Fernando A. N. Galvão da Rocha (Org.)

Estudos de *Compliance* Criminal



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

9 786587 340074

editora Fi .org

CC BY SA

Estudos de *Compliance* Criminal

Estudos de *Compliance* Criminal

Organizador:
Fernando A. N. Galvão da Rocha



Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Lucas Margoni

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

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

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

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

244 p.

ISBN - 978-65-87340-07-4

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

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

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Sumario

Apresentação **9**
Fernando A. N. Galvão da Rocha

1 ..... **10**
Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa de empresas no processo penal
Débora Santos Tavares

2 ..... **26**
Delitos de organização e criminalidade empresarial
Mathias Oliveira Campos Santos

3 ..... **49**
Acordos de não persecução penal por infrações econômicas: análise do modelo consensual dos Estados Unidos
Marlos Corrêa da Costa Gomes

4 ..... **76**
Reflexões sobre a eficácia punitiva na responsabilização penal das pessoas jurídicas
Carlos Henrique Alvarenga Urquisa Marques

5 ..... **107**
Programa de integridade e responsabilidade penal da pessoa jurídica
Fernando A. N. Galvão da Rocha

6 ..... **146**
Responsabilidade penal da pessoa jurídica e defeito de organização: da (ir)relevância da adesão a um programa de compliance para a aferição da responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil
Rafael Barros Bernardes da Silveira

7 168
Canais institucionais de denúncia
Paola Alcântara Lima Dumont

8 180
Considerações sobre o anonimato e sigilo de *whistleblowers* no Brasil
Felipe Machado Prates

9 202
Investigações internas e a privatização do processo penal sob a ótica da autoregulação regulada
Ciro Costa Chagas

10 218
Redução de riscos da investigação interna autorregulada
Danilo Emanuel Barreto de Oliveira

Apresentação

Fernando A. N. Galvão da Rocha

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

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

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

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

1

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

Débora Santos Tavares [1]

1. Introdução

A criminalidade econômica apresenta muitos desafios à imputação da responsabilidade penal individual. A pluralidade de agentes, a divisão de tarefas, a delegação de funções e a fragmentação da informação dificultam a identificação do autor responsável por determinada conduta típica, ilícita e culpável praticada no âmbito da sociedade empresária[2].

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

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

[1] Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

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

sociedades empresárias se tornam "fiscais de si próprias"[3]. É o que se chama de autorregulação regulada.

Com a Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) celebrada em 1997[4], diversos países comprometeram-se a exigir que empresas adotassem medidas anticorrupção, inclusive por meio da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela corrupção de funcionário público estrangeiro (art. 2º)[5].

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

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

No mesmo sentido, no Chile[7] a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelos crimes de lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo e concussão pode ser significativamente atenuada quando a organização coopera efetivamente com as investigações criminais, noticiando os fatos ilícitos apurados à autoridade competente.

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

---

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

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

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

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

[7] Ley 20.393, de 02 de decembro de 2009.

apuração de ilícitos ainda são restritos ao direito administrativo sancionador.

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

A influência dos acordos de delação premiada na Operação Lava Jato[8] e a criação do acordo de não persecução penal pela Lei 13.964/2019 (art. 28-A), contudo, apontam para o crescente protagonismo da chamada justiça negocial no Brasil. A tendência é de que no futuro (próximo ou distante) a postura colaborativa de pessoas jurídicas seja um meio de defesa cada mais vez mais comum no processo penal.

2. Breve panorama para empresas brasileiras

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

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

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

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

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

Embora as pessoas jurídicas ainda não encontrem incentivos legais para a adoção do *compliance* criminal e de uma postura colaborativa no processo penal, dois motivos principais justificam a importância do assunto: (i) o expressivo número de empresas brasileiras que atuam no comércio internacional[9] e a (ii) os programas de *compliance* criminal não servem apenas à defesa da pessoa jurídica.

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

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

Segundo o *The United States Department of Justice* (*DOJ*), o acordo de não persecução penal celebrado com a Petrobrás resultou no pagamento de US$ 853,2 milhões de multa por violações ao *FCPA*. Conforme a notícia oficial divulgada pelo *DOJ* em 27.09.2018[11], a empresa não notificou voluntariamente os ilícitos, mas colaborou totalmente com as investigações. A cooperação incluiu a realização de uma investigação

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

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

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

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

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

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

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

Parte da doutrina defende que o especial dever de agir dos dirigentes da empresa para evitar o delito se fundamenta no controle sobre a empresa como fonte de perigo. Segundo Heloísa Estellita[14]:

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

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

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

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

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

Fato é que a responsabilidade penal dos diretores da organização não é fundada exclusivamente na existência do dever de garante, sob pena de se criar uma inadmissível responsabilização objetiva nos crimes omissivos impróprios[15]. Verificada e existência do especial dever de agir para evitar o ilícito empresarial, passa-se à análise da tipicidade, ilicitude e culpabilidade da conduta omissiva.

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

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

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

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

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

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

(geralmente identificada através do canal de denúncias[16]) e aplicação das medidas disciplinares previamente estabelecidas no código de ética da empresa.

A investigação torna-se fundamental inclusive para demonstrar a efetividade do programa e contribuir para a criação de uma verdadeira cultura corporativa – se o denunciante suspeita que não será levado a sério, não aceitará os riscos da utilização do canal de denúncias[17].

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

A colaboração de empresas no processo penal por meio de investigações internas teve origem nos Estados Unidos a partir do caso *Watergate*, com a evidente escassez de recursos da *Securities and Exchange Commission* (SEC) para enfrentar os macro escândalos de corrupção no mundo empresarial a partir da década de 1970[18].

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

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

---

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

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

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

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

O fato de os acordos antitruste e anticorrupção aplicarem-se a ilícitos com características comuns à criminalidade econômica empresarial (caráter associativo, dificuldade de obtenção de provas, lesão a bens jurídicos de titularidade difusa[20]) demonstra que a colaboração de pessoas jurídicas pode se tornar um fenômeno comum também no processo penal.

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

4. O princípio da não autoincriminação empresarial

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

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

---

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

[20] Ibidem, p. 220.

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

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

Ao reconhecer o direito à indenização por danos morais[22], o direito à imagem[23] e o direito de propriedade às empresas, os Tribunais Superiores consolidaram o entendimento jurisprudencial no sentido de que pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza[24].

Ainda que a garantia de não autoincriminação não seja expressamente prevista para pessoas jurídicas[25], fato é que se os entes coletivos estão sujeitos à responsabilização criminal, também devem ser protegidos pelo direito de não produzir provas contra si mesmas. Foi esse o entendimento adotado pelo Tribunal Inglês no caso *Triplex Safety Glass Co. Ltd* vs *Lancegaye Safety Glass*[26].

Em 2018, o Conselho Federal da OAB editou o Provimento nº 188 para regulamentar as investigações defensivas realizadas por advogados[27]. Conforme o Documento, a investigação orienta-se para produção de prova que pode ser utilizada em propostas de acordo de leniência, de colaboração premiada e em outros procedimentos de natureza criminal (art. 3º). Ainda, estabeleceu-se que o advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados (art. 6º).

---

[22] Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça.

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

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

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

[26] MACHADO, Jónatas E. M. e RAPOSO, Vera L. C. O Direito à não Auto-Incriminação e as pessoas colectivas empresariais. In: Revista Direitos Fundamentais & Justiça nº 8 - jul./set. 2009. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/08_Artigo_1.pdf555.

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

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

No Brasil, o Decreto 8.420/2015 prevê a redução da penalidade de multa nos casos em que a pessoa jurídica comunique espontaneamente o ato lesivo à Administração Pública antes da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) (art. 18, inciso IV). A obrigação de apurar fatos ilícitos e entregar os resultados às autoridades, no entanto, pode ser incluída em acordos de leniência que venham a ser firmados pelas empresas[29].

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

No acordo celebrado com o Ministério Público Federal durante as investigações da Operação Carne Fraca, a J&F Investimentos S.A. (*holding* do grupo JBS) se comprometeu a realizar uma investigação interna completa para apurar os ilícitos identificados e apresentar as provas obtidas[31]. No mesmo sentido são os acordos de leniência firmados entre o MPF e a Odebrecht S.A.[32], Braskem S.A.[33] e Mullen Lowe Brasil Publicidade Ltda[34].

---

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

[29] Ibidem, p. 299.

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

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

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

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

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

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

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

A despeito de suas vantagens, a atividade investigativa privada pode causar graves riscos aos direitos fundamentais dos investigados. Em determinados casos, as investigações internas podem representar uma verdadeira privatização do processo penal. Segundo Adán Nieto[35]:

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

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

Para suprir a ausência de normas jurídicas que regulamentem concretamente o tema, recomenda-se a criação de um código de investigações internas[37] pela empresa, com regras expressamente defini-

---

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

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

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

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

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

Para Gustavo Badaró[38], a cadeia de custódia da prova não se limita à coleta de elementos materiais coletados no local do crime – a sua aplicação também deve ser estendida a elementos "imateriais" registrados eletronicamente, como o conteúdo de e-mails, mensagens de texto e conversas telefônicas.

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

No caso de instituições financeiras, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) fixou entendimento no sentido de que é ilícita a quebra de sigilo bancário de correntistas empregados sem autorização judicial, ainda que por sindicância interna, com ampla defesa e sem divulgação a terceiros (art. 5º, X, CF/88). Por outro lado, se o acesso a movimentações financeiras ocorre de forma indistinta em relação a todos os correntistas da instituição, para cumprir determinação legal prevista na Lei 9.613/98 (art. 11, II e §2º), não haveria ilicitude[39].

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

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

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

apuração de irregularidades cometidas pelo empregado, a aplicação de qualquer penalidade antes do prazo previsto para o fim da investigação é ilícita porque viola o princípio da ampla defesa[40].

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

Parte da doutrina entende que a empresa pode utilizar-se do poder disciplinar para interrogar o empregado e aplicar sanções, mas em razão da garantia constitucional de não autoincriminação, o depoimento do investigado não poderá ser utilizado contra ele em eventual ação penal[41].

Em qualquer hipótese, o entrevistado deve ser informado prévia e plenamente sobre os seus direitos, sobre os fatos que estão sendo investigados e qual destino a empresa poderá dar para a sua declaração[42].

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

6. Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Referências

ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; SILVA, Douglas Rodrigues da. *Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 61-90., jun. 2019. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151436. Acesso em: 22 dez. 2019.

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

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

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

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

MACHADO, Jónatas E. M. e RAPOSO, Vera L. C. *O Direito à não Auto-Incriminação e as pessoas colectivas empresariais*. In: Revista Direitos Fundamentais & Justiça nº 8 - jul./set. 2009. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/08_Artigo_1.pdf555

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

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

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

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

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

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

SPINELLI, Mário Vinicius Classen. *Whistleblowing e canais institucionais de denúncia*. In MARTÍN, Adan Nieto (org.). Manual de Cumprimento Normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

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

VERÍSSIMO, Carla. *Incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.