica.

A definição sobre responsabilizar criminalmente as empresas não passa, porém, sem a correta instituição (ou simples ratificação) de que gozam das mesmas garantias fundamentais definidas as pessoas individuais²⁵⁷, p. ex., a do direito de não produzir provas contra si mesmas²⁵⁸. Ponto esse que garante importância especial, quando se discorre sobre obrigatoriedade na entrega de relatórios obtidos por meio de investigações internas.

Por fim, é de se registrar que há alguns autores, como Kai Ambos, que acreditam que a busca de uma estruturação dogmática para se punir criminalmente a pessoa jurídica acaba por tirar o foco da responsabilidade criminal da pessoa física²⁵⁹, sem contar que tal impulsionamento ainda carece de comprovação prática²⁶⁰. Neste sentido, aponta algumas razões pelas quais acredita que a doutrina encaminha para responsabilização penal das pessoas jurídicas, sem estudo empírico das justificativas²⁶¹:

²⁵⁵ PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Em defesa do princípio da imputação subjetiva**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²⁵⁶ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito brasileiro: mais dúvidas do que certezas. In: **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, vol. 10, jun-2022, Revista Digital, pp. 5.1-5.5, p. 5.4. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/222574350/v20220010/page/RR-5.4>.

²⁵⁷ Sobre o tema: DAVID, Décio Franco. A pessoa jurídica como ré no processo penal: atribuição de garantias processuais e vedação de autoincriminação. In: BUSATO, Paulo Cesar (org. coord.) GRECO, Luís (coord.), **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas Anais do III Seminário Brasil- Alemanha**, vol. 2, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 233-264; ROSADO IGLESIAS, Gema. **La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

²⁵⁸ Foi esse o entendimento adotado pelo Tribunal Inglês no caso *Triplex Safety Glass Co. Ltd vs Lancegay Safety Glass* (MACHADO, Jónatas E. M.; RAPOSO, Vera L. C. O Direito à não Autoincriminação e as pessoas colectivas empresariais. In: **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, vol. 3, n.º 8, jul./set. 2009, pp. 13-47, p. 25. Acesso em 20 mar 2023. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/484/249>).

²⁵⁹ AMBOS, *International Economic (...)*, op. cit., p. 529.

²⁶⁰ AMBOS, *International Economic (...)*, op. cit., pp 527-528.

²⁶¹ AMBOS, *International Economic (...)*, op. cit., pp 527-528.

- (a) Quebrar uma cultura corporativa que facilita ou até mesmo incentiva a prática de crimes e encobre a identificação dos responsáveis (“véu corporativo”), motivo pelo qual essas estruturas não podem ser alteradas substituindo ou criminalizando indivíduos responsáveis que frequentemente servem como bodes expiatórios;
- (b) Maior estigmatização por meio de julgamentos criminais e punições (censura socioética) do que por meio de processos e sanções civis ou administrativos e, assim, um melhor efeito preventivo especial e geral, comunicativo (expressivo);
- (c) Suposição de que atores racionais (modelo de "escolha racional") serão mais efetivamente dissuadidos ("cálculo de risco-benefício")
- (d) Esperança de que a apreensão de bens será mais fácil e, acima de tudo, mais lucrativa no caso de corporações ricas (geralmente multinacionais) do que no caso de indivíduos.

Em sentido contrário, Sarcedo acredita que a responsabilidade penal da pessoa jurídica estaria fundamentada na necessidade de se impor um dever de vigilância para detecção de condutas violadoras do direito partidas da empresa²⁶². No que se refere a garantias individuais, a responsabilidade penal das corporações vem na defesa delas, uma vez que, no direito administrativo, não há o rol de garantias próprias do direito penal²⁶³.

Finalizado o estudo revisional sobre as principais correntes teóricas que justificam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e reconhecida a importância dessa forma de punição, dentro da ideia de *compliance*, segue-se ao estudo das diferentes formas de regular o setor empresarial.

1.4. FORMAS DE REGULAÇÃO DO CONTROLE EMPRESARIAL

O capítulo a seguir oferece visão concisa sobre diversas formas organizacionais que visam regular a interação entre empresas e o governo. A relevância deste estudo emerge da importância dele no contexto de investigações internas. Isso se deve ao fato de que o modelo regulatório influencia, de maneira indireta, os limites na coleta de evidências. É essencial, portanto, obter provas que estejam diretamente relacionadas aos processos penais ou administrativos, com objetivo de proteger não somente os interesses da empresa, mas também de assegurar a conformidade com as normas regulatórias.

²⁶² SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php>. Acesso em: 12 abril 2023. p. 255.

²⁶³ ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. In: *Revista Penal*, vol. 1, n.º 1, 1998, pp. 1-15, p. 14.

Como adverte Nieto Martin, na ausência de uma regulamentação jurídica própria sobre as investigações internas, “recomenda que seja a autorregulação empresarial que acabe por determinar o marco jurídico das investigações internas, dentro dos princípios gerais aos que fazíamos referência”²⁶⁴. É com isso que se justifica a abordagem contextual, neste trabalho, acerca da forma de regulação empresarial, pois, no momento em que as empresas estão inseridas em um conjunto de obrigações que visam a prevenção e repressão de práticas ilícitas internamente, abrangendo tanto crimes quanto infrações administrativas, o cumprimento efetivo dessas obrigações normativas e a postura ativa em intervir pontualmente, quando se constatar uma prática ilícita, pode servir como base para a isenção ou atenuação da responsabilidade penal e/ou administrativa da empresa. Este cenário ressalta a importância das investigações empresariais, não apenas para garantir a aderência às leis e aos regulamentos, mas também como estratégia para mitigar possíveis consequências legais adversas decorrentes de atos ilícitos. Essa compreensão total, entretanto, passa pela análise dessas formas de regulamentação.

Existem diversas abordagens regulatórias no contexto dos programas de prevenção de ilícitos. Entre estas, algumas regras adotam um modelo coercitivo, conhecido como *hard law*, caracterizado por sua natureza obrigatória e sanções, em caso de não cumprimento. Por outro lado, há também regras que se alinham ao modelo normativo, ou *soft law*, que, apesar de não serem obrigatórias, estabelecem diretrizes e práticas recomendadas. Em certas situações, ambos os modelos podem coexistir e ser aplicados simultaneamente na regulamentação de temas específicos²⁶⁵. Essa coexistência reflete a complexidade e a dinâmica do campo de regulamentação, em que diferentes estratégias são empregadas para alcançar objetivos sustentáveis e éticos nas organizações.

No contexto global, percebe-se aderência maior aos modelos de *hard law*, especialmente no que toca à obrigatoriedade de processos de *due diligence*²⁶⁶, ligadas aos procedimentos de investigação interna. Exemplos de *hard law* são as exigências dos países em

²⁶⁴ NIETO MARTIN, Adán. Investigações Internas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.), **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**, 2.^a ed, 2019, São Paulo: Tirant lo Blanch, pp. 293-321, p. 295.

²⁶⁵ REIS, Lara. How Can *Compliance* Steer Companies to Deliver on ESG Goals? In: CAMARA, Paulo; MORAIS, Filipe (eds.) **The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance**, 2022, pp. 305-326, p. 308. *e-book*. Disponível em <https://doi.org/10.1007/978-3-030-99468-6>.

²⁶⁶ VILLIERS, Charlotte. Global Supply Chain and Sustainability: The Role of Disclosure and Due Diligence Regulation. SJÁFJELL, Beate; Bruner, Christopher M (eds.), **The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability**, 2022, pp. 551–561. Acesso em 10 jul 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781108658386>.

face das instituições obrigadas a reportar atividades suspeitas, geralmente ligadas a instituições financeiras. Já *soft laws* são recomendações, guias ou qualquer instrumento internacional, além dos tratados, que contenham princípios, normas, padrões ou outras declarações de comportamento esperado²⁶⁷.

As iniciativas regulatórias classificadas como *hard law*, embora teoricamente ofereçam maior credibilidade e mecanismos robustos de controle e execução, enfrentam desafios práticos significativos. Estes desafios incluem a fragmentação no cenário internacional e, em determinadas circunstâncias, a presença de incoerências ou lacunas regulatórias. Críticos desse modelo regulatório salientam que a imposição de conformidade por meio de ameaças de sanções e penalidades pode, paradoxalmente, incentivar a busca por brechas legais e estratégias de evasão das normas estabelecidas²⁶⁸. Esta perspectiva destaca a complexidade envolvida na implementação eficaz do *hard law*, especialmente considerando a necessidade de equilibrar a rigidez regulatória com a promoção de uma adesão genuína às normas.

Acerca das investigações, é crucial para o sucesso das iniciativas de diligência devida que as empresas se concentrem na construção de relações fortes e no desenvolvimento de empatia e confiança nas cadeias de abastecimento²⁶⁹. É na interdependência entre as regras de cumprimento e o comportamento das empresas que surge a influência da conformidade, razão pela qual é necessário o estudo, ainda que resumido, sobre a forma de instituir esses modelos de conformidade.

Enquanto as regras de imposição estabelecem uma base de princípios e valores, de outro lado, é através da autorregulação discricionária que as empresas incorporam as regras sob a forma de códigos e políticas²⁷⁰.

O que será apresentado a seguir são três modelos que buscam essa regulação pública, em que na primeira, o Estado assume o controle, a instituição e gerência das obrigações, de forma exclusiva²⁷¹, chamada de regulação. No outro extremo, há a autorregulação pura, no sistema em que a iniciativa privada teria a competência, de forma descentralizada, ao de se autodeterminar, com criação própria de regras. Por fim, o meio termo entre os dois extremos

²⁶⁷ SHELTON, Dinah. International Law and Relative Normativity. In: EVANS, Malcolm (ed). **International Law**, 4^a ed, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 137-167, p. 160.

²⁶⁸ ZHAO, Jingchen. Extraterritorial Attempts at Addressing Challenges to Corporate Sustainability. In: SJÅFJELL, Beate; BRUNER, Christopher M (eds.), **The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability**, 2022, pp. 29-42. Acesso em 10 jul 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781108658386>.

²⁶⁹ REIS. *How Compliance (...)* op. cit., p. 313.

²⁷⁰ REIS. *How Compliance (...)* op. cit., p. 315.

²⁷¹ SCANDELARI, *Compliance e prevenção (...)* op. cit., p. 137.

— regulação pública pura e regulação pura privada — existe a autorregulação regulada. É autorregulação, pois se reconhece à atividade privada um âmbito de produção e controle de normas, e é "regulada", porquanto, está condicionada por um âmbito público de controle ao qual a autorregulação deve se submeter²⁷².

1.4.1. Autorregulação pura e a regulação imposta

Como mencionado, há dois extremos de tratado como formas de regulamentação empresarial que surgem em momentos distintos.

A chamada regulação imposta e autocentrada no Estado aparece como uma resposta às crises trazidas pelo modelo de liberdade econômica totalmente independente do Estado. Este modelo regulatório é caracterizado pela elaboração exclusiva de normas pelo Estado, as quais são formuladas com escopo amplamente generalista²⁷³. Assim é que cabe ao próprio Estado a tarefa de supervisão e, quando necessária, a aplicação de penalidades em casos de infrações. Este processo é conhecido como comando e controle²⁷⁴, destacando-se pela sua abordagem direta e autoritativa na regulação e no cumprimento das normas estabelecidas.

Como adverte Sundfeld, há carência no conceito de regulação pura, sendo característica básica, entretanto, que toda criação e gerência das atividades econômicas privadas se dê pelo Estado²⁷⁵. Essa ausência de estudos empíricos é também trazida por Sousa Mendes²⁷⁶, afirmando que as tentativas de estabelecer comparativos fáticos entre um modelo de regulação impositiva e autorregulação formulados por Engelhart e Sieber não são suficientes para uma correta análise sobre o tema.

Esta forma de regulação, um tipo de intervenção estatal, manifesta-se por meio de uma variedade de poderes e ações. Por um lado, existem aqueles com objetivos primordialmente econômicos, como o controle de preços e tarifas²⁷⁷, a regulamentação da entrada de novos participantes no mercado, o monitoramento de fusões e aquisições empresariais, e a repressão

²⁷² DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè, **Derecho Administrativo Y Autorregulación: La Autorregulación Regulada**. Universitat de Girona, 2005, p. 472. Acesso em 24 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7681/tmdg.pdf?sequence=10&isAllowed=y>. Pazmino Ruiz diz que *El compliance es una manifestación de la autorregulación* (PAZMIÑO RUIZ, *Compliance y Derecho penal (...)*, *op. cit.*, p. 4).

²⁷³ COCA VILA. Programas de Cumprimento (...), *op. cit.*, p. 44.

²⁷⁴ COCA VILA. Programas de Cumprimento (...), *op. cit.*, p. 44.

²⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, pp. 97-128, p. 98.

²⁷⁶ MENDES. Regulação Responsiva (...), *op. cit.*, p. 22.

²⁷⁷ SUNDFELD. Direito Publico (...), *op. cit.*, p. 98.

a violações da ordem econômica. Por outro lado, também há intervenções justificadas por motivos distintos, mas que, igualmente, exercem impacto econômico. Cada uma dessas ações refletiria o amplo espectro da regulação estatal e seu papel significativo na orientação tanto de aspectos econômicos diretos quanto de fatores indiretos que influenciam a economia.

No âmbito da discussão sobre sustentabilidade e regulação ambiental, o Estado é frequentemente percebido como o único ente capaz de confrontar as corporações transnacionais, frequentemente apontadas como as principais causadoras da degradação ambiental²⁷⁸. A ideia é que somente o poder público, com sua habilidade e recursos, seria capaz de influenciar efetivamente o mercado internacional.

A regulação impositiva, portanto, constata-se pela intensa interferência do Estado na esfera empresarial. Neste modelo, seria responsabilidade do Estado não apenas estabelecer normas preventivas para as atividades empresariais, mas também supervisionar a sua implementação efetiva²⁷⁹. Além disso, o Estado desempenha papel crucial em sancionar qualquer descumprimento dessas normas. Este modelo reflete uma abordagem de regulação na qual o controle e a intervenção estatais são elementos centrais na governança das atividades empresariais.

Scandelari ensina que, no que diz respeito à prevenção corporativa de ilícitos, o surgimento da atividade regulatória do Estado se deu pela criação de agências reguladoras independentes, e é marcada pelo não compartilhamento desse dever, às empresas²⁸⁰.

A autorregulação pura, por sua vez, é um modelo contraposto que origina das ideias liberais, em que o Estado deveria se manter distante do controle da atividade empresarial, por ser incapaz de compreender as necessidades de todos os setores e sua presença poderia ser apta a afetar questões atinentes à liberdade concorrencial.

Tratar-se-ia de uma modalidade de autogerenciamento pelas empresas, em que, de acordo com a teoria da "mão invisível", o Estado se limitaria a esperar que as empresas realizassem autonomamente, em mercados competitivos, os próprios sistemas de contenção dos riscos²⁸¹.

²⁷⁸ VINHA, Veleria da. **Regulação e Auto-Regulação no Contexto do Desenvolvimento Sustentável e da Responsabilidade Social Empresarial: o caso do setor de petróleo & gás**. Artigo apresentado no III Seminário de Economia do Meio Ambiente IE/UNICAMP. Maio de 2003, p. 3.

²⁷⁹ SÁNCHEZ Rios, Rodrigo; ANTONIETTO, Caio. *Criminal Compliance – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial*, in: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 114, 2015, pp. 341-375, p. 344.

²⁸⁰ SCANDELARI. *Compliance e prevenção (...)* *op. cit.*, p. 140.

²⁸¹ COCA VILA. *Programas de Cumprimento (...)*, *op. cit.*, p. 44.

As agências administrativas nos Estados Unidos apostaram sempre no cumprimento voluntário e na autorregulação. Ou seja, uma regulação baseada mais em princípios que em regras, que deixava um marco considerável de liberdade de ação para que as empresas cumprissem “à sua maneira” com os objetivos de determinado setor. Esta forma de intervenção administrativa sempre esteve incentivada por importantes setores acadêmicos, que defendem que uma regulação muito detalhada e uniforme conduz a situações irracionais e ineficientes. No longo prazo, esta situação deslegitima a lei, vista pelas empresas como um estorvo, ainda que pudessem compartilhar seus objetivos.

Empresas e administração acabavam se conformando com a chamada *creative compliance*, um “*que se obedeça, mas não se cumpra*”, burocrático e custoso. Neste contexto, também se discutem problemas como o da captura do regulador (*regulatory capture*). Os reguladores podem ser persuadidos pela corrupção, pelo tráfico de influências ou simplesmente pela existência de vínculos para que façam uma regulação sob medida para determinadas empresas. Na experiência norte-americana, muito antes que a europeia, viram-se fenômenos como as portas giratórias ou *revolving doors*, em virtude da qual antigos funcionários públicos acabavam ocupando altos cargos nas empresas que outrora regulavam.”²⁸²

No contexto da autorregulação sob o aspecto criminal, Zaclis afirma que se tratou do reconhecimento acerca da falência do Estado na contenção de um modelo repressivo²⁸³. As empresas então criariam as próprias normas e se regulariam por si, a depender do setor e âmbito de atuação, sempre respeitando o ordenamento jurídico, fiscalizando, da mesma forma, o cumprimento e as eventuais transgressões²⁸⁴. A fiscalização passaria às mãos das empresas e que o fariam de forma espontânea²⁸⁵.

Fato é que, como aponta Coca Vila, entre um modelo e outro, há uma diversidade de outras formas de compatibilizar²⁸⁶ uma fiscalização estatal típica, com modelos de gerenciamento setorizado dados ao setor privado, de modo a aumentar qualitativamente o fornecimento de bens e serviços. Um desses modelos é a autorregulação regulada, a qual se passa a estudar.

²⁸² NIETO MARTIN. O cumprimento normativo (...), *op. cit.*, p. 37.

²⁸³ ZACLIS. Investigação Interna Corporativa, *op. cit.*, p. 47.

²⁸⁴ ZACLIS. Investigação Interna Corporativa, *op. cit.*, p. 48.

²⁸⁵ SCANDELARI. Compliance e prevenção (...), *op. cit.*, p. 142.

²⁸⁶ COCA VILA. Programas de Cumprimento (...), *op. cit.*, p. 44.

1.4.2. Autorregulação regulada

A autorregulação regulada pode ser lida como um modelo misto, que visa gerar as condições para que as corporações adotem, por meio de uma coordenação com os poderes públicos e outros agentes sociais, certas normas de comportamento adequadas para evitar ou mitigar os riscos. Nesse caso, elas mesmas se encarregam de assegurar o efetivo cumprimento das normas. Seria como uma intervenção a distância²⁸⁷, uma cooperação entre o poder público, os sujeitos regulados, e outros agentes sociais, como ONG's e sindicatos, de forma a criar as normas de comportamento e igualmente fiscalizar seu cumprimento²⁸⁸.

Esse termo foi cunhado por John Braithwaite, no artigo intitulado *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, publicado em 1982, pela Revista *Michigan Law Review*²⁸⁹. Essencialmente, este conceito implica que as empresas são compelidas a desenvolver os próprios programas de conformidade. Estes programas devem ser submetidos à aprovação das autoridades públicas relevantes que, frequentemente, incluem agências reguladoras voltadas para setores específicos, como o financeiro, energia, comunicações, entre outros²⁹⁰. Esta forma de regulamentação representa uma fusão de autorregulação empresarial com supervisão estatal, em que as empresas não apenas assumem a responsabilidade pela conformidade com as normas, mas também estão sujeitas à validação e ao monitoramento por parte de entidades governamentais.

Esse modelo se apoia na promoção da ética corporativa, motivando as empresas a gerirem proativamente os riscos associados às operações. O objetivo central desta abordagem é incentivar, por meio de normas e controle, as organizações empresariais a adotarem, por iniciativa própria, práticas que beneficiem a sociedade. Essa atitude reflete um alinhamento e uma identificação com o contexto social no qual essas empresas estão inseridas. Por intermédio desta perspectiva, busca-se fomentar uma responsabilidade corporativa interna, em que as próprias empresas iniciem e implementem ações com impacto social positivo, demonstrando compromisso ativo com o ambiente em que operam²⁹¹.

²⁸⁷ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad social, gobierno (...)* op. cit., p. 4.

²⁸⁸ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad social, gobierno (...)* op. cit., p. 4.

²⁸⁹ BRAITHWAITE, John. *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*. In: **Michigan Law Review**, vol 80, n.º 7, 1982, pp. 1466-1507.

²⁹⁰ MENDES. *Responsive regulation (...)*, op. cit, p. 287.

²⁹¹ GARCÍA CAVERO, *Las políticas anticorrupción (...)*, op. cit., p. 225.

A participação empresarial dentro do aspecto da autorregulação é importante para se chegar ao propósito cooperativo do *compliance*. As empresas participam na aplicação das normas não penais, assumindo tarefas de autocontrole (regras de conduta internas, formação dos trabalhadores, processos de decisão, medidas de auditoria e controlo)²⁹², tornando todo o sistema participativo e inclusivo.

De acordo com Forigo, a autorregulação regulada possui três variantes: a) autorregulação delegada ou “*delegated self-regulation*”, através da qual o poder público delega pontualmente a faculdade de regulação, mas mantém a faculdade de revisão, supervisão e sanção. Verifica-se essa modalidade também quando o Estado regula e delega para a empresa as outras funções; b) autorregulação transferida ou “*devolved self-regulation*”, por meio da qual o poder estatal transfere o poder de regulação, supervisão e sanção, mas mantém a capacidade de revisar as disposições e de como se realiza o *enforcement*; c) correção ou *cooperative self-regulation*, em que os agentes do poder público trabalham juntamente com os agentes privados na elaboração de sistemas específicos de regulação²⁹³. Esse último modelo aparenta ser o mais adotado por países que reconhecem sua importância na implementação de estratégias regulatórias.

A potencialidade dos programas baseados em um modelo de autorregulação regulada pode ter inúmeros benefícios sociais e mesmo empresariais. Sieber chega a mencionar que o programa de prevenção de ilícitos confere à empresa um forte poder, na medida em que podem “definir os espaços de liberdade de atuação e — daí também com efeitos penais — evitar as zonas cinzentas criminogênicas.”²⁹⁴ Em outras palavras, os programas podem ser considerados fonte de interpretação para avaliar elementos como culpa, dolo, omissão e dever de garantidor com propósitos penais. Continua o autor afirmando que:

²⁹² KOLBEL. *Kriminologisch-empirische (...)*, op. cit., p. 142.

²⁹³ FOGIRO, Camila Rodrigues. O criminal *compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (coord.); SOBRINHO, Fernando Martins Maria (org.), **Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**, Londrina: Thoth Editada, 2017, pp. 17-44, p. 32. Sobre essas diferenças, Coca Vila também aponta que: “É possível conceber vários tipos de autorregulação forçada: a autorregulação delegada em que, por exemplo, o Estado se encarrega da regulamentação e a empresa da fiscalização e das sanções. Em alternativa, pode recorrer-se à autorregulação descentralizada, em que o Estado delega a regulamentação, a fiscalização e as sanções na empresa, mas reserva-se o poder de proceder a revisões e inspeções periódicas dos programas de conformidade e da sua aplicação efectiva. Por último, a autorregulação cooperativa pode ser a abordagem preferida, em que o Estado trabalha em conjunto com a empresa e recebe toda a informação solicitada para criarem em conjunto um sistema de prevenção personalizado, embora a empresa continue sujeita ao controlo da autoridade competente” (COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SANCHÉZ, Jesus Maria (dir.), **Criminalidad de empresa y Compliance**, Atelier Libros, 2013, pp. 43-72, p. 43).

²⁹⁴ SIEBER. Programas de compliance (...) op. cit., p. 307.

A autorregulação das empresas pode então ser um mecanismo bastante efetivo, mais do que as ideias de regulação estatais — em parte incompatíveis com a vida concreta das empresas. Se as empresas internacionais suportarem as formas determinadas de *self policing*, isso não deve ser, no entanto, uma expressão do *laissez faire* liberal, mas sim, para muitos dos casos, a única possibilidade para a recuperação de parte do controle estatal na forma de "autorregulação regulada" ou *a rule at a distance*²⁹⁵.

Assim, a relevância dos sistemas de autorregulação empresarial é tão significativa que apresenta implicações não apenas no âmbito das normas penais, como também em todo o ordenamento jurídico. As consequências advindas dessas práticas são tão evidentes que resultam na criação de um sistema de *enforcement* autônomo²⁹⁶. Este sistema, pela própria natureza, incentiva e amplia a demanda por programas de conformidade normativa. A dinâmica interna deste sistema é tal que a adoção de medidas de *compliance* torna-se cada vez mais uma necessidade reconhecida pelas empresas, não apenas como uma resposta às exigências regulatórias externas, mas também como elemento intrínseco ao seu funcionamento e à sua integridade operacional²⁹⁷.

Essa perspectiva faz com que o *compliance* envolva um grande número de fenômenos autorregulatórios, tanto as autorregulações puras, quanto as autorregulações reguladas, o que torna não somente impositivo, como faz com que normas internas passem a ser fonte de aplicação de penalidades²⁹⁸.

A emergência dos conceitos de regulação responsiva e autorregulação não nasce da literatura jurídica, mas refletem uma análise empírica da evolução do ambiente de negócios nas sociedades contemporâneas²⁹⁹. Este entendimento surge da observação prática das mudanças nas dinâmicas empresariais e de como as empresas interagem com as regulamentações e com a sociedade. Assim, esses conceitos são não apenas prescritivos, como também descritivos, oferecendo interpretação realista e adaptável das relações entre empresas, legislação e comunidade na era moderna.

No âmbito da autorregulação regulada, a interação entre o setor privado e o poder público ocorre em uma via de mão dupla. Por um lado, o Estado atua como fiscalizador, assegurando que os programas de conformidade das empresas estejam alinhados às normativas

²⁹⁵ SIEBER. Programas de compliance (...) *op. cit.*, p. 312.

²⁹⁶ No original: *La autorregulación empresarial, además de tener una función propia dentro del sistema de normas penales o de los ordenamientos jurídicos, ha generado un sistema de enforcement autónomo que ha contribuido a la expansión de los programas de cumplimiento* (NIETO MARTIN. *Problemas fundamentales* (...), *op. cit.*, p. 173).

²⁹⁷ NIETO MARTIN. *Problemas fundamentales* (...), *op. cit.*, p. 173.

²⁹⁸ SAAVEDRA. *Criminal Compliance in Brasilien* (...), *op. cit.*, p. 373.

²⁹⁹ MENDES. *Responsive regulation* (...), *op. cit.*, p. 288.

vigentes. Por outro, o governo desempenha papel de consultor, especialmente para empresas de pequeno e médio porte³⁰⁰. Neste papel, o Estado contribui para o desenvolvimento e aprimoramento dos programas de conformidade dessas empresas, fornecendo orientações e capacitação. Esta abordagem dual reflete compreensão mais holística do papel do poder público, não limitando a atuação à supervisão, mas estendendo-a ao suporte e à educação corporativa.

Essa concepção se origina na compreensão social de setores empresariais que, diante de sua estruturação, tem potencialidade de alcance infinitos. Essas entidades exercem uma influência significativa sobre valores, direitos e interesses que requerem consideração cuidadosa³⁰¹. Este fenômeno reflete a evolução das dinâmicas de poder na sociedade, evidenciando a existência de formas de regulação e controle que transcendem os mecanismos estatais tradicionais. A autorregulação, portanto, representa uma resposta a esse cenário, em que diferentes atores sociais assumem papéis ativos na criação e manutenção de padrões e normas relevantes para o bem comum.

Frente a esse reconhecimento, o objetivo do modelo misto seria a de pensar em um “direito reflexivo”³⁰², cujo foco não se encontra na imposição autoritária de mandatos ou proibições. Ao contrário, seu objetivo principal é estimular e direcionar a automoderação e autocontenção das forças e dos agentes sociais³⁰³. Em vez de recorrer a métodos coercitivos, essa abordagem busca promover um ambiente no qual os próprios agentes sociais se engajem voluntariamente na regulação de suas ações. Este mecanismo enfatiza a importância da consciência e da responsabilidade individual e coletiva, visando a criação de uma sociedade mais equilibrada e autorregulada.

Nieto Martin, ao defender a postura de autorregulação aliada ao poder público, afirma que não se trata de uma ausência de Estado, mas considerando a falência do Estado regulador e intervencionista, a autorregulação regulada é uma forma de controle social mais sofisticada e eficaz³⁰⁴. E segue declarando que essa alternativa não é estranha aos penalistas, pois nada se diferenciam das tentativas de descobrir novas formas de controle social estatal³⁰⁵.

³⁰⁰ NIETO MARTIN, O cumprimento normativo (...), *op. cit.*, p. 35.

³⁰¹ PAZMIÑO RUIZ. *Compliance y Derecho penal (...)*, *op. cit.*

³⁰² ESTEVE PARDO *apud* PAZMIÑO RUIZ, *Compliance y Derecho penal (...)* *op. cit.*, p. 148.

³⁰³ ESTEVE PARDO *apud* PAZMIÑO RUIZ, *Compliance y Derecho penal (...)* *op. cit.*, p. 148.

³⁰⁴ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad social, gobierno (...)* *op. cit.*, p. 4.

³⁰⁵ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad social, gobierno (...)* *op. cit.*, p. 4.

A configuração desses modelos regulatórios é intrinsecamente dependente das características e dinâmicas específicas de cada setor empresarial. Em razão da natureza fluida e em constante evolução desses setores, o poder público busca abordagem que permita aproveitar a influência das empresas, ao mesmo tempo em que mantém a essencial função regulatória. Esta estratégia implica colaboração na qual o Estado não abdica de seu papel regulador, mas reconhece e utiliza o poder intrínseco das empresas para alcançar objetivos regulatórios mais eficazes e adaptados às especificidades de cada setor³⁰⁶.

Faz sentido essa análise, na medida em que o Estado não dá conta de suprir, regular e cuidar de todos os bens jurídicos individuais e supraindividuais com perigo de lesão em toda e cada atividade empresarial. O Estado precisa alinhar os interesses individuais e corporativos com aqueles definidos como prioritários pelo processo legislativo democrático³⁰⁷.

A fim de atenuar as complexidades inerentes à rede regulatória, os programas de *compliance*, quando integrados ao modelo de autorregulação regulada, desempenham papel fundamental na organização estrutural das empresas. Esses programas são projetados para capacitar e designar, de maneira precisa, as responsabilidades dentro da organização. Por meio da vigilância e do gerenciamento contínuos, os programas de prevenção de ilícitos emergem como ferramentas vitais para prevenir condutas inadequadas³⁰⁸. Eles funcionam estabelecendo diretrizes claras para detecção de irregularidades e aplicação de sanções, contribuindo, assim, para criação de ambiente propício ao desenvolvimento das atividades empresariais. Esta abordagem não apenas fortalece a conformidade interna, como também promove ambiente de negócios mais transparente e responsável.

Como exemplo, Sousa Mendes, a partir de afirmativas dadas por Braithwaite, menciona o sistema de autorregulação estabelecido pela *National Association of Securities Dealers* (NASD), estabelecido na Seção 15A do *Securities Exchange Act* de 1934. Este sistema atribuía à NASD uma associação privada, autoridade substancial para realizar inspeções nas instalações, bem como nos livros e registros de seus membros. O objetivo destas inspeções era verificar a

³⁰⁶ Nesse sentido, Esteves Prado, por Pazmiño Ruiz: “*Cuanto más espesa sea la complejidad más difícil será la penetración reguladora desde el exterior, desde las instancias públicas, y más habrá de confiarse en la autorregulación que se desarrolle desde el interior del sector de que se trate. En realidad, fiabilidad, objetividad y certeza, lo que requiere una cierta regulación pública de la autorregulación lo que requiere una cierta regulación pública de la autorregulación. Éste es, posiblemente, el punto neurálgico del tema que nos ocupa.*” PAZMIÑO RUIZ, *Compliance y Derecho penal* (...) *op. cit.*, p. 148.

³⁰⁷ COCA VILA, *Programas de cumplimiento* (...), *op. cit.*, p. 44.

³⁰⁸ NIETO MARTIN. O cumprimento normativo (...), *op. cit.*, p. 30.

adesão ou identificar possíveis violações dos regulamentos estabelecidos pela entidade reguladora da bolsa de valores³⁰⁹.

Ao contrário do que pode parecer, a autorregulação melhora qualitativamente e quantitativamente a intervenção estatal, na medida em que o Estado faz uso de uma regulação mais rigorosa, específica e eficaz³¹⁰. A intervenção estatal que impõe às empresas a instituição e a observância de programas de integridade, fundamenta-se na premissa de que os gestores empresariais tendem a fazer, em benefício do próprio empreendimento, escolhas racionais que evitem a responsabilização penal da pessoa jurídica³¹¹.

O que se constata na autorregulação regulada são mecanismos que permitem ao Estado se valer da estrutura organizacional da empresa para atingir os fins de prevenção e repressão tipicamente ligados à função. É uma forma de privatizar o objetivo policial do governo³¹². Em verdade, o estado passaria a se utilizar de todo o poder e estrutura da empresa para cumprir seu papel regulador³¹³.

Engelhart compreende a autorregulação regulada como o melhor modelo de relação entre iniciativa privada e Estado, não vislumbrando como adequada a autorregulação pura, sem participação do Estado³¹⁴. Nessa proposta, o autor sintetiza:

De acordo com esse conceito, o estado estabelece o arcabouço fundamental para a conformidade, enquanto as empresas são responsáveis por regular os detalhes. Isso requer das empresas não apenas o respeito às regulamentações legais, mas também a contribuição ativa para a prevenção de infrações legais, especialmente crimes.

O estado incentiva as empresas a tornarem mais visíveis as ações internas de seus funcionários e a criar uma atmosfera de constante vigilância.

Uma corporação que é, ao mesmo tempo, legisladora, policial, investigadora, juíza e agência de aplicação da lei precisa de alguns controles e contrapesos em relação a tal aglomeração de poder.

Cultura do controle. As empresas assumem um papel importante no controle social, enquanto o estado permanece em uma espécie de posição gerencial com deveres de supervisão.

Em um sistema ideal de autorregulação regulada, o estado estaria de alguma forma continuamente envolvido no monitoramento e adaptação do programa³¹⁵.

Esse posicionamento é compartilhado por Sousa Mendes, que chama a autorregulação regulada de autorregulação forçada, considerando-a a mais adequada³¹⁶, e justifica o

³⁰⁹ MENDES. *Responsive regulation (...)*, op. cit., p. 287 – Nota de Rodapé.

³¹⁰ NIETO MARTIN, *Responsabilidad social (...)*, op. cit., p. 17.

³¹¹ ROCHA, Programa de Integridade (...), op. cit., p. 123-124.

³¹² SIEBER. Programas de *compliance (...)* op. cit., p. 291.

³¹³ COCA VILA, *Programas de cumplimiento (...)*, op. cit., p. 47.

³¹⁴ ENGELHART, *The Nature (...)*, op. cit., p. 33.

³¹⁵ ENGELHART, *The Nature (...)*, op. cit., pp. 33-34.

³¹⁶ MENDES. *Responsive regulation (...)*, op. cit., p. 288.

posicionamento pela eficiência desse modelo em equilibrar os custos associados à conformidade e à regulação, ao mesmo tempo em que minimiza as interferências nas operações econômicas das empresas. Esta abordagem é considerada menos intrusiva, permitindo que as empresas prossigam com atividades econômicas, que são de significativa importância para o bem-estar da sociedade como um todo³¹⁷. A regulamentação reativa, portanto, é vista como um método que atende aos requisitos de governança, ao mesmo tempo em que respeita a autonomia e a continuidade das operações empresariais essenciais.

A observação de Braithwaite³¹⁸, acerca da conduta empresarial, é esclarecedora: na maioria dos casos, as infrações cometidas pelas empresas não derivam de uma intenção deliberada ou de decisões racionais orientadas para a transgressão. Ao contrário, as infrações são frequentemente o resultado de falhas gerenciais ou de incompetência em cumprir todas as normas estabelecidas. Esta realidade destaca a relevância de um modelo de autorregulação participativa, que não somente assiste às empresas na navegação e no cumprimento das regulamentações, mas também permite que o Estado desempenhe eficazmente sua função social. Esse modelo propõe uma abordagem mais colaborativa e educativa, reconhecendo que a assistência e o suporte às empresas podem ser tão cruciais quanto à própria regulação.

Segundo Nieto Martín³¹⁹, a autorregulação é composta por quatro elementos. O primeiro elemento da autorregulação é a necessidade de que as empresas estabeleçam normas de comportamento, denominadas de códigos de conduta, bom governo, boas práticas etc. O segundo elemento corresponde à melhora dos sistemas de informação e documentação, evitando-se a compartimentalização da informação. A terceira característica consiste na designação de pessoas e órgãos pela pessoa jurídica que sejam responsáveis pelo zelo na efetividade da organização empresarial, como os órgãos de criminal *compliance* e o cumprimento dos comitês de auditoria. Por fim, o quarto elemento corresponde à exigência de um controle externo que certifique, avalie ou audite a idoneidade do sistema de autorregulação.

Diante desses diversos fatores, a existência de uma regulação responsiva em atenção à autorregulação parece ser mais um complemento positivo do sistema de justiça criminal e da regulação administrativa dos setores, na medida em que garante a aplicação de sanções, sem deixar de lado um caráter incentivador de boas práticas empresariais.

³¹⁷ MENDES. *Responsive regulation (...)*, op. cit, p. 288.

³¹⁸ Braithwaite *apud* SOUSA MENDES, *Responsive regulation (...)*, op. cit, p. 288. No mesmo sentido, NIETO MARTÍN. *O cumprimento normativo (...)*, op. cit, p. 30.

³¹⁹ NIETO, Adán. *Responsabilidad social, gobierno (...)* op. cit., pp. 3-7.

Quando as empresas elaboram a própria constituição de sociedade tendem, por várias razões, a formular os requisitos mais rigorosos possíveis para uma conduta em conformidade com o direito das sociedades, tendo como pano de fundo as "melhores práticas"³²⁰. Em relação à responsabilidade criminal por negligência, observa-se a peculiaridade de que as empresas frequentemente coestabelecem os padrões de cuidado que devem ser seguidos em situações específicas³²¹. No entanto, um padrão de cuidados mais rigoroso pode resultar em maiores dificuldades de cumprimento por parte dos funcionários da empresa. Surge, assim, uma problemática: a autorregulação das empresas em termos de responsabilidade criminal pode resultar em padrões tão elevados que se tornem impraticáveis, ou até mesmo falta de padronização e clareza quanto às expectativas de conformidade.

Por essa razão, após a aprovação e comunicação dos programas ao Poder Público, aos funcionários e colaboradores da empresa, é crucial estabelecer supervisão constante. Esse acompanhamento é de extrema importância para assegurar a efetividade e a pertinência contínua dos programas implementados³²². O estabelecimento de normas como DIN, EN e ISO por organizações privadas tem sido um método tradicional de autorregulação, com reconhecimento pelo Estado, por exemplo, de padrões relevantes para definição de deveres de cuidado³²³⁻³²⁴.

Na esfera do cumprimento penal, não se trata de criar obrigações adicionais, mas de assegurar o cumprimento das já existentes, contribuindo significativamente para manutenção da consistência da ordem legal. Essa abordagem enfatiza a importância de aderir às normas estabelecidas, reforçando a integridade e a coesão do sistema jurídico. Portanto, o enfoque está em garantir que as obrigações legais preexistentes sejam respeitadas e aplicadas de forma eficaz, visando preservação da ordem e justiça legal.

³²⁰ ROTSCHE, Thomas. *Criminal Compliance*. Título original «**Criminal Compliance**», publicado em *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (5), edición 10/2010, pp. 614-617. Tradução a cargo de Ivó Coca Vila, Universidad Pompeu Fabra. Revisão a cargo do Prof. Dr. Ricardo Robles Planas.

³²¹ ROTSCHE, Thomas. *Criminal Compliance*. Título original «**Criminal Compliance**», publicado em *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (5), edición 10/2010, pp. 614-617. Tradução a cargo de Ivó Coca Vila, Universidad Pompeu Fabra. Revisão a cargo do Prof. Dr. Ricardo Robles Planas.

³²² MENDES. *Law enforcement (...) op. cit.*, p. 17.

³²³ ENGELHART, *The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes (...)*, *op. cit.*, p. 4.

³²⁴ Fundada em 1946 por delegados de 25 países como uma entidade internacional independente e não-governamental, a ISO (Organização Internacional de Normalização) tem hoje representantes de 165 países. Desempenha um papel de liderança na definição e certificação de padrões universais de gestão para programas de conformidade voluntária, especialmente através das "Diretrizes dos Sistemas de Gestão de Conformidade", sendo a versão mais recente a ISO 37301:2021 (en). Online: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:37301:ed-1:v1:en> (último acesso em 04 mai 2023).

E é no receio às sanções criminais decorrentes de infrações que as empresas adotam práticas de conformidade altamente proativas e pragmáticas, particularmente no que tange às investigações internas³²⁵. Esses procedimentos podem incluir, por exemplo, a minuciosa inspeção de gabinetes de funcionários por equipes internas de *compliance*, buscando documentos, discos rígidos e correspondências eletrônicas relevantes³²⁶. Assim, essas medidas de conformidade não apenas visam prevenir infrações, como também preparam as empresas para responder, de forma eficiente e abrangente, a potenciais solicitações regulatórias externas.

Busato acredita que a utilização dos programas de cumprimento normativo para identificação de responsabilidade penal de pessoas físicas, para além de jogar para a empresa o ônus da investigação, é o mesmo que legalizar a transferência de responsabilidade penal para um bode expiatório, normalmente pessoas bem remuneradas que assumirão sozinhas a responsabilidade, livrando a empresa da parcela de responsabilidade devida³²⁷.

Adán Nieto tem ideia diferente, mas alerta que uma base fundamental para o funcionamento da autorregulação regulada seria a adoção da responsabilidade criminal da pessoa jurídica³²⁸.

Discute-se, também, sobre a possibilidade de os códigos de normas reguladas internamente ter efeitos jurídicos assumidos pelo poder público. É o efeito integrador da autorregulação privada³²⁹. Especialmente quando a responsabilidade penal da pessoa física se vê influenciada pela normativa interna corporativa³³⁰. Para sanar esse questionamento de legitimidade, Coca Vila advoga pela participação do maior número de agentes públicos afetados pelo processo de autorregulação da empresa, o que respeitaria como um todo o processo democrático³³¹. A garantia de eficácia do sistema, entretanto, exige a aplicação integral de todas as proteções, procedimentos, recursos e controle jurisdicional³³².

³²⁵ MENDES. *Responsive regulation* (...), *op. cit.*, p. 305.

³²⁶ MENDES. *Responsive regulation* (...), *op. cit.*, p. 307.

³²⁷ BUSATO, Paulo Cesar. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valência: Tirant lo Blanch, 2019, p. 114. O autor provoca fazendo que é como deixar o lobo cuidar do galinheiro. Em sentido parecido BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**, Quartier Latin, 2014, p. 92; CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminal compliance e ética empresarial: novos desafios do direito penal econômico**. Nuria Fabris, 2013, pp. 18-19.

³²⁸ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad social, gobierno* (...) *op. cit.*, p. 14.

³²⁹ ESTEVE PARDO, José. El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya. In: ARROYO JIMENEZ, Luis; NIETO MARTIN, Adan (*dir.*). **Autorregulación y sanciones**, 2008, pp. 39-50, p. 41.

³³⁰ COCA VILA, *Programas de cumplimiento* (...), *op. cit.*, p. 53.

³³¹ COCA VILA, *Programas de cumplimiento* (...), *op. cit.*, p. 54.

³³² ESTEVE PARDO, *El reto de la autorregulación* (...), *op. cit.*, p. 49.

É por essa razão, somada ao objetivo de que o *compliance*, em verdade, deve buscar a conformidade com as normas, de modo a neutralizar riscos, é que o programa adquire verdadeira natureza de ordem pública³³³.

Algo que não se pode olvidar é que o *compliance* é uma forma de autorregulação, o que não deixa de ser uma espécie de privatização da função de prevenção de irregularidades³³⁴, ou que as investigações internas corporativas se tornaram verdadeiras antessalas do processo penal³³⁵. Há, também, menções à privatização da investigação³³⁶, como forma de incentivar as empresas a lutarem contra a corrupção, concedendo a elas incentivos para adotar um sistema de cumprimento normativo³³⁷.

As afirmações são verdadeiras, mas não prejudiciais. Para além da punição criminal ou civil pecuniária pura que é ordinária às legislações, outra forma de punição que surte efeitos e é aconselhada até mesmo dentro da dinâmica de pirâmide de punição proposta por Braithwaite e Ayres, é a ideia de Shamming. Neste sentido, a Lei Anticorrupção, inspirada na legislação concorrencial³³⁸, prevê a punição por via da publicidade adversa. A publicidade adversa, por meio da qual a decisão condenatória é exposta extraordinariamente, às custas da empresa.

A análise do modelo de autorregulação regulada, que se fundamenta na colaboração entre o poder público e o setor privado, leva à conclusão de que este se alinha efetivamente com os objetivos de controle eficaz das atividades empresariais. Este modelo não somente incita as empresas a adotarem postura proativa nos processos de controle e sanção, mas também influencia diretamente nas investigações corporativas. Exige-se que as empresas não apenas corrijam irregularidades internas, mas também desempenhem papel ativo na coleta de evidências. Estas podem, eventualmente, ser compartilhadas com os órgãos responsáveis pela persecução penal.

³³³ GOÑI SEIN, José Luis. Programas de cumplimiento empresarial (*compliance* programs): aspectos laborales. In: PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; GÓMEZ MARTÍN, Victor (*dir.*), **Responsabilidad de la empresa y compliance**, Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer, 2014, pp. 367-419, p. 368.

³³⁴ BUSATO, *criminalidade organizada (...)*, *op. cit.*, p. 97.

³³⁵ ANTUNES, Maria João. Privatização das Investigações e *compliance* criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminal**, vol. 28, n.º 1, 2018, pp. 119-127, p. 119.

³³⁶ ANTUNES, Maria João. *Privatização das investigações (...)* *op. cit.*, p. 122.

³³⁷ NIETO MARTÍN, Adán, La privatización de la lucha contra la corrupcion. In: ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (*dir.*), **El Derecho penal económico en la era del compliance**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 191-210, p. 195.

³³⁸ SCANDELARI, Gustavo Britta; POZZOBON, Roberson Henrique. Shaming como uma via para a sanção criminal de pessoas jurídicas no Brasil. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 151, ano 27, pp. 75-114. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

PARTE II – INVESTIGAÇÕES INTERNAS COMO PARTE NECESSÁRIA AO SISTEMA DE *COMPLIANCE*

CAPÍTULO I – INVESTIGAÇÕES INTERNAS CORPORATIVAS

2. INTRODUÇÃO AO TEMA

A pesquisa, até o presente momento, orientou-se a reconhecer o aspecto proativo das empresas em estabelecer normas e critérios de cumprimento das regulamentações legais ou extralegis vigentes dentro do ordenamento jurídico. Essas medidas se concretizam naquilo que se chama de *compliance*, ou programas de prevenção de irregularidades. Quando afetas ao âmbito penal, podem ser chamadas de *criminal compliance*, ou *compliance* criminal. Para estabelecer modelos que guiarão essa cooperação de público e privado, adere-se ao formato híbrido, que busca se chamar de autorregulação regulada da atividade empresarial.

Acontece que, para além da função primordial que é a de construir sólidos ambientes de cultura ética empresarial, é imprescindível que os programas também sejam vistos no caráter reativo, mormente quando, a depender do ordenamento jurídico, a idoneidade e eficácia do programa passará pelo crivo da capacidade de repreender condutas irregulares ocorridas dentro do ambiente corporativo, razão pela qual há não somente a ponte justificatória do tema correlato, como também se revela a importância de seus estudos.

Em outras palavras, no âmbito do direito sancionador, esses parâmetros de regulação buscam a prevenção de irregularidade e, no conseqüente, é correto afirmar que pretendem instituir cultura empresarial voltada ao cumprimento de regras, e a efetiva prevenção de irregularidades deve estar acompanhada de um conjunto de preceitos que irão atuar de forma repressiva, ou seja, quando ao revés de práticas preventivas, ocorre um ilícito.

É nesse momento que as investigações internas corporativas têm lugar no *compliance*, servindo como privatização de investigação, em que a companhia chamará para si a responsabilidade de apurar e sancionar irregularidades. Cogita-se ser inconcebível um programa de prevenção de ilícitos voltado ao modelo de confiança típico da autorregulação regulada que não contemple em seu bojo mecanismos dedicados a reprimir condutas irregulares. Esses programas de integridade, essenciais para garantir a aderência às normativas e ética empresarial, dependem crucialmente da implementação de sistemas internos que identifiquem, avaliem e respondam adequadamente a qualquer desvio de conduta.

Ao mesmo momento em que se defende a autorregulação regulada, há igualmente que se confiar e defender a possibilidade de investigação interna que colabore com a formatação de um novo sistema de regulação³³⁹.

Foi nos Estados Unidos da América que se exigiu pela primeira vez a colaboração ativa das empresas para investigar e sancionar irregularidade ocorridas dentro do ambiente. Os fatos se deram no âmbito do mercado de valores mobiliários, com a escassez de recursos da *Securities and Exchange Commission (SEC)*. Outrora denominadas *Civil Injunctive Actions*³⁴⁰, as companhias atuavam como extensão das agências investigativas, e sob sua monitoria, sendo que os resultados das investigações seriam compartilhados com a agência.

As investigações pelas companhias surgiram, portanto, de um lado, como modo de facilitar a busca por elementos probatórios, e de outro, como meio eficaz à prevenção e ao abrandamento de eventuais sanções às empresas³⁴¹. A ideia acabara por ser um sucesso, quando as empresas então passaram a realizar investigações próprias, de forma independente, sem necessariamente estar vinculada a uma aprovação da SEC³⁴². O objetivo era colocar a casa em ordem, prevenindo investida da SEC, conferindo maior vantagem às negociações que pudessem se iniciar.

Com o caminho favorável, as investigações internas corporativas passaram a fazer parte do cotidiano das empresas e agências fiscalizadoras, inclusive em âmbito penal³⁴³, notadamente no campo das investigações por corrupção de empresas estrangeiras sob o auspício da FCPA.

³³⁹ SILVEIRA; SAAD-DINIZ. *Compliance*, direito penal (...), *op. cit.*, p. 345.

³⁴⁰ MATHEWS, Arthur F. Internal Corporate Investigations. In: **Ohio State Law Journal**, vol. 45, n.º 3, 1984, pp. 655-702, p. 658. Acesso em 15 nov. 2023. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ohslj45&i=668>.

³⁴¹ ZACLIS. Investigação Interna Corporativa, *op. cit.*, p. 67.

³⁴² Corporations and their counsel began to ask why it would not be more prudent for a company to investigate itself privately without court supervision, SEC monitoring, or inflexible conditions imposed by a consent decree. By employing a self-investigation procedure, a company could use inside or outside counsel, not necessarily wholly independent, and at least not subject to prior approval of the SEC or the court. (MATHEWS. *Internal Corporate Investigation*, *op. cit.*, p. 666).

³⁴³ Esse mecanismo era frequentemente empregado em casos de corrupção empresarial, como suborno, propinas, concessão de regalias, e outras formas de fraude gerencial. Esta prática era particularmente prevalente durante os casos de fraude de gestão reportados nos balanços da década de 1970. A utilização rotineira desse dispositivo em situações de corrupção e má gestão destaca a necessidade de mecanismos de supervisão e controle mais robustos e eficazes nas organizações, a fim de detectar e prevenir práticas empresariais ilícitas e antiéticas (MICHAELS, Kevin H. Internal Corporate Investigations and the Truth. In: **Seton Hall Law Review**, vol. 40, n.º 1, 2010, pp. 83-146, p. 87. Acesso em 15 nov. 2023. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/shlr40&collection=journals&id=85&startid=&end=148>)

A postura colaborativa, ao conduzir e, eventualmente, compartilhar os resultados da investigação, resultaram em redução de penalidades criminais³⁴⁴.

Mencionou-se no item 1.1 deste trabalho que, em que pese a possibilidade de redução de sanções, os parâmetros ainda eram muito incertos, pois SEC e DOJ estabeleciam critérios diferentes para as benesses e, mesmo dentro de uma mesma agência, haviam concessões díspares a casos semelhantes. Foi sob pressão dos empresários que surgiu o *Organizational Sentencing Guidelines (OSG)*, incorporada às *United States Sentencing Guidelines (USSG)*, estabelecendo parâmetros de punição.

Os memorandos publicados a partir do início do século XXI pelos Procuradores Federais³⁴⁵ buscaram traçar obstáculos e exigências aos acordos de cooperação. No memorando Yates, por exemplo, um elemento que merece atenção era condicionar o acordo de não persecução à promoção de investigações internas, com posterior fornecimento ao DOJ a identificação de todas as pessoas que tomaram lugar na prática dos ilícitos.

Assim é que os pontos positivos das investigações internas podem vir desde o estabelecimento de padrões de conduta conforme regras regulatórias – cultura empresarial encaminhada ao cumprimento normativo – passando a coleta de elementos sólidos que sejam de importância do setor de recursos humanos da empresa³⁴⁶, e tão importante quanto, destina-se também à coleta de informações sobre operações de toda cadeia empresarial, seja para angariar elementos de prova para se beneficiar em futuras ações que partam de órgãos de persecução penal, seja impedindo que novas práticas irregulares não venham a se repetir³⁴⁷.

Uma gestão empresarial eficiente prioriza o conhecimento dos eventos internos antes que estes se tornem públicos ou objeto de procedimentos judiciais. Esse conhecimento prévio confere à empresa diversas vantagens estratégicas. Primeiramente, permite a elaboração de uma estratégia defensiva mais precisa e ajustada. Tendo acesso antecipado às informações, a empresa pode ponderar sobre a conveniência de colaborar com as autoridades ou de reter as

³⁴⁴ A resolução sobre aplicação de penalidade vem sem algum tipo de risco. Embora a divulgação de informações possa trazer benefícios para a empresa em negociações com o governo, ela também pode, paradoxalmente, munir o governo com informações detalhadas que facilitam a condução de ações legais, caso decida prosseguir com elas. Além disso, tal divulgação certamente fornece material substancial para litigantes privados em ações judiciais. Este cenário destaca um dilema enfrentado pelas empresas: a divulgação pode ser uma estratégia para melhorar a relação com as autoridades governamentais, mas, ao mesmo tempo, aumenta o risco de exposição legal em outras frentes (MCLUCAS, William R., *et al.* The Decline of the Attorney-Client Privilege in the Corporate Setting. In: **Journal of Criminal Law and Criminology**, vol. 96, n.º 2, 2006, pp. 621-642, p. 627. Acesso em 15 nov. 2023. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jclc96&i=631>).

³⁴⁵ Sugerimos ao leitor as observações feitas no item 1.1.

³⁴⁶ Sobre quem contratar ou demitir (MATHEWS. *Internal Corporate Investigation*, *op. cit.*, p. 671).

³⁴⁷ MATHEWS. *Internal Corporate Investigation*, *op. cit.*, p. 671.

informações. Se a escolha for pela colaboração, e essa for realizada de forma rápida, a empresa tem a vantagem de guiar a investigação, mostrando postura colaborativa e voltada ao ordenamento jurídico. Essa atitude proativa pode, ainda, acelerar a resolução do caso, atenuando os danos à reputação da empresa, reduzir os custos associados e ainda ser capaz de reduzir as penalidades.

Quanto mais informações a empresa reunir sobre o ilícito, maior será o poder de negociação com as autoridades, por exemplo³⁴⁸. São investigações conduzidas pela empresa e em benefício dela mesma³⁴⁹. A habilidade de uma empresa em realizar investigações internas aprofundadas e precisas é, portanto, componente essencial na gestão de riscos e manutenção de padrões éticos e legais. Além disso, uma investigação interna bem-sucedida pode resultar em benefícios substanciais, incluindo a preservação da reputação corporativa, a minimização de perdas financeiras e a prevenção de futuras irregularidades. Assim, a eficácia das investigações internas não se limita ao tratamento de incidentes isolados, mas se estende ao fortalecimento da integridade organizacional e à promoção de uma cultura de conformidade e responsabilidade.

As investigações, portanto, são interessantes para o Estado, não somente do ponto de vista fiscal, como também do ponto de vista jurídico: não apenas a empresa suporta os custos da investigação contra si própria, como, ao minar ou recusar reconhecer o direito processual penal, suporta também os custos da investigação contra si própria³⁵⁰.

É de se observar que ao divulgar informações sobre o comportamento de indivíduos em determinadas situações, uma corporação pode fornecer aos promotores públicos fundamentos para estabelecer a responsabilidade corporativa que, de outra forma, poderia não ser evidente. Esta ação, embora possa parecer medida de transparência e cooperação, também carrega o potencial de criar bases jurídicas para responsabilização da empresa e dirigentes, que não seriam identificadas sem a divulgação dessas informações. Portanto, a decisão de compartilhar informações sobre condutas internas não é isenta de riscos legais, podendo inadvertidamente ampliar a exposição da empresa a responsabilidades legais³⁵¹.

³⁴⁸ TAVARES, *Riscos criminais (...)*, *op. cit.*, p. 15.

³⁴⁹ ENGELHART, *The Nature (...)*, *op. cit.*, p. 3. De igual forma defende Saccani (SACCANI, Raúl. Investigaciones internas: una guía práctica. In: DURRIEU, Nicolás; SACCANI, Raúl (*orgs.*), **Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria**, La Ley, Buenos Aires, 2018, pp. 313-341, p. 315).

³⁵⁰ ROTSCHE. *Criminal Compliance (...)*, *op. cit.*, p. 488. Nesse mesmo sentido: CANESTRARO, Anna Carolina. **As investigações internas no âmbito do criminal compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2020. p. 61.

³⁵¹ JOH, Elizabeth E; JOO, Thomas Wuil, The Corporation as Snitch: The New DOJ Guidelines on Prosecuting White Collar Crime (October 16, 2015). In: **Virginia Law Review Online**, 2015. Acesso em: 13 nov. 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2675266>.

Em suma, as investigações internas desempenham papel essencial e diretamente ligado aos programas de prevenção de ilícitos, tanto no que toca a sua eficácia, como a referência da estratégia empresarial para lidar de forma reativa e proativa às irregularidades cometidas.

2.1. CONCEITO

Na busca por um conceito, o termo 'investigações internas' é utilizado para descrever as atividades de investigação realizadas por uma empresa dentro de sua própria estrutura organizacional³⁵². Essas investigações têm como objetivo verificar informações que possam indicar violações de leis ou das políticas internas da empresa. Elas também buscam esclarecer fatos relacionados à empresa ou aos funcionários que possam ter implicações em termos de responsabilidade civil, administrativa ou criminal³⁵³. Este processo é um componente crucial da governança corporativa, pois permite às empresas identificarem e gerenciarem proativamente riscos legais e de conformidade, assegurando a integridade operacional e a responsabilidade legal.

Zaclis afirma, entretanto, que o conceito de investigações internas não é um consenso³⁵⁴, o que demandaria a busca doutrinária por sua definição. Montiel destaca a existência de um 'segundo sistema de regulação', que opera de forma complementar ao sistema estatal³⁵⁵. Este sistema alternativo delega às empresas a responsabilidade de prevenir, identificar e punir infrações. Essa abordagem evidencia um movimento no qual as corporações assumem papel mais ativo na regulação das próprias atividades, complementando os mecanismos de regulação tradicionalmente implementados pelo Estado. Este sistema paralelo ressalta a crescente importância da autorregulação empresarial no contexto contemporâneo, em que as empresas não apenas seguem as regras estabelecidas pelo governo, mas também desempenham papel crucial na manutenção da ordem e da legalidade dentro de suas próprias operações.

Neira Pena ensina que:

³⁵² BARTOLUCCI, Marco Alessandro. Internal investigations in the trial of corporations in Italy: the practical implication of their admissibility for trial purposes. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 9, n.º 3, pp. 1175-1210, 2023, p. 1190.

³⁵³ BARTOLUCCI. *Internal investigations (...)*, *op cit.*, p. 1190.

³⁵⁴ ZACLIS, Investigação Interna Corporativa, *op. cit.*, p. 72.

³⁵⁵ MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In: **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n.º 40, pp. 251-277, 2013, Versão Eletrônica. Acesso em 18 nov. 2023. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000100008&lng=es&nrm=iso.

*Una investigación interna puede ser definida, en esencia, como un esfuerzo de la organización por determinar qué ha ocurrido en el seno de la misma ante la sospecha de alguna infracción normativa. Se trata, por lo tanto, de procedimientos privados que una organización desarrolla internamente con la finalidad de esclarecer sospechas de conductas ilícitas que se hayan cometido o que se estén cometiendo en el desarrollo de su actividad*³⁵⁶.

Sahan, por sua vez, atribui conceito semelhante, afirmando que as investigações corporativas visam o “esclarecimento de fatos que podem dar lugar a responsabilidades da empresa ou de seus órgãos de representação”³⁵⁷, mas que não excluem, igualmente, fatos praticados por funcionários, diretores ou colaboradores em prejuízo da própria empresa³⁵⁸.

O conceito trazido por Édson Luís Baldan acerca da investigação defensiva é elucidativo:

Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial³⁵⁹.

Em definição mais abrangente, as investigações internas podem ser entendidas como um conjunto de diligências meticulosamente executadas por uma entidade jurídica, seja de forma independente ou com a assistência de colaboradores externos, com objetivo de apuração de fatos que chegam ao conhecimento da organização e que sugerem a possibilidade de violações legais, éticas ou de normativas internas estabelecidas pela própria entidade³⁶⁰.

Disso, conclui-se que as investigações internas buscam colher elementos de prova e esclarecer questões atinentes aos elementos constitutivos de conduta delitativa, ao mesmo tempo que identifica os responsáveis. Isso não significa uma substituição da investigação pública, pela

³⁵⁶ NEIRA PENA, Ana María. Editorial para el dossier “Proceso penal de personas jurídicas e investigaciones internas empresariales”: Investigaciones internas empresariales, derechos fundamentales y prueba prohibida. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 9, n.º 2, pp. 503-544, 2023, p. 509.

³⁵⁷ SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO; Iñigo (orgs.), **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 246.

³⁵⁸ SAHAN. *Investigaciones (...), op. cit.*, p. 246.

³⁵⁹ BALDAN, Édson Luís. Investigación defensiva: o direito de defender-se provando. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 15, n.º 64, pp. 253- 273, 2007, p. 269.

³⁶⁰ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Investigación defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 6, n.º 1, pp. 283-328, 2020. p. 294.

privada³⁶¹, senão ferramenta de colaboração valiosa entre as empresas e os órgãos de investigação, com objetivo de referendar a ideia de prevenção e repressão da criminalidade organizada. Por essa razão, pode-se afirmar que a investigação interna é uma fase dos sistemas de *compliance* que tem por finalidade apurar/confirmar determinados fatos potencialmente ilícitos levados ao conhecimento da empresa³⁶².

É certo então que, implementados sistemas de prevenção de ilícitos, um momento importante de sua concretização passará pelas investigações internas, seja porque eventualmente, a depender do sistema de imputação criminal às empresas, esse modelo será exigência de (não)responsabilidade, seja por ser papel fundamental na obtenção de elementos de prova que futuramente beneficiarão a empresa, independente do compartilhamento com autoridades públicas.

Um alerta importante é de que não se deve confundir investigação interna com processos de *due diligence*, p.ex, ou outras medidas de monitoramento. Isso porque os padrões de diligências prévias são processos regulares que se manifestam de forma antecedente, e que se relacionam com prudência e informação adequada³⁶³. Portanto, auditorias e diligências prévias se voltam mais especificamente a analisar e corrigir condutas anteriores a uma prática efetiva de ilícitos, como forma de analisar os riscos inerentes à atividade³⁶⁴, enquanto a investigação interna iniciará depois da suposta ocorrência de irregularidades³⁶⁵. A importância dessa diferenciação se dá porque, se a investigação ocorre em caráter reativo, as regras a elas aplicadas são diferentes e terá lugar possíveis afetações a direitos fundamentais³⁶⁶.

Montiel destaca que o perímetro de atuação das investigações internas “*no abarca meras actividades de control genérico, sino que comprende (al igual que el proceso penal) actividades*

³⁶¹ MONTIEL. *Sentido y alcance (...), op. cit.*, p. 253.

³⁶² CARVALHO, Francisco Proença de; PONTE, Mafalda Fuzeta da. Investigações Internas e *Compliance*: Um “Pré-Processo Penal”? In: **Actualidad Jurídica Uría Menéndez**, vol. 55, pp. 199-206, p. 200.

³⁶³ MCDONALD, Neil. The role of due diligence in international law. In: **International & Comparative Law Quarterly**, vol. 68, n.º 4, pp. 1041-1054, 2019, p. 1041. Acesso em 18 nov. 2023. Disponível em: doi:10.1017/S0020589319000344.

³⁶⁴ SOTA SÁNCHEZ, Percy André. Due diligence de *compliance* penal en operaciones de M&A como criterio para evitar la transferencia automática de responsabilidad penal a la persona jurídica adquiriente o resultante, en el marco de la Ley N.º 30424. In: **Ius Inkarrri**, vol. 10, n.º 10, pp. 43–88, 2021, p. 69. Acesso em 18 de nov. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.v10n10.4640>. Em sentido semelhante, Rocha diz que essa etapa tem o intuito de prevenir possíveis e futura contingências advindas de transações societárias (ROCHA, Dinir Salvador Rios. Visão geral de *due diligence*: breves aspectos teóricos e práticos. In: QUATTRINI, Larissa Teixeira (coord.), **Fusões, aquisições, reorganizações societárias e due diligence**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49).

³⁶⁵ NIETO MARTIN, Adán. Investigações Internas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.), **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**, 2.ª ed, 2019, São Paulo: Tirant lo Blanch, pp. 293-321, p. 294.

³⁶⁶ NIETO MARTIN, Adán. Investigações Internas, *op cit.*, p. 295.

*destinadas a (intentar) ‘reconstruir el pasado’ y a adoptar medidas a partir de los hechos acreditados”*³⁶⁷.

Essa diferenciação assume especial relevância para não tornar a investigação uma perseguição velada, ou aquilo que Montiel chama de “caça às bruxas”³⁶⁸, ou seja, se utiliza das investigações internas para perseguir algum desafeto, ou tornar alguém um bode expiatório, retirando completamente a legitimidade do procedimento. Desta forma, o objeto da investigação será sempre o fato supostamente irregular³⁶⁹, sendo ilícita a utilização desse procedimento como um *fishing expedition*³⁷⁰, senão serve ao propósito de buscar resposta a um fato já ocorrido.

Sem embargos, para início da investigação interna, são necessárias suspeitas significativas da ocorrência de uma infração³⁷¹.

Diante desse cenário, este trabalho se limitará aos aspectos atinentes às investigações internas como processo posterior à prática de irregularidades, cujo objeto seria perquirir qualquer tipo de infração às normas de *compliance* cometidas dentro da empresa ou contra a empresa.

No Brasil, em que pese ainda não haja regulamentação própria sobre as investigações defensivas e, como sua espécie, investigações internas corporativas, há meios de fundamentar sua existência em parâmetros constitucionais e infraconstitucionais. É o que se passa a estudar.

Porém, é importante reconhecer que em matéria de Direito administrativo sancionador, indiretamente há uma obrigação que legitima o procedimento de investigação interna. A Lei Anticorrupção faz exigências e concede benesses a partir da atuação empresarial proativa. Segundo seus termos, eventuais vantagens na dosimetria das sanções dependem de cooperação empresarial para a apuração das infrações³⁷². Já no que se refere aos acordos de leniência, o instituto confere determinados benefícios, mas exige que a empresa identifique todos os

³⁶⁷ MONTIEL. *Sentido y alcance (...), op. cit.*, p. 257.

³⁶⁸ MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Victor (*dir.*); HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente (*coord.*), **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, pp. 487-515, 2014. p. 497.

³⁶⁹ ZACLIS. *Investigação Interna (...), op. cit.*, p. 74.

³⁷⁰ POLLARD, Stephen; DAVID, Christopher; PROUDLOCK, Elly. United Kingdom: handling internal investigations. In: **GIR The European, Middle Eastern and African Investigations Review 2015**, artigo *online*. Acesso em 30 nov. 2023. Disponível em: <https://globalinvestigationsreview.com/review/the-european-middle-eastern-and-african-investigations-review/2015/article/united-kingdom-handling-internal-investigations>.

³⁷¹ MONTIEL, *Sentido y alcance (...), op. cit.*, p. 258: “*existe la sospecha de que se ha cometido un ilícito o bien cuando la comisión del delito es bastante evidente y ya existe un proceso judicial en march*”.

³⁷² Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações.

envolvidos na infração, bem como obtenha informações e documentos que comprovem o ilícito³⁷³. Por tais razões, se há exigência, deve haver legitimidade e segurança para que as empresas possam corretamente investigar fatos ocorridos dentro dela ou contra ela.

A orientação da Controladoria-Geral da União (CGU)³⁷⁴ é de que para ser viável uma cooperação entre a empresa e a administração pública, exige-se a realização e utilização de dados obtidos em investigação interna. A comunicação às autoridades competentes sobre a ocorrência do ato lesivo, o fornecimento de informações e o esclarecimento de dúvidas podem beneficiar a empresa em eventual processo administrativo de responsabilização³⁷⁵.

Assim, passa-se a analisar o fundamento jurídico para realização das investigações internas em matéria penal.

2.2. FONTE LEGITIMADORA DAS INVESTIGAÇÕES DEFENSIVAS

Se não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer disposição que obrigue as empresas, em âmbito penal, a investigar e instituir procedimentos de investigação interna³⁷⁶, isso não significa que a instauração desse procedimento está obstaculizada. A falta de obrigatoriedade sinaliza que a empresa não poderá ser punida pelo simples fato de não apurar a irregularidade cometida.

³⁷³ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração, resulte: 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.

³⁷⁴ BRASIL. Controladoria Geral da União. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 23.

³⁷⁶ Situação idêntica ocorre, com relação à obrigatoriedade legal, aos países membros da União Europeia (MONTIEL. *Sentido y alcance (...) op. cit.*). Entretanto, Sahan assinala que na Alemanha essa obrigatoriedade pode ser extraída do dever de vigilância (SAHAN, Oliver. *Investigaciones empresariales (...) op. cit.*, p. 249); Já Nieto Martín acredita que há sim uma obrigação de realizar uma investigação interna, mas não em todos os casos. Na sua visão, essa obrigatoriedade se daria quando (a) a empresa estiver diante de uma situação de delitos reiterados ou quando alguma infração estiver em prática, mas ainda não consumada; (b) da infração resultar dano patrimonial à entidade; (c) se constatar um grave erro no sistema de *compliance* e a investigação interna puder resultar na correção desse defeito (NIETO MARTIN, *Investigación Interna, op. cit.*, pp. 298-299). Por fim, na Espanha, recentemente foi aprovada a Ley 2/2023, de 20 de fevereiro de 2023, que regula a proteção das pessoas que denunciem infrações normativas e que tenham relação com a luta contra a corrupção, de modo que indiretamente obriga as empresas a contar com um sistema de investigação interna, o que deve ser analisado em conjunto à Diretiva 2019/1937 da União Europeia, que mais precisamente em seu artigo 5.12 diz: “*El “seguimiento” de las denuncias es definido en la referida norma europea como “toda acción emprendida por el destinatario de una denuncia o cualquier autoridad competente a fin de valorar la exactitud de las alegaciones hechas en la denuncia y, en su caso, de resolver la infracción denunciada, incluso a través de medidas como investigaciones internas, investigaciones, acciones judiciales, acciones de recuperación de fondos o el archivo del procedimiento”.*”

Sob o aspecto da obrigatoriedade na investigação, Montiel destaca que diante de tantas imposições de controle em sentido estrito, e em razão dos incentivos conferidos a colaboração “*en el fondo las empresas están fácticamente compelidas a investigar*”³⁷⁷. Seria impensável, então, compreender todo alcance à colaboração sem permitir e dar legitimidade à investigação por parte da empresa.

Por sua vez, como aponta Nieto Martin: “*Como ferramenta necessária para o exercício de direito de defesa da pessoa jurídica, a legitimidade das investigações internas não pode ser discutida.*”³⁷⁸. Diante desse cenário, é importante que a empresa conte com um sistema disciplinar para atuar contra os contraventores, utilizando-se da investigação interna. Afinal de contas, “*los sistemas de cumplimiento son solo un conjunto de buenas intenciones si no van acompañados de procedimientos internos y normas de control que aseguren su efectivo cumplimiento*”³⁷⁹.

No contexto dos procedimentos de investigação privada, a não observância ou o não reconhecimento dos direitos da empresa de produzir a prova em seu favor, investigando e punindo fatos ocorridos no ambiente interno ou contra si, característica notável do processo penal, seria impensável.

A fim de delimitar o objeto de estudo, é de se destacar que investigação interna é uma espécie do gênero investigação defensiva³⁸⁰. No cenário jurídico atual, o Código de Processo Penal (CPP) não prevê a opção de investigações conduzidas pela defesa. Segundo o estabelecido no artigo 14.º, o acusado tem a prerrogativa de solicitar a realização de diligências específicas dirigidas ao delegado de polícia. No entanto, a execução destas diligências está sujeita à avaliação e decisão da autoridade competente. Este aspecto do CPP reflete uma limitação na capacidade do acusado de influenciar diretamente o curso da investigação,

³⁷⁷ MONTIEL. *Sentido y alcance (...), op. cit.*

³⁷⁸ NIETO MARTIN. *Investigaciones Internas, op. cit.*, p. 327.

³⁷⁹ NIETO MARTIN. *Problemas fundamentales (...), op. cit.*, p. 176.

³⁸⁰ A identificação da investigação interna corporativa como espécie de investigação defensiva, encontra posições divergentes na doutrina, ao passo que aqueles que são contrários a essa classificação o fazem por entender que a investigação defensiva ela seria puramente uma reação à tese acusatória e serviria, portanto, à produção ativa de provas contra as provas de acusação (SILVA, A investigação criminal (...), *op. cit.*, p. 461; RODRIGUES, Douglas. **Investigações corporativas e processo penal: uma análise sobre os limites da licitude da prova.** Londrina: Thoth, 2021, pp. 37-38). Por outro lado, os autores que defendem essa classificação justificam seu posicionamento sob o viés das implicações criminais que podem se originar das próprias diligências. NIETO MARTÍN. *Investigaciones internas, op. cit.*, pp. 305-306; CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas.* In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 6, n.º 1, pp. 283-328, 2020, p. 307).

relegando a ele papel mais passivo, dependente das decisões das autoridades judiciais para condução de investigações e coleta de provas.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, alterado por meio da Lei 13.245/2016, buscou introduzir nas prerrogativas profissionais o direito de assistir seu constituído durante a apuração dos fatos no inquérito policial³⁸¹. Entretanto, diversas alíneas que indicavam inclusive a propositura de requisitar diligências acabaram por ser vetados, sob argumento de que poderia levar a interpretações equivocadas acerca do termo “requisitar”, de modo a obstar o andamento das investigações.

Essa lacuna legislativa com relação à regulação das investigações internas, uma espécie de investigação defensiva, acaba por gerar, além de riscos à advocacia, como a imputação de crime de fraude processual³⁸², um estigma de credibilidade para com os elementos probatórios que venham a ser coletados³⁸³.

Se já há decisões dos Tribunais Superiores que consolidam o entendimento no sentido de que pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais compatíveis com sua natureza³⁸⁴, esse vácuo legislativo deve ser suprido por fontes constitucionais, de modo a satisfazer o próprio direito de defesa. Afinal de contas, a Constituição transcende a função de um documento meramente opinativo, assumindo caráter de natureza comunicativa e obrigatória³⁸⁵. Essa característica implica que o cumprimento não é facultativo, mas um dever imposto a todos. Como tal, a Constituição estabelece um conjunto de normas e princípios fundamentais que regem a sociedade e o Estado, exigindo observância e respeito por parte de todos os cidadãos e entidades.

³⁸¹ Art. 7º São direitos do advogado: XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

³⁸² VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o projeto de código de processo penal e investigação defensiva. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 22, n.º 107, pp. 309-336, 2014, p. 319.

³⁸³ VILARES; BEDIN; CASTRO. Investigação Criminal (...), *op. cit.*, p. 319.

³⁸⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 348; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 27.ª ed, São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 175-176. Nesse sentido pode se apontar a súmula vinculante n.º 14 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

³⁸⁵ MENDES, Jeferson de Oliveira. Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. In: **Revista Campo Jurídico**, vol. 1, n.º 01, pp. 225-244, 2013, p. 228.

A Constituição de 1988 revelou no bojo do processo penal um sistema garantista, de modo a conter o poder punitivo do estado e ampliar ao cidadão, ao máximo, os direitos individuais.

De acordo com Marta Saad, “o investigado deve contar com assistência de defensor já nesta fase preliminar, preparando adequada e tempestivamente sua defesa, substancial, de conteúdo.”³⁸⁶. Neste sentido, a autora segue pontuando que:

A investigação defensiva permite ao acusado contribuir com esclarecimento dos fatos, identificar fontes de prova e até avaliar, de maneira mais qualificada, sua estratégia defensiva, inclusive qualificando-o para decidir sobre a opção de seguir por meios consensuais, como acordo de colaboração premiada.³⁸⁷

Gomes, por sua vez, ao se debruçar sobre a importância do papel da defesa na produção direta de provas ainda na fase investigativa, garante que “quanto maior for a presença da defesa na coleta de elementos, melhor será o resultado do processo na busca da verdade³⁸⁸”. Disso se constata a salutar relevância do papel da defesa na obtenção de provas, que não necessariamente precisa ocorrer dentro do corpo do inquérito policial, senão também por iniciativa autônoma que, no caso da pesquisa ora realizada, no âmbito interno das empresas.

Historicamente, a polícia judiciária brasileira, sob forte influência dos poderes de requisição do Ministério Público, busca elementos de prova exclusivamente para corroborar com teses acusatórias, desprezando elementos que possam ser valorados em favor da defesa. O Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar no sentido de que Polícia e Ministério Público não podem esconder provas que acabam por se revelar favoráveis a defesa³⁸⁹. Se esse é o panorama vivido atualmente, justo é que a defesa tenha poderes para produzir as provas que lhe forem favoráveis de forma autônoma. Não à toa, em 2009, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a sumular algo que parecia obvio: é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório

³⁸⁶ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” - Investigação preliminar: desafios e perspectivas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n.º 1, pp. 29-40, 2020, p. 35.

³⁸⁷ SAAD. Editorial do dossiê (...), *op. cit.*, p. 37.

³⁸⁸ GOMES, Décio Alonso. **Prova e mediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 43.

³⁸⁹ Na Reclamação n.º 55457, o Ministro Luís Edson Fachin afirmou que: “Nesse contexto, é necessário estabelecer um equilíbrio que possa equacionar de maneira adequada e razoável a garantia à inviolabilidade da intimidade e da vida privada com o direito à ampla defesa e ao contraditório para aqueles sujeitos a investigações e processos criminais”.

realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa³⁹⁰.

Não se deve, por fim, afirmar que os elementos produzidos pela defesa serão de menor importância. De acordo com Silva, não é apropriado atribuir mais valor à formação da convicção com base na natureza da investigação (pública ou privada). O que realmente importa é se as ações realizadas visam contribuir para formação da opinião sobre o delito por parte da acusação ou durante um processo penal, e se foram executadas seguindo as normas procedimentais para assegurar a legalidade e a autenticidade do conteúdo³⁹¹.

Diante desse cenário, será apontado nas laudas que seguem dois princípios constitucionais que parecem ter maior relevância na abordagem do tema, sendo eles o princípio da ampla defesa e do contraditório que, em que pese sejam princípios autônomos, por sua natureza e correlação serão tratados no mesmo tópico³⁹²; e o princípio da igualdade de armas, capaz de contrastar o poder do aparato público em dissonância com as possibilidades defensivas. Por fim, ainda neste capítulo, destinaremos tópico próprio a tratar do projeto de Lei n.º 156/2009 – proposta do novo código de processo penal brasileiro – que trata das investigações por parte da defesa, e do provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que busca deontologicamente abordar o tema, a fim de dar um mínimo de segurança jurídico à atuação ativa do advogado na coleta de elementos de prova.

2.2.1. Ampla defesa e contraditório

O artigo 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil traz consigo um rol de garantias fundamentais, tratadas também como cláusula pétreas, que conferem determinados

³⁹⁰ O tema é reconhecido pela sumula vinculante n.º14.

³⁹¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n.º 1, pp. 41-80, 2020, p. 72.

³⁹² “Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa - como poder correlato ao de ação - que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 8.º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 90).

princípios a serem interpretados com coerência lógica no sistema normativo³⁹³. Princípios assumem teor mais aberto³⁹⁴, assinalando um *standard* de justiça³⁹⁵.

O efetivo direito protegido pela ampla defesa e contraditório é a pretensão por uma tutela jurídica efetiva, que permita a participação ativa do réu no processo decisório. É a possibilidade de a defesa contrariar a acusação, repulstando-a ou apresentando sua antítese³⁹⁶. A ampla defesa consiste não apenas no direito de ter uma defesa técnica presente no processo, mas também contempla o direito à autodefesa, que se constitui em, além de ser ouvido em audiência, na possibilidade de direito de presença, que se estabelece na oportunidade do investigado de tomar posição perante as provas produzidas³⁹⁷.

O direito a ampla defesa, na linha ora apontada, é também destinado às pessoas jurídicas, inclusive em âmbito penal. Neste sentido, Canotilho admite que as pessoas jurídicas se utilizem do direito à ampla defesa, quando se virem diante da imposição de poder do Estado³⁹⁸.

O mencionado direito constituído em verdadeiro princípio é reconhecido por todos os países de ordem constitucional democrática, vindo a ser positivado em normativas internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Mencionada convenção disciplina, no artigo 8.º, diversas garantias para o acusado vinculadas ao direito de defesa, sendo talvez a mais específica ao estudo deste trabalho o direito à concessão de tempo e meios adequados para preparação da defesa.

Situação idêntica ocorre com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que no artigo 14.º, assegura o direito de todos os imputados à defesa técnica e aos meios necessários ao exercício da sua defesa. O Brasil também promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional por meio do Decreto 4.388/2002 que, por sua vez, também assegura aos acusados uma gama de direitos que se interligam com a ampla defesa, como o direito de obter o comparecimento das testemunhas de defesa na mesma condição das testemunhas da parte

³⁹³ MENDES. Os princípios constitucionais (...), *op. cit.*, p. 230.

³⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 7.ª ed. 2012, São Paulo: Saraiva, p. 81.

³⁹⁵ MENDES; BRANCO. Curso de Direito Constitucional, *op. cit.*, p. 81.

³⁹⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Defesa penal: Direito ou garantia. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.º 4, 1993, pp. 110-125, p. 113.

³⁹⁷ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO. As nulidades (...), *op. cit.*, p. 93.

³⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 386.

processual acusadora e apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto³⁹⁹.

Ao nível de ordenamentos estrangeiros, o direito português, por exemplo, prevê no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa que o direito de defesa é constitucionalmente consagrado pela carta cidadã. A norma constitucional é regulada pelo n.º 1, “g” do artigo 61.º, do Código de Processo Penal Português, dispondo expressamente que o arguido poderá intervir no processo, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias.

O princípio da ampla defesa é fundamentalmente o direito de um indivíduo de apresentar integralmente a defesa frente às acusações que lhe são imputadas. Isso implica que o acusado deve possuir plena liberdade para selecionar e apresentar evidências que possam corroborar a própria defesa⁴⁰⁰. Este princípio é um pilar essencial do sistema jurídico, assegurando que todas as partes tenham a oportunidade de defender pontos de vista e interesses de maneira justa e equitativa, contribuindo para garantia de um julgamento justo e imparcial. A ampla defesa não se restringe à sua forma reativa, mas são aplicáveis na fase pré-processual⁴⁰¹.

Reconhecido que a ampla defesa garante o direito de produzir provas na relação processual e de buscar a coleta desses elementos de prova que interessem à defesa de um potencial investigado, seria ilógico acreditar que a falta de regulamentação pudesse obstaculizar um direito que é constitucionalmente garantido.

Esse contraponto é feito por Oliveira, ao afirmar que em Portugal não há impedimento à atividade de investigação particular, eis que decorrente de um princípio geral da livre investigação dos fatos coincidentes com alguns dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados⁴⁰². Esta afirmação se aplica ao sistema jurídico brasileiro, que, baseado em um estado constitucional de direito, consagra liberdade e garantias. Assim, a

³⁹⁹ Artigo 67. Item 1. Durante a apreciação de quaisquer fatos constantes da acusação, o acusado tem direito a ser ouvido em audiência pública, levando em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade: (...) e) A inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação. O acusado terá também direito a apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto;

⁴⁰⁰ MENDES. Princípios Constitucionais (...), *op. cit.*, p. 238.

⁴⁰¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 51.

⁴⁰² OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**, 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 31.

ampla defesa é entendida como o direito de utilizar todos os meios e recursos essenciais para o exercício da defesa⁴⁰³.

É então que, nas palavras de Mendes Machado, a investigação defensiva assume especial relevância dentro de um processo penal de estrutura acusatória, e assim encontra fundamento nos direitos constitucionais, como ampla defesa, contraditório e igualdade⁴⁰⁴.

No que concerne ao contraditório, o princípio relevante se materializa no direito de demonstrar a verdade do réu, investigado ou potencialmente. Neste sentido:

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional⁴⁰⁵

O momento prévio a eventual processo criminal depende da efetiva coleta de provas justamente para que o contraditório possa ser exercido de maneira ampla, e a investigação interna terá justamente essa premissa, dentre outras. Será o exercício da resistência à pretensão acusatória por meio de elementos de cognição legitimamente colhidos no ambiente interno.

Mesmo na fase extraprocessual deve ser garantido o direito de defesa, incluindo aqui o de contrapor toda a acusação, admitindo-se a produção ativa de prova indispensável à demonstração de sua inocência⁴⁰⁶, sendo direito subjetivo do investigado o direito de defesa⁴⁰⁷.

O contraditório participativo exige que a parte não fique adstrita somente à manifestação no corpo do processo, mas que contribua e coopera na busca da decisão de mérito⁴⁰⁸. É o direito de defender-se provando.

A possibilidade garantida às partes envolvidas em um processo para aceitar uma solução futura incerta é intrinsecamente motivada pela possibilidade de influenciar o resultado desse

⁴⁰³ Malan chega a dizer que a ampla defesa se constitui em verdadeiro pressuposto de efetividade da administração da justiça criminal, de tal forma que o direito à prova defensiva é verdadeiro direito subjetivo à incorporação de material probatório aos autos do processo, possuindo mesma natureza jurídica dos direitos fundamentais de ação e de defesa (MALAN, Diogo Rudge. *Investigação defensiva no processo penal*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 20, n.º 96, pp. 279-309, 2012. p. 296).

⁴⁰⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 98.

⁴⁰⁵ GRINOVER; FERNANDES; GOMES. *As nulidades (...)*, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁰⁶ “Há de se garantir ao acusado, portanto, o direito de defesa, no sentido de resistência, oposição de forças, possibilitando a ele o direito de se contrapor a todas as acusações, com a assistência de advogado, com a possibilidade de manter-se silente e a admissibilidade de produção das provas por ele requeridas, indispensáveis à demonstração de sua inocência, ou de sua culpabilidade diminuída” (SAAD, Marta. *Defesa no inquérito policial*. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, vol. 2, n.º 4, pp. 59-83, 2018, p. 69).

⁴⁰⁷ SAAD. *Defesa no inquérito (...)*, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁰⁸ SILVA. *A investigação criminal (...)* *op. cit.*, p. 61.

processo⁴⁰⁹. Este fenômeno reflete uma função intrínseca ao contraditório. Um aspecto crucial da tomada de decisão humana que não pode impossibilitar a parte de justamente influenciar nesse processo. Esta dinâmica é especialmente relevante em contextos em que as variáveis são muitas, exigindo das partes grau significativo de flexibilidade, previsão estratégica e disposição para o manejo de incertezas.

Fernandes destaca que o contraditório no processo penal, além de pleno, deve ser efetivo, conferindo à parte possibilidades de contrariar alegações e provas da pretensão acusatória⁴¹⁰. Portanto, um contraditório efetivo e real, inclusive na fase pré-processual, é corolário do direito de defesa do imputado para formar o convencimento judicial.

Pelas razões apresentadas, ao revés da lacuna legislativa, disciplinando de forma específica os contornos da investigação defensiva, aplicada igualmente às investigações internas, a participação ativa da defesa no processo de coleta de elementos de convicção é legitimada pelos princípios constitucionais que passam a fazer parte do conjunto normativo nacional, o que torna sua aplicabilidade e obrigatoriedade incontestáveis⁴¹¹. Na contemporaneidade jurídica, os princípios são reconhecidos como normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui⁴¹². Essa classificação destaca a relevância e a força normativa dos princípios constitucionais, não apenas no contexto da interpretação e aplicação das leis, mas também na moldura da ordem jurídica como um todo.

2.2.2. Igualdade de Armas

O Estado, por meio dos órgãos investigativos, dispõe de um vasto aparato tecnológico e financeiro capaz de realizar verdadeira devassa na vida do investigado. Todo material é apto a colher os mais diversos elementos informativos sobre os fatos constitutivos de um delito. Sem contar que à Polícia e aos membros do Ministério Público são conferidos poderes requisitórios coercitivos na intimação de testemunhas e obtenção de provas sigilosas.

⁴⁰⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 136.

⁴¹⁰ FERNANDES. Processo penal constitucional, *op. cit.*, p. 58.

⁴¹¹ MENDES. Princípios Constitucionais (...), *op. cit.*, p. 233.

⁴¹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 147.

Por sua vez, o investigado por vezes não detém sequer de recursos financeiros para contratar um advogado particular. É claro que, no âmbito das investigações internas corporativas, o cenário é diferente, quando, então, as empresas contarão com recursos financeiros suficientes para realizar sua própria investigação. E é justamente disso que se trata, igualdade de armas. Permitir que o investigado possa realizar a própria investigação com o objetivo de colher elementos de convicção que lhe permitam vantagem diante do poder punitivo do Estado.

A investigação defensiva, de acordo com Mendes Machado, é: “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa”⁴¹³.

Nesse sentido, a impossibilidade de garantir a defesa realizar o próprio procedimento de investigação, com intuito de colher elementos de convicção, afetaria frontalmente o direito à paridade de armas. Mendes e Branco afirmam que a estrita igualdade entre a acusação e defesa assegura o equilíbrio da relação processual penal⁴¹⁴.

Fazzalari, por sua vez, diz que a igualdade de armas, decorrente do próprio princípio do contraditório, é a efetiva e igualitária participação das partes no processo penal, com igualdade de armas e oportunidades⁴¹⁵.

A escassez de regulamentação legal que equipe os defensores de meios aptos a produzir investigações autônomas causam, de fato, prejuízo e insegurança jurídica. Nas palavras de Malan:

a falta de regulamentação em nosso Código de Processo Penal acerca dos direitos e deveres dos defensores técnicos em suas investigações particulares, o que na prática: (a) inviabiliza o acesso deles a uma série de informações sigilosas e os impede de colher declarações testemunhais coercitivamente; (b) expõe tais defensores ao risco de acusações pela prática de infrações penais contra a Administração da Justiça, tais como falso testemunho e fraude processual; (c) perpetua certo preconceito cultural contra a credibilidade de elementos informativos e probatórios amealhados por defensores técnicos ou investigadores particulares por eles contratados⁴¹⁶.

Mas essa lacuna legislativa deve ser suprida com interpretação correta dos princípios constitucionais e, então, não pode se perder de vista a correta proteção dos interesses das partes,

⁴¹³ MACHADO. A Investigação criminal defensiva, *op. cit.*, p. 119.

⁴¹⁴ MENDES; BRANCO. Curso de Direito Constitucional, *op. cit.*, p. 504.

⁴¹⁵ FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale *apud* LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, 18. ed. 2021 São Paulo: Saraiva, p. 111.

⁴¹⁶ MALAN. Investigação defensiva (...), *op. cit.*, p. 281.

permitindo meios para se atingir o equilíbrio entre os conflitantes, garantindo tratamento paritário entre eles⁴¹⁷.

Como advoga Dantas e Costa, a disparidade de poderes entre acusação e defesa não reflete o espírito constitucional da paridade de armas, havendo discrepância que se torna particularmente evidente durante a fase de investigação preliminar, sendo esse o contexto que a investigação defensiva surge, ainda que de forma gradual, em busca de um papel mais ativo e efetivo do defensor nesta etapa pré-judicial⁴¹⁸. Garantem-se, assim, oportunidades equivalentes de investigação, coletando provas e sustentando as argumentações que futuramente serão objeto de apreciação judicial.

O direito fundamental à investigação defensiva encontra alicerce em dois aspectos cruciais: (a) no direito à prova defensiva, visto que a apresentação de provas em juízo pressupõe uma atividade investigativa prévia, e (b) na garantia da paridade de armas⁴¹⁹. O primeiro aspecto ressalta a necessidade de se realizar uma investigação para coletar provas que fundamentem a defesa, enquanto o segundo aspecto enfoca a importância do equilíbrio entre acusação e defesa no processo jurídico.

Fundamentado no princípio da igualdade de armas, intrínseco ao direito processual, o sistema judicial é estruturado de modo a garantir equilíbrio de forças entre acusação e defesa. A igualdade processual, portanto, não é meramente uma formalidade, mas um pilar que sustenta a integridade e a eficácia do sistema de justiça. Ela implica que tanto a acusação quanto a defesa devem ter oportunidades equivalentes para apresentar alegações, reunir provas, questionar testemunhas e exercer plenamente os direitos processuais.

Os argumentos no sentido de que a defesa tem a possibilidade de solicitar ao delegado de polícia, diligências a serem realizadas no inquérito policial (art. 14.º, CPP) é, empiricamente, insuficiente, uma vez que se trata de liberalidade do delegado em cumprir o pedido. De outro lado, o Ministério Público encampa função de controle externo da Polícia Judiciária⁴²⁰ e pode requisitar diligências complementares que entender necessárias. Não se defende aqui que, ao menos no corpo do inquérito policial, possa a defesa ter o mesmo poder requisitório dos membros do Ministério Público, mas sim que a lei dê aos defensores em geral o mesmo poder

⁴¹⁷ MENDES; BRANCO. Curso de Direito Constitucional, *op cit.*, p. 523.

⁴¹⁸ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; COSTA Joao Carlos Faria da. Defensive Investigation: Development of Subject and the Problems of Their Applicability. In: **Prisma Jurídico**, vol. 20, n.º 2, 2021, pp. 351-374, p. 356. Acesso em 16 dez 2023. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/piajdc020&i=351>.

⁴¹⁹ MALAN. Investigação defensiva (...), *op. cit.*, p. 290.

⁴²⁰ Artigo 129, VII, da Constituição Federal.

para que, de forma autônoma, requisite provas e oitivas de testemunhas, e logicamente sob as mesmas consequências legais em caso de abusos.

No âmbito da investigação defensiva, a análise do direito à igualdade pode ser abordada sob a perspectiva de concorrência com a investigações realizadas por entidades estatais⁴²¹, de modo a permitir a influência da defesa, com possibilidade de coletar elementos de convicção, influenciar e contraditar ativamente a hipótese acusatória.

Como bem aponta Gómes Martíns, o fundamento da investigação interna pode se extrair de um verdadeiro exercício regular de direito à produção de prova, lastreado em direito fundamental⁴²². Assim, a possibilidade de promoção das investigações pela defesa serve para contrabalancear os poderes investigatórios da acusação⁴²³, na busca do equilíbrio, na fase de investigação preliminar.

Dentro do marco do sistema processual acusatório, a fase de investigação preparatória do processo penal é conduzida pelo delegado de polícia e pelo promotor de justiça. Esta etapa é caracterizada por uma abordagem menos formalizada e que corre à liberalidade dos seus titulares. Neste contexto, a figura do defensor enfrenta limitações de acesso e requerimentos. Portanto, permitir a investigação direta pela defesa na fase de investigação ou mesmo durante o processo tem como objetivo principal assegurar a igualdade de condições entre as partes envolvidas. Isso significa que as evidências e provas serão apresentadas com a mesma validade à autoridade judiciária. Este procedimento busca garantir equilíbrio na apresentação de provas e argumentos, respeitando o princípio da equidade processual.

Corrêa, com base em julgado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ensina que o devido processo legal somente será efetivo quando houver um processo equitativo, que pressupõe duas exigências básicas: o princípio da igualdade de armas e um procedimento adversarial⁴²⁴. E, de forma explicativa, afirma que o direito a um tratamento igualitário significa que tanto a defesa quanto a acusação devem ter oportunidades iguais para preparar e apresentar acusação e defesa durante o processo⁴²⁵.

⁴²¹ VILARES; BEDIN; CASTRO. *Investigação Criminal (...)*, *op. cit.*, p. 320.

⁴²² GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *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, 2013, pp. 125-146, p. 135.

⁴²³ VILARES; BEDIN; CASTRO. *Investigação Criminal (...)*, *op. cit.*, p. 310.

⁴²⁴ CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, vol. 25, n.º 127, pp. 167-198, 2017. p. 190.

⁴²⁵ CORRÊA. *Constitucionalismo cosmopolita (...)*, *op. cit.*, p. 190.

No contexto da investigação defensiva, aqui notadamente da investigação interna corporativa, o processo penal justo e equitativo somente se dará quando tanto o Ministério Público quanto a defesa tiverem a oportunidade de reconstruir os fatos por meio da identificação e coleta independente de meios de prova. Por isso, emergem considerações significativas sobre as consequências que esse conjunto de elementos pode acarretar para o processo judicial subsequente. Neste cenário, a atuação pré-processual de ambas as partes não somente contribui para formação de uma base fática mais robusta e diversificada, como também promove o valor fundamental do princípio da ampla defesa, contraditório e paridade de armas.

No sistema acusatório, é fundamental que todas as partes envolvidas conduzam as investigações de maneira adequada, livre de impedimentos ou interferências externas. Isso é particularmente verdadeiro para a defesa, cuja função principal é executar diversas ações, visando obtenção de provas em favor do investigado. Essas ações são essenciais para possibilitar a participação efetiva dos acusados no processo.

Esses princípios, essenciais em um sistema de justiça equitativo, asseguram que ambas as partes tenham a oportunidade de apresentar as versões dos fatos, contestar as provas apresentadas pela parte oposta e influenciar a formação do convencimento do julgador. Assim, a participação ativa tanto da defesa nas fases iniciais da investigação não apenas equilibra as forças em disputa, mas também reforça o caráter democrático e justo do processo legal, garantindo que todas as vozes relevantes sejam ouvidas e consideradas antes da tomada de decisões judiciais.

2.2.3. Investigação defensiva no P.L 156/2009

Se hoje o sistema processual penal brasileiro vivencia carência de instrumentos defensivos voltados à produção proativa de meios de prova, o legislador brasileiro busca reduzir essa insegurança, ainda que de forma muito tímida e insuficiente. O Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal (P.L 156/2009) que tramita por iniciativa do Senado Federal⁴²⁶ trata do assunto no artigo 13.º e prevê ser facultado ao investigado, por meio de advogado, defensor público ou outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor da própria defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

⁴²⁶ O projeto foi aprovado no Senado em 08/12/2010 e desde então está para votação na Câmara dos Deputados.

Extrai-se do texto ser permitido aos defensores terem iniciativa para indicar fontes de prova. Os dispositivos que se seguem ao artigo 13.º regulamentam a forma de realização das entrevistas. Já com relação à vítima, o projeto inviabiliza a oitiva da vítima por meio defensivo, exceto se houver autorização judicial do juiz de garantias e com prévio consentimento da pessoa a ser entrevistada⁴²⁷.

Conforme estipulado no Projeto, a responsabilidade pela condução do inquérito permanece com a autoridade policial. Neste contexto, o investigado é assegurado do direito de solicitar a realização de diligências específicas ou a inclusão de material probatório produzido pela defesa no inquérito. Entretanto, essas solicitações estão sujeitas ao crivo da autoridade policial, que detém a discricionariedade para deferi-las ou não. Portanto, nada se altera de forma significativa ao que hoje é contemplado no CPP.

Importante ressaltar, conforme o disposto no artigo 26, parágrafo 1º, que, em casos de indeferimento desses pedidos, a parte interessada possui mecanismo de recurso. Pode-se apresentar uma representação perante a autoridade policial de nível superior ou recorrer diretamente ao Ministério Público. Mas, em termos práticos, o que se observa é que nada disso terá eficácia verdadeira na produção de elementos de prova em favor da defesa, esbarrando nos mesmos desafios vivenciados pela advocacia atualmente.

O texto também perde a chance de regulamentar de forma decisiva outras formas de obtenção de elementos de prova. Desde requerimentos pela defesa de imagens de câmera de vigilância em estabelecimentos públicos e privados; expedição de ofícios com força requisita a órgãos públicos, p.ex.

Curioso notar que para o que se entende como ‘investigado’, o artigo 9.º do mesmo projeto institui que para efeitos legais, a condição jurídica de investigado se inicia com o primeiro ato ou procedimento investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação, na prática, de uma infração penal⁴²⁸. Mas, parece que essa definição pelo legislador é desavisada e, tampouco, tem aplicação prática, no que diz respeito às investigações defensiva e, no caso deste trabalho, das investigações internas, pois não há impedimento algum para que antes mesmo da autoridade policial tomar ciência de uma infração

⁴²⁷ § 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

⁴²⁸ Art. 9.º Para fins de regulamentar o que se entende como ‘investigado’, o artigo 9.º, do mesmo projeto, institui que para efeitos legais, a condição jurídica de investigado se inicia com o primeiro ato ou procedimento investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de uma infração penal.

penal, aquele cidadão ou entidade que potencialmente seja lesado com a persecução penal, inicie manobras para salvaguardar a liberdade e defesa.

Embora a previsão da investigação defensiva na legislação represente um progresso, é notável que os recursos disponíveis para defesa na busca de provas e na realização de atos investigativos permaneçam consideravelmente limitados, especialmente quando comparados aos extensivos recursos à disposição da Polícia Judiciária, deficiência que se mantém no projeto.

A investigação defensiva, embora fundamental para a construção de uma defesa robusta e o exercício do contraditório, recebendo um viés quicá de elemento de idoneidade e eficácia de um sistema de prevenção de ilícitos corporativos, enfrenta restrições que vão desde limites financeiros e logísticos até restrições legais no acesso a certos tipos de provas e procedimentos.

Portanto, de forma muito tímida, o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal apenas possibilita a promoção, pelo investigado, de identificação de fontes de prova e realização de entrevistas com pessoas que julgar necessárias. Porém, deixa de atribuir conceito e elencar métodos próprios para a investigação por parte da defesa. Essa tarefa foi mais bem cumprida pelo Provimento 188/2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que será objeto de análise na divisão que se segue.

2.2.4. Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

O provimento 188/2018 do CFOAB⁴²⁹ busca dar maior segurança aos advogados na realização das investigações defensivas. No artigo 1º, já traz definição abrangente da investigação defensiva, caracterizando-a como um conjunto de atividades investigativas realizadas pelo defensor, podendo este ser auxiliado por consultores técnicos e outros profissionais legalmente habilitados. Essas atividades investigativas podem ser desenvolvidas em qualquer fase da persecução penal, em qualquer procedimento ou grau de jurisdição⁴³⁰, tendo como objetivo primordial a formação de acervo probatório lícito em favor do constituinte.

⁴²⁹ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento Nº 188/2018: **Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.** Acesso em: 26 dez. 2019. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>.

⁴³⁰ Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.

Disso, entretanto, não se vislumbra impedimento, para que as investigações se deem antes mesmo de qualquer procedimento formal de investigação pública, desde que o objeto esteja previamente delimitado, a fim de satisfazer a função reativa em apurar fatos potencialmente ensejadores de uma investigação pública.

De acordo com Canestraro e Januário, esse posicionamento estaria de acordo com os objetivos dos programas de prevenção de ilícitos, ao mesmo tempo que preserva o direito da empresa de somente compartilhar aquilo que lhe for favorável⁴³¹. Os programas de *compliance*, projetados para assegurar a aderência às leis e regulamentações relevantes, bem como para promover uma cultura organizacional ética, frequentemente incluem a realização de investigações internas como um mecanismo para detectar e corrigir irregularidades. A não obrigatoriedade de divulgar as descobertas das investigações internas às autoridades reforça a autonomia e a confidencialidade desses programas, permitindo às empresas lidarem com as questões internamente e tomarem medidas corretivas apropriadas.

No que toca ao alcance das investigações, o provimento abarca o advogado, para que diligencie de forma direta a toda promoção necessária ao esclarecimento dos fatos, inclusive colheita de depoimentos, busca de dados em órgãos públicos ou privados, realização de perícias e laudos, dentre outras⁴³². A importância dessa disposição é precisa, ao dar segurança ao advogado ou investigador privado para agir em paridade com os órgãos de acusação, que detém em seu aparato todas as ferramentas necessárias a proceder da mesma forma.

Essa disposição, especificamente aos procedimentos de investigação interna corporativa, recebe alerta, para que seja expressamente prevista nos códigos de *compliance* da empresa, tornando possível, assim, que colaboradores e interessados tomem conhecimento dela⁴³³.

O provimento também reforça o dever de sigilo das informações colhidas⁴³⁴, que aplicado ao âmbito das investigações internas, teria como destinatário a privacidade das pessoas

⁴³¹ CANESTRARO; JANUÁRIO. Investigação defensiva corporativa (...), *op. cit.*, p. 310.

⁴³² Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

⁴³³ MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: *compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLOMONTIEL, Juan; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp. 221-244, p. 226.

⁴³⁴ Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

diretamente afetadas com as investigações. Esse assunto será mais bem exemplificado no capítulo 3 deste trabalho, quando, então, serão abordados os limites à produção de prova.

O que se observa do Provimento 188/2018 do CFOAB é uma tentativa bem-vinda e certa para trazer segurança aos advogados e, no objeto deste trabalho, aos responsáveis pela investigação interna, para colher elementos de prova aptos aos interesses da empresa, sendo passo importante para garantia da ampla defesa e paridade de armas no processo penal. Essa regulamentação não apenas permite a coleta direta de informações pelo defensor, como também define, de certa maneira, alguns limites de atuação.

A normativa dá início de regulamentação que terá reflexos significativos nas investigações internas empresariais, uma vez que compartilham semelhanças com as investigações defensivas. Além disso, destaca a importância da preservação do sigilo das informações e a ausência de dever dos advogados de informar às autoridades.

Embora o Provimento 188/2018 não resolva todas as questões, ele promete melhorar a regulamentação das investigações defensivas e potencialmente impactar positivamente as investigações internas no contexto empresarial.

2.3. INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA EM LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

A pesquisa até esse momento buscou apresentar os possíveis conceitos das investigações internas e traçar semelhanças com as investigações defensivas. À lacuna legislativa, em âmbito brasileiro, sobre o suporte legal das investigações é suprida, ainda que de forma provisória, por direitos e garantias fundamentais dos quais recortou-se a ampla defesa, contraditório e igualdade de armas no processo penal. Agora, para que se possa compreender a melhor definição e tratamento legal para se dar ao instituto, e antes de se propor, ou estudar, os limites de atuação do investigador, a revisão passará a estudar um comparativo com o sistema italiano e estadunidense. Esse recorte parece razoável, na medida em que os dois ordenamentos contam com desenvolvimento teórico e prático mais experiente no tema, sem contar a especial relevância que os países assumem nos estudos jurídicos. Em que pese os Estados Unidos serem tradicionalmente um sistema adversarial e de *comum law*, o pioneirismo nas práticas empresariais influenciam países de tradição *civil law*. O sistema italiano, por sua vez, é também motivado pelas práticas americanas, como também inspira diversas inovações no ordenamento brasileiro.

Sem embargos, segue-se a analisar primeiramente o sistema dos Estados Unidos da América, para, então, proceder ao comparativo com o sistema italiano.

2.3.1. Investigação defensiva nos Estados Unidos da América

O Direito penal na cultura de *commom law* tem a base na tradição adversarial, que implica rígido regime probatório, em que a iniciativa está nas mãos das partes que se inserem no âmbito de suas estratégias⁴³⁵, e, por essa razão, a investigação defensiva, lá, tem papel decisivo e estimulado, resultando inclusive em critérios de efetividade da defesa técnica⁴³⁶.

Por essa razão, interpretada de acordo com a sexta emenda à Constituição dos Estados Unidos, o direito de defesa de todos os investigados compõe, dentre outras, o direito à notificação compulsória de testemunhas de defesa para comparecimento⁴³⁷, e o direito à defesa técnica⁴³⁸.

Esse direito à defesa técnica proativa é lido como cláusula compulsória do processo, parte integrante do devido processo legal, sendo poder-dever do advogado contrato adotar postura ativa na produção de elementos de prova que beneficiem o cliente⁴³⁹. O reconhecimento do direito de defesa passou de um simples direito ao aconselhamento para um direito de assistência efetivo que cumpra padrões mínimos⁴⁴⁰. A título de exemplo, a Suprema Corte Norte-americana se debruçou com pedidos de anulação de condenações diante de uma defesa técnica ineficiente, como no caso *Strickland v. Washington*⁴⁴¹, em que o réu foi sentenciado à morte. Na ocasião, os juízes assentaram que “o dever de investigação é um dos corolários

⁴³⁵ MACHADO. A investigação Criminal Defensiva, *op. cit.*, p. 98.

⁴³⁶ MALAN. Investigação Defensiva (...), *op. cit.*, p. 282.

⁴³⁷ (...) *to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor.*

⁴³⁸ (...) *to have the assistance of counsel for his defense.*

⁴³⁹ MALAN. Investigação Defensiva (...), *op. cit.*, p. 282.

⁴⁴⁰ No caso *McMann v. Richardson*, 397 U.S 759, 771 (1970) a Suprema Corte definiu três formas em que pode se considerar que o acusado contava com uma defesa ineficiente. Uma é quando o advogado de defesa funcionou sob um conflito de interesses. Outra é quando o Estado interferiu com um aspeto importante da representação do advogado de defesa. A terceira é quando a representação do advogado de defesa ficou abaixo de um determinado padrão. Acesso em 05 dez 2023. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/759/>. Sobre último aspecto, os julgadores reconheceram que “o aconselhamento do advogado deve estar dentro da gama de competência exigida aos advogados em casos criminais” (item III da decisão).

⁴⁴¹ EUA. *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984). Acesso em 05 dez 2023. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/668/>. O caso analisava uma sentença de morte imposta a um cidadão e o recurso à Suprema Corte definiu que desde o caso *Furman v. Georgia*, os processos que tivessem como reconhecimento a pena de morte receberiam regramentos mais duros, com aspectos de maior qualidade e quantidade de informações providenciadas ao sentenciante (GREDD, Helen. *Washington v. Strickland: Defining Effective Assistance of Counsel at Capital Sentencing*. In: **Columbia Law Review**, vol. 83, n.º 6, 1983, pp. 1544-1581, p. 1547. Acesso em 05 dez 2023. Disponível em *HeinOnline*, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/clr83&i=1560>).

lógicos do dever de proporcionar ao acusado uma defesa técnica efetiva”. Observa-se, então, a inquietação da Suprema Corte dos Estados Unidos perante situações em que indivíduos enfrentaram repercussões processuais, devido a uma representação legal deficiente.

Existe por lá, também, ausência de sujeição aos limites constitucionais, quando da atuação do investigador particular, mais notadamente com relação às regras de proibição de prova. Neste trabalho, esse tópico será mais abordado do capítulo II da segunda parte. Se há essa carência de regulamentação, assim como no exemplo brasileiro, a *American Bar Association* (ABA) possui as próprias diretrizes, cuja influência é ratificada pela jurisprudência americana⁴⁴².

Acerca dessas recomendações, há por lá dois regulamentos que devem ser citados. O primeiro trata do *Criminal Justice Standards for the Defense Function*⁴⁴³. Ao exemplo que se pretende comparar, a norma prevê de forma clara que o advogado tem o dever de investigar (4-4.1), inclusive não pode medir esforços para garantir conhecimento sobre todos os elementos de prova de quem tem posse a acusação.

Especificamente no que diz respeito às entrevistas realizadas no âmbito de uma investigação defensiva, é recomendado que se busque a coleta de depoimentos de todas as testemunhas envolvidas, inclusive as vítimas, assegurando que as entrevistas sejam conduzidas de maneira a não coagir ou intimidar os envolvidos (4-4.3 c). Além disso, é importante que fique claro quem é o entrevistador e a quem ele serve, ou seja, não dando margens à interpretação de que a testemunha estará amparada pelo sigilo ao relevar informações ao entrevistador (4-4.3 d).

Outra norma de aplicação às investigações é a *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Case*⁴⁴⁴. Este documento constitui guia sobre a conduta que deve ser adotada por defensores em processos criminais, nos quais a pena de

⁴⁴² Sobre o tema, a Suprema Corte definiu mais recentemente, no caso *Bobby v. Van Hook*, 558 U.S. 4 (2009), que os padrões de eficiência de uma defesa estabelecido pela American Bar Association são relevantes para se avaliar a possibilidade ou não de anulação de uma condenação. O Tribunal de Recurso do Sexto Circuito concedeu habeas corpus a Robert Van Hook com base no facto de não ter recebido assistência efetiva do advogado, adotando a American Bar Association's 2003 "Guidelines" (OLSON-GAULT, Emily. Reclaiming Van Hook: Using the ABA's Guidelines and Resources to Establish Prevailing Professional Norms. In: **Hofstra Law Review**, vol. 46, n.º 4, 2018, pp. 1279-1304, p. 1283. Acesso em: 5 dez. 2023. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hoflr46&i=1315>).

⁴⁴³ Em tradução livre: Padrões de justiça criminal para uma defesa funcional. Acesso em: 11 dez. 2023. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/

⁴⁴⁴ Em tradução livre: Diretrizes para a nomeação e desempenho do advogado de defesa em processos de pena de morte. Acesso em: 11 dez. 2023. Disponível em https://www.americanbar.org/groups/committees/death_penalty_representation/resources/aba_guidelines/

morte é uma possível consequência. Ele estabelece critérios específicos e elementos essenciais que devem ser contemplados em uma investigação defensiva eficaz (10.7). A orientação detalhada busca garantir que todas as medidas necessárias sejam tomadas para proteger os direitos do acusado, considerando a gravidade da pena em questão.

Os elementos destacados para uma investigação defensiva apropriada incluem, entre outros, a necessidade de análise abrangente e meticulosa das evidências, a busca ativa por testemunhas e provas que possam corroborar a defesa, e avaliação crítica das circunstâncias e do contexto do caso.

Constata-se que, pelo sistema de investigação defensiva presente no ordenamento americano, o papel da defesa na coleta de elementos de informação, além de necessário, é obrigatório, pois claramente tem o condão de mitigar a conclusão cognitiva do magistrado⁴⁴⁵, mesmo quando se tratar, por exemplo, de réu confesso⁴⁴⁶. Esse sistema, ainda que de tradição culturalmente distinta da brasileira, deve ser usado como referência, uma vez que calcado em princípios absolutamente salutares ao Direito penal, conferindo “mecanismos de permissão à busca de elementos de formação do convencimento pela defesa técnica nos mais variados estágios da persecução”⁴⁴⁷.

No que toca ao momento de apresentação probatória, no sistema norte-americano, existe fase anterior ao processo criminal que se chama *Discovery* (ou descoberta)⁴⁴⁸, cuja serventia é a revelação, pelas partes, dos elementos de prova que se referem ao caso, evitando-se uma má-fé processual decorrente do fator surpresa⁴⁴⁹, promovendo maior facilidade à conciliação⁴⁵⁰. Tamanha é a importância desse momento pré-processual, que a Suprema Corte reconhece a violação ao devido processo legal, caso se constate que a acusação sonegou provas que poderiam ser usadas em favor da defesa⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ VILARES; DEDIN; CASTRO. *Investigação Criminal (...)*, *op cit.*, p. 323.

⁴⁴⁶ MALAN. *Investigação Defensiva (...)* *op. cit.*, p. 290.

⁴⁴⁷ SILVA. *A investigação criminal (...)*, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁴⁸ Essa fase pré-processual não é algo constitucionalmente reconhecido (EUA. *Wheatherford v. Burse*, 429 U.S. 545, 554 (1977).) mas previsto na maior parte dos procedimentos estaduais.

⁴⁴⁹ SKEELS, David. *The Rules of Criminal Procedure And the 30-Year Experiment with Discovery in Criminal Cases*. In: *Massachusetts Law Review*, vol. 92, 2009, pp. 142-147, p. 143. Acesso em: 16 dez 2023. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=usjournals&handle=hein.barjournals/malr0092&id=161&men_tab=srchresults.

⁴⁵⁰ SILVA. *A investigação criminal (...)*, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁵¹ EUA. *Brady v. Maryland*, 373 U.S 83 (1963). Com a implementação da fase do Discovery no processo penal americano, reconhece-se a inviabilidade do *carried in the dark* que consistia no conjunto de manobras de uma parte visando surpreender a outra e desse modo conquistar uma vantagem estratégica nos debates (PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 53)

Portanto, esse sistema adversarial bem definido nos Estados Unidos dá força para incorporação das investigações defensivas como premissa ao próprio sistema de devido processo legal e deve servir como parâmetros a uma importação adequada ao processo penal brasileiro.

2.3.2. Investigação defensiva na Itália

Em 1988, a Itália reformou o Código de Processo Penal. Foi por meio dela que a Itália superou o modelo fascista de processo penal e adotou a matriz acusatória, atribuindo às partes a iniciativa probatória, aproximando-se do modelo adversarial⁴⁵² anglo-saxônico. Ocorreu a divisão adequadas das funções de cada uma das partes no processo. Essa alteração pode ser considerada como marco inicial que reconhece a possibilidade de investigação defensiva, embora ainda muito tímida, pois não regulamentava, de fato, os modos de obtenção de prova pela defesa, algo próximo do que se observa hoje, em termos legais, ao processo penal brasileiro.

Retirando o juiz da atividade probatória, atribuíram-se poderes alongados ao Ministério Público, e criou-se o denominado *indagini preliminar*, deixando o órgão responsável pelas investigações, inclusive podendo requisitar informações sem passar pelo crivo do Juiz, desde que as diligências não afetem direitos e garantias individuais dos investigados⁴⁵³.

O juiz responsável por analisar pedidos que interfiram em direitos fundamentais é chamado de *Giudice per le Indagini Preliminari* (GIP), a quem é vedada a atuação *ex officio*, e é pessoa diversa do magistrado que irá presidir eventual e futura ação penal. O GIP tem função de fiscalizar a atividade probatória, não apenas do Ministério Público, mas também do investigador privado, conforme previsão do artigo 328 do CPPi.

Silva, citando Oliviero Mazza, explica que àquele momento, a atividade defensiva servia para subsidiar as teses de atuação em juízo, mas não para ter postura ativa, antecipada e unilateral na aquisição de elementos de convicção⁴⁵⁴.

⁴⁵² ARAUJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS N. 156/09. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, vol. 9, n.º 16, pp. 233-246, 2017, p. 240.

⁴⁵³ MACHADO. A investigação criminal defensiva, *op cit.*, pp. 103-104.

⁴⁵⁴ SILVA. A investigação criminal (...), *op. cit.*, p. 47.

Ademais disso, foi com a Lei 397, de 07.12.2000, que o procedimento de investigação defensiva foi efetivamente regulamentado, inserindo no CPPi o art. 397-bis (*Attività investigativa dei difensore*) e o Título VI-bis (*Investigazioni difensive*). Nesse momento, permitiu-se ao advogado o direito e o dever de realizar ações direcionadas à produção de evidências probatórias em favor do cliente. Este direito-dever pode ser exercido com ou sem o auxílio de peritos, técnicos e investigadores privados. As ações permitidas ao advogado, neste contexto, são variadas e visam fortalecer a defesa, mediante a coleta e análise de provas que possam corroborar a posição do assistido.

Na busca por maior coerência entre a gestão probatória pelas partes envolvidas e a manutenção da paridade de armas, o legislador italiano reconhece a possibilidade normativa de a defesa realizar a própria investigação⁴⁵⁵.

Em resumo, a investigação defensiva na Itália tem previsão tanto constitucional, como legal. Na carta cidadã, a previsão está no artigo 24.º, n.º 2 e artigo 111.º. Esse último, de forma expressa, prevê que o defensor pode adquirir qualquer meio de prova em favor do constituído. Já, no Código de Processo Penal, o artigo 190.º dispõe que a produção probatória de iniciativa do investigado constitui pressuposto básico da investigação defensiva⁴⁵⁶.

Antes da edição da Lei 332/1995, as provas obtidas pela defesa deveriam ser entregues ao Ministério Público, que então as incorporaria no caderno investigatório. Entretanto, com a edição da referida normativa, possibilitou-se ao defensor apresentar as provas diretamente ao GIP.

Na Itália, a prática de investigação criminal defensiva tem a base na inviolabilidade do direito à defesa técnica, conforme estabelecido na Constituição, e no direito de se defender por meio da apresentação de provas, como extensão do princípio da paridade de armas⁴⁵⁷. Com isso, há reequilíbrio, ainda que não igualitário, entre os poderes de iniciativa probatória da acusação com a defesa. O valor probatório dos elementos colhidos, entretanto, é igual⁴⁵⁸.

A defesa não fica limitada a realizar a investigação apenas na fase pré-processual, podendo igualmente realizar as diligências em todos os momentos que ela se fizer necessária, inclusive durante a instrução, ou em sede de recursos⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ VILARES; BEDIN; CASTRO. *Investigação Criminal (...)*, *op. cit.*, p. 324.

⁴⁵⁶ MACHADO. *A investigação criminal defensiva*, *op. cit.*, pp. 112.

⁴⁵⁷ SILVA. *A investigação criminal (...)*, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁵⁸ MACHADO. *A investigação criminal defensiva*, *op. cit.*, pp. 115.

⁴⁵⁹ Artigo 327-bis, 2. "*La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione*". Em

A oitiva de pessoas é regulada pelo artigo 391-*bis* do CPPi, cuja norma permite ao defensor que escute testemunhas ou as permita que façam declarações escritas. As pessoas ouvidas não tem o dever de assim agir, mas se o fizerem, prestam o compromisso legal de afirmar a verdade. Caso a testemunha se recuse a falar, o defensor terá a possibilidade de pedir ao Ministério Público que requisite a oitiva, ou endereça o pedido ao GIP. Em qualquer caso, a testemunha tem o direito de saber em que condições presta declarações. O desrespeito à norma gera nulidade absoluta da sua produção⁴⁶⁰.

Em resumo, de acordo com Mendes Machado⁴⁶¹, antes de se proceder à entrevista pessoal, o depoente deve ser avisado da qualidade e finalidade da oitiva; da modalidade e forma de documentação; de saber se está sendo ouvido na qualidade de investigado ou não, ou se está sendo investigado no mesmo procedimento, ou procedimento conexo ou por crime coligado; da não obrigatoriedade em falar; da proibição de revelar as perguntas eventualmente formuladas pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público e as respostas dadas; e da responsabilidade penal decorrente da falsa declaração.

Ao contrário do que ocorre com o Ministério Público⁴⁶², que possui o dever de documentar os depoimentos tomados, a defesa deverá realizar um juízo de conveniência à juntada no caderno investigatório dos depoimentos colhidos privadamente. Porém, caso decida apresentar, deverá fazê-lo em integralidade, não podendo recortar partes dos depoimentos.

Ademais disso, a legislação vigente aborda a possibilidade de o defensor acessar locais privados, mesmo nos casos em que esse acesso não seja previamente autorizado. Ela também delineia a forma adequada de documentação para eventuais perícias e contempla a possibilidade de solicitar documentos à administração pública.

Como o defensor não tem poderes coercitivos, caso haja negativa dos locais em franquear o acesso ou entregar a documentação, caberá ao defensor solicitar as diligências junto ao GIP.

Importante, também, é a disposição legal contida no artigo 334-*bis* do CPPi, que estabelece que, durante o curso das medidas investigativas adotadas, caso o defensor descubra a ocorrência de novos crimes, ele não possui a obrigação de informar as descobertas às

tradução livre: O poder indicado no n.º 1 pode ser conferido para o exercício dos direitos de defesa, em qualquer fase e nível do processo, na execução penal e no processo de recurso

⁴⁶⁰ Conforme prevê os artigos 191.º e 391-*bis*, § 6.º, é proibida a valoração de provas obtidas em violação às regras legais.

⁴⁶¹ MACHADO. A investigação criminal defensiva, *op cit.*, pp. 118.

⁴⁶² Artigos. 357 a 373 do CPPi,

autoridades. Essa normativa sublinha distinção crucial entre as responsabilidades e limitações da investigação defensiva em comparação com as investigações conduzidas por autoridades estatais.

Da mesma forma como ocorre nos Estados Unidos, a Ordem dos Advogados da Itália editou, em 2001, um código para atuação proativa do advogado na busca de elementos de prova, que serve de referência ao Poder Judiciário.

Em resumo, o Código de Processo Penal italiano permite que a pessoa responsável pela investigação defensiva promova o colóquio não documentado, consistente na entrevista pessoal e informal a potenciais testemunhas; realize o depoimento ou receba depoimento escrito de pessoas que prestam o compromisso legal de dizer a verdade; realizar, por meio de assistente técnico, a elaboração de laudos; efetivar vistorias e solicitar documentos.

Essas disposições legais refletem esforço para equilibrar os direitos e as capacidades da defesa com as necessidades de justiça e segurança pública. Ao mesmo tempo, preservam a integridade do processo legal e a confidencialidade que é fundamental na relação entre defensor e assistido, garantindo que a defesa possa realizar a função sem interferências indevidas.

Segundo Denis Sampaio⁴⁶³, a função primordial do advogado não se concentra em esclarecer todos os fatos relacionados a um caso, mas em buscar fontes e elementos de prova que possam beneficiar o cliente. Esta perspectiva enfatiza o papel do advogado como defensor dos interesses do acusado, cuja principal responsabilidade é garantir que todas as provas favoráveis sejam identificadas, coletadas e apresentadas de forma eficaz.

Por fim, no momento da integralização ao processo do caderno investigatório defensivo, o defensor precisará organizá-los em um instrumento, algo próximo a um relatório policial, que conterà, de maneira fiel, tudo o que foi produzido e que seja de interesse da defesa, mas tudo o que for juntado, deverá ser feito na íntegra.

⁴⁶³ SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação criminal defensiva: possível renovação da influência italiana pós “Código Rocco” sobre a indagine difensiva. In: **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n.º 10, pp. 187–214, 2014, p. 192. Acesso em: 17 dez. 2023. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/101>.

CAPÍTULO II – PROCESSO INVESTIGATIVO INTERNO E A OBTENÇÃO DA PROVA

3. INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO: CANAIS DE DENÚNCIA E WHISTLEBLOWERS

A essencialidade dos programas de prevenção de ilícitos se resguarda com canais efetivos de comunicação de irregularidades. Essa transparência é um pilar necessário, para que a empresa possa se ajustar e, ao mesmo tempo, atuar de forma reativa às ilicitudes praticadas em ambientes internos. Diante disto, os elementos mais importantes de caráter reativo em um programa de *compliance* são os canais de denúncia e as investigações internas⁴⁶⁴.

Os canais de denúncias e as investigações internas permitem controlar a informação acerca da prática dos ilícitos que tenham sido cometidos no interior. Este controle sobre a informação resulta uma das chaves, para que a empresa possa realizar uma defesa penal eficaz⁴⁶⁵.

É ele a ferramenta adequada para que qualquer funcionário ou prestador de serviço ligado à empresa possa, de forma segura, relatar fatos verdadeiramente ilícitos às pessoas certas, sem que sofra retaliações. A ideia é romper a antiga *omertá*, típica dos códigos de honra de organizações mafiosas da Itália, mas que acabou se tornando tradição voltada ao dever de silêncio como dever de lealdade do empregado com a companhia⁴⁶⁶.

O canal de denúncias, conforme estabelecido e normatizado no código de conduta da organização, constitui instrumento de relevância ímpar para acolher opiniões, críticas, reclamações e denúncias, cuja implementação é um passo crucial no combate a fraudes e corrupção, bem como na promoção da efetividade e transparência nas comunicações e no relacionamento da organização com as partes interessadas⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ NIETO MARTIN. Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (*coord.*), **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**, 2.^a ed. 2019. São Paulo: Tirant lo Blanch, pp. 61-122, p. 120.

⁴⁶⁵ NIETO MARTIN. *Compliance, criminologia (...)* op. cit., p. 120.

⁴⁶⁶ MORENO. Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (*coord.*), **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**, 2.^a ed., 2019, São Paulo: Tirant lo Blanch, pp. 259-283, p. 259.

⁴⁶⁷ Instituto Brasileiro De Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.^a ed. São Paulo. 2015. Acesso em: 20 dez. 2023. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Publicacoes/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>.

O relato da ocorrência do ilícito é feito pelo canal de denúncias, tidos como:

canais de comunicação, disponíveis ao público interno, terceiro ou externo (stakeholders), para a denúncia de irregularidades ou crimes em momentos passados ou presentes relacionadas à sociedade empresária, seus funcionários, diretores ou outros que tenham relação direta com empresa e podem impactar o negócio como todo no caso de exposição de risco.⁴⁶⁸

Como mencionado, as investigações internas atuam em caráter reativo, *pos-fato* ou que está prestes a ocorrer, e, da mesma forma, deve ocorrer com a denúncia, impedindo que se denuncie falsamente alguém por meio do canal de denúncia. Por essa razão, a fonte de informação pode ser qualquer uma, mas a fase preliminar da investigação é o canal de denúncia⁴⁶⁹, e em razão do princípio da proporcionalidade, exige-se para instauração um mínimo de verossimilhança na suspeita⁴⁷⁰.

As denúncias recebidas devem ser levadas a cabo pelo setor responsável e, constatando-se a existência de práticas criminosas, a empresa deverá contar com meios próprios de investigação interna para reprimir o ocorrido⁴⁷¹.

As normativas que regem o programa de prevenção de ilícitos devem especificar de maneira clara e detalhada os temas e as regras de uso dos canais de denúncia. Este detalhamento é fundamental para assegurar a eficácia e a integridade do programa, orientando os participantes sobre os procedimentos corretos para comunicação de suspeitas ou incidências de atividades ilícitas.

A presença de um canal de denúncias efetivo representa para a empresa uma ferramenta valiosa, fornecendo meio direto de obtenção de informações que podem ser cruciais para evitar responsabilidades criminais⁴⁷². Este canal não apenas atua como mecanismo de controle, permitindo à empresa monitorar e identificar potenciais irregularidades internas, mas também funciona como recurso para correção e aprimoramento do programa de prevenção de ilícitos.

Os sistemas internos de comunicação servem à postura ética da empresa, pois o conhecimento prévio dos colaboradores sobre a existência de um efetivo canal de comunicação serve à própria prevenção⁴⁷³. Para isso, imprescindível bom canal de comunicação.

⁴⁶⁸ DUMONT, *Canais institucionais (...)*, op. cit., p. 172.

⁴⁶⁹ NIETO MARTIN. *Investigação Interna*, op. cit., p.297.

⁴⁷⁰ NIETO MARTIN. *Investigação Interna*, op. cit., p.297.

⁴⁷¹ DUMONT, *Canais institucionais (...)*, op. cit., p. 174.

⁴⁷² GARCÍA MORENO, *Whistleblowing y canales institucionales (...)*, op cit., p. 207.

⁴⁷³ COCA VILA, *Programas de cumplimiento (...)*, op. cit., p. 58.

A natureza, essencialmente, autorregulatória dos programas de *compliance* implica a necessidade de estabelecer níveis significativos de independência para o escritório de *compliance* e o oficial de *compliance* em relação à alta direção da empresa, e passarão, obrigatoriamente, por adequado e abrangente canal de denúncia e proteção aos *whistleblowers*⁴⁷⁴.

Esses canais devem ser acessíveis e eficientes para facilitar o repasse de informações pertinentes às autoridades responsáveis pela persecução penal. A presença de canais de *whistleblowing* bem estruturados contribui não apenas para detecção e correção de irregularidades dentro da empresa, como também para transparência e responsabilidade no ambiente corporativo.

3.1. WHISTLEBLOWERS

De regra, a investigação interna inicia com informações obtidas por canais de denúncia. Chama-se, também, de *whistleblowers*, os denunciantes, em geral, são informantes do bem⁴⁷⁵ que delatam infrações éticas e legais ocorridas no ambiente empresarial e o fazem dentro do canal.

O denunciante é, sem dúvida, um dos mais fortes elementos para melhora da circulação de informações, principalmente relativo ao cometimento de infrações⁴⁷⁶. São amostras de atos cívicos corporativos⁴⁷⁷.

Podem ser empregados de uma corporação ou sociedade comercial que revelam condutas ilícitas realizadas na organização ou por parte dela, como também podem ser pessoas externas. Isso abrange não somente as condutas ou condições que o denunciante considera ilegais, como também as que julga imorais ou contrárias ao interesse público⁴⁷⁸.

Portanto, os *whistleblowers* pode ser o empregado de uma corporação que revela condutas ilícitas cometidas na organização ou por parte dela, o que abrange não apenas as

⁴⁷⁴ BUSATO, *criminalidade organizada (...)*, *op. cit.*, p. 106.

⁴⁷⁵ AVELAR, Leonardo Magalhães; SANCHEZ, Pedro Henrique C. **A figura do whistleblower no Direito Penal — no Brasil e no mundo**. CONJUR, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-10/opiniao-figura-whistleblower-direito-penal>. Acesso em 08 de fevereiro de 2023.

⁴⁷⁶ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político criminal. In: **InDret Revista para el Análisis del Derecho**, n.º 3, 2006, pp. 1-33. Acesso em: 23 abr. 2023. Disponível em <https://indret.com/heroes-o-traidores/?edicion=3.06>.

⁴⁷⁷ NIETO MARTIN. *Problemas fundamentales (...)* *op. cit.*, p. 185.

⁴⁷⁸ CAVICO, Frank J. Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis. In: **South Texas Law Review**, n.º 45, 2003, pp. 543-645, p. 575.

condutas ou condições que o empregado considera ilegais, como também as que julga como imorais ou contrárias ao interesse público⁴⁷⁹. Além disso, não são informantes as pessoas que possuem obrigação legal de identificar e reportar ilícitos, tal como o *compliance chief officer*⁴⁸⁰.

Em termo gerais, são pessoas que revelam informações negativas sobre a organização da qual normalmente tem algum vínculo, o que a possibilita ter conhecimento sobre as práticas e pessoas⁴⁸¹. A ausência de um canal de denúncia eficiente é reflexo de um programa mal desenhado, que nada mais significa que um programa cosmético de publicidade dada a terceiros⁴⁸².

Acontece que isso somente seria viável quando o delator sentir confiança efetiva de que não sofrerá represálias com seu ato. Essa confiança, então, somente é alcançada quando se existe um programa real de proteção contra as consequências negativas. Afinal, o medo de retaliações e o estigma social associado aos denunciantes frequentemente resultam em violações permanecendo ocultas⁴⁸³.

Pode existir diferenciação sobre quem gerenciará o canal de denúncia, o que pode se dar tanto pelo organismo interno da empresa, quando a contratação de uma companhia externa. Há quem defina que a segunda opção é aquela que fornece maior imparcialidade na gestão das informações, inclusive podendo ter maior autonomia e liberdade para dar seguimento a uma investigação⁴⁸⁴, o que trará maior chance de a denúncia ser levada a sério e à cabo.

Acerca do objeto material das denúncias passíveis de ser feitas nos canais, delimita-se como mais apropriado aquelas que atinjam diretamente o código de ética da empresa⁴⁸⁵, afastando a teoria de que apenas se valham do canal aquelas denúncias tidas como graves⁴⁸⁶.

Portanto, o ato de denúncia (*whistleblowing*) abrange, de um lado, os canais de denúncia que devem ser implementados para o recebimento desses relatos e, de outro, o conjunto de

⁴⁷⁹ CAVICO, *Private Sector Whistleblowing (...)* op. cit., p. 563.

⁴⁸⁰ PRATES, Felipe Machado. Considerações sobre o anonimato e sigilo de whistleblowers no Brasil, In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.). **Estudos de Compliance Criminal**, Editora Fi: Porto Alegre, pp. 180-201.

⁴⁸¹ GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing y canales institucionales de denuncia. In: NIETO MARTIN, Adán, et al (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**, Valência: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 205-231.

⁴⁸² GARCÍA MORENO, *Whistleblowing y canales institucionales (...)*, op. cit., p. 206.

⁴⁸³ CATALÁN, José Caro. La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 7, n.º 3, 2021, pp. 2155-2200.

⁴⁸⁴ GARCÍA MORENO, *Whistleblowing y canales institucionales (...)*, op. cit., p. 217.

⁴⁸⁵ GARCÍA MORENO, *Whistleblowing y canales institucionales (...)*, op. cit., p. 219

⁴⁸⁶ GARCÍA MORENO, *Whistleblowing y canales institucionales (...)*, op. cit., p. 219.

medidas antirretaliação e demais proteções que devem ser adotadas em favor do denunciante⁴⁸⁷, conforme se estudará adiante.

3.1.1. Proteção legal do denunciante

A primeira legislação de proteção aos delatores, na era moderna, foi a lei americana denominada *Civil Service Reform Act*, de 1978, que, por muitos, foi chamada de a maior reforma civil desde a *Pendleton Civil Service Act* de 1883⁴⁸⁸. Antes disso, nos Estados Unidos da América, foi editada a *The False Claim Act*, de 1863, que premiava e protegia delatores na Guerra Civil, tida como alguns como o estatuto que mais premiou delatores⁴⁸⁹. A questão da proteção do *whistleblowers* ocorreu com a criação da *Merit Systems Protection Board*, que atrelou a ela a investigação e proteção dos delatores, para que não sofressem nenhuma represália⁴⁹⁰.

Ainda no território norte-americano, em 1989, foi editada lei específica sobre a proteção dos denunciantes, o *Whistleblower Protection Act* (WPA) que, dentre outras coisas, deixou mais fácil a punição, se houver alguma prática de retaliação, e instituiu o dever de compensação dos danos sofridos por conta da denúncia.

Já nas *Sentencing Guidelines*, desde 2004, a existência de um canal efetivo de denúncias que proteja o delator é exigência para se entender que o programa de *compliance* é efetivo, de forma a reduzir a pena ou isentar a responsabilidade criminal da empresa.

Entretanto, foi com a promulgação do SOX⁴⁹¹ que se introduziu um paradigma significativo em termos de boa governança corporativa e ética nas atividades empresariais. Este

⁴⁸⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira; TINEN, José Eduardo. Whistleblowing e a regulamentação dos canais de denúncia: A experiência nos sistemas comparados. In: **Revista Científica do CPJM**, Rio de Janeiro, vol. 1, n.º 01, 2021. DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.002.

⁴⁸⁸ LEE, Haksoo; CAYER, N. Joseph and LAN, G. Zhiyong. Changing Federal Government Employee Attitudes Since the Civil Service Reform Act of 1978. In: **Review of Public Personnel Administration**, vol. 26, n.º 1, 2006, pp. 21-51.

⁴⁸⁹ SPAGNOLO, Giancarlo and NYREROD, Theo. Financial Incentives for Whistleblowers: A Short Survey. In: *ROOIJ, Van; SOKOL, D. (Eds.), The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 341-350.

⁴⁹⁰ LAH, Tae Joon; PERRY, James. L. The Diffusion of the Civil Service Reform Act of 1978 in OECD Countries: A Tale of Two Paths to Reform. In: **Review of Public Personnel Administration**, vol. 28, n.º 3, 2008, pp. 282–299. Acesso em 25 de abril de 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0734371X08319950>.

⁴⁹¹ Sobre essa norma, Sieber afirma que a legislação elevou, de forma detalhada, à condição de dever diversas medidas de prevenção das empresas. Para tanto se valeu principalmente da responsabilidade direta do conselho diretivo da empresa no âmbito da *compliance*, da publicação recente de alterações essenciais da situação financeira e negocial das empresas, da elaboração de diretrizes éticas, da criação de comissões de auditoria e de controles internos de informação, assim como o estabelecimento de hotlines anônimas (SIEBER. *Programas de compliance* (...), *op. cit.*, p. 297).

ato legislativo representou resposta robusta aos desafios de transparência e responsabilidade enfrentados pelo setor corporativo. No que diz respeito aos *whistleblowers*, a lei determinou a criação de um comitê de auditoria que gerenciasse as denúncias confidenciais e anônimas.

A SOX foi muito importante para impulsionar a proteção dos informantes, e transformar a cultura estadunidense voltada às boas práticas e obrigação moral de delatar⁴⁹².

Em 2010, nos EUA, um novo estatuto cuidou da questão dos *whistleblowers* – o *Dodd-Frank Act* – tornando ainda mais grave, para as empresas, a retaliação aos informantes. A lei passou a prever a readmissão forçada do denunciante que fosse demitido em retaliação à denúncia, e ainda instituiu pagamento do dobro dos salários durante o período de afastamento, mais custos com litígio e advogados e, paralelamente, deu início à política de recompensas ao denunciante nos casos em que as informações resultassem em sanções financeiras⁴⁹³.

Mais recentemente, em 2012, houve a edição do *Whistleblower Protection Enhancement Act* (WPEA), reconhecendo a importância dos *whistleblowers* como figuras-chaves na revelação de ilícitos e recuperação de ativos⁴⁹⁴.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, reconhecendo a importância de se conferir proteção legal aos denunciadores, previu, no artigo 32.º, a obrigatoriedade de cada Estado signatário de incorporar no ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção. A medida visa proteger o delator contra toda medida injusta às pessoas que denunciem às autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados, de acordo com a presente Convenção.

A mesma norma também estabelece a possibilidade dos estados-membros de adotarem medidas que incentivem e protejam funcionários que tenham conhecimento de algum ilícito no exercício das funções⁴⁹⁵.

No continente europeu, a Diretiva 2019/1937, conhecida como a Diretiva de Proteção aos Denunciadores (*Directiva “Whistleblowing”*), estabeleceu mudança significativa na proteção

⁴⁹² CATALÁN, *La Directiva “Whistleblowing” (...)*, op. cit., p. 2160.

⁴⁹³ ÀVILA; TINEN, *Whistleblowing e a regulamentação (...)* op. cit., p. 7.

⁴⁹⁴ ZUCKERMAN, Jason. Congress strengthens whistleblower protections for federal employees. In: *American Bar Association, Section of Labor and Employment Law*, 2012. pp. 1-4. Acesso em: 27 abr. 2023. Disponível em: <https://www.zuckermanlaw.com/wp-content/uploads/2019/01/Whistleblower-Protection-Enhancement-Act.pdf>.

⁴⁹⁵ Artigo 8.º, n.º 4: “Cada Estado Parte também considerará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a possibilidade de estabelecer medidas e sistemas para facilitar que os funcionários públicos denunciem todo ato de corrupção às autoridades competentes quando tenham conhecimento deles no exercício de suas funções.” Acesso em 25 de abril de 2023. Disponível em https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf.

legal aos indivíduos que denunciam irregularidades⁴⁹⁶. De acordo com esta diretiva, impõe-se aos países membros da União Europeia a presunção de que qualquer ato adverso contra o denunciante, ocorrido após a realização da denúncia, constitui forma de retaliação. Esta disposição, especificada no artigo 21.5 da Diretiva, transfere para a empresa o ônus de comprovar que tais atos têm fundamentos em razões legítimas e não constituem uma resposta punitiva à denúncia.

Em casos de retaliação comprovada, a Diretiva determina que as medidas compensatórias sejam integrais e abrangentes. Isso inclui a indenização por danos morais e materiais sofridos pelo denunciante, abarcando despesas como honorários advocatícios, custas processuais, serviços médicos, entre outras despesas que possam ter sido incorridas em decorrência da denúncia.

De forma resumida, a Diretiva aponta para imposição da implementação de canais de denúncia em empresas pública ou privadas que tenham mais de 50 funcionários, ou a depender da natureza da atividade, número inferior. Também, institui a necessidade de se conferir proteção ao informante, mas exige que a ação seja movida por boa-fé.

Recentemente, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁴⁹⁷ reconheceu a imunidade aos *whistleblowers* e determinou que qualquer punição civil ou criminal violaria o direito à liberdade de expressão. O julgamento constitui marco significativo para os direitos dos delatores. O TEDH decidiu que os delatores devem ser amparados pelo Artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que salvaguarda a liberdade de expressão, especialmente quando divulgam informações de relevância pública.

No caso específico de *Halet v. Luxemburgo*, o TEDH considerou legítima a divulgação de informações sobre práticas fiscais de interesse público, reconhecendo o réu como delator, e não como criminoso. O tribunal analisou diversos critérios, incluindo o interesse público envolvido, a autenticidade das informações, a boa-fé do delator, o potencial dano ao empregador e a natureza da sanção imposta. Foi concluído que a condenação criminal de *Halet* não era proporcional, e que o tribunal de Luxemburgo falhou em justificar adequadamente a decisão.

⁴⁹⁶ GARRÓS FONT, Imma; ROMERA SANTIAGO, Nuria. Hacia una protección efectiva de los denunciantes. In: **Actualidad Administrativa**, n.º 7-8, 2020, pp. 2-14.

⁴⁹⁷ TEDH. *Halet v. Luxembourg*, 21884/18. Acesso em: 20 dez. 2023. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-223259>

O julgamento destacou a importância dos delatores para a sociedade, ressaltando a necessidade de protegê-los contra restrições indevidas. Este caso não apenas reforça a proteção à liberdade de expressão, como também assegura proteção significativa a delatores que atuam de boa-fé, sem buscar lucro pessoal ou causar dano intencional ao empregador.

No Brasil, a Lei 12.846/2013, no art. 7.º, inc. VIII, e o decreto regulamentador (Decreto n.º 11.129/2022) no art. 57.º, inc. X, estabelecem algumas diretrizes de efetividade dos canais de denúncia. Algumas exigências é que os canais devem ser abertos, com ampla divulgação aos funcionários, e devem prever garantias de proteção aos delatores.

Vale observar que, para o programa de *compliance* ser considerado efetivo, ele deve “ser adequado à ação institucional da empresa, no seu contexto negocial, ou seja, o programa deve ser elaborado de acordo com suas especificidades, assim considerado na sua dimensão, riscos e desafios”⁴⁹⁸.

Ademais, a Lei n.º 13.608/2018 que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e a recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais. Trata-se de algo compulsório para empresas e órgãos públicos. A medida emprega o instituto do *whistleblowing* como meio de obtenção de provas para tornar mais efetivo o combate à criminalidade complexa e permitir que mais atores participem do controle do que ocorre dentro das empresas, facilitando a fiscalização pelas autoridades estatais⁴⁹⁹.

Por meio das modificações trazidas pela Lei 13.964 de 2019, vulgarmente chamado de Pacote Anticrime, ampliou-se o alcance de proteção dos delatores para as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista⁵⁰⁰. A inclusão de entidades da administração

⁴⁹⁸ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: lei n. 12.846, de 1.º de agosto de 2013**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 74.

⁴⁹⁹ RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do whistleblower – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 174, 2020, pp. 41-69.

⁵⁰⁰ Inclui-se na Lei 13.608/2018 os artigos 4.º-A; 4.º-B e 4.º-C, com a seguinte redação:

Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.

Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.

Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal.

indireta amplia significativamente o alcance dessa legislação, reforçando o compromisso do setor público com a transparência e a responsabilidade. Além disso, ao facilitar a denúncia de práticas ilícitas e lesivas ao interesse público, esta política contribui para a prevenção da corrupção e o fortalecimento da integridade institucional.

O objetivo das disposições legais é a de proteger o informante de retaliações frente ao relato fiel de irregularidades que tem conhecimento. Essa proteção vem tanto contra ser demitido injustamente, quanto alterações nas suas funções; redução de salário ou perda de benefícios. E, sem prejuízo, caso alguma retaliação venha a ocorrer, o informante ainda terá direito a uma indenização equivalente ao dobro do dano material que sofreu.

Entretanto, as normas brasileiras são voltadas exclusivamente ao setor público, deixando, no setor privado, no âmbito da autorregulação⁵⁰¹. Nas corporações privadas, que geralmente não estão sob o alcance da Lei n.º 13.608/2018, exceto em casos que envolvam dano à Administração Pública, a questão da retaliação contra denunciante pode ser abordada pela Lei n. 9.029 de 1995. Esta legislação trata, entre outras questões, de práticas discriminatórias no âmbito do emprego, seja no processo de admissão ou na manutenção da relação de trabalho.⁵⁰² Uma vez configurada a discriminação, o art. 4.º da Lei 9.029 estabelece que o rompimento da relação de trabalho, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado duas opções: (a) a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidamente corrigidas ou (b) a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, em valores devidamente corrigidos⁵⁰³.

Muitas das medidas de proteção estabelecidas para informantes possuem natureza eminentemente laboral, visando prevenir que estes indivíduos sofram retaliações no ambiente de trabalho que possam discriminá-los ou prejudicá-los de alguma forma. Essas retaliações podem assumir diversas formas, incluindo atos como demissão injustificada, imposição de transferências indesejadas, rebaixamento de cargo, redução na remuneração, exclusão de programas de treinamento, entre outras ações prejudiciais⁵⁰⁴.

Art. 4º-C. Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

⁵⁰¹ ÀVILA; TINEN, *Whistleblowing e a regulamentação (...)* op. cit., p. 5.

⁵⁰² ÀVILA; TINEN, *Whistleblowing e a regulamentação (...)* op. cit., p. 22.

⁵⁰³ ÀVILA; TINEN, *Whistleblowing e a regulamentação (...)* op. cit., p. 23.

⁵⁰⁴ PRATES, *Considerações sobre o anonimato (...)*, op. cit., p. 182.

A proteção, portanto, pode vir desde o direito trabalhista, punindo o empregador por represálias, e aqueles que tomarem alguma atitude tipicamente prevista contra o delator⁵⁰⁵. Entretanto, os benefícios concedidos aos delatores, também, são enxergados como forma de proteção, sendo a anistia interna uma delas, inclusive, muito eficaz⁵⁰⁶.

No direito comparado, identificam-se diversas medidas adicionais voltadas para proteção dos informantes. Entre estas, destacam-se normas que resguardam os informantes contra acusações de violação à honra dos denunciados. Essa proteção é crucial, pois, frequentemente, os informantes podem ser acusados de difamação ou calúnia pelos indivíduos cujas condutas eles reportam.

Outra medida relevante é a proteção contra atos de *lawfare*⁵⁰⁷, isto é, o uso estratégico e abusivo do direito para fins de perseguição política ou pessoal. Isso inclui a salvaguarda dos informantes contra a criminalização indevida, garantindo que as ações, quando fundamentadas na boa-fé e no interesse público, não sejam injustamente enquadradas como criminosas.

Essas medidas, observadas em diversos sistemas jurídicos, demonstram esforço global para fortalecer a proteção dos informantes, reconhecendo a importância no combate à corrupção e na promoção da transparência e responsabilidade tanto no setor público quanto no privado.

3.1.2. Denúncia anônima x Denúncia confidencial

Outra questão interessante é a forma com que o canal de denúncia permitirá o relato do informante: de maneira anônima ou confidencial.

O tratamento anônimo é aquele em que nenhuma informação sobre o delator é conhecida, nem mesmo do pessoal responsável pela gestão das denúncias. Já o tratamento confidencial é aquele que as informações são restritas ou a uma companhia externa que cuida do canal de denúncias e investigações, ou do setor da empresa responsável por isso.

⁵⁰⁵ Nesse sentido: CALLAHAN, Elletta Sangrey; DWORKIN, Terry Morehead; LEWIS, David. Whistleblowing: Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest. In: **Virginia Journal of International Law**, n.º 880, 2004, pp. 879-912; CHERRY, Miriam A. Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law. In: **Washington Law Review Association**, n.º 79, 2004, pp. 1029-1123.

⁵⁰⁶ GARCÍA MORENO, *Whistleblowing y canales institucionales (...)*, op. cit., p. 230. Nesse mesmo sentido, ROTHSCHILD, Joyce; MIETHE, Terance D. Whistle-blower disclosures and management retaliation: The battle to control information about organization corruption. In: **Work and occupations**, vol. 26, n.º 1, 1999, pp. 107-128.

⁵⁰⁷ PRATES, *Considerações sobre o anonimato (...)*, op. cit., p. 183.

O tratamento anônimo, em que pese trazer maior proteção ao informante, também pode propiciar incidência agravada de denúncia de má-fé e caluniosas⁵⁰⁸. A confidencial não sofre do mesmo problema e equilibra a balança entre proteção e veracidade na informação⁵⁰⁹.

Diversos organismos sugerem a proteção do anonimato ou sigilo do informante, como a OCDE (no documento *Guiding Principles for Whistleblower Protection Legislation*) e a Transparência Internacional (*Recommended draft principles for whistleblowing legislation*).

Porém, a postura puramente anônima do *whistleblower* pode acarretar risco de informantes (*whistleblowers*) tentarem controlar o caminho das investigações⁵¹⁰, focando em desafetos.

Na Diretiva europeia (2019/1937), a confidencialidade quanto à identidade do denunciante e do denunciado é obrigatória, porque é essencial à proteção do *whistleblowers*, também para evitar a exposição prematura das pessoas que são denunciadas. Ponto muito relevante é que a Diretiva admite, no art. 16.2.º, que a identidade do denunciante seja revelada quando for necessário e proporcional para o exercício da ampla defesa das pessoas envolvidas.

No Brasil, a Lei 13.608 dispunha acerca de uma faculdade do denunciante em se identificar. O texto da norma descrita no artigo 3.º elucidava que o informante que se identificar terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos dados. Entretanto, a Lei 13.964/2019 alterou esse panorama, atribuindo confidencialidade ao denunciante. Nas palavras de Artur Gueiros de Souza:

[...] Se para a empresa privada é facultada a escolha entre o anonimato ou a confidencialidade, ou a ambas – consoante a configuração do respectivo programa de compliance –, tem-se que, no âmbito das organizações públicas – Administração Pública direta ou indireta –, o escopo da Lei nº 13.964/2019 foi no sentido de admitir somente a confidencialidade do informante. Essa circunstância se conecta com a segunda grande modificação trazida pela Lei nº 13.964/2019, qual seja, a institucionalização de mecanismos de proteção integral ao informante. No caso, a lei assegura-lhe a confidencialidade ou preservação da sua identidade. Contudo, essa proteção não é absoluta, pois pode ser relativizada na hipótese de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos, conforme dispõe o art. 4º-B, da Lei nº 13.608/2018, introduzido pela Lei nº 13.964/2019.⁵¹¹

⁵⁰⁸ GARCÍA MORENO, *Whistleblowing y canales institucionales (...)*, op cit., p. 225.

⁵⁰⁹ GARCÍA MORENO, *Whistleblowing y canales institucionales (...)*, op cit., p. 225.

⁵¹⁰ YAROSHEFSKY, Ellen, Cooperation with Federal Prosecutors: Experiences of Truth Telling and Embellishment. In: **Fordham Law Review**, vol. 68, 1999, pp. 917-944, p. 924.

⁵¹¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de *compliance*. In: **Inovações da lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019** – Coletânea de Artigos, MPF, vol. 7, 2020, pp. 32-53. Consultado em 13 de junho de 2023. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf.

Vladimir Aras, p. ex., defende o anonimato como proteção do informante⁵¹², e o faz com fundamento na Constituição Federal que tutela, no art. 5.º, inciso XIV, o sigilo da fonte necessário ao exercício profissional. Na visão dele, se à fonte deve ser conferido sigilo preservado para bem garantir a atuação policial, a mesma garantia deveria se estender aos canais de denúncia internos de empresas privadas.

Adán Nieto, por outro lado, afirma que a implantação de canais de denúncia baseado no anonimato corresponderia a um sistema de cumprimento orientado pelo controle, em que um seria fiscal do outro, o que não fomenta a transformação da cultura empresarial, mas sim do medo. Já a denúncia baseada na confidencialidade responde mais ao *compliance* orientado para a promoção de valores⁵¹³.

Por essas razões, a doutrina e as autoridades públicas têm preferência pela confidencialidade, adotado, assim, na maioria parte das empresas⁵¹⁴.

4. LIMITES À OBTENÇÃO PROBATÓRIA COM VISTAS AO PROCESSO PENAL

A pesquisa até o momento cuidou da forma de regulação da relação entre Estado e empresas, passando pelos efeitos dessa regulação no Direito Penal e pelas exigências no que toca à prevenção de ilícitos e eficácia do programa de *compliance*. No capítulo anterior, deu-se início à conceituação, fundamento legal e objeto das investigações internas, com relevância ao início das investigações. Ainda, foi possível constatar, mesmo no que se refere à proteção do *whistleblowers*, que grande fonte infraconstitucional de limitação de prova, com vistas às investigações internas, vem do direito laboral⁵¹⁵. Por meio desses direitos, em proximidade com

⁵¹² ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: ZANELATO Vilvana D. (org.). **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Temas Relevantes**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, pp. 359-407, p. 369.

⁵¹³ NIETO MARTIN. *Problemas fundamentales (...) op. cit.*, p. 185.

⁵¹⁴ MORENO, Beatriz García. *Whistleblowing* e canais institucionais de denúncia. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). **Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2a ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 259-283, p. 278.

⁵¹⁵ “*Por su parte, la compatibilización de las investigaciones internas con las garantías del debido proceso resulta sumamente problemática. El entramado de cuestiones jurídico-penales y jurídico-laborales que aparecen mixturadas en este proceso de autolimpieza hace poco aconsejable un traslado sin adaptaciones de las reglas de las ordenanzas procesal-penales al ámbito privado. Evidentemente, la doctrina que aboga por aplicar las garantías del proceso penal tiene la intención de proteger los derechos fundamentales de los trabajadores frente a arbitrarias injerencias del empleador*”. MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: *compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo (orgs.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 221-224, p. 228.

o Direito Penal, é que se extraem as restrições aos poderes dos investigadores na relação empresa-empregado.

Neste capítulo, o trabalho se destina a estudar a produção de prova em si, com prólogo ao regime de proibição de prova, se aplicável aos particulares (no caso, as companhias) e, em resposta positiva, qual o fator principiológico inicial que deve nortear o próprio limite investigativo.

Afinal de contas, se os programas de prevenção de ilícitos buscam adequar a rotina da empresa à cultura de autorregulação e cumprimento de leis, e sendo a investigação interna um instituto importante na demonstração de que a empresa tem um programa idôneo e busca corrigir suas falhas internas, não pode esse mesmo instituto ser fonte de ilicitudes.

As relações privadas possibilitam maior liberdade na pactuação interpartes. A relação laboral é tipicamente privada. Seria, de modo geral, lícita a vigilância e coleta de documentos ligados ao contrato de trabalho. Lícita, também, seria a entrevista e a expectativa que o empregado cumpra o dever de fidelidade e informação. Contudo, a liberdade não é irrestrita e sofre limitação com fundamento nos direitos fundamentais. Afinal, a sociedade democrática deve pagar um preço para que a vida dos indivíduos e das empresas não se torne um livro aberto à absoluta devassa⁵¹⁶.

Se não há regramento próprio, no Brasil, sobre como se realizar a investigação, assim como ocorre em países mencionados no capítulo segundo, é necessário se valer das disposições constitucionais não apenas para fins autorizadores, mas também como freios. A questão inicial que se aborda é os regimes de proibição de prova e a eficácia dos direitos fundamentais na relação privada. O trabalho tem como estudo o Direito norte-americano, pela diferença notável com os demais países, o direito português, pela disposição constitucional expressa, e o brasileiro, com algumas observações à doutrina e jurisprudência espanhola e alemã.

4.1. REGIME DE PROVAS

O regime legal das provas recebe, no Brasil, limitações na ordem das garantias fundamentais. O processo penal é instrumento de reconstrução dos fatos para aplicação das normas materiais. A consequência última do processo penal é, senão, a limitação temporária da

⁵¹⁶ MENDES. Privacidade Digital (...), *op. cit.*, p. 248.

garantia constitucional da liberdade. Por essa razão, fundado em matriz democrática, o processo penal nada mais é do que direito constitucional aplicado⁵¹⁷.

Entretanto, a verdade processual⁵¹⁸, como busca a reconstrução racional e democrática dos fatos, exige limites de ordem constitucional, sob pena de se utilizar do indivíduo como mero objeto de prova⁵¹⁹. Como aponta Coutinho, a reconstrução dos fatos tem um preço a ser pago: a democracia e o respeito às garantias individuais⁵²⁰. Por essa razão, a condição de legitimidade à aplicação da pena passa pela correta observância dos meios do direito estatal de punir⁵²¹.

Não se analisou neste trabalho a diferenciação teórica entre meios de prova e meios de obtenção de prova, tampouco, atos de prova e atos de investigação. O tema é, em verdade, o regime de proibição de prova *lato sensu*.

Como regra geral, o sistema jurídico brasileiro admite como meios de obtenção de prova aquelas tipicamente previstas no Código de Processo Penal, sendo admitidas, todavia, provas atípicas que respeitem às normas legais e constitucionais⁵²². Quando os meios de prova são colhidos na fase pré-processual ou mesmo extraprocessual, a inclusão no processo deverá passar por um exame de admissibilidade⁵²³. Trata-se do momento em que o juiz irá analisar as regras jurídicas de aceitação ou não desse meio de prova, ou meio de obtenção de prova, inadmitindo as provas obtidas por meios ilícitos⁵²⁴.

Conforme leciona Pacelli, a regra de inadmissibilidade de provas obtidas com violação de direitos tem a finalidade de tutelar direitos e garantias individuais, ao mesmo tempo que salvaguarda a qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo⁵²⁵. Mesmo entendimento tem Grinover, para quem a atividade probatória sofre limitações

⁵¹⁷ MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, organizadas pela Faculdade de Direito de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados**, 2004, pp. 133-155, p. 138.

⁵¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 52-53.

⁵¹⁹ MENDES, Paulo de Sousa. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (*org.*). **Comentário do código de processo penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**, vol. 1, 5.ª ed, 2023.

⁵²⁰ *apud* LOPES JR, Direito Processo Penal, *op. cit.*, p. 404.

⁵²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 18.

⁵²² LOPES JR, Direito Processo Penal, *op. cit.*, p. 430.

⁵²³ BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 4, n.º 1, 2018, pp. 43-80, p. 57.

⁵²⁴ Artigo 157 do Código de Processo Penal: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

⁵²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 19.ª ed, São Paulo: Atlas, 2015, p. 345.

necessárias à proteção de direitos fundamentais de ordem democrática⁵²⁶. Afinal, o custo de sacrificar garantias constitucionais, na busca pela verdade dos fatos, é desproporcional e desarrazoada⁵²⁷.

Trata-se de proteger tanto um resultado individual quanto coletivo, pois de um lado se protegem direitos fundamentais contra provas obtidas ilegalmente, ao mesmo tempo que se preserva coletivamente a integridade constitucional, nomeadamente por meio da realização de um processo equitativo⁵²⁸. Figueiredo Dias afirma que “iria contra a própria superioridade do sistema democrático conferir prevalência à prova alcançada em nome de uma fidelidade, sempre mais difusa, à proteção dos interesses da generalidade”⁵²⁹.

O Direito brasileiro não faz distinções entre as espécies de provas ilegais: ilícitas e provas ilegítimas⁵³⁰. Todavia, Grinover, seguindo a cátedra de Nuvolone, sustenta que deve haver diferenciação quanto aos efeitos, a depender da norma efetivamente infringida⁵³¹.

A prova será ilícita quando, embora contenha elementos que reconstituem fielmente os fatos, a produção viola uma norma de direito material, ou uma garantia fundamental constitucionalmente prevista⁵³². Em outras palavras, na obtenção da prova se violam direitos como liberdade, inviolabilidade de domicílio, sigilo bancário e telefônico, privacidade. As provas ilícitas, como consequência, não podem jamais ser aceitas, tampouco renovadas⁵³³, e serão obrigatoriamente desentranhadas dos autos, o que acarretará deficiência na recomposição

⁵²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2013, p. 461.

⁵²⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Inadmissibilidade das Provas Ilícitas no Direito brasileiro. In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 1, n.º 1, 2015, pp. 5-20, p. 6.

⁵²⁸ AMBOS, Kai. *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización*. In: **Política Criminal**, vol. 4, n.º 7, 2009, pp. 1-56, p. 2. Acesso em: 25 dez. 2023. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000100001&lng=es&nrm=iso.

⁵²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 146.º, n.º 4000, 2016, pp. 3-16, p. 11.

⁵³⁰ O artigo 5.º, inciso LVI da Constituição atribui como regra a inadmissibilidade de todas as provas obtidas por meios ilícitos, assim entendidas as que infringem tanto normas de direito material quanto normas de direito constitucional.

⁵³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 207, pp. 21-38, 1997, p. 21. Em sentido idêntico, Gomes Filho ensina que “não parece ter sido a opção do legislado nacional por uma definição legal da prova ilícita, que longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência o seu desentranhamento do processo” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo. **Código de Processo Penal Comentado**, 3.ª ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020, p. 495).

⁵³² GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO. As nulidades (...), op. cit., p. 128.

⁵³³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 27.ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 117.

histórica dos fatos⁵³⁴. Por força do parágrafo primeiro do artigo 157.º do Código de Processo Penal, seguindo a orientação americana dos frutos da árvore envenenada, são ilícitas por derivação todas as provas que decorrer de uma prova originária ilícita, exceto se não houver nexos causal entre uma e outra.

Conforme leciona Zaclis, essas regras de proibição de prova reafirmam que determinados valores fundamentais têm maior preponderância sobre a verdade processual e, portanto, impedem que o processo penal leve em conta elementos de prova obtidos com violação ao ordenamento jurídico⁵³⁵.

Por sua vez, as provas ilegítimas decorrem de violação à norma processual penal, no momento da produção ou inserção da prova. Ou seja, não se cumpre a forma: produz a prova de modo diferente à forma processualmente prevista. Quando ocorrer alguma ilegitimidade na obtenção da prova, com violação à forma, a nulidade será sobre o ato, com possibilidade de renovação⁵³⁶.

No Direito português, a Constituição da República Portuguesa indica ser expressamente nulas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações⁵³⁷. O mandamento é instrumentalizado no artigo 126.º do Código de Processo Penal, que torna inadmissível as provas que forem, desta forma, obtidas, e o número 2.º do artigo traz referência exemplificativa de meio de prova proibidos⁵³⁸. Caso a prova seja obtida mediante essas condutas, será absolutamente proibida, sem possibilidade de valoração ou repetição⁵³⁹. Por outro lado, também há as provas que são submetidas a cláusulas específicas, e que a inobservância às regras recebe consequências relativas à valoração⁵⁴⁰.

⁵³⁴ VIEIRA, Renato Stanzola. **Controle da prova penal**. São Paulo: RT, 2021, p. 66.

⁵³⁵ ZACLIS. Investigação interna (...), *op. cit.*, p. 163.

⁵³⁶ Conforme artigo 573.º do Código de Processo Penal: “Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados”.

⁵³⁷ Artigo 32.º: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

⁵³⁸ Costa Andrade diz que, tal regramento deve ser interpretado às provas atípicas: “*Como métodos proibidos de prova não-de igual e seguramente valorar-se os demais atentados que realizam a mesma danosidade social de afronta à dignidade humana, à liberdade de decisão ou de vontade ou à integridade física ou moral das pessoas*” (ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra Editora, 1992, p. 216).

⁵³⁹ MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de Direito Processual Penal**, 1.ª ed (reimp.). Coimbra: Almedina, 2018, pp. 182. No mesmo sentido: MOURÃO, Helena. O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano16, n.º 4, 2006, p.575-620, p. 585.

⁵⁴⁰ MOURÃO. O efeito-à-distância (...), *op. cit.*, p. 585. A autora afirma que no direito português, ao contrário do italiano, brasileiro e do espanhol, a Constituição Portuguesa reconheceu no artigo 32.º, n.º 8, que será nula a prova obtida com violação àqueles direitos fundamentais elencados, e quando, por outro lado, houver violação ao

Na Alemanha, em que pese não haver previsão constitucional específica que vede a admissão de provas ilícitas, a doutrina e a jurisprudência preencheram a lacuna desenvolvendo parâmetros para a inadmissibilidade. Assim como em Portugal, há uma diferenciação entre proibição de produção de prova e proibição de valoração, e não há necessariamente relação entre ambas, uma vez que não será em todos os casos que provas obtidas de forma ilegal sofrerão o impedimento da valoração⁵⁴¹.

Há algumas garantias infringidas pelas proibições de prova que são lidas como dependentes e, nesses casos, a valoração da prova seria inviável⁵⁴². São aquelas situações em que a prova é produzida por tortura, e a exclusão vem taxativamente prevista no §136.º do StPO⁵⁴³. Outras situações dependentes são as regras de exclusão que estão legalmente previstas⁵⁴⁴, ou seja, a legislação expressamente prevê que a violação dessa regra de produção ocasionará a impropriedade da prova. Nesse caso, a exclusão da prova será imperativa⁵⁴⁵. Noutros casos, a exclusão será resolvida por meio de um juízo de ponderação entre garantias constitucionais, pois a decisão legislativa em favor da proibição de produção não antecipa o juízo de ponderação em si⁵⁴⁶, são chamadas de regras de proibição independentes.

Esse juízo de ponderação próprio do sistema alemão é interessante, na medida em que realiza um balanceamento entre o interesse público da perseguição penal ou da administração eficiente da justiça penal e o interesse do indivíduo na proteção dos seus direitos. Os estudos realizados por Duarte indicam que a jurisprudência dos Tribunais Alemães é mais propensa a possibilitar um juízo de valoração de provas obtidas ilicitamente⁵⁴⁷.

procedimento adota, sem violar esses direitos fundamentais, não estaria diante de uma nulidade, mas sim diante de uma possível ponderação de garantias constitucionais, que não é abarcada pela regra geral de nulidade. (MOURÃO, *op. cit.*, pp. 586-587).

⁵⁴¹ “*en primer lugar, se deduce de esta diferenciación entre prohibición de producción y prohibición de utilización probatoria, que una violación de la producción no acarrea necesariamente una prohibición de utilización*” AMBOS. *Las prohibiciones (...)*, *op. cit.*, pp. 6-7.

⁵⁴² RANSIEK, Andreas. The exclusionary rule in Germany revisited. In: **California Western International Law Journal**, vol. 53, n.º 1, pp. 115-160, 2022, pp. 122-123; No mesmo sentido AMBOS, *Las prohibiciones (...)*, *op. cit.*, pp. 30.

⁵⁴³ ARMENTA DEU, Teresa. **A prova ilícita: um estudo comparado**. GIACOMOLLI, Nereu José (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 55.

⁵⁴⁴ WONG, Un Tong. Modelos de proibições de prova numa perspectiva comparada: Alemanha, EUA e China. In: MENDES, Paulo de Sousa; PEREIRA, Rui Soares (*org.*). **Novos Desafios Da Prova Penal**, vol. 2, 2023, pp. 531-567, p. 536.

⁵⁴⁵ ARMENTA DEU. A prova ilícita (...), *op. cit.*, p. 56.

⁵⁴⁶ AMBOS. *Las prohibiciones (...)*, *op. cit.*, pp. 30.

⁵⁴⁷ DUARTE, Ana Matilde de Assis Pacheco. Contributo sobre a prova ilicitamente obtida por particulares: a sentença n.º 116/2017 do supremo tribunal espanhol (“caso falciani”). In: MENDES, Paulo de Sousa; PEREIRA, Rui Soares (*org.*), **Novos Desafios Da Prova Penal**, vol. 2, 2023, pp. 417-471, p. 438.

No Direito americano, o tema é tratado sob prisma das *exclusionary rules*, com destinatário exclusivo os entes estatais. Considerar inadmissível uma prova ilícita, vincula-se à premissa de que o Estado deve renunciar à utilização de evidências obtidas de maneira ilegal. Isso ocorre, principalmente, para impor um ônus significativo sobre o Estado, considerando os custos sociais associados à exclusão de provas (custos relacionados à expectativa de incriminação e punição)⁵⁴⁸.

Portanto, a exclusão de provas ilícitas serve como medida extraordinária para desencorajar agentes do Estado de violar o direito ao coletar informações. É uma maneira de assegurar que a busca da verdade e a proteção dos direitos individuais sejam mantidas como princípios fundamentais do sistema de justiça. Teresa Armenta Deu leciona que, se a exclusão da prova obtida ilicitamente não ocorresse, os juízes descumpririam o direito, tornando-se tão delinquentes quando aqueles que julgam⁵⁴⁹.

A forma como essas regras se imiscui aos entes públicos ou particulares, será melhor abordada nos tópicos seguintes.

4.1.1. Eficácia dos direitos fundamentais e a produção de prova por particulares

O desenvolvimento dos direitos fundamentais na idade moderna tem início com a *Petition of Rights*, na Inglaterra do século XVII⁵⁵⁰. O documento, intitulado *Magna Charta Libertatum*, expressamente reconhece diversos direitos inalienáveis dos cidadãos como, p.ex, a liberdade e propriedade. No século XVIII, o *Virginia Bill of Rights*, proclamado nos Estados Unidos da América, concede o triunfo dos direitos fundamentais⁵⁵¹, retirando do Estado o poder de dispor sobre os direitos dos cidadãos.

O fim do autoritarismo monárquico na Europa, rompido pela insurgência iluminista, com forte influência americana, trouxe aquilo que se chamou de Estado Liberal, sob viés de ampla liberdade nas relações privadas⁵⁵². Nesse momento, reconhece-se que o cidadão precede

⁵⁴⁸ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Licitude e validade da prova penal nas investigações empresariais internas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 9, n.º 2, pp. 609-644, 2023, p. 621.

⁵⁴⁹ ARMENTA DEU. A prova ilícita (...), *op. cit.*, p. 55.

⁵⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49.

⁵⁵¹ CARVELLI, Urbano; SCHOOL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. In **Revista de Informação Legislativa**, vol. 48, n.º 191, 2011, pp. 167-189, p. 180.

⁵⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 216.

ao Estado⁵⁵³, e àquele se concede mais direitos do que lhes impõe deveres⁵⁵⁴. Os direitos dos homens deixaram de ser vistos como uma liberalidade do Estado, senão reconhecidos como algo inerente à condição humana⁵⁵⁵. A finalidade era afirmar que ao Estado se impõem limites de atuação, e que não deve se imiscuir nas relações privadas.

Com o advento do Estado Social, os direitos fundamentais passam a ser interpretados de maneira mais ampliada, limitando a autonomia da vontade privada, que outrora era irrestrita. Se antes, as normas constitucionais eram orientativas, com a mudança hermenêutica, algumas passam a ter força imperativa.

No cenário pós-guerra, encampou-se a ideia de que as normas constitucionais seriam bipartidas: as autoaplicáveis (eficácia horizontal imediata), de cunho cogente, e as não autoaplicáveis, que dependiam de regulação infraconstitucional (eficácia horizontal mediata)⁵⁵⁶.

Em termos históricos, os direitos fundamentais remontam à defesa do cidadão frente ao Estado. Conforme ensina Steinmetz⁵⁵⁷, a teoria dos direitos fundamentais parte da premissa de que somente há poder estatal e, por essa razão, deve-se impor limites à atuação. A partir desse limiar, os direitos fundamentais são vistos como eficácia vertical, hierárquica, no qual o Estado passa a ser o destinatário das obrigações decorrentes deles.

A crise social e econômica do início do século XX deu início a um pensamento de constitucionalização do Direito privado, reconhecendo que o Estado não seria apenas vilão, mas teria função de salvaguardar a sociedade civil do perigo de deterioração que ela mesmo gerava⁵⁵⁸. Assim, passou-se a se questionar se as normas de direitos fundamentais deveriam ter aplicação na relação entre particulares.

⁵⁵³ CARVELLI; SCHOOL. Evolução histórica (...), *op. cit.*, p. 175.

⁵⁵⁴ BRANCO; MENDES. Curso de Direito Constitucional, *op. cit.*, p. 155.

⁵⁵⁵ LEMOS, Vinicius Martins. A morfologia dos direitos fundamentais: uma leitura menos ensimesmada do plano de eficácia horizontal. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 97, 2016. Acesso em: 18 dez. 2023. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/93340582/v20160097/document/117056563/anchor/a-117056563>.

⁵⁵⁶ FERNANDES, Patricia Stefoni. Teoria dos direitos fundamentais e eficácia normativa da Constituição: a constitucionalização do direito privado. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 110, 2018, RR-9.1 – RR-9.4. Acesso em: 24 dez. 2023. Disponível em <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/93340582/v20180110/page/RR-9.1%20>. Urbano Carvelli e Sandra School afirmam sobre o raio de atuação dos direitos fundamentais constitucionais há diferença entre os ideias do *Bill of Rights* nos Estados Unidos e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França (CARVELLI; SCHOOL. Evolução História (...), *op. cit.*, pp. 183-184).

⁵⁵⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 84.

⁵⁵⁸ BRANCO; MENDES. Curso de Direito Constitucional, *op. cit.*, p. 200.

Diante desse questionamento, nasce a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O ponto é racionalizar a aplicação aos particulares, daquilo que originalmente era uma proteção contra o Estado.

Daniel Sarmento ensina que:

Dentro do universo dos direitos fundamentais, que explora a acepção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quando estes são transportados às relações de direito privado, devem ser promovidas suas adequações necessárias, uma vez que não há como adotar a solução simplista de transplantar o particular para a posição de sujeito passivo dos direitos fundamentais, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo diversamente do Estado, também é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados, não servindo a função social da propriedade como argumento teórico para excluir responsabilidades que são exclusivas do Estado⁵⁵⁹.

Branco e Mendes explicam que o tema teve maior projeção após o julgamento, pela Corte Constitucional Alemã, do caso Luth, julgado em 1985, que tratava sobre a possibilidade de se atribuir responsabilidade a uma cidadã (Luth) que fomentou boicote aos filmes produzidos por Veit Harlan, um diretor nazista. O Tribunal Constitucional reconheceu que o Direito à Liberdade de Expressão surtia efeitos não somente contra críticas direcionadas ao Estado, como também a outros cidadãos, atribuindo a esse direito maior proeminência frente ao possível efeito negativo de suas ações⁵⁶⁰.

Com intuito de racionalizar a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, algumas teorias foram surgindo, conforme se estudará na sequência.

4.1.1.1. *Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais (State Action Doctrine)*

Antes de se analisar a teoria que reconhece eficácia horizontal aos direitos fundamentais, é prudente tratar sobre a teoria diametralmente oposta, ou seja, aquela que não aceita os particulares como destinatários da limitação imposta por direitos fundamentais.

A teoria de que os direitos fundamentais não têm como destinatário particulares ganha notoriedade nos Estados Unidos da América, recebendo a denominação de *state action doctrine*. Aludida doutrina, interpretada à luz da primeira seção da décima-quarta emenda à

⁵⁵⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 209.

⁵⁶⁰ BRANCO; MENDES. Curso de Direito Constitucional, *op. cit.*, p. 201, nota de rodapé.

Constituição Americana⁵⁶¹, refere que somente o Estado pode violá-la⁵⁶². Com exceção à proibição de escravidão⁵⁶³ e ao transporte e importação de produtos tóxicos⁵⁶⁴, as demais disposições limitadoras constitucionais têm aplicação apenas em face do Estado. Essa afirmação não implica que os particulares estejam isentos de qualquer regulamentação, antes disso, sugere que as normas aplicáveis a eles devem ser estabelecidas por meio de legislação infraconstitucional.

A primeira aplicação dessa teoria se deu no caso *Burdeau v. McDowell*⁵⁶⁵, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu pela inaplicabilidade da regra de exclusão da prova ilícita obtida por particular. Naquela situação, foi admitida a viabilidade de utilizar documentos fornecidos por indivíduos privados que os obtiveram mediante busca ilegal, em ambiente privado, sem o envolvimento ou o conhecimento de um agente estatal.

Por sua vez, no julgamento *United States v. Antonelli*⁵⁶⁶, o Segundo Circuito da Corte Federal de Apelação entendeu que a regra federal de proibição de provas (*exclusionary rules*) que impõe a observância das regras provenientes da quarta e quinta emendas à Constituição, é há muito interpretada como "uma restrição às atividades da autoridade soberana", e não como "uma limitação a outras governamentais". No que se refere ao contexto das investigações privadas, mais notadamente ao *Miranda Warning*, Sklansky afirma que as cortes americanas se recusam a reconhecer aplicação às regras de proibição de provas, quando os entrevistadores são investigadores privados⁵⁶⁷.

Justifica-se a teoria na noção de que os particulares devem ter plena liberdade para constituir suas ações, sem a ingerência do Estado⁵⁶⁸. A questão é que os autores americanos

⁵⁶¹ "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws." (EUA. Constituição. Fourteenth Amendment. Acesso em: 25 dez. 2023. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-14/>.)

⁵⁶² *NFIB v. SEBELIUS AND THE INDIVIDUALIZATION OF THE STATE ACTION DOCTRINE*. In: **Harvard Law Review**, vol. 127, n.º 4, 2014, pp. 1174–1195, p. 1174. Acesso em: 24 dez. 2023. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/23741421>.

⁵⁶³ EUA. Constituição. Thirteenth Emendment. Acesso em: 24 dez 2023. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-13/>.

⁵⁶⁴ EUA. Constituição. Twenty-First Amendment. Acesso em: 24 dez 2023. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-21/>.

⁵⁶⁵ EUA. Supreme Court. *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465, 1921.

⁵⁶⁶ EUA. United States Court of Appeals, Second Circuit. *United States v. Antonelli*, 434 F.2d 335, 337 (1970). Acesso em: 1 jan. 2024. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-antonelli-3>.

⁵⁶⁷ SKLANSKY, David A. The Private Police. In: **UCLA Law Review**, vol. 46, n.º 4, 1999, pp. 1165-1288, p. 1193. Acesso em: 1 jan. 2024. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/uclalr46&i=1179>.

⁵⁶⁸ A Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento *Lugar v. Esmondson Oils Co.*, afirmou que a observância cuidadosa da doutrina preserva uma área de liberdade individual (EUA. Supreme Court. 457 U.S. 922 (1982)).

parecem uníssonos em reconhecer que a doutrina do *state action* foi criada sem qualquer embasamento teórico e a aplicação dela vem ocorrendo de forma vaga⁵⁶⁹ e ambígua⁵⁷⁰, já passando da hora de revê-la⁵⁷¹. Erwin Chemerisky, em clara posição crítica, afirma que está na hora de repensar a teoria e questiona por que infrações a valores básicos devem ser tolerados somente porque os infratores são indivíduos privados, e não o Estado⁵⁷². Wilson Huhn, professor da Universidade de Yale, compartilha da crítica, afirmando que as decisões repetidas da Suprema Corte aplicando *state action doctrine* são erradas, porque indivíduos e organizações privadas não tem o direito constitucionais de operar em liberdade contra a própria ordem constitucional que afirma a igualdade, tolerância e justiça⁵⁷³.

Em contrapartida, o Estado do Texas, na legislação processual penal, contém previsão expressa no sentido das *exclusionary rules* vincularem também os particulares⁵⁷⁴.

Ingo Sarlet⁵⁷⁵ alerta que a *state action doctrine* tem sido relativizada, por exemplo, quando o particular exerce função tipicamente estatal, ou quando existem pontos de contato e aspectos comuns suficientes, para que se possa imputar ao Estado a responsabilidade pela conduta oriunda do particular.

No âmbito de estudo deste trabalho, a doutrina da *state action* representa maior liberdade da empresa em realizar as investigações internas sem percalços de natureza constitucional, uma vez que se a eficácia dos direitos fundamentais não restringe o âmbito de atuação da investigação, maior será a liberdade em devastar a vida dos colaboradores na busca de elementos de prova.

⁵⁶⁹ STEAMER, Robert J. Civil Liberties and the Constitution (revisão da obra de Paul G. Kauper). In: **American Political Science Review**, vol 56, n. ° 3, 1962, pp. 694-695. Acesso em: 24 dez. 2023. Disponível em: doi:10.2307/1952503.

⁵⁷⁰ BLACK JR, Charles. Foreword: State Action, Equal Protection, and California's Proposition. In: **Harvard Law Review**, vol. 81, n.º 1, 1967, pp. 62-262. Acesso em: 24 dez. 2023. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1339220>. O professor Charles Black chega a mencionar que a o doutrina da *state action* seria conceitualmente um desastre (BLACK. *Foreword (...)*, *op. cit.*, p. 69).

⁵⁷¹ HUHN, Wilson R. The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice. In: **Hofstra Law Review**, vol. 34, n.º 4, 2006, pp. 1379-1460, p. 1396. Acesso em: 25 dez. 2023. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hoflr34&i=1389>.

⁵⁷² CHEMERINSKY, Erwin. Rethinking State Action. In: **Northwestern University Law Review**, vol. 80, n.º 3, 1985-1986, pp. 503-557, p. 505. Acesso em: 24 dez. 2023. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/illlr80&i=509>.

⁵⁷³ “The Supreme Court's justification of the state action doctrine is demonstrably wrong because individuals and private organizations do not have a constitutional right to operate free of constitutional norms mandating equality, fairness, and tolerance” (HUHN. *The State Action (...)*, *op. cit.*, p. 1381)

⁵⁷⁴ COSTA, José Neves da. Do aproveitamento em processo penal das provas ilícitamente obtidas por particulares. In: **Revista da Concorrência e Regulação**, vol. 16, 2013, pp. 295-344, pp. 308-309.

⁵⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, n.º 16, 2005, pp. 193-259, p. 225.

O constitucionalismo moderno, mais forte nos sistemas de *civil law*, não reconhece a teoria puramente vertical de eficácias dos direitos fundamentais. Por essa razão, é de se prevalecer que às investigações internas se aplicam limites à obtenção de provas. O modelo de gerenciamento desses limites deve ser estudado por meio das teorias da eficácia horizontal, que serão estudadas na sequência.

4.1.1.2. *Teoria da eficácia horizontal e a produção de prova ilícita por particulares*

Ao contrário do Direito norte-americano, no sistema anglo-saxão, a observância aos direitos fundamentais também se estende aos particulares. Têm-se, nesse momento, aquilo que se chamou de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou nas relações privadas, surge o entendimento de que as desigualdades estruturais não estão limitadas apenas às relações entre o Estado e os indivíduos, como também permeiam as interações entre os próprios particulares⁵⁷⁶. Esta perspectiva implica reavaliação da aplicabilidade dos direitos fundamentais, no contexto das relações privadas, desafiando os estudiosos da ciência jurídica a repensarem as formas de proteção e garantia desses direitos, em um âmbito mais amplo.

Possível explicação para afastar a eficácia puramente vertical dos direitos fundamentais remonta a sua própria origem, as declarações de direitos proclamadas ao fim do século XVIII. No momento histórico, a função de suas proclamações não seria apenas a de limitar o poder do Estado, como também regular a vida do cidadão que pertencia à sociedade. A doutrina liberal nasce de uma desconfiança do Estado, impondo uma abstenção nas relações privadas⁵⁷⁷.

Em contraste com o Estado liberal, cuja função da Constituição é primordialmente limitar o poder político e os direitos fundamentais nela inseridos eram assegurados, principalmente por meio da abstenção de intervenção do poder público na esfera jurídica do indivíduo, no Estado social e democrático de direito, a Constituição é concebida como norma reguladora da convivência social⁵⁷⁸. Neste modelo, os direitos fundamentais não se concretizam

⁵⁷⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.º 17, 2011, pp. 33-46, p. 36.

⁵⁷⁷ Rivero *apud* ANZURES GURRÍA, José Juan. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. In: **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n.º 22, 2010, pp. 3-50, p. 4. Acesso em 27 dez 2023. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/view/235>.

⁵⁷⁸ ANZURES GURRÍA. *La eficacia (...)*, *op. cit.*, p. 11.

meramente pela ausência de ação estatal, mas sim por meio de conduta ativa do Estado, com objetivo de garantir efetivamente os direitos proclamados.

Com o crescimento exponencial das empresas e o ganho de poder à intromissão na vida particular, houve o reconhecimento de que a violação aos tradicionais direitos fundamentais poderia vir não somente pelo Estado, como também por entes privados. A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais visa, portanto, fortalecer as garantias individuais constitucionalmente previstas em relações cujo Estado não participa⁵⁷⁹.

A doutrina divide a aplicação teoria horizontal em imediata e mediata. Aqueles que defendem aplicação imediata, afirmam que os direitos fundamentais não se limitam a atribuir posições subjetivas aos titulares desses direitos, mas que essas normas configuram direito objetivo⁵⁸⁰, exigindo respeito também nas relações privadas e, assim, são autoaplicáveis, tratando-se de direitos subjetivos de todo cidadão, e independe de uma legislação infraconstitucional.

Por outro lado, a teoria mediata atribui aos direitos fundamentais na relação privada uma filtragem mediante processo de interpretação de cláusulas gerais de direito civil (como boa-fé), e a regulação dependeria de normas infraconstitucionais⁵⁸¹. Ou seja, a concretização dos direitos fundamentais nas relações privadas passaria, primeiramente, pelo legislador, e, em um segundo momento, pelo juiz.

A posição adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil, conforme disposição expressa do §1.º do artigo 5.º, é a da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Agora, no que tange a essa eficácia imediatamente aplicável aos particulares, a discussão se aprofunda.

Portugal tem previsão expressa na Constituição pela observância obrigatória dos direitos fundamentais nas relações particulares⁵⁸². Contudo, Sousa Mendes afirma que: “Com certeza, as proibições de produção de prova não se dirigem aos particulares, por isso mesmo que eles não estão vinculados às normas do processo penal, salvo se atuarem às ordens ou sob a direção

⁵⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: **Revista Direito GV**, vol. 1, n.º 1, 2005, pp. 173-180, p. 174. Acesso em: 02 jan. 2024. Disponível em <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35274/34067>.

⁵⁸⁰ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade: Portugal-Brasil Ano 2000. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 187.

⁵⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang (*org.*). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado**, 12.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 396.

⁵⁸² Artigo 18.º, n.º 1: Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Acesso em: 02 jan. 2024. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

das instâncias formais de controlo social (por exemplo: o agente provocador)”⁵⁸³. Entretanto, o autor consigna que isso não significa que a valoração será possível e, citando o escólio de Costa Andrade, transcreve que:

(...) impor-se-á a renúncia ao meio de prova sempre que o processo da sua obtenção está atingido pela mácula do atentado extremo contra os direitos humanos (*Makel an Menschenrechtswidrigkeit*), do arguido, em termos tais que não pode, em concreto, exigir-se dos órgãos de aplicação da lei penal – em nome da sua respeitabilidade e credibilidade segundo a ideia de direito – que utilizem a prova obtida pelo particular⁵⁸⁴.

A jurisprudência se posicionou poucas vezes sobre o assunto. De forma mais recente, a questão foi apreciada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no processo de n.º 14538/10.4TFLSB.L1-55⁵⁸⁵. Na ocasião, o Tribunal ratificou decisão do Tribunal de Pequena Instância Criminal⁵⁸⁶ que consignou que, embora o direito ao sigilo bancário não seja absoluto, a cedência desse direito deve ocorrer pela via legal. Restou consignado no julgamento originário que não proibir a coleta ilícita de provas por particulares seria permitir entrar pela janela aquilo que impediu de entrar pela porta e, citando doutrina de Paulo Pinto de Albuquerque, afirma que “os sujeitos ativos dos métodos proibidos de prova não são apenas os agentes do Estado e os particulares que agem sob a sua orientação, mas também quaisquer particulares”.

O Tribunal da Relação de Lisboa, em sua fundamentação, faz constar que, aos moldes do que decidiu o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 42/2007, de 23 de janeiro de 2007, o direito ao sigilo bancário não é abrangido pela tutela constitucional da reserva da intimidade da vida privada nos mesmos termos de outras áreas da vida pessoal. Entretanto, afirma que o artigo 126.º do Código de Processo Penal Português tem aplicação aos particulares, pois, citando Manuel da Costa Andrade:

⁵⁸³ MENDES. As proibições de prova (...), *op. cit.*, p. 142. A doutrina portuguesa, porém, não é unânime, havendo autores que se posicionam no sentido de que a regra do artigo 126.º do Código de Processo Penal também se estende aos particulares *cf.* ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**, 1992. Coimbra: Coimbra Editora; COSTA, José Neves da. Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas pelos particulares. In: **Revista da Concorrência e Regulação**, vol. 16, 2013, pp. 295-344; SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**, vol. 2, 4.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo.

⁵⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa *apud* MENDES. As proibições (...), *op. cit.*, nota de rodapé n.º 17.

⁵⁸⁵ PORTUGAL. TRL. Processo n.º 14538/10.4TFLSB.L1-5, Relator Doutor Jorge Gonçalves. Data do Acórdão: 03 de julho de 2012. Acesso em: 29 dez. 2023. Disponível em: <https://dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1d2f8c1f3f47a83680257a640032f95d?OpenDocument&Highlight=0,14538>.

⁵⁸⁶ No julgamento do processo contraordenacional de n.º 24/07/CO. Essa informação foi obtida na obra de José Neves da Costa (COSTA. Do aproveitamento (...), *op. cit.*, p. 297).

o artigo 126.º da codificação portuguesa inscreve-se no livro Da prova. Onde, a par de preceitos apenas válidos na direção das autoridades processuais, se encontram proibições aplicáveis (também) a particulares. Acresce um não menos expressivo argumento de fundo racional-teleológico. Resumindo, mal se compreenderia que, por um lado, o legislador português precludesse sem mais a valoração de meios de prova (gravações e fotografias) obtidas por particulares através de atentado ao direito à palavra e à imagem (art. 167.º); e, por outro lado e ao mesmo tempo, admitisse as provas logradas por particulares à custa de atentados tão intoleráveis a eminentes bens jurídicos pessoais como os previstos no artigo 126º do CPP.

Em Espanha, o Tribunal Constitucional ratificou a ideia de que as regras de proibição de prova como direito substantivo permanecem hípidas, independente de terem sido produzidas por particular, razão pela qual aplicável aos particulares a regra do artigo 24.2º da Constituição⁵⁸⁷. Todavia, é possível extrair da decisão que a Corte relativizou essa proibição, assentando que seria possível a valoração, quando se constatar uma ausência de vinculação entre a obtenção e as agências públicas de investigação, e quando não houver intenção prévia do particular violador de usar desses elementos de prova em processo futuro.

Na Alemanha, as proibições de prova não se estendem aos particulares, vinculando exclusivamente os órgãos públicos de persecução penal, o que ocasiona a possibilidade de valoração⁵⁸⁸, em alguns casos, desde que a produção não se dê mediante violação a um princípio do Estado de Direito (como dignidade da pessoa humana)⁵⁸⁹, ou que o particular não esteja a serviço das forças policiais⁵⁹⁰, o que se assemelha à posição norte-americana das *exclusionary rules*.

O Direito brasileiro também adota a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁵⁹¹. Assim, a doutrina converge de forma quase unânime ao entendimento de que as regras de proibição de prova se aplicam também aos particulares⁵⁹². Grinover enfatiza ser verdadeiro contrassenso admitir a valoração de declarações obtidas em desrespeito aos parâmetros legais, exclusivamente porque o foram produzidas por particulares⁵⁹³.

⁵⁸⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC n.º 97/2019. Relator Alfredo Montoya Melgar, julgado em 16 jul. 2019. Acesso em: 30 mar. 2023. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11909.

⁵⁸⁸ COSTA. Do aproveitamento (...), *op. cit.*, pp. 312-313.

⁵⁸⁹ COSTA. Do aproveitamento (...), *op. cit.*, p. 313.

⁵⁹⁰ COSTA. Do aproveitamento (...), *op. cit.*, p. 314.

⁵⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144.

⁵⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83.

⁵⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Divulgação de conteúdo de conversa telefônica própria: limites. In: **Revista de Processo**, vol. 34, n.º 168, 2009, pp. 291-316, p. 300.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou pela primeira vez sobre a matéria, ainda que de forma indireta, no julgamento do Recurso Extraordinário 251.445/GO⁵⁹⁴, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Na oportunidade, julgava-se a violação ao consultório de um dentista, por um civil, onde fora possível apreender fotografias, e se questionava se aquele espaço recebia a proteção constitucional à inviolabilidade de domicílio e, sendo positiva a resposta, se a invasão por particulares tornaria a prova ilícita. O voto do eminente relator ocorreu da seguinte forma:

A persecução penal, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta e nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a persecutio criminis sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, desse modo, representa uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado. (...) Impõe-se registrar, até mesmo como fator de expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. (...)

E segue:

Se, no entanto, 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 o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico, posto que concretizado por um menor infrator - remanescerá caracterizada a situação configuradora de ilicitude da prova.

O Ministro Cezar Peluso também se posicionou sobre o tema no *Habeas Corpus* n.º 82.862/SP quando reconheceu ser inadmissível o uso de papéis confidenciais obtidos ilicitamente por ex-empregado de empresa⁵⁹⁵.

Acontece que as situações podem se tornar homogêneas, como nos casos em que particulares atuam em comunhão de esforços com as autoridades públicas na obtenção de provas, ou mesmo quando um particular viola garantias fundamentais para obter provas que demonstram sua inocência. Aliás, quando se trata de investigações internas corporativas, por vezes, a investigação é utilizada justamente para mostrar às autoridades públicas que a empresa de nada colaborou com o evento criminoso, ou que não foi beneficiada de forma alguma. Diante

⁵⁹⁴ BRASIL. STF. RE n.º 251.445/GO, Min Celso de Mello. Julgamento em 21 de jun 2000, Dje 03 ago. 2000.

⁵⁹⁵ BRASIL. STF. 2.ª Turma. Habeas Corpus n.º 82.862/SP, Relator Cezar Peluso, publicação em 13.06.2008.

desse cenário, estar-se-ia diante de uma prova ilícita apta a demonstrar a inocência de um ente privado, mas que foi produzida no bojo de uma investigação interna.

No cenário brasileiro, a doutrina reconhece que a inadmissibilidade das provas ilícitas não se aplica quando a prova serve para inocentar o réu. Lopes Jr. afirma que, nesses casos, há que se fazer ponderação via princípio da proporcionalidade entre o direito de liberdade de um inocente e eventual direito sacrificado na obtenção da prova que confirma a inocência⁵⁹⁶. Gomes Filho pensa da mesma forma ao afirmar que:

(...) no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência, parece claro que deva este último prevalecer, não só porque liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado⁵⁹⁷.

A premissa é adotar o princípio da proporcionalidade no momento da valoração entre princípios constitucionais. Neste sentido, leciona Lima e Ambos:

É evidente que as questões concretas, advindas da problemática sobre a prova ilícita, ainda irão gerar no Brasil embate doutrinário e exigirão, em breve, uma posição mais clara (até sumular) do Supremo Tribunal Federal. Se, de um lado, devem ser preservados direitos e garantias individuais, outras garantias e princípios constitucionais também devem ser protegidos, e daí pensarmos que, sem dúvida, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade, não só pro reo, mas excepcionalmente, como ocorre em outros países, poderá ser utilizado pro societate, mormente quando concorrerem garantias e princípios constitucionais de igual ou maior magnitude, exigindo-se, assim, a realização de uma ponderação de interesses⁵⁹⁸.

O Supremo Tribunal Federal recentemente, ainda que de forma muito breve, sem se aprofundar no tema, decidiu no *Habeas Corpus* 164.493, de relatoria do Ministro Edson Fachin,

⁵⁹⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 398.

⁵⁹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 18, n.º 85, pp. 393-410, 2010. p. 408. Paulo Rangel, seguindo os ensinamentos de Afrânio Silva Jardim, leciona que nessas situações o réu estaria amparado por um estado de necessidade probatório na medida em que a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), é lícito sacrificar o menor em uma situação não provocada de conflito extremo: “a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante” (RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 22.^a ed., São Paulo: Atlas, p. 487).

⁵⁹⁸ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira, com a perspectiva já de acordo com a reforma processual de 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 185. No mesmo sentido: SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações tecnológicas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 142.

que a prova ilícita produzida em favor do réu é passível de valoração⁵⁹⁹. Da mesma forma, no julgamento da Reclamação 33.711⁶⁰⁰, ainda que outra situação estivesse sob análise, o Ministro Gilmar Mendes afirma que “(...) na verdade, o uso de eventual prova ilícita em favor do réu constitui a única exceção à regra estabelecida no art. 5º, LVI, da CF/88 (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos)”.

Sob o prisma da legítima defesa, a Suprema Corte brasileira decidiu nos *Habeas Corpus* de n.º 74.678⁶⁰¹ que a gravação clandestina de conversa telefônica feita por um terceiro, com a concordância de um dos interlocutores, mas sem o conhecimento do outro, não seria ilícita.

Por outro lado, nas situações em que há cooperação das agências públicas nas investigações internas, caso haja a obtenção de provas em violação a garantias fundamentais, essas provas deverão ser tidas como ilícitas⁶⁰². E, talvez, esse seja o ponto central ao objeto desse trabalho, uma vez que, em verdade, as investigações internas são realizadas por setores da companhia que atuam dentro do sistema normativo de autorregulação com funções investigativas institucionalizadas⁶⁰³ e, por esse motivo, “a empresa, como ente investigativo normativamente reconhecido e disciplinado, precisa de desestímulo reforçado frente a práticas investigativas desviadas”⁶⁰⁴.

Para além disso, não há isenção ou imparcialidade na condução da investigação interna. Ela sempre será dirigida para coleta dos elementos mais benéficos à empresa. E, por essa razão, não pode ser lida puramente como um “particular”. Outrossim, com relação aos entrevistados, por certo, há hierarquia entre patrão-empregado que torna desnivelada a relação posta, motivo adicional à estipulação de padrões de desestímulo à coleta abusiva de elementos de convicção.

⁵⁹⁹ (...) 5. Desnecessidade de utilização dos diálogos obtidos na Operação Spoofing. Os diálogos apreendidos na Operação Spoofing, que, nos últimos doze meses, foram objeto de intensa veiculação pelos portais jornalísticos, destacam conversas entre acusadores e o julgador – Procuradores da República e o ex-Juiz Sergio Moro. As conversas obtidas sugerem que o julgador definia os limites da acusação e atuava em conjunto com o órgão de acusação. O debate sobre o uso dessas mensagens toca diretamente na temática das provas ilícitas no processo penal. O Supremo Tribunal Federal já assentou que o interesse de proteção às liberdades do réu pode justificar relativização à ilicitude da prova. (...) (BRASIL. STF. HC 164493, Relator Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão Gilmar Mendes, julgado em 23 mar 2021, publicado em 04 jun. 2021).

⁶⁰⁰ BRASIL. STF. Rcl 33.711, Relator Gilmar Mendes, julgado em 11 jun. 2019, publicado em 23 ago. 2019.

⁶⁰¹ BRASIL. STF. 1.ª Turma. HC 74.678. Relator Moreira Alves, julgado em 10 jun 1997, publicado em 15 ago. 1997. Situação semelhante foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. STJ. Corte Especial. Ação Penal 707/DF, Relator Arnaldo Esteves Lima, julgado em 07 mai 2014.

⁶⁰² No caso *United States v. Connolly*, 24 F.4th 821 (2d Cir. 2022), o 2.º Circuito da Corte de Apelação Federal debateu a possibilidade de utilização de informações obtidas nas investigações internas de uma empresa e decidiu que, diante do alto grau de envolvimento das agências públicas na condução das investigações, a prova obtida nas entrevistas, mediante *talk-or-walk* seria ilícita, uma vez que os depoimentos não eram voluntários, ocasionando a exclusão da prova por violação à quinta emenda à constituição.

⁶⁰³ REBOUÇAS. Licitude e validade (...), *op. cit.*, p. 633.

⁶⁰⁴ REBOUÇAS. Licitude e validade (...), *op. cit.*, p. 633.

A conclusão é a exclusão de provas ilicitamente obtidas pelas empresas no escopo das investigações internas, quando o objetivo da prova é puramente levar ao Ministério Público provas de autoria e materialidade, a fim de indiciar um funcionário ou terceiros que prestaram serviços, desde que essas provas não objetivarem demonstrar a inocência da empresa.

A questão que se coloca nos próximos capítulos é se estabelecer, então, a forma como essas garantias constitucionais se aplicam nas investigações internas dentro das provas típicas previstas no código de processo penal, ou mesmo atípicas que observem os limites de atuação efetiva das empresas na obtenção de prova em face de seus funcionários, sejam eles investigados ou não.

4.2. GARANTIAS NA PRÁTICA: ATOS DE INVESTIGAÇÃO

Nos capítulos anteriores, buscou-se, inicialmente, a contextualização do instituto da investigação interna corporativa dentro do aspecto prático que é os programas de compliance. Depois, apresentou-se o conceito de investigação interna e suas respectivas origens, tanto no aspecto histórico quanto legal, reconhecendo a fundamentação constitucional. Na sequência, o trabalho tentou traçar um mínimo e geral sistema de limitação à obtenção de elementos de prova dentro da teoria de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, demonstrando que as garantias e os direitos constitucionalmente previstos para frear os poderes do Estado, também, devem balizar a atividade particular.

Todavia, ainda que se reconheça que os particulares devem observar os direitos fundamentais, fato é que a eficácia não é transplantada de forma absoluta, pois, nas relações privadas, há outra gama de direitos que tratam da liberdade de pactuação sem interferência do Estado.

Noutra toada, a ausência de regulamentação específica acerca das investigações internas, dá azo a uma maior liberdade aos investigadores, o que deveras não alcança um mínimo de racionalidade epistêmica. Por essa razão, a maneira como os direitos fundamentais se imiscuem na prática das relações privadas deve ser analisada caso a caso e, no objeto deste trabalho, em cada modalidade de obtenção de prova.

Diante desse maior grau de discricionariedade, mas com o fim de cumprir a parcela de obrigação dentro da autorregulação, justamente no aspecto material dos programas de compliance, surge a necessidade de planejar, de forma meticulosa, a investigação. Afinal de contas, a investigação interna não apenas serve para ajeitar a casa, como também para colher

elementos aptos a servir de defesa para a empresa, seja para auxiliar os órgãos de persecução penal estatal. Para bem cumprir essa missão, é imprescindível que as provas sejam lícitas.

Inobstante, este trabalho se curva a um entendimento de que para que se possa corretamente decidir sobre a margem de aplicação dos limitadores processuais à obtenção de prova, na investigação interna, o olhar deve ser para o fim a que se destina a prova, conforme será debruçado a seguir.

4.2.1. Depoimentos e interrogatórios: direito à informação; direito a advogado; direito a não autoincriminação

O primeiro e mais elementar meio de obtenção de prova é o depoimento (ou entrevistas) com os colaboradores⁶⁰⁵. A entrevista com os funcionários e, igualmente, com o próprio investigado, clareia e oferece sentido às informações outrora colhidas na forma documental ou das denúncias originadas dos canais de denúncia e dos *whistleblowers*.

Nas palavras de Kuehne, é a palavra dos entrevistados que traz cor às chatas e monótonas informações documentais⁶⁰⁶. Como observa Duggin:

(...) 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.⁶⁰⁷

Por essa razão, a busca pelas informações diretamente com os entrevistados, sejam eles colaboradores ou investigados, é tão interessante ao procedimento, uma vez que podem ser lidos como verdadeiros interrogatórios, é preciso encontrar padrões racionais para se colher esses depoimentos, mormente porque, ao menos de forma geral, o investigador não detém meios coercitivos diretos para forçar o depoimento. Como aponta Araújo⁶⁰⁸, diante da ausência

⁶⁰⁵ Lidos aqui como funcionários, sócios, prestadores de serviço ou mesmo acionistas que possam ter relação com o objeto das investigações.

⁶⁰⁶ KUEHNE, Benedict P. Protecting the privilege in the corporate setting: Conducting and Defending internal corporate investigations. In: **St. Thomas Law Review**, vol. 9, n.º 3, 1997, pp. 651-706, p. 679. Acesso em: 06 jan. 2024. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/stlr9&i=659>.

⁶⁰⁷ DUGGIN, Sarah Helene. Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview. In: **Columbia Business Law Review**, n.º 3, 2013, pp. 859-964, p. 864. Acesso em: 06 jan. 2024. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/colb2003&i=869>.

⁶⁰⁸ ARAUJO, Marcelo Azambuja. **Investigações Empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 96.

de regulamentação legal, o depoimento prestado no âmbito da investigação interna não está abarcado pelo delito de falso testemunho.

Ademais, ainda que o depoimento colhido no âmbito da investigação interna não seja prova propriamente dita – pois não produzido sob um crivo de contraditório – prestam-se a orientar o investigador sobre como proceder na investigação, ou mesmo dá indícios suficientes a possível persecução penal futura.

O primeiro questionamento a se fazer é se o empregado tem obrigação de colaborar com a investigação. Ainda, se a pessoa ouvida for investigado, há um dever de aviso sobre o direito ao silêncio? E, se sim, de não produzir prova contra si em termos mais gerais?

A aplicação do princípio do *nemo tenetur* sempre impactou a busca da verdade processual. Indubitavelmente, conceder poder coercitivo às entrevistas reduz absolvições e condenações falsas⁶⁰⁹.

O direito ao silêncio decorre do princípio da não autoincriminação⁶¹⁰. A Constituição Federal garante a proteção do cidadão em não produzir prova contra si⁶¹¹. Há, na jurisprudência brasileira, consenso de que a incidência do princípio não se limita ao interrogatório⁶¹², nem mesmo aos casos que tenham implicações diretamente criminais, como nos casos da Comissões Parlamentares de Inquérito⁶¹³.

Não é, todavia, direito absoluto. Há situações em que a regra de não produzir provas contra si mesmo não vem sem consequências. Na legislação brasileira, p.ex., o cidadão não é obrigado a executar o teste do bafômetro⁶¹⁴. Todavia, a recusa gera infração administrativa prevista no artigo 165-A.º da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). O Supremo Tribunal Federal validou essa norma no julgamento do Recurso Extraordinário 1.224.374, quando o então relator Ministro Luiz Fux, seguido pelos demais pares à unanimidade, decidiu que a recusa a realizar o exame não implica em repercussão criminal, mas pode gerar efeitos na esfera administrativa, por reconhecimento de proporcionalidade⁶¹⁵.

⁶⁰⁹ LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica**. Marcial Pons, 2013, p. 213.

⁶¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 207.

⁶¹¹ Artigo 5.º, inciso LXIII.

⁶¹² BRASIL. STF. 1.ª Turma. HC n.º HC 80949/RJ. Relator: Min Sepúlveda Pertence. Julgado em 30/10/2001.

⁶¹³ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC n.º 79.812. Relator: Min Celso de Mello. Julgado em 08/11/2000.

⁶¹⁴ BRASIL. STF. Segunda Turma. AgR RE n.º 1213920. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 27/09/2019.

⁶¹⁵ “(...)14. A recusa do condutor em realizar os testes referidos não importará a presunção da prática de delito ou na imposição de pena criminal, mas apenas um incentivo instituído pelo Código de Trânsito Brasileiro, para que os condutores cooperem com a fiscalização do trânsito, cabível penalização administrativa em caso de não

Dessa forma, seria lícito a empresa se valer do seu poder de direção para forçar a obtenção das confissões, seja pelo temor à demissão (*talk or walk*)⁶¹⁶ ou imposição de eventual dever de prestar informações que tenham relação com o trabalho?

A relação de subordinação entre empregador e empregado está fundada no artigo 2.º da Consolidação das Leis Trabalhistas. Esse poder diretivo do empregador é lido como prerrogativas⁶¹⁷, dentre as quais, há a disciplina e direção com relação aos subordinados, que se manifestam com vigilância e fiscalização⁶¹⁸.

Diferentemente da legislação trabalhista alemã⁶¹⁹, a brasileira não contempla um dever expresso do empregado em prestar informações relativas ao âmbito de trabalho. Todavia, é possível extrair algo semelhantes das disposições que autorizam a demissão por justa causa previstas no artigo 482.º, da Consolidação das Leis do Trabalho⁶²⁰. Referida norma prevê a possibilidade de demissão motivada quando o empregado agir com improbidade (alínea “a”), ou quando houver atos de indisciplina ou insubordinação (alínea “h”). O dever de cooperação e confiança é inerente ao próprio contrato de trabalho e a relação bilateral que se firma entre empregador e empregado. Lado outro, o direito brasileiro contempla obrigação geral de conferir boa-fé aos contratos, conforme determinação do Código Civil⁶²¹.

Alice Barros afirma que os deveres de lealdade e transparência são, em verdade, o dever de fidelidade, ética e moral que obriga o empregado a comunicar ao empregador perigos e irregularidade que tenham relação com o contrato de trabalho⁶²². No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho ensinam que, sobre o princípio da boa-fé objetiva, geral aos contratos, incorpora os princípios da “a) lealdade e confiança recíprocos; b) assistência; c) informação; d)

cumprimento como único meio de conferir efetividade à norma e estimular o bom comportamento. 15. Deveras, a medida visa a contribuir para a exequibilidade da proibição de ingestão de álcool em qualquer nível. A toda evidência, se não houvesse consequência legal para o motorista que deixasse de realizar o teste do etilômetro, a proibição do consumo de álcool antes de dirigir seria inócua. A fim de se desincentivar essa conduta, é necessário que a recusa produza efeitos no âmbito administrativo, operando-se a restrição de direitos de modo independente da incidência das normas penais. Ausente transbordamento, pelo legislador, do espaço de conformação outorgado constitucionalmente à sua competência para o desenho de políticas públicas voltadas à segurança no trânsito, à proteção da integridade física, da vida e de outros bens protegidos em nosso ordenamento, cabendo deferência do Poder Judiciário ante a razoabilidade do juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das medidas e sanções legalmente estabelecidas.” BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE n.º 1.224.374, Relator Min Luiz Fux. Julgado em 19/05/2022.

⁶¹⁶ ANTUNES. Privatização das investigações (...), *op. cit.*, p. 125;

⁶¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 674.

⁶¹⁸ DELGADO. Curso de Direito do Trabalho, *op. cit.*, p. 662.

⁶¹⁹ GRECO; CARACAS. *Internal investigations (...)* *op. cit.*, p. 789.

⁶²⁰ BRASIL. Decreto Lei 5.452/1943. Acesso em 19 jan 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

⁶²¹ Artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁶²² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**, 5.ª ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 618.

sigilo ou confidencialidade. Todos eles, sem dúvida, derivados da força normativa criadora da boa-fé objetiva. São, em verdade, ‘deveres invisíveis’, ainda que juridicamente existentes”⁶²³.

E diante dessa relação privada, simplesmente transportar as regras do processo penal para as investigações internas, não responderia às questões específicas desse instituto, e poderia gerar carta branca para violação da pactuação privada por parte do funcionário⁶²⁴.

Portanto, parece que há dever mútuo no contrato de trabalho de esclarecer aspectos relevantes que possam prejudicar a empresa⁶²⁵. Entretanto, é possível que o dever de prestar informações conflite com o princípio da não autoincriminação, ou proibição de produzir provas contra si mesmo.

O Tribunal Supremo Espanhol entendeu, em uma oportunidade, que o princípio do *nemo tenetur* é oponível apenas ao poder estatal⁶²⁶. Mas, e nas investigações internas que teriam possíveis consequências criminais?

Há doutrinadores⁶²⁷ que não se curvam à liberdade privada, e entendem que a relação entre empregador-empregado ocorre em evidente disparidade⁶²⁸, quando, então, há que reconhecer aplicação ao princípio do *nemo tenetur*, sob pena de nulidade da prova.

Daniel Zaclis, porém, afirma que não se pode reconhecer o *nemo tenetur* de forma irrestrita nas investigações internas, sem analisar o conteúdo e a relação de fato entre empresa e entrevistado, por reconhecer nessa tarefa ampliação injustificada do espectro de incidência do comando constitucional⁶²⁹.

⁶²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume IV, Contratos, Tomo I - Teoria Geral, Editora Saraiva, 2005.

⁶²⁴ MONTIEL. *Sentido y alcance (...)*, *op. cit.*, p. 270

⁶²⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2007, p. 605.

⁶²⁶ ESPANHA. Tribunal Supremo. Sentencia nº 489/2018. Sala Penal. Data de julgamento: 23/10/2018. Acesso em 27 jan 2024. Disponível em <https://vlex.es/vid/746243401>. Em sentido semelhante julgou o 2.º Circuito da Corte de Apelação Federal no caso *Gilman v. Marsh & McLennan Companies Inc.* (EUA. *United States Court of Appeals for the Second Circuit. Gilman v. Marsh & McLennan Companies Inc.*, n. 15-0603 (2d Cir. Jun. 16, 2016). Acesso em 27 jan 2024. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/15-0603/15-0603-2016-06-16.html>.

⁶²⁷ Nesse sentido, NIETO MARTIN. *Investigação Interna*, *op. cit.*, p. 305; ANTUNES. *Privatização das investigações (...)*, *op. cit.*, p. 126; LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**, 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 524; GRECO; CARACAS. *Internal Investigation (...)*, *op. cit.*, p. 804.

⁶²⁸ NIETO MARTIN. *Problemas fundamentales (...)*, *op. cit.*, p. 47.

⁶²⁹ ZACLIS. *Investigação interna corporativa*, *op. cit.*, pp. 201-202. Nesse mesmo sentido: em regra, nos Estados Unidos, é lícito ao empregador utilizar de meios coercitivos, inclusive com ameaças de demissão, para exigir a cooperação dos empregados nas investigações (GRIFFIN, Lisa Kern. *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*. In: **New York University Law Review**, vol. 82, n.º 2, 2007, pp. 311-383, p. 365. Acesso em: 02 jan. 2024. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/nylr82&i=323>. Porém, isso somente ocorrerá quando não houver participação dos órgãos de persecução penal, caso contrário haverá

Dias e Andrade⁶³⁰ lecionam que o princípio do *nemo tenetur* também conflita com as resoluções legais de colaborar com órgãos regulatórios – como entregar documentação contábil aos órgãos fiscais; ou cooperar com a CVMV. Mas, essas exigências nada tem de inconstitucionais e não ferem o princípio da não autoincriminação, pois, além da legalidade, faz-se um juízo de ponderação.

Poderia essa ser outra forma de analisar a dicotomia entre *nemo tenetur* e os deveres de informação do empregado. No momento de uma regulamentação legal sobre as investigações internas, pode se prever expressamente a consequência de demissão no caso de não colaboração. E, em um segundo momento, faz-se um juízo de proporcionalidade e adequação com o *nemo tenetur* e a gravidade da infração penal apurada. Essa é a posição de Neira Pena, para quem a legitimidade do poder do empregador precisa estar amparada tanto em uma prévia norma legal que permita essa intervenção, quanto a um juízo de proporcionalidade na investigação⁶³¹.

Diante desse cenário, a resposta sobre o respeito ao *nemo tenetur* nas investigações empresariais, depende da finalidade da investigação. Se a intenção for a utilização do caderno para tomada de decisão interna, ou quiçá de uma demonstração de que a empresa cumpre e tem um idôneo sistema de prevenção, não caberia falar em aplicação irrestrita do *nemo tenetur*, por ser um princípio de natureza eminentemente processual⁶³².

Portanto, é a finalidade da investigação é que determinaria acerca incidência ou não do referido princípio às investigações internas⁶³³. Assim, sempre que a investigação interna tiver como escopo a instauração de um processo penal contra os indivíduos investigados ou utilização futura dessa prova em processo penal, essa deverá observar o direito a não autoincriminação. Mesmo porque, quando típico dessa finalidade, a investigação se torna o cumprimento de uma função derivada da autorregulação, quando, então, estar-se-ia diante de possível ato de delegação das atividades públicas para a empresa⁶³⁴.

aplicação da *state action doctrine*, como decidido pela Suprema Corte em outros casos como *Skinner v. Railway Lab. Execs. Ass'n*, 489 U.S. 602 (1989).

⁶³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova**. Coimbra: Almedina, 2009, pp.11-56, p. 45.

⁶³¹ NEIRA PENA, Ana Maria. Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales. In: **Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal**, n.º 37, 2015, pp. 49-89, p. 83.

⁶³² DIAS; ANDRADE. Poderes de supervisão (...), *op. cit.*, pp. 40-41.

⁶³³ MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp.147-170, p. 158.

⁶³⁴ REBOUÇAS. Licitude e validade (...), *op. cit.*, p. 631.

Todavia, em respeito ao entendimento explicitado no capítulo anterior, caso o propósito da investigação interna seja exclusivamente produzir prova em defesa da empresa que estiver sendo investigada, ainda que a prova seja colhida ao revés do princípio da não autoincriminação, ela poderá ser utilizada em favor da defesa.

Condensando o estudo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao julgamento do caso Jalloh⁶³⁵, definiu alguns critérios para avaliar a violação ou não do princípio do *nemo tenetur* na relação entre empresa e empregado. A decisão a que chegaram é que esses critérios passam pela natureza e pelo grau de coação para obtenção da prova; interesse público na investigação e punição da infração; existência de garantias no procedimento; e qual é a finalidade da empresa com a obtenção desses elementos informativos.

Nesse cenário, no escopo da investigação interna com finalidade de utilização dessa prova no processo penal, o empregado não tem obrigação alguma de produzir provas contra si mesmo, seja silenciando na entrevista, seja de apresentar documentos ou se submeter a perícias. Porém, nada impede que o empregador, a partir dessa lícita decisão do empregado, demita-o com fundamento no seu poder de direção⁶³⁶.

Se o princípio do *nemo tenetur* tem a fonte jurídico-constitucional em garantias processuais, é de se reconhecer que a implicação é de não valoração dessa prova — quando ferida a garantia — no processo penal, mas disso nada impede a consequência na relação privada.

E, para além da observância ao direito ao silêncio, também se revela necessário informar ao depoente investigado esse direito, como inteligência do *UpJohn Warnings*⁶³⁷ ou aviso de Miranda⁶³⁸. Essa, inclusive, é outra forma de abordar o tema de incidência do *nemo tenetur* nas investigações privadas, de forma que a inadmissibilidade da prova no processo penal dependeria da não advertência do direito ao silêncio⁶³⁹. Isso ocorre para preservar a qualidade da investigação, os elementos ali colhidos, adequando a investigação à autorregulação, bem

⁶³⁵ TEDH. Grand Chamber. Jalloh v. Germany. Julgado em 11/07/2006. Acesso em 28 jan 2024. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-76307>.

⁶³⁶ ESTRADA CUADRAS, Albert. “Confesión o finiquito”: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas”. In: **Revista para el Análisis del Derecho**, n.º 4. 2020, pp. 227-272, pp. 247-248. Acesso em: 28 jan. 2024. Disponível em <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.06>.

⁶³⁷ SACCANI, Raúl. Investigaciones internas: una guía práctica. In: GONZÁLEZ GUERRA, Carlos (dir.); SACCANI, Raúl Riacardo; DURRIEU, Nicolás (eds.). **Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria**. Buenos Aires: La Ley, 2018, pp. 313-342, p. 333.

⁶³⁸ Nieto Martin faz uma analogia ao aviso, afirmando que nas investigações internas caberia se falar em uma Miranda Empresarial, *op. cit.*, 317.

⁶³⁹ SILVA, Douglas Rodrigues. **Investigações Corporativas e processo penal: uma análise sobre os limites da licitude da prova**. Londrina: Thoth, 2021, p. 169.

como impedindo que o investigado seja induzido em erro, ao acreditar que os entrevistadores estão ali como seus advogados.

Portanto, a resposta é positiva, na medida em que, se as provas obtidas forem utilizadas no processo penal, em desfavor do investigado, as regras vigentes devem ser as mesmas que se impõem aos órgãos de persecução penal, sob pena de criar fraude de etiquetas⁶⁴⁰, substituindo a investigação pública pela privadas⁶⁴¹, o que não respeita a ideia de autorregulação e eficácia dos programas de *compliance*.

No mais, sempre que houver participação ativa do estado na condução das investigações, é condição de validade das provas extraídas dos depoimentos, a prévia informação ao direito de silêncio⁶⁴².

Portanto, é altamente recomendável não apenas informar o investigado sobre o direito ao silêncio, como também lhe declarar a qualidade na qual está sendo ouvido, ou seja, como investigado, e não mera testemunha⁶⁴³. Decorrencia dessa última afirmação é a obrigatoriedade em deixar claro ao investigado que, nessa qualidade, tem direito a um advogado, caso assim decida, e que as informações prestadas ao investigador, quando esse também for um advogado, não estará amparado pelo sigilo advogado-cliente⁶⁴⁴.

4.2.2. Documentos e acesso a informações digitais: privacidade e intimidade dos colaboradores

Outra questão relevante no que diz respeito à obtenção de provas no âmbito das investigações internas é o limite de vigilância que o empregador pode exercer sobre os empregados, ao exemplo da fiscalização de correios eletrônicos, celulares pessoais ou funcionais, geolocalização de veículos da empresa enquanto no uso das atribuições e câmeras de vigilância.

O alerta inicial é que a empresa deve tomar redobrado cuidado na utilização desses instrumentos, eis que ao desrespeitar direitos de privacidade ou de proteção de dados, poderá a empresa esbarrar em delitos dessa mesma ordem. Diferente do Regulamento Geral sobre a

⁶⁴⁰ SILVA. *Investigações Corporativas (...)*, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁴¹ KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho Penal*. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.) **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 51-78, p. 71; NIETO MARTIN. *Investigación Interna*, *op. cit.*, p. 316.

⁶⁴² GRECO; CARACAS. *Internal Investigation (...)*, *op. cit.*, p. 814.

⁶⁴³ NIETO MARTIN. *Investigación Interna*, *op. cit.*, p. 316.

⁶⁴⁴ ARAÚJO. *Investigações Empresariais*, *op. cit.*, p. 104.

Proteção de Dados, criado em 2018, na União Europeia, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira não aborda de forma específica a proteção do trabalhador.

Todavia, o diploma citado, de forma bem expressa, indica que a regulação não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizados para fins de atividades de investigação e repressão de infrações penais⁶⁴⁵. O recorte feito no tópico anterior é colado aqui sob a perspectiva da finalidade da investigação interna, agora lido de fora contrária: (i) se o fim pretendido for a utilização do material em processo penal, porque instaurado para apurar infração penal, não há que se falar em LGPD; (ii) em qualquer outro caso, a LGPD deve ser respeitada no âmbito da investigação interna, sem prejuízo do material ser utilizado em sigilo, ou seja, há que se fazer um tratamento dos dados pessoais que respeite a finalidade, a necessidade e adequação das informações coletadas.

Sob esse aspecto, dentro das hipóteses permissivas da LGPD para tratamento dos dados⁶⁴⁶, enquadram-se as investigações internas como cumprimento de obrigação legal derivado da autorregulação empresarial⁶⁴⁷.

No mais, o artigo 10.º da Lei 9296/96⁶⁴⁸ dispõe ser crime a interceptação de comunicações telefônicas ou telemáticas sem autorização judicial, ou estranho às autorizações legais. A autorização, nos casos de relação de trabalho, pode vir do próprio poder de direção da empresa, conforme o artigo 2.º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Em Portugal, Sousa Mendes ensina que a ingerência na privacidade do cidadão somente é permitida quando estiver compreendida dentro das hipóteses legais e for necessária à “segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵ Artigo 4.º, inciso III, alínea “d”. BRASIL. Lei 13.709 de 2018. Acesso em: 10 fev. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm.

⁶⁴⁶ Artigo 7.º da Lei 13.709/2018. Acesso em: 10 fev. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm.

⁶⁴⁷ OLIVEIRA, Danilo Emanuel Barreto de. Redução de riscos da investigação interna autorregulada. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.), **Estudos de Compliance Criminal**, Editora Fi: Porto Alegre, pp. 218-244.

⁶⁴⁸ BRASIL. Lei 9.296 de 1996. Acesso em: 11 fev. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm.

⁶⁴⁹ MENDES, Paulo de Sousa. A privacidade digital posta à prova no processo penal. In: **Revista Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, n.º 2, 2021, pp. 225-250, p. 228. Disponível em: DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i2.22487.

Como adverte Neira Pena, “no que se refere aos direitos substantivos, nomeadamente o direito à privacidade ou ao sigilo das comunicações, parece claro que estes devem constituir um limite às medidas de vigilância, controlo e investigação do empregador.”⁶⁵⁰

Fato é que a melhor maneira de dar segurança jurídica à atuação dos investigadores no âmbito de uma investigação empresarial é, sem dúvida, a regulação via padrões mínimos dos programas de prevenção de ilícito⁶⁵¹, em complemento à autorregulação.

Enquanto há uma falta de regulamentação adequada, é preciso trabalhar com os contornos doutrinários e jurisprudenciais. A doutrina moderna trabalha com enfoque nas esferas de expectativa de privacidade⁶⁵². Essas esferas de expectativa de intimidade seriam grupos de situações nas quais há completa ausência de expectativas de intimidade, e outras situações em que há legítima expectativa de que as informações permanecerão privadas⁶⁵³. Montiel, por sua vez, discorre sobre uma terceira hipótese que seria a esfera de expectativa legítima modificável⁶⁵⁴, segundo a qual haveria legítima expectativa de privacidade que, por critérios objetivos, é afastada.

Sobre o primeiro grupo, parece não haver discussão de que as câmeras de vigilância instaladas nos ambientes internos não afetam o direito à intimidade, pois não há, no trabalhador, qualquer expectativa de privacidade nos locais totalmente abertos, exceto aqueles reservados⁶⁵⁵.

A Suprema Corte norte-americana, em 1928, julgou o caso *Olmstead vs. United States*⁶⁵⁶, que se tratava da colocação de escutas telefônicas em locais públicos e privados, com objetivo de investigar crime de venda ilegal de bebidas praticado por Roy Olmstead. A decisão, por maioria, foi no sentido de que os investigadores não teriam violado a Quarta Emenda à Constituição, uma vez que os investigadores não teriam ultrapassado um território puramente privado do investigado. Todavia, naquela mesma ocasião, um voto divergente do Juiz Louis Brandies coloca que a disposição constitucional deveria ser lida à luz da atualidade, e não com base na realidade de sua criação.

⁶⁵⁰ NEIRA PENA. Processo penal (...), *op. cit.*, p. 252.

⁶⁵¹ MONTIEL. *Autolimpieza* (...) *op. cit.*, p. 231.

⁶⁵² Inicialmente relatada no julgamento pela Suprema Corte Norteamericana no caso *Katz v. United States*. EUA. Supreme Court. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Acesso em: 11 fev. 2024. Disponível em: <https://casetext.com/case/katz-v-united-states-2?>

⁶⁵³ GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal. In: **Revista Derecho Penal y Criminología**, vol. 32, n.º 92, 2011, pp. 55-84, p. 71.

⁶⁵⁴ MONTIEL. *Autolimpieza* (...) *op. cit.*, p. 232.

⁶⁵⁵ MONTIEL. *Autolimpieza* (...), *op. cit.*, p. 232.

⁶⁵⁶ EUA. Suprema Corte. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). Acesso em: 10 fev. 2024. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/>

Na mesma linha, o Juiz Harlan Stones, concordando com Brandies, pontua que a intromissão física, assim como a eletrônica, em um lugar que tem sentido privado, pode constituir violação à Quarta Emenda.

O que se extrai disso é que a ideia de esferas de expectativas de privacidade está intimamente ligada com o espaço físico e a pretensão que se dá ao objeto⁶⁵⁷. É dizer: não existe, em determinadas situações, expectativa racional de intimidade⁶⁵⁸.

Nesses casos, não haveria necessidade de consentimento ou informação prévia para captação das informações.

Noutro ponto, há aquelas situações em que há uma legítima expectativa de privacidade, de forma absoluta. Situação que se assemelha ao uso de telefone pessoal, locais muito reservados, como sanitário ou trocadores, computadores pessoais etc. Situadas no outro extremo, não há possibilidade de o empregador atingir a intimidade dos funcionários.

Agora, conjuntura diferente é aquela de utilização de ferramentas de propriedade da empresa, emprestadas ao funcionário, para uso exclusivamente profissional. Aqui, pode se afirmar que há um princípio de expectativa de privacidade que é modificada com a expressa informação de fiscalização. Como exemplo, Montiel cita os telefones móveis, computadores, *e-mails*, *chats* e linhas diretas de comunicação com os clientes⁶⁵⁹. Nessas situações, sempre existirá a possibilidade de os funcionários se valerem das ferramentas para uso pessoal, o que faz nascer um mínimo de expectativa de privacidade.

O Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista 613/2005⁶⁶⁰, reconheceu que a utilização de ferramentas do trabalho com destinação exclusiva podem ser objeto de controle e fiscalização da empresa, não sendo ilícita a prova. Para fins ilustrativos, cola-se parte da ementa:

(...) 4. Se se cuida de “ e-mail” corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de “ e-mail” de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar

⁶⁵⁷ GUERRERO PERALTA. *La expectativa (...)*, *op cit.*, p. 62.

⁶⁵⁸ MONTIEL. *Autolimpeza (...)*, *op. cit.*, p. 232.

⁶⁵⁹ MONTIEL. *Autolimpeza (...)*, *op. cit.*, p. 233.

⁶⁶⁰ BRASIL. TST. 1.ª Turma. Recurso de Revista n.º 61300-23.2000.5.10.0013, Relator Ministro Joao Oreste Dalazen, Publicado em: 10/06/2005. Acesso em 11 fev 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>.

mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).
(...)

O ponto de partida parece ser a informação e permissão. Se, no momento da contratação, há expressa permissão de que o empregado poderá se valer dos aparelhos (celulares e computadores) para fins além do profissional, cria-se uma esfera de expectativa de privacidade⁶⁶¹, de modo que qualquer interferência indevida e sem autorização judicial corresponde à nulidade do material obtido por ofensa à garantia fundamental e, aqui, diga-se, impedindo não somente a utilização desses elementos em processo penal, como também na valoração para fins de demissão motivada.

Pode, assim, o empregador fiscalizar aquilo que lhe pertence, mas que deixa à disposição do empregado⁶⁶², desde que haja previamente informado sobre essa possibilidade (de fiscalização). Essa conclusão está de acordo com o princípio da boa-fé que rege todas as relações contratuais, inclusive as trabalhistas. Corolário dessa boa-fé é o próprio dever de informação. A proibição explícita do uso pessoal das ferramentas de trabalho e a previsão de monitoramento desse meio de comunicação, estipuladas no contrato de trabalho, não apenas caracterizam a conduta do empregador como diligente, como também estabelecem, de forma inequívoca, o comportamento esperado do empregado.

O entendimento do TEDH⁶⁶³, no julgamento do caso *Copland Vs United Kingdom*, parece ter sido exatamente nesse sentido. No caso em questão, a Corte reconheceu que a fiscalização de ligações, mensagens e *e-mails* dos funcionários desrespeita o artigo 8.º, §1.º, da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais a Liberdade. Contudo, a ressalva feita é que não havia, naquele caso, prova concreta de que a entrega dos aparelhos foi precedida de clara informações sobre a fiscalização da empresa sobre os bens⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ NIETO MARTIN. *Investigação Interna*, *op. cit.*, p. 309.

⁶⁶² GOMEZ MARTÍN, Víctor. *Compliance y Derechos de los Trabajadores*. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (eds.). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.125-146. p.134.

⁶⁶³ TEDH. *Copland Vs. The United Kingdom*. Application n.º 62617/00. Julgado em 03/04/2007. Acesso em: 10 fev. 2024. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-79996>.

⁶⁶⁴ 1. Scope of private life “(...) 42. The applicant in the present case had been given no warning that her calls would be liable to monitoring, therefore she had a reasonable expectation as to the privacy of calls made from her work telephone (see Halford, § 45). The same expectation should apply in relation to the applicant’s e-mail and Internet usage”. Em tradução livre: A recorrente no presente caso não foi avisada de que as suas chamadas seriam passíveis de monitorização, pelo que tinha uma expectativa razoável quanto à privacidade das chamadas efectuadas a partir do seu telefone de trabalho (ver Halford, § 45). A mesma expectativa deve aplicar-se em relação ao correio eletrónico da recorrente e à utilização da Internet.

Em julgamento posterior, a mesma Corte veio a aprofundar seu entendimento, de modo que não é a simples comunicação de que os aparelhos podem vir a ser fiscalizados, senão, e igualmente, que as conversas pessoais também poderiam ser abertas⁶⁶⁵.

Nessa perspectiva, e em todos os casos acima mencionados, em que pode haver intromissão nas ferramentas de trabalho, seja naquelas que não há uma fiel e legítima expectativa de privacidade, seja noutras em que esse expectativa é mitigada, a intromissão nos meios de informação do empregado deve estar calcada em alguns pressupostos que, conforme leciona Nieto Martin⁶⁶⁶, podem ser elencados como um fim legítimo, ou seja, que haja objetivo lícito nessa intromissão; (i) um grau de suspeita suficiente, que afaste um *fishing expedition*; (ii) utilização razoável e proporcional.

Nesse contexto, a efetivação dessas averiguações internas e a capacidade dos empregadores de obterem tais dados demandam a observância do requisito fundamental: a comunicação prévia ao empregado, inserida como componente essencial do vínculo contratual, que delimita tanto a viabilidade quanto os parâmetros desse escrutínio investigativo.

É se de observar que tais requisitos se adequam também ao próprio conceito de *compliance*. Em outras palavras: a entrega de ferramentas de trabalho com advertência da fiscalização deve fazer parte do código de prevenção de ilícitos, cujo conteúdo deve ser de conhecimento dos colaboradores.

Portanto, como adverte Nieto Martin, caso a empresa não advirta o funcionário previamente de que poderá se valer de acesso justificado aos *e-mails* que estão armazenados no sistema de TI da empresa, poderá praticar um delito contra a intimidade⁶⁶⁷, razão pela qual deve constar não somente no código de *compliance* da empresa essa possibilidade, como também no contrato de trabalho dos funcionários, logo, é imprescindível que haja menção a essa possibilidade.

4.2.3. Cadeia de custódia nas investigações internas

⁶⁶⁵ TEDH. *Case Of Bărbulescu V. Romania*. Application n.º. 61496/08. Julgado em 05/09/2017. Acesso em: 11 fev. 2024. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-177082>.

⁶⁶⁶ NIETO MARTIN. *Investigação Interna*, *op. cit.*, pp. 309-310.

⁶⁶⁷ NIETO MARTIN. *Investigação Interna*, *op. cit.*, p. 305.

Estuda-se, neste último tópico, a exigência, ou não, de a investigação interna observar e registrar toda a cadeia de custódia das provas documentais, sejam elas físicas ou digitais, que são colhidas no seu âmbito.

Mais uma vez, e de antemão, registra-se que a conclusão parece depender do fim a que se destina a investigação, assim como ocorreu com os tópicos anteriores. Se o objetivo da investigação for exclusivamente ajeitar a casa, sem repercussões processuais de qualquer natureza, a quebra da cadeia de custódia não oferecerá prejuízos à eficácia dela.

E diga-se o mesmo no caso de o objetivo ser a demissão de colaborador, cujo ato investigado seja faltoso, e quiçá que esse caderno investigativo seja usado no bojo de uma reclamatória trabalhista. Isso porque, ainda que o processo trabalhista tenha contornos próprios, fato é que aquele processo resolve matéria eminentemente privada, já que decorre de um contrato feito entre particulares, normalmente sujeitos privados⁶⁶⁸.

Por essa visão, ainda que não haja registro integral da cadeia de custódia, a prova documental é presumidamente autêntica⁶⁶⁹, e o ônus de comprovar a falsidade ou inidoneidade cabe ao impugnante, conforme disposição do artigo 429, I, do Código de Processo Civil⁶⁷⁰, aplicado de forma subsidiária nos processos trabalhistas⁶⁷¹.

Portanto, a princípio, os elementos de convicção colhidos no âmbito da investigação interna, ainda que não contenham o registro adequado de sua produção, podem ser aceitos em eventual processo trabalhista que seja instaurado para apurar a justa causa aplicada ao trabalhador.

Situação diferente é aquela em que a empresa se vale da investigação interna para apurar delitos ocorridos dentro da empresa, ou contra a empresa, e cujo objetivo é entregar os elementos para os órgãos de persecução penal, com objetivo de transacionar nos limites do processo penal, ou para que aquele órgão tome as medidas processuais penais cabíveis contra aquele funcionário investigado. Nessas situações, a investigação deverá observar de forma rigorosa a cadeia de custódia.

⁶⁶⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**, 13.^a ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54.

⁶⁶⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 411, inciso III: “Considera-se autêntico o documento quando: III - não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento”. Acesso em: 11 fev. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

⁶⁷⁰ Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando: I - se tratar de falsidade de documento ou de preenchimento abusivo, à parte que a arguir;

⁶⁷¹ BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. Artigo 769.º: Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título. Acesso em; 11 fev. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

O processo penal tem contornos muito diferentes daqueles típicos do processo civil. Como assume Malan, o direito processual penal convive entre duas finalidades precípuas: a eficácia na realização da justiça e proteção dos direitos fundamentais do cidadão⁶⁷². O contraditório penal possibilita o esclarecimento dos fatos sob uma dupla ótica: o da sociedade e o do indivíduo⁶⁷³. Assim, o papel da prova no processo penal é de especial relevância, pois é o alicerce no qual se apruma a dialética processual⁶⁷⁴.

A cadeia de custódia das provas pode ser conceituada é o procedimento linear de registro de como e onde a prova foi encontrada, de todos que tiveram contato com ela, e a forma como ela foi armazenada⁶⁷⁵. É, portanto, garantia constitucional e não mero procedimento, pois é postulado da ampla defesa e contraditório⁶⁷⁶. Por meio da cadeia de custódia, garante-se um controle epistêmico da prova⁶⁷⁷.

Na condução de investigações que envolvam a coleta e análise de evidências materiais, é fundamental garantir a integridade e autenticidade dessas provas. Isso implica na necessidade de preservar a cadeia de custódia, ou seja, documentar detalhadamente e a posse da evidência desde o momento da coleta até a apresentação perante o tribunal⁶⁷⁸. Esse procedimento assegura que o objeto levado ao processo seja exatamente o mesmo encontrado e apreendido, garantindo a confiabilidade da relação entre a prova e o fato histórico reconstruído⁶⁷⁹.

No Direito brasileiro, a regulamentação legal do instituto veio com a Lei nº 13.964, de 2019, que introduziu os artigos 158-A e seguintes, no Código de Processo Penal.

Conforme colocado, se a intenção da empresa for utilizar do relatório da investigação para fins penais, a negligência eventualmente demonstrada pela entidade coletiva em relação à manutenção dos registros das evidências adquiridas acarretará a ineficácia aos fins pretendidos,

⁶⁷² MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 59, pp. 223-259, 2006, p. 234.

⁶⁷³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 55.

⁶⁷⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 360.

⁶⁷⁵ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (*orgs.*), **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, pp. 517-538, p. 523.

⁶⁷⁶ BRASIL. STJ. 5.^a Turma. Habeas Corpus n.º 77.836/PA. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 05/02/2019.

⁶⁷⁷ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 43.

⁶⁷⁸ BADARÓ. A cadeia (...), *op. cit.*, pp. 522-523.

⁶⁷⁹ EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 120, p. 237-257, 2016, p. 244.

comprometendo a estratégia defensiva⁶⁸⁰. Como nessas situações, a empresa atua, em verdade, como extensão dos órgãos de investigação, deve prevalecer de a lógica de “desconfiança”⁶⁸¹ sobre as provas, cujo ônus de provar a idoneidade, ao contrário do processo civil, cabe a quem produz a prova⁶⁸².

Por essas razões, a inobservância grave na cadeia de custódia nos procedimentos de investigação interna é motivo de desqualificação da prova obtida e inaptidão para servir como base à justiça penal negociada, menos ainda como utilidade a uma acusação contra os empregados ou pessoas terceiras.

Ressalva se faz, todavia, naqueles casos de irregularidade leve, ou de pouca importância, sem indícios de efetiva adulteração ou perda do material, de modo que a fonte de prova siga intacta. Em tais casos, como aponta Badaró, a questão deve ser resolvida no momento da valoração⁶⁸³.

⁶⁸⁰ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 7, n.º 2, pp. 1453-1510, 2021, p. 1486.

⁶⁸¹ SOUZA, Lia de Andrade; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, vol. 65, n.º 2, pp. 31-48, 2020, p. 35. Acesso em: 11 fev. 2024. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68577>.

⁶⁸² No direito norte-americano, essa regra é extraída da Rule 901 da *Federal Rules of Evidence*: “To satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is”. Na tradução desse autor: Para satisfazer o requisito de autenticação ou identificação de um elemento de prova, o apresentante tem de apresentar provas suficientes para concluir que o elemento é o que o apresentante afirma ser. EUA. *Federal Rules of Evidence*. Acesso em 11 fev. 2024. Disponível em https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_901.

⁶⁸³ BADARÓ. A cadeira (...), *op. cit.*, pp. 535.

CONCLUSÕES

A pesquisa se prestou a demonstrar a ligação obrigatória entre um adequado e eficaz programa de prevenção de ilícitos às investigações internas empresariais. E essa ligação já é observada nos modelos de justiça criminal norte-americanos, como é o caso da FCPA com aplicação do DOJ e SEC; no Reino Unido, pela UK Bribery Act; e no *civil law*, como a Espanha, em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é intimamente ligada ao programa de *compliance* idôneo.

No Brasil, a perspectiva ainda é restrita ao Direito administrativo, por força da Lei Anticorrupção e dos decretos regulamentadores, tanto quanto os atos administrativos da Controladoria Geral da União e órgãos do executivo. Porém, é possível extrair elementos de *compliance* na Lei de Lavagem de Capitais (Lei n.º 9.613/98), com imposição a determinados entes obrigados.

Portanto, ainda que o modelo principal dos programas seja voltado ao aspecto preventivo, sua outra face atua de forma reativa, investigando e punindo infrações, sobretudo por uma tendência de colaboração com os órgãos de persecução penal, seja pela via dos acordos de não-persecução penal, ou colaboração premiada, esse último com exigência massiva de fornecer material probatório suficiente para a persecução penal.

A partir desse momento, cria-se uma divisão clara sobre o objetivo da investigação. Existirão investigações em que o objetivo é a obtenção de evidências criminais com futuro compartilhamento com as autoridades. Em outras situações, a investigação servirá para corrigir defeitos internos e elaborar relatório apto a amparar decisões de administração. Por fim, outro objetivo é o de utilizar desses elementos de convicção em eventuais processos de natureza laboral.

Esse, portanto, é o ponto inicial de limitação: a depender do objetivo, os limites serão os mesmos da investigação pública, pois a finalidade de garantia do processo penal se estende aos particulares por via da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Acontece que isso não é suficiente para responder, de forma adequada, os limites de atuação desses particulares. A relação laboral é marcada por um direito eminentemente privado, cuja regra é adequação à manifestação de vontade das partes. Por essa razão, o estudo sobre os limites de atuação depende de cada ato, e cada caso, analisado de forma concreta.

Se o propósito é amparar a defesa da própria empresa nos casos que existe responsabilidade da pessoa jurídica, não há que se falar em nulidade de eventual obtenção à

margem das garantias, eis que configurada uma legítima defesa probatória, que pela via da proporcionalidade, autoriza valorar provas obtidas ilicitamente na busca da inocência.

Situação diferente é se o objetivo da investigação for apenas interno, ou obter provas para procedimentos trabalhistas. Aqui há que se analisar, primeiro, qual o meio de obtenção de prova em análise.

(i) No caso de entrevistas, não se exige o princípio da não autoincriminação, porque os deveres de lealdade e informação, típicos das relações de trabalho, tem prevalência sobre um princípio típico de processo penal. Todavia, devem ser marcadas pela clara informação: primeiro, de que os investigadores, sobretudo quando se tratar de advogados internos, representam os interesses da empresa, e não do entrevistado, para que não haja falsa impressão de que aquela entrevista é amparada pelo sigilo profissional. Para além disso, o entrevistado deve ser informado de que figura como investigado, que tem direito a um advogado e que não é obrigado a responder às perguntas que lhe forem dirigidas. Portanto, deve haver respeito ao princípio do *nemo tenetur*. É claro que isso somente será verdade se o objetivo da investigação for o de compartilhamento das provas com os órgãos de persecução penal, na medida em que para cumprir a autorregulação, as provas devem ser válidas e, mais ainda, não ilícitas.

(ii) Para acesso a aparelhos de telefone, computadores e *e-mails* profissionais, primeiro se estuda se foram bens profissionais com clara proibição de utilização particular. Nesse caso, não há expectativa de privacidade, quando então o acesso é permitido. Se essa proibição não for precisa, é necessário informar claramente ao empregado que a fiscalização e acesso será realizada quando necessário, de modo a afastar a expectativa de privacidade. Não respeitadas essas premissas, o acesso se dará apenas com autorização judicial fundamentada e devidamente amparada em indícios de autoria e materialidade, demonstrando a indispensabilidade da prova.

(iii) A cadeia de custódia deverá ser guardada e respeitada sempre que o objetivo da empresa for a utilização dessa prova em futura ação penal em face do empregado transgressor.

Definidos os limites e respondendo o problema científico proposto, justifica-se o tema e a relação com os assuntos correlatos.

Os programas de prevenção de ilícitos corporativos são as ferramentas mais adequadas para se prevenir, de forma efetiva, criminalidade corporativa e organizada. E, sendo as empresas, hoje, os maiores instrumentos de potencialidade lesiva a bens jurídicos difusos e coletivos, contar com meios idôneos de atuação *ex ante* é não somente do interesse do Estado, como obrigação diante da função precípua deste de garantir a segurança pública.

A própria natureza dos programas remete a atuação conjunta do Estado e entes privados, na busca legal e social de prevenir ilícitos corporativos, por meio da autorregulação regulada. É o público delegando ao privado a função fiscalizatória e investigativa, em um sistema de sanção e benefícios (ou *carrot and stick*), de modo a exigir deles organização corporativa virtuosa. A postura proativa da empresa em se organizar, fiscalizar, investigar e punir, quando necessário, é elemento essencial na qualificação de idoneidade do programa.

A questão da idoneidade é importante, na medida em que se estrutura a política criminal de responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Quando inidôneo, o programa serve ao pressuposto da punição e, do contrário, é causa de afastamento da responsabilidade.

E nada disso é concretizado se o programa de *compliance* não contar com um estruturado procedimento de investigação interna para apuração de ilícitos que ocorreram na empresa, por meio dos colaboradores, ou por prestadores de serviço terceiros. Se a lógica da autorregulação é justamente obrigar a empresa a contar com estruturado modelo de fiscalização e controle, em que o Estado possa se utilizar da capacidade econômica do ente, ocorrendo um ilícito e nada sendo apurado, a empresa não se valerá dos benefícios da autorregulação, e ainda será sancionada — administrativa e criminalmente — por esse mesmo motivo.

No Brasil, a investigação interna não recebe regulamentação legal, tampouco a investigação defensiva como um todo. Defende-se, neste trabalho, que aquela é uma espécie do gênero investigação defensiva. Todavia, o fundamento reside em princípios de ordem constitucional, como a ampla defesa, contraditório e paridade de armas. Assim como em outros países, há regulamentação pela via do código deontológico da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme dispõe o Provimento 188/2018 do CFOAB.

Em legislações comparadas, como a Itália e os Estados Unidos, esses procedimentos investigativos de natureza defensiva são bem regulamentados, inclusive pela via legislativa, o que garante maior segurança jurídica a quem os exercita. A lacuna, em que pese desaconselhada, não desqualifica as investigações realizadas em solo brasileiro.

O início da investigação ocorre, geralmente, com as informações alimentadas no canal de denúncia, por meio dos *whistleblowers*, figuras essenciais na mensuração de idoneidade de um programa de *compliance*, cuja importância é tanta que, nas últimas décadas, os ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais empenham forte atividade legislativa na proteção desses informantes do bem. Qualquer retaliação que venha a sofrer em razão do cumprimento do dever de informar, é tratada de forma severa, inclusive com indenizações financeiras e recolocação na função.

Passada a fase da denúncia, existindo elementos suficientemente aptos a comprovar um ilícito, terão início os atos investigativos, que poderão ocorrer com coleta de documentos, perícia contábil, acesso a aparelhos e correios eletrônicos funcionais, e entrevistas com os colaboradores e igualmente a(s) pessoa(s) investigada(s), cujos limites se apresentaram.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Paulo Roberto de. A economia internacional no século XX: um ensaio de síntese. In: **Revista Brasileira de Política Internacional**, vol. 44, 2001, pp. 112-136.
- AMBOS, Kai. *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teorica y sistematizacion*. In: **Política Criminal**, vol. 4, n.º 7, 2009, pp. 1-56, Acesso em 25 dez. 2023. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000100001&lng=es&nrm=iso.
- _____; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira, com a perspectiva já de acordo com a reforma processual de 2008**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- _____; International Economic Criminal Law. In: **Criminal Law Forum**, vol. 29, n.º 4, 2018, pp. 499–566. DOI: 10.1007/s10609-018-9356-9.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra Editora, 1992.
- ANTUNES, Maria João. Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas –Alterações introduzidas pela Lei nº 59/2007. In: **Estudos do Direito do Consumidor**, 8.ª ed, 2006. pp. 165-170.
- _____. Privatização das Investigações e *compliance* criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminal**, vol. 28, n.º 1, 2018, pp. 119-127.
- ANZOLA, Ayelén; SANTOS, Marina Oliveira Teixeira dos. The Regulation of Money Laundering and Corporate Criminal Responsibility in Spain: *compliance* as a key for Virtual Asset Service Providers. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 8, n.º 3, 2022, pp. 1335-1370.
- ANZURES GURRÍA, José Juan. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. In: **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n.º 22, 2010, pp. 3-50. Acesso em 27 dez 2023. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/view/235>.
- ARAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: ZANELATO Vilvana D. (org.), **A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Temas Relevantes**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, pp. 359-407.
- ARAUJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS N. 156/09. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, vol. 9, n.º 16, pp. 233-246, 2017.
- _____. **Investigações Empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019.

- ARMENTA DEU, Teresa. **A prova ilícita: um estudo comparado**. GIACOMOLLI, Nereu José (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. In: **Revista Penal**, vol. 1, n.º 1, 1998, pp. 1-15.
- AVELAR, Leonardo Magalhães; SANCHEZ, Pedro Henrique C. **A figura do whistleblower no Direito Penal — no Brasil e no mundo**. Revista CONJUR. Acesso em 08 fev de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-10/opiniaio-figura-whistleblower-direito-penal>.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira; TINEN, José Eduardo. Whistleblowing e a regulamentação dos canais de denúncia: A experiência nos sistemas comparados. In: **Revista Científica do CPJM**, Rio de Janeiro, vol. 1, n.º 01, 2021. DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.002.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (*orgs.*), **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, pp. 517-538.
- _____. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 4, n.º 1, 2018, pp. 43-80.
- _____. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BALDAN, Édson Luís. Investigación defensiva: o direito de defender-se provando. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 15, n.º 64, pp. 253- 273, 2007.
- BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza; VIEIRA, James Batista. Os programas de integridade pública no Brasil: indicadores e desafios. In: **Cadernos EBAPE BR**, vol. 19, 2021, pp. 442-463.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**, 5.^a ed., São Paulo: LTr, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 1999.
- BARTOLUCCI, Marco Alessandro. Internal investigations in the trial of corporations in Italy: the practical implication of their admissibility for trial purposes. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 9, n.º 3, pp. 1175-1210, 2023.
- BEAN, Bruce W; MACGUIDWIN, Emma. Unscrewing the Inscrutable: The UK Bribery Act 2010. In: **Indiana International & Comparative Law Review**, Research Paper n.º 10-22, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2150256>.
- BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

- BLACK JR, Charles. Foreword: State Action, Equal Protection, and California's Proposition. In: **Harvard Law Review**, vol. 81, n.º 1, 1967, pp. 62-262. Acesso em 24 dez. 2023. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1339220>.
- BOCK, Dennis. Zum Stand der Geschäftsherrenhaftung des Betriebsinhabers für betriebsbezogene Straftaten seiner Mitarbeiter. In: ROTSCH, Thomas (ed.), **Criminal Compliance – Status quo und Status futurus**, 2011, pp. 1-18. Acesso em 09 mar 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.5771/9783748922117>.
- BONACCORSI, Matheus Fernandino. Corrupção no âmbito empresarial: evolução histórica dos programas de *compliance* e seus reflexos atuais sobre as responsabilidades do *compliance officer*. In: **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, vol. 6, n.º 2, 2020, pp. 79-106.
- BRAITHWAITE, John. Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control. In: **Michigan Law Review**, vol 80, n.º 7, 1982, pp. 1466-1507.
- BRICKEY, Kathleen F. Corporate criminal accountability: A brief history and an observation. In: **Washington University Law Quarterly**, vol. 60, n.º 2, 1982, pp. 393-424.
- BROWN, Lowell. Vicarious criminal liability of corporations for the acts of their employees and agents. In: **Loyola Law Review**, vol. 41, n.º 2, 1995, pp. 279-328.
- BUSATO, Paulo Cesar. Criminal compliance: relevância e riscos. In: AGRA, Cândido; TORRÃO, Fernando (coord.), **Criminalidade organizada e econômica: Perspectivas jurídica, política e criminológica**, Lisboa: Lusíada Editora, 2018.
- _____. O que não se diz sobre o criminal *compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.), **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance, e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018
- _____. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valência: Tirant lo Blanch, 2019.
- _____; PRAZERES, Ângela dos. Heterorresponsabilidade e Autorresponsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. Especial Referência ao Fato Conexão. In: BUSATO, Paulo Cesar (org. coord) GRECO, Luís (coord.), **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas Anais do III Seminário Brasil- Alemanha**, vol. 2, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 9-34.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminal compliance e ética empresarial: novos desafios do direito penal econômico**. Nuria Fabris, 2013.
- CALLAHAN, Elletta Sangrey; DWORKIN, Terry Morehead; LEWIS, David. Whistleblowing: Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest. In: **Virginia Journal of International Law**, n.º 880, 2004, pp. 879-912.

- CÂMARA, Paulo. The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In: CÂMARA, Paulo; MORAES, Filipe (org.), **The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance**, 2022. pp 3-40. https://doi.org/10.1007/978-3-030-99468-6_1.
- CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n.º 39, dez-2018, pp. 261-285.
- _____. **As investigações internas no âmbito do criminal *compliance* e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2020.
- _____; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 6, n.º 1, pp. 283-328, 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei n. 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (coord.), **Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, pp. 13-28.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 19.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 360.
- CARUNCHO, Alexey Choi; ATET, Felipe. Sanção pecuniária na responsabilidade penal da pessoa jurídica: a eficácia como premissa. In: BUSATO, Paulo Cesar (org. coord) GRECO, Luís (coord.), **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas Anais do III Seminário Brasil- Alemanha**, vol. 2, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 65-96.
- CARTAXO, Ernani Guarita. Evolução da Teoria da “Universitas”. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, vol. 2, 1954, pp. 44-68. Acesso em 28 out 2023. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/6279/4488>.
- CARVALHO, Francisco Proença de; PONTE, Mafalda Fuzeta da. Investigações Internas e *Compliance*: Um “Pré-Processo Penal”? In: **Actualidad Jurídica Uría Menéndez**, vol. 55, pp. 199-206.
- CARVELLI, Urbano; SCHOOL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. In **Revista de Informação Legislativa**, vol. 48, n.º 191, 2011, pp. 167-189.
- CASTRO, Armando Cesar Marques de. Justiça consensual e *compliance* anticorrupção. In: **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, vol. 13, mar-2023, pp. 1.1-1.9, Revista Online. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/222574350/v20230013/page/RR-1.7>.

- CATALÁN, José Caro. La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 7, n.º 3, 2021, pp. 2155-2200.
- CAVICO, Frank J. Private Sector Whistleblowing and the Employment-At-Will Doctrine: A Comparative Legal, Ethical, and Pragmatic Analysis. In: **South Texas Law Review**, n.º 45, 2003, pp. 543-645.
- CHEMERINSKY, Erwin. Rethinking State Action. In: **Northwestern University Law Review**, vol. 80, n.º 3, 1985-1986, pp. 503-557. Acesso em 24 dez. 2023. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/illlr80&i=509>.
- CHERRY, Miriam A. Whistling in the Dark? Corporate Fraud, Whistleblowers, and the Implications of the Sarbanes-Oxley Act for Employment Law. In: **Washington Law Review Association**, n.º 79, 2004, pp. 1029-1123.
- CHUNG, Daniel P. **Individual Accountability for Corporate Wrongdoing**, set-2015. Acesso em 03 abr de 2023. Disponível em <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/09/21/individual-accountability-for-corporate-wrongdoing/>.
- CIGÜELA SOLA, Javier. **La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa**. Tese de Doutorado, Universitat Pompeu Fabra, 2014. Acesso em 28 de out 2023. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10803/284236>.
- COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SANCHEZ, Jesus Maria (*dir.*), **Criminalidad de empresa y Compliance**, Atelier Libros, 2013, pp. 43-72.
- COLLADO GONZÁLEZ, Rafael. **Empresas criminales: Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados en Chile y en España**, Thomson Reuters: Santiago de Chile, 2013, pp. 81-82.
- CONSENTINO, Luís Claudio Senna. Responsabilidade penal da empresa: a culpabilidade e os programas de *compliance*. In: **Revista Brasileira de Direito Penal Econômico**, vol. 4, 2023, pp. 87-112.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2007.
- CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 25, n.º 127, pp. 167-198, 2017.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013.

- COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. In: **IDPEE – Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**, vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1998, pp. 353-370.
- COSTA, José Neves da. Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares. In: **Revista da Concorrência e Regulação**, vol. 16, 2013, pp. 295-344.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; COSTA Joao Carlos Faria da. Defensive Investigation: Development of Subject and the Problems of Their Applicability. In: **Prisma Jurídico**, vol. 20, n.º 2, 2021, pp. 351-374. Acesso em 16 dez 2023. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/piajdco20&i=351>.
- DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè, **Derecho Administrativo Y Autorregulación: La Autorregulación Regulada**. Universitat de Girona, 2005. Acesso em 24 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7681/tmdg.pdf?sequence=10&isAllowed=y>
- DAVID, Décio Franco. A pessoa jurídica como ré no processo penal: atribuição de garantias processuais e vedação de autoincriminação. In: BUSATO, Paulo Cesar (org. coord.) GRECO, Luís (coord.), **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas Anais do III Seminário Brasil- Alemanha**, vol. 2, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 233-264.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova**. Coimbra: Almedina, 2009, pp.11-56.
- _____. Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 146.º, n.º 4000, 2016, pp. 3-16.
- DISKANT, Edward B. Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure. In: **The Yale Law Journal**, vol. 118, pp. 126-176
- DUARTE, Ana Matilde de Assis Pacheco. Contributo sobre a prova ilicitamente obtida por particulares: a sentença n.º 116/2017 do supremo tribunal espanhol (“caso falciani”). In: MENDES, Paulo de Sousa; PEREIRA, Rui Soares (org.), **Novos Desafios Da Prova Penal**, vol. 2, 2023, pp. 417-471.
- DUGGIN, Sarah Helene. Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview. In: **Columbia Business Law Review**, n.º 3, 2013, pp. 859-964. Acesso em 06 jan 2024. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/colb2003&i=869>.

- DUMONT, Paola Alcântara Lima. Canais institucionais de denúncia. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.), **Estudos de Compliance Criminal**, Editora Fi: Porto Alegre, pp. 168-179.
- EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 120, p. 237-257, 2016.
- ENGELHART, Marc. The Nature and Basic Problems of *Compliance* Regimes. Freiburg: Max-Planck, 2018.
- ESTEVE PARDO, José. El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya. In: ARROYO JIMENEZ, Luis; NIETO MARTIN, Adan (dir.), **Autorregulación y sanciones**, 2008, pp. 39-50.
- ESTRADA CUADRAS, Albert. “Confesión o finiquito”: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas”. In: **Revista para el Análisis del Derecho**, n.º 4. 2020, pp. 227-272. Acesso em 28 jan 2024. Disponível em <https://doi.org/10.31009/InDret.2020.i4.06>.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.), **Autorregulación y sanciones**, Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 197-252.
- FELICIO, Guilherme Lopes. **Criminal compliance como mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Processo Penal Constitucional**, 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- FERNANDES, Patricia Stefoni. Teoria dos direitos fundamentais e eficácia normativa da Constituição: a constitucionalização do direito privado. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 110, 2018, RR-9.1 – RR-9.4. Acesso em 24 dez. 2023. Disponível em <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/93340582/v20180110/page/RR-9.1%20>.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRARINI, Guido. Sustainable Governance and Corporate Due Diligence: The Shifting Balance Between Soft Law and Hard Law. In: CAMARA, Paulo; MORAIS, Filipe

(eds.) **The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance**, 2022, pp. 41-57. *e-book*. Disponível em <https://doi.org/10.1007/978-3-030-99468-6>.

FERRAZ, Sergio. Das regras de governança corporativa, transparência e gestão de riscos. In: **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 7, n.º 29, 2018, pp. 109-137.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e lei 12.846/2013: a adoção do *compliance* como excludente de responsabilidade**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2015. Acesso em 19 jun 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/17475>.

FISCHEL, Daniel R.; SYKES, Alan O. Corporate crime. In: **The Journal of Legal Studies**, vol. 25, n.º 2, 1996, pp. 319-349.

FOGIRO, Camila Rodrigues. O criminal *compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (coord.); SOBRINHO, Fernando Martins Maria (org.), **Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal *compliance* e outros temas contemporâneos**, Londrina: Thoth Editoda, 2017, pp. 17-44.

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. Pessoas coletivas e os programas de *compliance*: a problemática da prova compartilhada com o processo penal de pretensão democrática. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n.º 3, 2018, pp. 1277-1318.

FREIBERG, Arie; ROBERTS, Julian V. Sentencing commissions and guidelines: a case study in policy transfer. In: **Criminal Law Forum**, vol. 34, 2023, pp. 87-129.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume IV, Contratos, Tomo I - Teoria Geral, Editora Saraiva, 2005.

GARCÍA CAVERO, Percy. Las políticas anticorrupción en la empresa. In: **Revista de derecho Valparaíso**, n.º 47, 2016, pp. 219-244. Acesso em 08 de abril de 2023. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173650537007>.

GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing y canales institucionales de denuncia. In: NIETO MARTIN, Adán, *et al* (dir.), **Manual de cumplimiento penal en la empresa**, Valência: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 205-231.

_____. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.), **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**, 2.ª ed., 2019, São Paulo: Tirant lo Blanch, pp. 259-283.

GARRETT, Brandon. **Too big to jail: How prosecutors compromise with corporations**. Harvard University Press, 2014.

GARRÓS FONT, Imma; ROMERA SANTIAGO, Nuria. Hacia una protección efectiva de los denunciantes. In: **Actualidad Administrativa**, n.º 7-8, 2020, pp. 2-14

- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GLEN, Randoplha A. Legal Notes. In: **Journal of the Royal Institute of Public Health**, vol. 17, n.º 3, 1909, pp. 188-191. Acesso em 28 out 2023. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/45162614>.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**, 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GOMES, Marlos Corrêa da Costa. Acordos de não persecução penal por infrações econômicas: análise do modelo consensual dos Estados Unidos, In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.), **Estudos de Compliance Criminal**, Editora Fi: Porto Alegre, pp 49-75.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito a prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 18, n.º 85, pp. 393-410, 2010.
- _____. A Inadmissibilidade das Provas Ilícitas no Direito Brasileiro. In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 1, n.º 1, 2015, pp. 5-20
- _____; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo. **Código de Processo Penal Comentado**, 3.^a ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.** Madrid: Editorial Universitária Ramón Areces, 2006.
- _____. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español. In: SILVA SANCHEZ (*dir.*), **El nuevo Codigo penal: Comentarios a la rejorma**, Madrid: La Ley. 2012, pp. 43-101.
- _____. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: Teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. **Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Santiago de Chile: ARA Editores, 2017.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *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, 2013, pp. 125-146.
- GOÑI SEIN, José Luis. Programas de cumplimiento empresarial (*compliance* programs): aspectos laborales. In: PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; GÓMEZ MARTÍN, Victor (*dir.*), **Responsabilidad de la empresa y compliance**, Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer, 2014, pp. 367-419.

- GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. **La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- GREENBERG, Joshua D.; BROTMAN, Ellen C. Strict vicarious criminal liability for corporations and corporate executives: stretching the boundaries of criminalization. In: **American Criminal Law Review**, vol. 51, n.º 1, 2014, pp. 79-98.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: lei n. 12.846, de 1.º de agosto de 2013**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GREDD, Helen. Washington v. Strickland: Defining Effective Assistance of Counsel at Capital Sentencing. In: **Columbia Law Review**, vol. 83, n.º 6, 1983, pp. 1544-1581. Acesso em 05 dez 2023. Disponível em HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/clr83&i=1560>.
- GRIFFIN, Lisa Kern. Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure. In: **New York University Law Review**, vol. 82, n.º 2, 2007, pp. 311-383. Acesso em 02 jan 2024. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/nylr82&i=323>.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 207, pp. 21-38, 1997.
- _____; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 8.º ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. Divulgação de conteúdo de conversa telefônica própria: limites. In: **Revista de Processo**, vol. 34, n.º 168, 2009, pp. 291-316.
- _____. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2013.
- GUARAGNI, Fabio André; STEIDEL, Evelin. Desvios de personalidade em grupos empresariais e neutralização por *compliance*: uma tentativa para minimizar o impacto da corrupção no horizonte da criminalidade. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (*coord.*); SOBRINHO, Fernando Martins Maria (*org.*), **Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**, Londrina: Thoth Editoda, 2017.
- GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal. In: **Revista Derecho Penal y Criminología**, vol. 32, n.º 92, 2011, pp. 55-84.
- HOFFMAN, Pierre-Christian C; PINSONNAULT, Guy. Attaching Criminal Liability to Organizations for Anti-Competitive Offences: What Can Be Learnt From the Canadian Experience. In: **Journal of European Competition Law & Practice**, vol. 6, n.º 6, 2015, pp. 432-439.

- HUHN, Wilson R. The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice. In: **Hofstra Law Review**, vol. 34, n.º 4, 2006, pp. 1379-1460. Acesso em 25 dez 2023. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hoflr34&i=1389>.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 7, n.º 2, pp. 1453-1510, 2021.
- JOH, Elizabeth E; JOO, Thomas Wuil, The Corporation as Snitch: The New DOJ Guidelines on Prosecuting White Collar Crime (October 16, 2015). In: **Virginia Law Review Online**, 2015. Acesso em 13 nov. 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2675266>.
- KÖLBEL, Ralf. Kriminologisch-empirische Forschung zu *Criminal Compliance*. In: ROTSCH, Thomas (ed.), **Criminal Compliance – Status quo und Status futurus**, Nomos, 2021, pp. 139-161.
- KUEHNE, Benedict P. Protecting the privilege in the corporate setting: Conducting and Defending internal corporate investigations. In: **St. Thomas Law Review**, vol. 9, n.º 3, 1997, pp. 651-706, p. 679. Acesso em 06 jan 2024. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/stlr9&i=659>.
- KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.) **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 51-78.
- LAH, Tae Joon; PERRY, James. L. The Diffusion of the Civil Service Reform Act of 1978 in OECD Countries: A Tale of Two Paths to Reform. In: **Review of Public Personnel Administration**, vol. 28, n.º 3, 2008, pp. 282–299. Acesso em 25 de abril de 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0734371X08319950>.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Compliance*, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.), **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**, pp. 118-149.
- LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica**. Marcial Pons, 2013.
- LAUFER, William S. Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance. In: **Vanderbilt Law Review**, vol. 52, n.º 5, 1999, pp. 1341-1420.
- _____. A very special regulatory milestone. In: **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, vol. 20, n.º 2, 2017, pp. 392-428.
- LEE, Frederic P. Corporate Crime Liability. In: **Columbia Law Review**, vol. 28, n.º 1, 1928, pp. 1-28.

- LEE, Haksoo; CAYER, N. Joseph and LAN, G. Zhiyong. Changing Federal Government Employee Attitudes Since the Civil Service Reform Act of 1978. In: **Review of Public Personnel Administration**, vol. 26, n.º 1, 2006, pp. 21-51.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.º 17, 2011, pp. 33-46.
- LEMOS, Vinicius Martins. A morfologia dos direitos fundamentais: uma leitura menos ensimesmada do plano de eficácia horizontal. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 97, 2016. Acesso em 18 dez 2023. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/93340582/v20160097/document/117056563/anchor/a-117056563>.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. **Direito Processual Penal**, 18.ª ed, São Paulo: Saraiva. 2021.
- LUZ, Yuri Corrêa da. O combate a corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 18, n.º 89, 2011, pp. 429-470.
- MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito brasileiro: mais dúvidas do que certezas. In: **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, vol. 10, jun-2022, Revista Digital, pp. 5.1-5.5, Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/222574350/v20220010/page/RR-5.4>.
- MACHADO, Jónatas E. M.; RAPOSO, Vera L. C. O Direito à não Autoincriminação e as pessoas colectivas empresariais. In: **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, vol. 3, n.º 8, jul./set. 2009, pp. 13-47. Acesso em 20 mar 2023. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/484/249>
- MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 59, pp. 223-259, 2006.
- _____. Investigação defensiva no processo penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 20, n.º 96, pp. 279-309, 2012
- MARTIN, Shaun. Intracorporate conspiracies. In: **Stanford Law Review**, vol. 50, n.º 2, 1998, pp. 399-468.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**, 13.ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp.147-170.

- MATHEWS, Arthur F. Internal Corporate Investigations. In: **Ohio State Law Journal**, vol. 45, n.º 3, 1984, pp. 655-702. Acesso em 15 nov. 2023. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ohslj45&i=668>.
- MAURER, Ronald J. Federal Sentencing Guidelines for Organizations: How Do They Work and What Are They Supposed to Do. In: **University of Dayton Law Review**, vol. 18, n.º 3, 1993, pp. 799-834.
- MCDONALD, Neil. The role of due diligence in international law. In: **International & Comparative Law Quarterly**, vol. 68, n.º 4, pp. 1041-1054, 2019. Acesso em 18 nov. 2023. Disponível em: doi:10.1017/S0020589319000344.
- MEADOR, Patricia; WARREN Elizabeth S. The False Claims Act: A Civil War Relic Evolves into a Modern Weapon. In: **Tennessee Law Review**, vol. 65, n.º 2, 1998, pp. 455-484. Acesso em 14 jan 2024. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tenn65&i=466>.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 7.ª ed, 2012, São Paulo: Saraiva.
- MENDES, Jeferson de Oliveira. Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. In: **Revista Campo Jurídico**, vol. 1, n.º 01, pp. 225-244, 2013.
- MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, organizadas pela Faculdade de Direito de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados**, 2004, pp. 133-155.
- _____. Law enforcement & compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.), **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance, e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 11-20.
- _____. **Lições de Direito Processual Penal**, 1.ª ed (reimp.). Coimbra: Almedina, 2018.
- _____. A privacidade digital posta à prova no processo penal. In: **Revista Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, n.º 2, 2021, pp. 225-250. Disponível em: DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i2.22487.
- _____. Responsive regulation enforced self-regulation, and corporate liability. In: **Criminal Law Forum**, n.º 33, 2022, pp. 285–321.
- _____. Regulação Responsiva, Autorregulação regulada e responsabilidade empresarial. In: MENDES, Paulo de Sousa, *et al (org.)*, **Estudos sobre law enforcement, compliance e responsabilidade empresarial**, Coimbra: Almedina, 2023, pp. 9-52.

- _____. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (*org.*), **Comentário do código de processo penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**, vol. 1, 5.^a ed, 2023.
- MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n.º 3, 2020, pp. 1175-1208.
- MICHAELS, Kevin H. Internal Corporate Investigations and the Truth. In: **Seton Hall Law Review**, vol. 40, n.º 1, 2010, pp. 83-146. Acesso em 15 nov. 2023. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/shlr40&collection=journals&iid=85&startid=&endid=148>.
- MIHAI, Berinde; ALINA, Andreescu Nicoleta. Business ethics implementation in the organizational culture of companies. In: **Annals of the University of Oradea: Economic Science**, vol. 22, n.º 1, pp. 44-53.
- MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In: **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, n.º 40, pp. 251-277, 2013, Versão Eletrônica. Acesso em 18 nov. 2023. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000100008&lng=es&nrm=iso.
- MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: *compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLOMONTIEL, Juan; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. (*eds.*), **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp. 221-244.
- _____. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Victor (*dir.*); HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVANEZ, Vicente (*coord.*), **Responsabilidad de la empresa y *compliance*: programas de prevención, detección y reacción penal**, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, pp. 487-515, 2014.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Defesa penal: Direito ou garantia. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.º 4, 1993, pp. 110-125.
- MOURÃO, Helena. O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano16, n.º 4, 2006, p.575-620.
- NEIRA PENA, Ana Maria. Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales. In: **Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal**, n.º 37, 2015, pp. 49-89.

- _____. La efectividad de los criminal *compliance* programs como objeto de prueba en el proceso penal. In: **Política Criminal**, vol. 11, n.º 22, 2016, pp. 467-520.
- _____. Editorial para el dossier “Proceso penal de personas jurídicas e investigaciones internas empresariales”: Investigaciones internas empresariales, derechos fundamentales y prueba prohibida. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 9, n.º 2, pp. 503-544, 2023.
- NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- NFIB v. SEBELIUS AND THE INDIVIDUALIZATION OF THE STATE ACTION DOCTRINE. In: **Harvard Law Review**, vol. 127, n.º 4, 2014, pp. 1174–1195. Acesso em 24 dez. 2023. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/23741421>.
- NIETO MARTÍN, Adán. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo**. Madrid: Iustel, 2008.
- _____. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influências en el Derecho penal de la empresa. In: **Política Criminal**, vol. 3, n.º 5, 2008, pp. 1-18. Acesso em 20 mai 2023. Disponível em https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_3_5.pdf.
- _____. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: **Temas de derecho penal económico: empresa y compliance Anuario de Derecho Penal**, 2013, pp. 171-200. Acesso em 23 mai 2023. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf.
- _____. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (*dir.*), **El Derecho penal económico en la era del compliance**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 191-210.
- _____. El cumplimiento normativo. In: NIETO MARTIN, Adan (*dir.*), **Manual de cumplimiento penal en la empresa**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 24-49.
- _____. O cumprimento normativo. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (*coord.*), **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**, 2.ª ed, 2019, São Paulo: Tirant lo Blanch, pp. 29-55.
- _____. O compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (*coord.*), **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**, 2.ª ed, 2019, São Paulo: Tirant lo Blanch, pp. 61-122.
- _____. Investigações Internas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (*coord.*), **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**, 2.ª ed, 2019, São Paulo: Tirant lo Blanch, pp. 293-321.

- OLIVEIRA, Danilo Emanuel Barreto de. Redução de riscos da investigação interna autorregulada. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.), **Estudos de Compliance Criminal**, Editora Fi: Porto Alegre, pp. 218-244.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 19.^a ed, São Paulo: Atlas, 2015.
- OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**, 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- OLSON-GAULT, Emily. Reclaiming Van Hook: Using the ABA's Guidelines and Resources to Establish Prevailing Professional Norms. In: **Hofstra Law Review**, vol. 46, n.º 4, 2018, pp. 1279-1304. Acesso em 05 dez 2023. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hoflr46&i=1315>.
- PALERMO, Omar; BERMEJO, Mateo G. La Intervención Delictiva del *Compliance Officer*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (Eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp. 171-205.
- PAZMIÑO RUIZ, José Roberto. *Compliance y Derecho penal: entre mitos y verdades*. In: **VI Simposio Internacional de Derecho Consinter**, Universidade de Barcelona, out-2019. Acesso em 05 abril 2023. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/344510373> Compliance y derecho penal entre mitos y verdades Compliance and Criminal Law In Between Myths and Truths
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, **Modelos de prevención de delitos en la empresa**, Chile: Abeledo Perrot, 2012.
- PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade: Portugal-Brasil Ano 2000. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- POLLARD, Stephen; DAVID, Christopher; PROUDLOCK, Elly. United Kingdom: handling internal investigations. In: **GIR The European, Middle Eastern and African Investigations Review 2015**, artigo *online*. Acesso em 30 nov 2023. Disponível em <https://globalinvestigationsreview.com/review/the-european-middle-eastern-and-african-investigations-review/2015/article/united-kingdom-handling-internal-investigations>.
- PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Em defesa do princípio da imputação subjetiva**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 21.^a ed, São Paulo: Thoth. 2023.

- PRATES, Felipe Machado. Considerações sobre o anonimato e sigilo de whistleblowers no Brasil, In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.), **Estudos de Compliance Criminal**, Editora Fi: Porto Alegre, pp. 180-201.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político criminal. In: **InDret Revista para el Análisis del Derecho**, n.º 3, 2006, pp. 1-33. Acesso em 23 abr 2023. Disponível em <https://indret.com/heroes-o-traidores/?edicion=3.06>.
- RANSIEK, Andreas. The exclusionary rule in Germany revisited. In: **California Western International Law Journal**, vol. 53, n.º 1, pp. 115-160, 2022.
- REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Licitude e validade da prova penal nas investigações empresariais internas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 9, n.º 2, pp. 609-644, 2023.
- REIS, Lara. How Can *Compliance* Steer Companies to Deliver on ESG Goals? In: CAMARA, Paulo; MORAIS, Filipe (eds.) **The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance**, 2022, pp. 305-326. *e-book*. Disponível em <https://doi.org/10.1007/978-3-030-99468-6>.
- RODRIGUES, Douglas. **Investigações corporativas e processo penal: uma análise sobre os limites da licitude da prova**. Londrina: Thoth, 2021.
- ROCHA, Dinir Salvador Rios. Visão geral de *due diligence*: breves aspectos teóricos e práticos. In: QUATTRINI, Larissa Tieixera (coord.), **Fusões, aquisições, reorganizações societárias e due diligence**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROCHA, Fernando Galvão da. Programa de integridade e responsabilidade penal da pessoa jurídica, In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.), **Estudos de Compliance Criminal**, Editora Fi: Porto Alegre, pp. 107-145.
- ROMANO, Virginia Chaves, *et al.* **The Evolution and Current Approach to Corporate Cooperation in US Enforcement Investigations**. *Global Investigation Review*, out-2021. Acesso em 13 de março de 2023. Disponível em <https://globalinvestigationsreview.com/review/the-investigations-review-of-the-americas/2022/article/the-evolution-and-current-approach-corporate-cooperation-in-us-enforcement-investigations>
- ROSADO IGLESIAS, Gema. **La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- ROTHSCHILD, Joyce; MIETHE, Terance D. Whistle-blower disclosures and management retaliation: The battle to control information about organization corruption. In: **Work and occupations**, vol. 26, n.º 1, 1999, pp. 107-128.
- ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. Título original «**Criminal Compliance**», publicado em *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (5), edición 10/2010, pp. 614-617.

Tradução a cargo de Ivó Coca Vila, Universidad Pompeu Fabra. Revisão a cargo do Prof. Dr. Ricardo Robles Planas.

- _____. *Criminal Compliance*. In: **Revista InDret: revista para el análisis del derecho**, n.º 1, 2012, pp. 1-11. Acesso em 05 abril 2023. Disponível em <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260786/347968>.
- _____. *Compliance und Strafrecht – Fragen, Bedeutung, Perspektiven: Vorbemerkungen zu einer Theorie der sog “Criminal Compliance”*. In: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, vol. 125, n.º 3, 2014, pp. 481-498. Acesso em 09 mar 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/zstw-2013-0024>.
- RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do whistleblower – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 174, 2020, pp. 41-69.
- SAAD, Marta. Defesa no inquérito policial. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, vol. 2, n.º 4, pp. 59-83, 2018.
- _____. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” - Investigação preliminar: desafios e perspectivas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n.º 1, pp. 29-40, 2020.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini. Panorama do *compliance* no Brasil: avanços e novidades. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coord.), **Governança, compliance e cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 37-50.
- SACCANI, Raúl. Investigaciones internas: una guía práctica. In: DURRIEU, Nicolás; SACCANI, Raúl (*orgs.*), **Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria**, La Ley, Buenos Aires, 2018, pp. 313-341.
- SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO; Iñigo (*orgs.*), **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação criminal defensiva: possível renovação da influência italiana pós “Código Rocco” sobre a indagine difensiva. In: **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n.º 10, pp. 187–214, 2014. Acesso em 17 dez 2023. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/101>.
- SÁNCHEZ Rios, Rodrigo; ANTONIETTO, Caio. *Criminal Compliance – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresária*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 114, 2015, pp. 341-375.
- SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,

São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/td-07122015-163555/pt-br.php>. Acesso em: 12 abril 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, n.º 16, 2005, pp. 193-259.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado**, 12.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal *compliance* no brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fabio Andre; BUSATO, Paulo Cesar (coord.); DAVID, Décio Franco (org.), **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 158-199.

_____; POZZOBON, Roberson Henrique. Shaming como uma via para a sanção criminal de pessoas jurídicas no Brasil. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 151, ano 27, pp. 75-114. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2019.

_____. **Compliance e prevenção corporativa de ilícitos: inovações e aprimoramentos para programas de integridade**. São Paulo: Almedina. 2022.

_____; FLEISCHFRESSER, Leonardo. *Compliance* e direito penal brasileiro: algumas interseções. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (org.), **Comentários às Leis Penais e Processuais Penais**, 3.^a ed, Curitiba: Juruá, 2023, pp. 1562-1579.

SEIN, José Luis Goñi. Programas de cumplimiento empresarial ("compliance programs"): aspectos laborales. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos (coord.); VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente; MIR PUIG Santiago (dir.), **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. 2014. pp. 367-420

SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica (trad. SAAD-DINIZ, Eduardo). In: OLIVEIRA, Willian Terra de, et. al (coord.), **Direito penal econômico: Estudos em Homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013, pp. 291-318.

- SILVA, Douglas Rodrigues. **Investigações Corporativas e processo penal: uma análise sobre os limites da licitude da prova**. Londrina: Thoth, 2021.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n.º 1, pp. 41-80, 2020.
- SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**, vol. 2, 4.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 27.ª ed, São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: **Revista Direito GV**, vol. 1, n.º 1, 2005, pp. 173-180. Acesso em 02 jan 2024. Disponível em <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35274/34067>.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**, 3.ª ed, Madrid: Edisofer, 2011.
- _____. Deberes de Vigilancia y *Compliance* Empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (*org.*), **Compliance y Teoría del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-106.
- _____. El debate sobre la prueba del modelo de *compliance*: Una breve contribución. In: **Revista InDret**, n.º 1, 2020, pp. 3-5.
- _____. Expansão do Direito Penal e lavagem de capitais. In: **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, vol. 8, 2021, pp. 1-6.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Compliance* e direito penal na era pós-lava jato. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 106, n.º 979, 2017, pp. 31-52.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. In: **Boletim IBCCRIM**, n.º 65. São Paulo: IBCCRIM, abril 1998.
- _____. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- SHELTON, Dinah. International Law and Relative Normativity. In: EVANS, Malcolm (*ed.*) **International Law**, 4ª ed, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 137-167.
- SKEELS, David. The Rules of Criminal Procedure And the 30-Year Experiment with Discovery in Criminal Cases. In: **Massachusetts Law Review**, vol. 92, 2009, pp. 142-147. Acesso em 16 dez 2023. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?collection=usjournals&handle=hein.barjournals/malr0092&id=161&men_tab=srchresults.

SKLANSKY, David A. The Private Police. In: **UCLA Law Review**, vol. 46, n.º 4, 1999, pp. 1165-1288, Acesso em 01 jan 2024. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/uclalr46&i=1179>.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações tecnológicas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOTA SÁNCHEZ, Percy André. Due diligence de *compliance* penal en operaciones de M&A como criterio para evitar la transferencia automática de responsabilidad penal a la persona jurídica adquirente o resultante, en el marco de la Ley N.º 30424. In: **Ius Inkarrí**, vol. 10, n.º 10, pp. 43–88, 2021. Acesso em 18 de nov. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.v10n10.4640>.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de *compliance*. In: **Inovações da lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – Coletânea de Artigos, MPF**, vol. 7, 2020, pp. 32-53. Consultado em 13 de junho de 2023. Disponível em https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf.

SOUZA, Lia de Andrade; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, vol. 65, n.º 2, pp. 31-48, 2020. Acesso em 11 fev. 2024. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68577>.

SPAGNOLO, Giancarlo and NYREROD, Theo. Financial Incentives for Whistleblowers: A Short Survey. In: *ROOIJ, Van; SOKOL, D. (Eds.), The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 341-350.

STEAMER, Robert J. Civil Liberties and the Constitution (revisão da obra de Paul G. Kauper). In: **American Political Science Review**, vol 56, n.º 3, 1962, pp. 694-695. Acesso em 24 dez. 2023. DOI:10.2307/1952503.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito publico e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (*org.*), **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, pp. 97-128.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar Criminality. In: **American Sociological Review**, vol. 5, n.º 1, 1940, pp. 1-12. Acesso em 17 jun 2023. Disponível em https://www.asanet.org/wp-content/uploads/1939_presidential_address_edwin_sutherland.pdf.

TAVARES, Debora Santos. Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa de empresas no processo penal. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (*org.*), **Estudos de Compliance Criminal**, Editora Fi: Porto Alegre, pp. 10-25

TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1985.

_____. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y empresas en derecho comparado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 3, n.º 11, 1995, pp. 21-35.

_____. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: **Anuário de Derecho Penal**, vol. 96, 1996. Acesso em 23 de abril de 2023. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf.

_____. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El derecho penal económico en la era *compliance***. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013, pp. 31-42.

TRADE, Bruna Perasoli. Impactos dos programas de *compliance* na responsabilidade penal individual de dirigentes no âmbito da sociedade empresária. In: **Revista Científica do CPJM**, vol. 1, n.º 2, 2021, pp. 30-63.

TRAUTMAN, Lawrence J.; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. Lawyers, guns, and money: The bribery problem and the UK Bribery Act. In: **The International Lawyer**, vol. 481, 2013, pp. 481-517.

URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: the american way. In: SANTIAGO, Mir Puig (*et. al.*), **Responsabilidad de la empresa y *compliance*: Programas de prevención, detección y reacción penal**. 1ª ed, Madrid: Edisofer., 2014, pp. 33-88.

VERÍSSIMO, Carla. ***Compliance*: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Controle da prova penal**. São Paulo: RT, 2021.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o projeto de código de processo penal e investigação defensiva. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 22, n.º 107, pp. 309-336, 2014.

VILLIERS, Charlotte. Global Supply Chain and Sustainability: The Role of Disclosure and Due Diligence Regulation. SJÁFJELL, Beate; Bruner, Christopher M (*eds.*), **The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability**, 2022, pp. 551–561. Acesso em 10 jul 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781108658386>.

VINHA, Veleria da. **Regulação e Auto-Regulação no Contexto do Desenvolvimento Sustentável e da Responsabilidade Social Empresarial: o caso do setor de petróleo & gás**. Artigo apresentado no III Seminário de Economia do Meio Ambiente IE/UNICAMP. Maio de 2003.

WEISSMANN, Andrew; NEWMAN, David. Rethinking Criminal Corporate Liability. In: **Indiana Law Journal**, vol. 82, n.º 2, 2007, pp. 411-451.

- WONG, Un Tong. Modelos de proibições de prova numa perspectiva comparada: Alemanha, EUA e China. In: MENDES, Paulo de Sousa; PEREIRA, Rui Soares (*org.*), **Novos Desafios Da Prova Penal**, vol. 2, 2023, pp. 531-567.
- YAROSHEFSKY, Ellen, Cooperation with Federal Prosecutors: Experiences of Truth Telling and Embellishment. In: **Fordham Law Review**, vol. 68, 1999, pp. 917-944.
- ZACLIS, Daniel. **Investigação Interna Corporativa: Reflexos no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.
- ZAPATER BACIGALUPO, Enrique. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “*compliance*”: A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009. In: **Diario La Ley**, n.º 7442, 2010.
- ZHAO, Jingchen. Extraterritorial Attempts at Addressing Challenges to Corporate Sustainability. In: SJÅFJELL, Beate; BRUNER, Christopher M (*eds.*), **The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability**, 2022, pp. 29–42. Acesso em 10 jul 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781108658386>.
- ZUCKERMAN, Jason. Congress strengthens whistleblower protections for federal employees. In: **American Bar Association, Section of Labor and Employment Law**, 2012, pp. 1-4. Acesso em 27 abril 2023. Disponível em <https://www.zuckermanlaw.com/wp-content/uploads/2019/01/Whistleblower-Protection-Enhancement-Act.pdf>.
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Responsabilidad penal de las empresas: experiencias adquiridas y desafíos futuros. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; MENDOZA, Fátima Flores (*eds.*), **Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra le delincuencia económica y tecnológica**. Granada: Comares, 2012, pp. 435-463.

JURISPRUDÊNCIA

- ALEMANHA. BGH. 1 StR 265/16, 09/05/2017, (457).
- BRASIL. STF. 1.ª Turma. HC 74.678. Relator Moreira Alves, julgado em 10 jun 1997.
- BRASIL. STF. RE n.º 251.445/GO, Min Celso de Mello. Julgamento em 21 de jun 2000.
- BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC n.º 79.812. Relator: Min Celso de Mello. Julgado em 08 nov. 2000.
- BRASIL. STF. 1.ª Turma. HC n.º HC 80949/RJ. Relator: Min Sepulveda Pertence. Julgado em 30 out. 2001.
- BRASIL. STF. HC n.º 83.301, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Min. Cezar Peluso. Julgado em 16 mar. 2004.
- BRASIL. STF. HC n.º 88.544. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27 abr. 2006.
- BRASIL. STF. 2.ª Turma. Habeas Corpus n.º 82.862/SP, Relator Cezar Peluso, Julgado em 13 jun. 2008.
- BRASIL. STJ. 5.ª Turma. Habeas Corpus n.º 77.836/PA. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 05 fev. 2019.
- BRASIL. STF. Rcl 33.711, Relator Gilmar Mendes, julgado em 11 jun. 2019.

BRASIL. STF. Segunda Turma. AgR RE n.º 1213920. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 27 set. 2019.

BRASIL. STF. HC 164493, Relator Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão Gilmar Mendes, julgado em 23 mar. 2021.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE n.º 1.224.374, Relator Min Luiz Fux. Julgado em 19 mai. 2022.

BRASIL. STJ. REsp n.º 548.181-PR, de relatoria da Ministra Rosa Weber, Julgado em 06 ago. 2013.

BRASIL. STJ. Corte Especial. Ação Penal 707/DF, Relator Arnaldo Esteves Lima, julgado em 07 mai. 2014.

BRASIL. TST. 1.ª Turma. Recurso de Revista n.º 61300-23.2000.5.10.0013, Relator Ministro Joao Oreste Dalazen, Julgado em 10 jun. 2005.

ESPAÑA. STS (Sala 2.ª, Sección 1a) n.º 154/2016, de 29 de febrero, RJ 2016\600, fundamento jurídico 3.º.

ESPAÑA. STS (Sala 2a, Sección 1a) no 221/2016, de 16 de marzo, RJ 2016/966, fundamento jurídico 5º.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia nº 489/2018. Sala Penal. Data de julgamento: 23/10/2018.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. STC n.º 97/2019. Relator Alfredo Montoya Melgar, julgado em 16 jul 2019.

EUA. New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909).

EUA. Supreme Court. *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465, (1921).

EUA. Suprema Corte. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

EUA. United States vs. Westinghouse Elec. Corp., 1960 Trade Cas. (CCH) 69,699, at 76,759 (E.D. Pa. 1960).

EUA. *Brady v. Maryland*, 373 U.S 83 (1963).

EUA. Supreme Court. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

EUA. *McMann v. Richardson*, 397 U.S 759, 771 (1970).

EUA. United States Court of Appeals, Second Circuit. *United States v. Antonelli*, 434 F.2d 335, 337 (1970).

EUA. *Wheatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 554 (1977).

EUA. Supreme Court. 457 U.S. 922 (1982).

EUA. *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984)

EUA. *Skinner v. Railway Lab. Execs. Ass'n*, 489 U.S. 602 (1989)

EUA. *United States v. Sun-Diamond Growers of Cal.*, 138, 1998.

EUA. *U.S. v. Stein*, 435 F. Supp. 2d 330 (S.D.N.Y. 2006).

EUA. *Bobby v. Van Hook*, 558 U.S. 4 (2009)

EUA. *United States Court of Appeals for the Second Circuit. Gilman v. Marsh & McLennan Companies Inc.*, n. 15-0603 (2d Cir. Jun. 16, 2016).

EUA. *United States v. Connolly*, 24 F.4th 821 (2d Cir. 2022).

PORTUGAL. TRL. Processo n.º 14538/10.4TFLSB.L1-5, Relator Doutor Jorge Gonçalves. Data do Acórdão: 03 de julho de 2012.

TEDH. *Copland Vs. The United Kingdom*. Application n.º 62617/00. Julgado em 03/04/2007.

TEDH. Grand Chamber. *Jalloh v. Germany*. Julgado em 11/07/2006.

TEDH. *Case Of Bărbulescu V. Romania*. Application n.º. 61496/08. Julgado em 05/09/2017.

TEDH. *Halet v. Luxembourg*, 21884/18.

UK. *State v. Morris & Essex R.R.*, 23 N.J.L. 360, 1852

UK. *Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge*, 68 Mass. 339, 1854.

UK. *House of Lords, The Pharmaceutical Society v. The London and Provincial Supply Association, Ltd.* (1880) 5 AppCas 857, HL(E).

UK. *State v. First National Bank*, 1892, 568-571.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. Acesso em 19 jan 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

BRASIL. Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil. Provimento Nº 188/2018: **Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.** Acesso em 26 dez 2019. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>.

BRASIL. Instituto Brasileiro De Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa.** 5.^a ed. São Paulo. 2015. Acesso em 20 dez. 2023. Disponível em <https://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Publicacoes/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>.

BRASIL. Lei n.º 9.296 de 1996. Acesso em 11 fev. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Acesso em 10 fev 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm.

EUA. Sarbanes-Oxley Act. 2002. Disponível em: https://pcaobus.org/About/History/Documents/PDFs/Sarbanes_Oxley_Act_of_2002.pdf

EUA. Defense Function, 4.^a ed. 2017. Disponível em https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/.

EUA. *Federal Rules of Evidence*. Acesso em 11 fev. 2024. Disponível em https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_901.

EUA. AMERICAN BAR ASSOCIATION. ABA Guidelines. Disponível em https://www.americanbar.org/groups/committees/death_penalty_representation/resources/aba_guidelines/.

EUA. Constituição. Acesso em 25 dez 2023. Disponível em <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-14/>

UK. Public Bodies Corrupt Practices Act. 1889. Acesso em 04 ago 2023. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/52-53/69/enacted>.