



Anna Carolina Canestraro

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

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Direito / Menção em Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação da Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues

Julho de 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

FACULDADE
DE
DIREITO

ANNA CAROLINA CANESTRARO

***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***

**(INTERNAL INVESTIGATIONS WITHIN THE CRIMINAL COMPLIANCE AND
RIGHTS OF THE EMPLOYEES: considerations about the possibility of investigating
and the transfer of information to the criminal process)**

**Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º. Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Direito / Menção em
Ciências Jurídico-Criminais.**

**Orientadora: Doutora Anabela Miranda
Rodrigues**

COIMBRA

2018

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, irmã, prima, avós e demais parentes, por me incentivarem e vibrarem comigo a conclusão de cada uma das páginas aqui escritas; ao querido Túlio, por me acompanhar em todas as “peregrinações” às maiores bibliotecas da Europa e por todo o apoio emocional e incentivo acadêmico que me foram dirigidos ao longo desses dois anos; à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, principalmente nas pessoas da minha orientadora Prof. Dr^a. Anabela Rodrigues, Prof. Dr. Pedro Caeiro e Prof. Dr^a. Susana Aires de Sousa, cujas as conversas foram essenciais para me dar o norte necessário para a conclusão do presente trabalho; à Biblioteca da Georg-August-Universität Göttingen, nas pessoas de Eneas Romero, Prof. Dr. Kai Ambos e Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes, que, apesar do pouco tempo, me fizeram consolidar o meu recém-descoberto gosto pela pesquisa científica; à Albert-Ludwigs-Universität Freiburg e ao Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht por me permitir ter acesso às mais recentes e renomadas obras de direito penal econômico; ao Daniel Bragagnollo, cujos levantamentos processuais foram essenciais para finalização do trabalho; ao IBCCRIM, por toda a sua sempre pronta disponibilidade; ao Prof. Dr. Fábio Ramazzini Bechara, por me permitir participar como ouvinte de suas aulas de Mestrado da Universidade Presbiteriana Mackenzie e, assim, participar de discussões que me foram muito valiosas ao presente trabalho; ao Grupo de Estudos de Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional da Universidade Presbiteriana Mackenzie, que me permitiram tomar conhecimento das maiores problemática do *criminal compliance*; ao Advogado e sócio do escritório Sampaio Ferraz pelos questionamentos que me serviram como referência ao longo de todo o trabalho; e, por fim, mas nem de longe menos importante, à Deus, por conduzir e suportar os passos me trouxeram até esta incrível oportunidade de engrandecimento pessoal e acadêmico.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar, inicialmente, os limites das investigações internas realizadas no âmbito dos programas de *criminal compliance* frente aos direitos e garantias dos trabalhadores. Na sequência, buscaremos investigar se poderiam as informações aqui obtidas ser transportadas para o processo penal e, em caso positivo, qual seria a sua possível valoração. Tal problemática tem lugar em face dos evidentes conflitos que decorrem dos interesses persecutórios da empresa, em investigar atos ilícitos cometidos no âmbito de sua atuação, e o direito dos trabalhadores à privacidade e sigilo das comunicações. Para tanto, necessitaremos, em um primeiro momento, compreender o contexto e a estruturação concreta dos programas de *compliance*, âmbito este do qual decorre o objeto do presente estudo. Sendo assim, após o exame dos códigos internos, dos instrumentos de comunicação ou denúncia e dos procedimentos de investigação/sancionamento, teremos condições de indagar a eventual possibilidade de aproveitamento das informações obtidas por meio desses mecanismos no âmbito da instrução processual penal e, em caso de resposta positiva, qual seria a sua valoração. Ao final, em resposta ao primeiro questionamento, pretende-se provar que uma vez afastadas legitimamente as expectativas de privacidade e sigilo de comunicações dos funcionários, o empregador poderá coletar as informações que entender necessárias para averiguação dos fatos denunciados. Na sequência, uma vez constatada a possibilidade de utilização desses elementos no âmbito processual penal, analisaremos três propostas de solução por nós identificadas, para o problema referente à valoração destas informações, a fim de apresentar seus eventuais óbices e, ao final, assim sustentar aquela que nos parece a mais adequada.

PALAVRAS-CHAVE: *compliance*; investigações internas; direito dos trabalhadores; expectativa de privacidade; elementos de informação.

ABSTRACT: The aim of the present dissertation is initially to analyze the limits of internal investigations that takes place in the scope of criminal compliance programs in light of the rights and guarantees of employees. In sequence, we will investigate if the information collected in these mechanisms could be transported to the criminal procedures and, in case of a positive answer, what would be their possible valuation. This problematic takes place in face of the evident conflicts that arise from the persecutory interests of the company, in investigating unlawful acts committed within the scope of its action, and the employees' right to privacy and confidentiality of communications. Therefore, we will need, in first place, to comprehend the context and the concrete structuring of the compliance programs, from which the object of the present study derives. So, after examining the internal codes, the communication or denunciation instruments and the investigative/sanctioning procedures, we will be in a position to investigate the possibility of using the information obtained through these mechanisms in criminal procedures and, in case of a positive answer, what would be its valuation. In the end, in response to the first questioning, it is intended to prove that once the expectations of privacy and confidentiality of employees' communications have been legitimately removed, the employer can collect the information they believe necessary to ascertain the reported facts. Following, once the possibility of using these elements in criminal procedures has been established, we will analyze three solutions identified by us for the problem of valuing this information, in order to present its possible obstacles and, in the end, sustain the one that seems the most appropriate.

KEYWORDS: compliance; internal investigations; employees' rights; privacy expectations; information elements.

SIGLAS E ABREVIATURAS

BYOD_ Bring Your Own Device

CCO – Chief Compliance Officer

COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras

CPP – Código de Processo Penal

DIN _ Deutsche Institut für Normung¹

EPI _ Equipamento de Proteção Pessoal

IBGC_ Instituto Brasileiro De Governança Corporativa

ISO_ International Organization for Standardization

OCDE _Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

SEC __ Securities and Exchange Comission

SOX __ Sarbanes-Oxley Act

TEDH _Tribunal Europeu de Direitos Humanos

UNE_Una Norma Española

¹ Em português, Instituto Alemão de Normatização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I - CONTEXTUALIZAÇÃO, CRIMINALIDADE ECONÔMICA E AUTOREGULAÇÃO REGULADA	10
1.1 Contextualização político-econômica	10
1.2 Considerações sobre a criminalidade econômica	25
1.3 Autorregulação Regulada e Governança Corporativa	29
CAPÍTULO II - COMPLIANCE	35
2.1 Estrutura dos programas de <i>compliance</i>	36
2.1.1 Formulação do programa de cumprimento	36
2.1.1.1 Códigos de ética e segurança da informação	37
2.1.1.2 <i>Whistleblowing</i> – conceito, canais externos e internos.....	40
2.1.1.3 Criação de uma estrutura do compliance	45
2.1.2 Implementação do programa de cumprimento.....	46
2.1.3 Consolidação e Aperfeiçoamento.....	47
2.2 Obrigatoriedade e Vantagens Empresariais.....	49
2.3 A abordagem do <i>criminal compliance</i> na prática	55
CAPÍTULO III - INVESTIGAÇÕES INTERNAS	61
3.1 Conceitos, classificações e procedimento.....	61
3.1.1 <i>Classes de investigação interna</i>	64
3.1.2 <i>Meios de investigação interna.....</i>	67
3.1.3 <i>Instauração das investigações internas.....</i>	69
3.2 Direitos e garantias dos trabalhadores.....	73
3.2.1 <i>Expectativa razoável de intimidade e segredo das comunicações.....</i>	73
3.2.2 <i>Princípios aplicados às investigações.....</i>	79
3.2.2.1 Presunção de inocência	80
3.2.2.2 <i>Nemo tenetur se ipsum accusare.....</i>	83
3.2.2.3 Princípio da proporcionalidade	91

3.3 Possíveis respostas ao conflito entre o direito do empregado e a investigação interna	98
CAPÍTULO IV - NATUREZA JURÍDICA E VALORAÇÃO DOS RESULTADOS OBTIDOS A PARTIR DA INVESTIGAÇÃO INTERNA	101
4.1. Problema de prova emprestada?	103
4.2 Elementos de prova?	106
4.3 Elementos de informação	107
CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

A problemática que se pretende abordar no presente trabalho é a de se investigar se os dados obtidos por meio do *criminal compliance* no âmbito das investigações internas das empresas, e que tenham por conteúdo informações do funcionário², poderiam ser transportados para o Processo Penal e, em caso positivo, qual o peso dessas informações. Isto é, poderiam ser elas valoradas como provas?

E para que se possa ter uma melhor compreensão da problemática supracitada, cumpre apresentar, em um primeiro momento, o contexto político-econômico que resultou na necessidade da criação dos denominados programas de *compliance* no âmbito empresarial. Em seguida, busca-se trazer algumas considerações introdutórias sobre a criminalidade econômica e, na sequência, os conceitos e objetivos da denominada autorregulação regulada e governança corporativa, chegando-se assim ao tema central do trabalho, o *compliance*.

Por conseguinte, busca-se fazer uma abordagem da estrutura do *compliance* quanto à sua formulação, implementação e consolidação, destacando-se os códigos de ética e segurança da informação, além dos mecanismos de *whistleblowing* — internos e externos— questões tais como a obrigatoriedade dos programas, vantagens empresariais e, por fim, fazendo-se uma análise do *compliance* agora voltado para a área criminal.

Na sequência, aborda-se os modelos e meios utilizados pelas empresas quando no desenvolvimento de suas investigações internas para, então, passar-se à discussão de se o empregador poderia levar tais informações às autoridades para, assim, auxiliá-las na persecução de crimes que tenham sido cometido por seu empregado.

E este questionamento tem seu lugar diante da inegável discussão entre o direito à intimidade e ao segredo das comunicações do empregado frente ao direito — quando não um dever — do empregador em fiscalizar estas atividades. Assim, o trabalho busca abordar, na sequência, a possível relativização desses direitos frente ao direito-dever do

² Em razão de uma maior delimitação do tema e a fim de se buscar uma maior profundidade ao estudo, opta-se por fazer a análise a partir dos funcionários das empresas privadas. E isto por ser certo que a análise a partir dos funcionários públicos ensejaria no levantamento de questionamentos que não são objeto do presente estudo, tal como, a título de exemplo, se haveria uma responsabilidade penal da empresa pública, vez que, como se verá mais adiante, uma das finalidades diretas do *criminal compliance* é justamente a de diminuir a responsabilidade penal da empresa em razão da existência de um efetivo programa de *compliance*.

empregador, bem como traçar os elementos necessários para que o empregador possa afastar tal expectativa de privacidade de forma legítima de acordo com os direitos fundamentais do empregado.

Na sequência, diante de uma possível discricionariedade por parte das empresas e tendo-se em vista a possibilidade de o resultado das investigações internas ser levado ao processo penal, busca-se fazer uma análise dessas investigações já em face dos princípios processuais penais que se consideram necessários, quais sejam: proporcionalidade, presunção de inocência e *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Por fim, respeitando as garantias e direitos do empregado, busca-se fazer uma análise a respeito da valoração que essas informações obtidas por meio das investigações internas poderiam receber diante de um processo penal. Isto é, poderiam ser elas valoradas de fato como provas penais? E, ainda que não valoradas como provas, diante da incontestável limitação estatal na persecução da criminalidade econômica, não seria de fato *necessário* que, de alguma forma, essas informações pudessem ser transportadas para o processo penal?

Desta feita, pretende-se ao final confirmar as hipóteses de que (1) o empregador, desde que afaste as expectativas de seu funcionário, poderá investigá-lo e, (2) tais informações, ainda que não valoradas como provas e desde que sejam respeitados os direitos dos empregados já na investigação interna, deverão sim ser transportadas ao processo penal.

E a fim de se atingir uma melhor análise da problemática, e diante da interdisciplinaridade do tema, buscar-se-á analisar não só doutrinas, legislações e jurisprudências, destacando-se as portuguesas e brasileiras, mas também os códigos de ética e manuais de integridade de empresas envolvidas em escândalos financeiros internacionais ou que, por ter sua atividades em ramos sensíveis do mercado financeiro, nos chamaram atenção.

CAPÍTULO I - CONTEXTUALIZAÇÃO, CRIMINALIDADE ECONÔMICA E AUTORREGULAÇÃO REGULADA

Antes de adentrarmos no problema central do presente trabalho, mister se faz analisar o contexto político-econômico que se verificou a partir, principalmente, da Crise de 1929. E, vale esclarecer, chama-se desde já a atenção para esse marco histórico por ter sido ele, como será a seguir demonstrado, o responsável por trazer à tona uma realidade empresarial de desrespeito às normas que, até então, vinha sendo escondida e mesmo tolerada³ sem que ninguém a questionasse⁴.

No entanto, conforme aponta Sutherland⁵, as atividades de inobservância das normas, denominadas de “criminalidade do colarinho branco” e realizadas por pessoas de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade empresarial⁶, já podiam ser evidenciada mesmo na segunda metade do século XI. De fato, o autor chama atenção para os dizeres de Charles Francis Adams, executivo de ferrovias:

Uma dificuldade na gestão da ferrovia... é a ganância, carência de boa-fé, baixo nível moral dos gestores de ferrovia, a completa abstenção de qualquer alto padrão de honestidade comercial⁷.

1.1 Contextualização político-econômica

Até o ano de 1929, ano em que se deu a grande quebra da Bolsa de Valores de

³ Dentre as condutas ilícitas verificadas na realidade empresarial, chama-se especial atenção para a corrupção. E isto por certo que esta, por muito tempo, trouxe consigo uma ideia funcionalista de que seria ela necessária para o desenvolvimento de sistemas administrativos de países menos desenvolvidos, nesse sentido: SANTOS, Cláudia Cruz. A Corrupção - da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina e do legislador. In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Organização de ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. Coimbra, Editora Coimbra, 2003. pp.963-991.p.965.

⁴ Como assim o fará mais tarde, em 1949, Edwin H. Sutherland, em seu livro “White-Collar Crime”, no qual, a partir de uma análise empírica sobre as atividades das setenta maiores empresas norte-americanas daquele momento, traz à tona a análise de uma nova criminalidade, à parte da criminalidade considerada comum (que seria aquela realizada por pessoas mais pobres e sem educação, os *Outsiders*), denominando-as de “White-Collar Crime” ou, em sua versão portuguesa, “Crimes de Colarinho Branco”, isto é, “uma infração cometida por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade”, na definição de SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.34.

⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.34

⁶ Definição dada por Edwin Sutherland em: SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.33.

⁷ ADANS apud SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.34.

Nova Iorque, a economia norte-americana baseava-se em três pilares liberais clássicos⁸, quais sejam, o automatismo das forças do mercado, o incentivo ao lucro e o crescimento da riqueza⁹.

Até então a livre concorrência havia sido a reguladora do sistema econômico, o que significa dizer que as leis de oferta e procura, de acordo com a livre concorrência, eram as responsáveis por determinar os preços, lucros, fluxo de capital e outros elementos econômicos¹⁰. E, na medida em que a livre concorrência era responsável por regular o sistema econômico, a regulamentação governamental era vista como desnecessária¹¹.

No entanto, logo ficou evidenciado que o mercado não poderia se autorregular, e isto porque seus *players* estariam mais preocupados em utilizar suas *expertises* para cometer condutas ilícitas contra seus concorrentes, consumidores, acionistas¹² e outros investidores¹³, do que auxiliar no crescimento e fortalecimento da economia e da livre concorrência.

⁸ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.17.

⁹ ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, 2012. p.45.

¹⁰ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.147.

¹¹ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.147.

¹² Fato este que foi facilitado e mesmo evidenciado em decorrência principalmente da globalização, chamando-se atenção que, por vezes, os interesses dos acionistas e investidores podem vir a ser divergentes dos interesses dos administradores da companhia, sendo que os últimos podem por vezes pautar suas atitudes em trocas de favores a fim de obterem vantagens pessoais. Corroborando para que esses administradores possam tomar atitudes em interesse próprio sem o conhecimento dos acionistas/investidores (os verdadeiros donos das companhias), verifica-se a figura que Bauman, em complemento ao credo de Dunlap, convencionou chamar de “proprietário ausente”. Isto é, apesar de os verdadeiros tomadores de decisão serem as “pessoas que investem”, esses também possuem uma livre determinação espacial, ou seja, a planta industrial, em decorrência da globalização, pode ser instalada no local que for mais vantajoso (seja do ponto de vista regulatório, fiscal ou mesmo onde os direitos trabalhistas seriam mais brandos), sem que, no entanto, os acionistas tenham que acompanhá-la, Vide: BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. pp.13-15. E, nesse sentido, ausentes do dia-a-dia da empresa, os acionistas raramente tem conhecimento dos procedimentos complexos das empresas que possuem, vez que nem sempre conseguem assistir às reuniões anuais e, ainda, recebem pouca informação sobre as políticas utilizadas ou a situação financeira da empresa, SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. pp.318-323 e 348. Permite-se assim chegar à conclusão de que os acionistas estariam mais vulneráveis à possíveis atos de irresponsabilidade, ou mesmo antiéticos, por parte dos administradores diretos da companhia; nesse sentido: SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.73.

¹³ A partir de sua análise sobre a atividade empresarial das 70 maiores empresas norte-americanas da época, 1949, Sutherland afirma que seriam essas as principais classes de vítimas dos crimes empresariais: SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.333.

No mesmo sentido, Sutherland destaca que os empresários vinham sendo fiéis, em primeiro lugar, ao lucro, e, dessa forma, acabavam por sacrificar princípios da livre concorrência e livre iniciativa sempre que verificavam circunstâncias nas quais acreditavam que poderiam obter maior vantagem pecuniária¹⁴.

E como resultado à esta irresponsabilidade e ganância dos gestores dessas grandes companhias, chegou-se a Grande Crise de 29, na qual se pode observar a realidade empresarial de descumprimento às normas e aos interesses econômicos com reflexos negativos em proporções mundiais, tendo o Estado de tomar as rédeas da situação para buscar socorrer a economia, responsabilizando-se assim pelo pagamento da dívida privada (repassada esta, por certo, à população por meio de impostos cada vez mais altos).

Todavia, ainda que tenha se tornado evidente a grande espiral especulativa, a carência de boa-fé e o baixo nível moral dos gestores dessas grandes companhias, a ideologia americana, sob o governo do então presidente Hebert Hoover (1929-1933), manteve-se na firme convicção de que o Estado não deveria intervir na economia¹⁵.

De fato, foi apenas a partir do governo de Franklin Delano Roosevelt (1933-1945), que, em 1933, influenciado pelas ideias econômicas de cariz intervencionista de John Maynard Keynes, foram iniciadas medidas governamentais no sentido de haver uma interferência e uma regulamentação estatal sobre o desenvolvimento dessas atividades econômicas¹⁶ — o denominado *New Deal*.

E diante deste novo cenário político de regulamentação, verificam-se três principais mudanças macroeconômicas, quais sejam: a revisão do conceito de *laissez-faire*, isto é, buscando-se se afastar a ideia de que a economia seria capaz de se operar com equilíbrio autônomo e auto ajustável; a aceitação de que a livre atuação dos mercados não é suficiente para expandir o Produto Nacional Bruto, ou gerar a estabilidade dos preços, o equilíbrio do setor externo ou a satisfatória distribuição de renda e riqueza¹⁷; e, por fim, acabaram por legitimar a atuação de um Estado intervencionista como forma de controle e

¹⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.148.

¹⁵ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. pp.17-18.

¹⁶ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p.18.

¹⁷ ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2012. p.47.

prevenção de espirais especulativas¹⁸.

Destarte, diante dessa nova ideologia, esperava-se que o Estado tivesse um maior controle sobre a atividade econômica a fim de se desincentivar a prática de condutas ilícitas e prejudiciais para o correto desenvolvimento econômico. Evitando-se, assim, novos prejuízos financeiros, restabelecendo-se a confiança no mercado¹⁹ e garantindo a todos o nível mínimo de bem-estar compatível com a dignidade humana²⁰.

Seguindo este cariz intervencionista, verifica-se no campo legislativo uma tendência na aplicabilidade de um direito sancionatório (tanto no ramo administrativo como no penal) que busca assegurar o cumprimento de normas econômicas e sociais dirigidas não à proteção da pessoa individual, mas à tutela de bens jurídicos supra individuais, isto é, na tutela das gerações futuras²¹.

Nesse sentido, as leis do *New Deal* buscavam justamente impedir ou limitar a ocorrência de danos semelhantes aos causados com a Crise. E dentre as leis, destaca-se a *Glass-Steagall*, 1933, que buscava impedir bancos que recebessem depósitos de clientes de também subscrever ou vender qualquer tipo de título financeiro²². No mesmo sentido, destaca-se o *Securities Act*, também de 1933, e o *Securities Exchange Act*, 1934, que passaram a exigir ampla transparência financeira quanto a empresas negociadas em bolsa e/ou bancos de investimentos, sendo criada a *Securities and Exchange Commission* (SEC)

¹⁸ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p.18.

¹⁹ De acordo com Edwin H. Sutherland, a criminalidade de colarinho branco tem a característica de violar a confiança e, ao gerar uma desconfiança, tem o condão de diminuir a moralidade social e, com isso, produzir uma desorganização em larga escala. SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. pp.37-38. Em complemento, Klaus Tiedemann afirma que o delito econômico seria justamente constituído por um abuso de confiança, vide: TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. Traducción: Leopoldo H. Schiffrin. *Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales*: Revista de derecho y ciencias penales. Buenos Aires, v. 4, 5/8, pp.461-475, 1975.p.463.

²⁰ Nesse sentido, José Faria Costa e Manuel da Costa Andrade, ainda em 1982, quando em colóquio sobre a problemática dos crimes contra a economia: “(..) que o intervencionismo na vida econômica é um pressuposto para que o Estado se possa assumir como garante de limiares mínimos de dignidade para a generalidade dos cidadãos”, COSTA, José Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico - Notas a propósito do Colóquio Preparatório da AIDP (Freiburg, Setembro de 1982). In: *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, Ano VIII, n. 2, pp.277-298, jul./dez., 1982. p.278; 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.18.

²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n.esp, pp.1123-1138, 2003. p.1131.

²² FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.35.

para fiscalizá-los²³.

Assim, com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o segundo marco histórico que deve ser aqui destacado, esse modelo de Estado intervencionista e de regulamentação da economia também é incorporado pelo modelo Europeu, fundado no bem-estar social (*welfare state*), com grande influência dos Estados Unidos em decorrência da implementação do denominado Plano Marshall²⁴.

No entanto, a partir da década de 70 e início da de 80, o modelo de regulamentação econômico-financeiro apresentado pelo modelo do *New Deal* passou a sofrer críticas, principalmente em razão de uma cada vez maior decadência estrutural e administrativa das empresas americanas frente ao modelo *toyotista* do leste asiático²⁵ e, principalmente, em razão da evolução tecnológica da informação e dos meios de comunicação, que permitiram uma maior integração entre o mercado, aumentando a complexidade e a velocidade dos fluxos financeiros²⁶.

A se somar a este cenário, as estruturas político-institucionais e econômicas dos países que até então integravam o bloco socialista da Europa do Leste e da própria União Soviética começaram a ruir, fazendo-se com que, assim, se perdessem as resistências à uma expansão ilimitada do capitalismo²⁷.

Dessa forma, o intervencionismo estatal, pedra angular do modelo do *New Deal*, passa a ser questionado, principalmente pelos empresários norte-americanos, por se traduzir em amarras ao desenvolvimento econômico e representar um atraso para a economia norte-americana frente aos outros países.

E em razão dessa nova realidade e pressão cada vez maior contra o sistema intervencionista, os Estados Unidos passaram a adotar uma série de medidas no sentido de haver uma desregulamentação e redução da aplicação das leis antitruste²⁸.

Assim, a política adotada a partir de década de 80 por Ronald Reagen, nos

²³ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.35.

²⁴ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.19.

²⁵ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. pp.32-34.

²⁶ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.37.

²⁷ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.20.

²⁸ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.20.

Estados Unidos, e Margareth Thatcher, no Reino Unido, baseava-se na desoneração tributária e na livre e desimpedida circulação de mercadorias e capitais²⁹ por meio justamente de uma crescente desregulamentação da atividade econômico-financeira³⁰.

Essa era de desregulamentação iniciada, portanto, no governo Reagen³¹ (1981-1989), eliminou quase por completo as restrições a negócios, fusões e consolidações, sendo por certo que as poucas restrições remanescentes seriam posteriormente cortadas pelo governo George W. Bush (2001-2009)³².

Vale dizer, no entanto, que essa desregulamentação foi em muito apoiada pela maioria dos economistas acadêmicos e especialistas em finanças principalmente por acreditarem que os bancos, uma vez libertados das “obsoletas restrições regulatórias”, coordenariam os fluxos de capitais de tal forma que conduziriam a economia a uma nova época de ouro³³.

Na sequência à Reagen, Bill Clinton³⁴ (1993-2001) deu “rédea solta ao setor financeiro”, permitindo que o setor passasse a ser altamente concentrado e sistematicamente perigoso³⁵. E isto, aliado ao crescente desenvolvimento tecnológico

²⁹ Em sentido contrário, interessante ressaltar, à circulação de pessoas - que deveriam se submeter a um sistema mais rígido de controle de passaportes, a fim de se conter eventuais fluxos migratórios indesejados de miseráveis e desocupados. SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.20.

³⁰ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.20.

³¹ Segundo FERGUNSON, teriam sido, em grande parte, as atividades políticas do setor financeiro que, por meio de lobbys, doações de campanha e contratação de antigos funcionários públicos, teriam pressionado para que o governo chegasse a este cenário de desregulamentação. Havendo, conforme complementa o autor, o abandono da aplicação das leis do colarinho-branco, diminuição de impostos para ricos e outras políticas prejudiciais à economia. E, dentre o órgãos do setor financeiro, destacam-se os bancos, que teriam se utilizado de suas riquezas para, justamente, manipular o poder político e, assim, conseguir vantagens próprias, ainda que em detrimento e em prejuízo econômico para o país. Vide: FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.27.

³² FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.24.

³³ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.24.

³⁴ Vale, no entanto, a ressalva de que em 1994, ainda, portanto, sob o governo Clinton, a despeito da política de desregulamentação, o Congresso aprovou o *Home Ownership and Equity Protection Act* (Hoepa), ao que foi sancionado por Clinton, justamente com o objetivo de impedir abusos no mercado emergente de empréstimos *subprime* de juros altos. No entanto, conforme afirma o autor, o *Federal Reserve*, o sistema de Bancos Centrais dos Estados Unidos, não teria, todavia, criado qualquer regulamentação até o ano de 2008, não tendo sido, portanto, de fato utilizada, vide: FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.53.

³⁵ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.48.

trouxe repercussões ao nível das práticas criminosas³⁶.

Isto é, apesar de essas evoluções terem, de fato, permitido a troca instantânea de informações, tecnologias e, principalmente, de fluxos financeiros³⁷ (fenômenos característicos da globalização³⁸), elas também acabaram por tornar o sistema financeiro mais frágil e vulnerável a fraudes e crises sistêmicas³⁹. Até porque, em suma, ninguém era incentivado a se comportar com ética e prudência⁴⁰.

De acordo Beck, a globalização acabou por trazer “novos atores” para a política, criando um “novo espaço”, isto é, a presença desses grandes empresários, em empresas internacionais em escala mundial, acabou significando uma “politização da economia”. Tendo assim, os empresários, uma papel primordial não só nas relações econômicas, mas na sociedade, ainda que seja “apenas” pelo poder que têm para privar a sociedade dos seus recursos materiais⁴¹.

E foi justamente nesse cenário de globalização e política econômica segundo os grandes empresários que se verificaram as denominadas “zonas de livre comércio”, isto é, regiões nas quais se produz uma permeabilização econômica de fronteiras, com a redução

³⁶ SIMÕES, Euclides Dâmaso. A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 3, pp.423-474, jul./set. 2006. p.423.

³⁷ Conforme Manuel Castells: “O capital é gerenciado vinte e quatro horas por dia em mercados financeiros globalmente integrados, funcionando em tempo real pela primeira vez na história: transações no valor de bilhões de dólares são feitas em questão de segundos, através de circuitos eletrônicos por todo o planeta (...) os fluxos financeiro, portanto, tiveram um crescimento impressionante em volume, velocidade, complexidade e conectividade”, CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p.143.

³⁸ SIMÕES, Euclides Dâmaso. A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 3, pp.423-474, jul./set. 2006. p.423.

³⁹ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.49. No mesmo sentido: FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 103, pp.131-157. jul./ago., 2013. p.145. Também nesse sentido: RAMOS, Vânia Costa. Corpus Júris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I). *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 27, n. 108, pp.125-149, out./dez., 2006. p.126.

⁴⁰ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. pp.48-49. Em complemento, afirma-se que “para além de uma olidez de aparência, na realidade, os agentes econômicos submetidos a investigações exibem sinais de contágio típicos de trocas econômicas cujo ambiente não favorece o mérito, a criação, a boa gestão”, vide: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. (Coord.) DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p.XIII.

⁴¹ BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Tradução Bernardo Moreno e Rosa Borràs. Barcelona: Paidós, 2008. pp.15-17.

de controles financeiros⁴², permitindo, assim, a instauração de um “mercado global do crime”⁴³.

E isto pois, em razão dessa maior dinamicidade, tem-se uma maior dificuldade no controle e registro dessas operações, principalmente com relação ao controle dos fluxos financeiros. Desta forma, aproveitando-se das vantagens desse novo espaço mundial, criou-se o contexto ideal para a potencialização desse novo direito penal, tido por Figueiredo Dias como secundário⁴⁴; ou, nos dizeres de Silva Sanchez, de terceira velocidade⁴⁵, fundado em elementos como a organização, transnacionalidade e poder econômico⁴⁶.

Nesse sentido, o desenvolvimento da tecnologia da informação e essas transações instantâneas acabaram por trazer nova volatilidade e instabilidade ao mercado⁴⁷ e essas operações, por se verificarem cada vez mais complexas, facilitaram a criação (e ocultação) de novos riscos⁴⁸ ou mesmo fraudes⁴⁹. Assim, se até os anos 80 a combinação de tradição,

⁴² BLANCO CORDERO, Isidoro; GARCIA DE PAZ, Isabel Sánchez. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. *Revista Penal*, s.l., n. 6, pp.3-14, 2000. p.4.

⁴³ PRADO, Luiz Regis. O novo tratamento penal da lavagem de Dinheiro (Lei 12.683/2012). *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 926, pp.401-436, dez., 2012. p.402.

⁴⁴ Segundo Jorge de Figueiredo Dias, haveriam duas zonas autônomas de atividade tutelar do Estado, isto é, uma que visa proteger a esfera de atuação pessoal do homem - o direito penal de justiça -, e outra que visa proteger a sua esfera de atuação social, isto é, do homem “como membro da comunidade” - denominado de direito penal secundário. E, nesse sentido, o direito penal econômico e financeiro estariam abrangidos por essa segunda nova classificação, isto é, por se relacionarem com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos “direitos sociais e à organização econômica”, vide: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p.121.

⁴⁵ “Una primera velocidad, representada por el Derecho penal «de la cárcel», en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las regla de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una «tercera velocidad» del Derecho penal, en la que el *Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales* (...) un Derecho penal de la «tercera velocidad» existe ya, en amplia medida, en el Derecho penal socio-económico. Y, como puede también desprenderse de lo manifestado más arriba, mi punto de vista es que, en este caso, su ámbito debe reconducirse ya a la primera, ya a la segunda velocidad mencionadas”, SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p.163. Também sobre o tema de expansão do direito penal, SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, pp.415-441, nov., 2013. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992/70849>>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

⁴⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p.86.

⁴⁷ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.38.

⁴⁸ Segundo Ulrich Beck: “Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente *futuro*. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente

reputação e regulamentação rígida impedia grandes abusos sistêmicos, a desregulamentação acabou se tornando uma “licença para roubar”⁵⁰.

E foi justamente em decorrência desta maior fragilidade do sistema financeiro e sua maior integração e interdependência, que se chegou, no fim dos anos 1990 e início dos anos 2000, aos mega escândalos financeiros decorrentes de fraudes contábeis e falta de transparência das informações corporativas, geradoras de reações em cadeia⁵¹ e responsáveis por prejuízos de bilhões de dólares.

Por consequência, essa nova desregulamentação do mercado voltou a ser questionada por talvez não representar o mecanismo mais eficiente para inibir possíveis condutas delitivas ou mesmo para proteger a economia dos riscos criados pelas empresas. Isto é, tendo-se em vista que os atores econômico-financeiros estariam tentando maquiagem a realidade e, com isso, acabavam por tornar o mercado extremamente vulnerável⁵².

Conforme denuncia Enrique Bacigalupo⁵³, o risco aqui não mais corresponde a somente um risco econômico, passando a incorporar uma ideia de risco de responsabilidade normativas, isto é, busca-se evitar, por meio do cumprimento de um conjunto de medidas de organização empresarial, a aparição de riscos juridicamente relevantes⁵⁴.

De fato, os executivos e diretores das empresas, que teriam o dever de administrar os negócios de acordo com as exigências de mercado e bem-estar econômico, acabaram

previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto ‘amplificador do risco’. Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje”, BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p.39.

⁴⁹ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.38. No mesmo sentido: TARBORLIN, Fábio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. (Coord.) DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015. pp.03-16. p.4.

⁵⁰ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.25 e 39.

⁵¹ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. pp.21-22.

⁵² SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.24.

⁵³ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011. pp.21-22.

⁵⁴ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance - perspectiva internacional y derecho comparado*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2015. pp.453-487. pp.462-463.

por preservar seus interesses pessoais e de terceiros⁵⁵, corroborando, de tal forma, com uma cada vez maior descrença do mercado financeiro.

Desta forma, passou a haver uma maior preocupação em se recuperar a confiança e trazer uma maior transparência para as informações contábeis fornecidas aos investidores⁵⁶. Culminando, em julho de 2002, na edição da Lei norte-americana *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), que tinha por objetivo estabelecer sanções para empresas que atuassem no mercado por meio de procedimentos não-éticos ou em desacordo com uma boa prática de governança corporativa⁵⁷⁻⁵⁸.

De acordo com Laufer⁵⁹, a SOX 2002 tinha por objetivo tornar a administração mais responsável, aumentar as divulgações financeira, fortalecer o papel, a autoridade e a responsabilidade dos *gatekeepers*⁶⁰, limitar possíveis conflitos de interesse entre administração e auditores, estabelecer um órgão de supervisão regulatória patrocinado pelo governo e aumentar o poder da SEC.

Contudo, apesar de a SOX ter sido de extrema importância no sentido de tentar buscar uma primeira resposta às condutas antiéticas verificadas na condução da economia, não foi ela suficiente para, sozinha, conseguir reestruturar a organização norte-americana e,

⁵⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.236.

⁵⁶ Também nesse sentido, BORGERTH, Vania Maria da Costa. *SOX: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente*. São Paulo: Cengage Learning, 2011. pp.XVI, 50 e ss.

⁵⁷ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p.23.

⁵⁸ Com relação ao tema governança corporativa, tratar-se-á de seus fundamentos no capítulo subsequente; no entanto, a fim de possibilitar uma maior compreensão desde já, vale dizer que, em linhas gerais, governança corporativa seria “o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”, enquanto que as boas práticas de governança corporativa, portanto se convertem em “princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum”, vide: INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Governança Corporativa*. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2018.

⁵⁹ LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds – The Failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: University of Chicago Press, 2008. p. 39. Tradução livre da autora.

⁶⁰ Nos dizeres de Adan Nieto Martín: “En la acepción original del término los “vigilantes” eran profesionales independientes, externos a la organización de la empresa, que tenían como función el control de la actividad de la actuación de las corporaciones, con el fin de salvaguardar determinados intereses colectivos. En esta categoría se han encuadrado desde los auditores externos, los abogados de la empresa en materia de mercado de valores, hasta los notarios cuya función era dar la voz de alarma ante determinadas irregularidades de la empresa a la que tenían acceso gracias a su función”, Vide: NIETO MARTIN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán. (Dir.). *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. pp.11-29. p.27.

assim, evitar ou mesmo mitigar as consequências da crise econômica de 2008⁶¹.

E, provocada por uma série de condutas criminosas praticadas pelas instituições financeiras, a crise de 2008⁶², também conhecida como “Crise dos *Subprimes*” ou dos “Derivativos”, conseguiu mergulhar todo o planeta em uma gravíssima recessão econômica⁶³.

E, importante ressaltar, os diagnósticos da crise financeira de 2008 não puseram em dúvida apenas a economia de mercado, mas toda a política de desregulamentação do sistema financeiro, além, é claro, de censurar a conduta dos operadores econômicos e de seus supervisores em razão da falta de transparência e abuso de seus administradores⁶⁴. Ou seja, a crise financeira não só destaca os problemas estruturais do sistema econômico e financeiro, mas também destaca questões de legalidade, ilegalidades e de debilidades éticas⁶⁵.

E como resultado à esta recessão econômica, que teria terminado oficialmente em junho de 2009⁶⁶⁻⁶⁷, o que se verificou, nos dois anos seguintes (os anos de “recuperação”),

⁶¹ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p.24.

⁶² Destacando os principais pontos da Crise de 2008, Anabela Rodrigues dispõe: “A crise econômica desencadeou-se a partir das operações especulativas realizadas por bancos, que compraram os denominados “títulos tóxicos”, isto é, valores baseados em hipotecas norte-americanas subavaliadas. A origem da crise encontra-se na explosão da “bolha imobiliária” nos Estados Unidos, depois de um período importante de aumento incessante dos preços das casas. Os prestamistas iniciaram uma prática que se denominou subprime, ou seja, empresar *dinheiro a pessoas que normalmente não teriam podido aceder a m crédito hipotecário para adquirir uma casa*, o que aumentava o risco de falta de pagamento. Estas hipotecas *subprime* começam, nos primeiros anos, com um juro baixo, que depois subia drasticamente. Na maioria dos casos, não se explicava aos tomadores de créditos os riscos da operação e dizia-lhes que poderiam, em prazo breve, refinanciar a hipoteca para manter os juros baixos. Foram muitos os economistas que alertaram para os perigos, mas ninguém quis travar o clima de euforia, já que todos pareciam que estavam a ganhar dinheiro: as empresas construtoras, os agentes imobiliários, as empresas de construção e de materiais e os próprios consumidores, que estavam felizes porque pela primeira vez podiam comprar casa própria. Entretanto, a autorregulação dos mercados, em que os governos republicanos se comprometeram, significou que as empresas e os bancos ficaram de fora de qualquer regulação. Em 2005/2006, as taxas *subprime* dispararam e muitos dos novos proprietários não puderam pagá-las. A crise não se limitou aos compradores norte-americanos: quer os bancos, quer os prestamistas tinham passado as suas dívidas aos investidores e a outros bancos, através de complexos pacotes financeiros quase incompreensíveis. O pânico eclodiu rapidamente, pois ninguém sabia quem era o verdadeiro dono destas dívidas inúteis, difundidas por todo o sistema financeiro mundial”, vide: RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal econômico - É legítimo? É necessário? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 26, 1/4, pp.33-59. jan./dez., 2016. pp.38-39.

⁶³ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p.24.

⁶⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011. pp.13-14.

⁶⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011. p.14.

⁶⁶ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. pp.11-12.

⁶⁷ Apesar de, vale dizer, as consequências continuarem a ser suportadas principalmente pelas camadas mais humildes de trabalhadores e aposentados dos Estados Unidos, em países da União Europeia e em nações

foi que a renda familiar americana teria caído cerca de 7% e o desemprego, no começo de 2012, teria alcançado a estimativa real de 12%⁶⁸.

A total bancarrota da atividade econômico-financeira só conseguiu ser evitada em razão de, por mais uma vez, o Estado ter assumido ações intervencionistas e ter despendido grandes aportes⁶⁹ para, novamente, socorrer os entes privados — em especial as instituições financeiras —, da completa falência⁷⁰, socializando, por certos, seus prejuízos⁷¹. E, como resultado a este cenário, a importância e a necessidade de um intervencionismo estatal ganhou novo e forte impulso⁷²⁻⁷³.

De fato, a política federal passou a subsidiar bancos e banqueiros, ao mesmo tempo que se ampliava os cortes de impostos para os ricos⁷⁴. E, desta forma, a crise e a recessão, aliadas aos gastos emergenciais estatais necessários provocaram um aumento de 50% da dívida nacional americana, fazendo com que muitos governos estaduais e

emergentes, tal qual o Brasil, nesse sentido: SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.25.

⁶⁸ Muito contrária à estimativa dita oficial e que, à época, teria calculado o valor de 8%, vide: FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. pp.11-12.

⁶⁹ Segundo documentos levantados pela Bloomberg News, o auxílio do *Federal Reserve* (Fed) às instituições financeiras, a despeito do valor de 3 trilhões divulgado à época, teria alcançado, na realidade, o surpreendente patamar de 7,8 trilhões de dólares. FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.222.

⁷⁰ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. pp.25-26.

⁷¹ Boaventura de Sousa Santos observa: “A crise foi provocada por um sistema financeiro empolado, desregulado, chocantemente lucrativo e tão poderoso que, no momento em que explodiu e provocou um imenso buraco financeiro na economia mundial, conseguiu convencer os Estados (e, portanto, os cidadãos) a salvá-lo da bancarrota e a encher-lhe os cofres sem lhes pedir contas. Com isto, os Estados, já endividados, endividaram-se mais, tiveram de recorrer ao sistema financeiro que tinham acabado de resgatar e este, porque as regras de jogo não foram entretanto alteradas, decidiu que só emprestaria dinheiro nas condições que lhe garantissem lucros fabulosos até à próxima explosão. A preocupação com as dívidas é importante mas, se todos devem (famílias, empresas e Estado) e ninguém pode gastar, quem vai produzir, criar emprego e devolver a esperança às famílias? Neste cenário, o futuro inevitável é a recessão, o aumento do desemprego e a miséria de quase todos”, SANTOS, Boaventura de Sousa. *A história da Austeridade. Carta Maior*, 2010. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Economia-Politica/A-Historia-da-Austeridade/7/16323>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

⁷² SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. pp.25-26.

⁷³ Nos dizeres de Alberto Silva Franco, “Se antes cabia ao Estado submeter-se ou adaptar-se à retórica da liberdade dos mercados, preservando-os de qualquer ingerência porque eram eles capazes de equacionar suas próprias pendências; agora era o Estado que deveria ser a tábua de salvação das loucuras, dos ganhos, exorbitantes, das invenções irresponsáveis e da falta de freios dos mercados”. FRANCO, Alberto Silva. *A crise financeira de 2008: cinco anos depois. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 103, pp.131-157. jul./ago., 2013. pp.141-142

⁷⁴ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.18.

municipais precisassem cortar seus gastos inclusive com serviços essenciais, tais como educação e segurança pública, por falta de dinheiro⁷⁵.

A nível europeu o cenário não foi diferente. Em busca de se impedir o total colapso de suas economias, o continente europeu deu um salto no que tange aos seus índices de relação entre endividamento e Produto Interno Bruto. Antes da eclosão da crise, a Grécia possuía um índice de 110%, a Irlanda de quase 70%, a Espanha de 40% e Portugal 25%, saltando para os incríveis índices de 170%, 100%, 60% e 110%, respectivamente⁷⁶.

Desta forma, diante de todo o supracitado contexto e da situação gerada a partir dessas crises financeiras, tanto a de 1929 como a de 2008, passou a ser imprescindível que as intervenções estatais também se dessem no âmbito penal, vez que, conforme o visto, as causas das crises não se detinham a argumentos puramente econômicos, mas também aos comportamentos dos gestores, em decorrência de um “déficit moral” e desvio das bases éticas em busca de alcançar o máximo de benefício econômico⁷⁷.

Devem, portanto, ser consideradas as práticas protagonizadas por essas instituições financeiras, ou, nos dizeres de Sutherland, práticas de “manipulação financeira”⁷⁸, como uma importante diretriz quando da elaboração de estratégias que busquem a prevenção dessa criminalidade econômica⁷⁹.

Lembrando-se sempre que o crime nem sempre é configurado por um ato único, podendo ser um conjunto de atos nem sempre perceptíveis como ilícitos⁸⁰. A exemplo

⁷⁵ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 13.

⁷⁶ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.27. No mesmo sentido, FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. pp.11-14.

⁷⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011. pp.15-16.

⁷⁸ “O termo manipulação financeira é usado para se referir às práticas de empresas ou de seus executivos que envolvam fraude ou violação da confiança - essas práticas incluem peculato, salários extorsivos e bônus, e outros desvio na aplicação dos fundos das empresas a fim de beneficiar executivos ou acionistas; incluem ainda a deturpação pública sob forma de manipulação do mercado de ações, engano na venda de títulos, enorme inflação de capital, relatórios financeiros inadequados e falsos, e outras manipulações”, vide: SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.235.

⁷⁹ Nesse sentido: NIETO MARTIN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán. (Dir.). *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. pp.11-29. pp.11-15.

⁸⁰ No mesmo sentido, Edwin Sutherland: “Em conclusão, deve-se repetir a explicação de que os atos que dão origem à manipulação de patentes não são em si criminosos; não é ilegal o registro de uma patente, a interferência num processo de registro de patente de terceiros, a propositura de uma ação por violação de patente, ou a troca de uma patente por outro fabricante. Eles se tornam crimes, no entanto, quando são

disto, tem-se o branqueamento de capitais, que, sozinho, pode representar apenas uma atividade financeira como qualquer outra e só a análise do conjunto dos atos de sua origem criminosa é que tornarão as condutas puníveis⁸¹.

Assim, em resposta a essa criminalidade globalizada, observa-se a necessidade de se haver cada vez mais repressão a fim de se evitar possíveis lacunas punitivas, trazendo-se uma maior certeza da punição, aliada a uma maior severidade⁸². E uma real punição ao crime financeiro teria como elemento principal o retorno da regulamentação financeira, regulamentação esta que, pelo que já se percebia, seria essencial para a saúde da econômica e para a estabilidade dos Estados Unidos (e do mundo)⁸³.

De acordo com Nieto Martín, o denominado *corporate governance* vem sendo introduzido velozmente, principalmente no âmbito europeu, por três principais motivos: pressão norte-americana (para que as grandes empresas europeias possam participar do mercado financeiro americano)⁸⁴, pressão de mercado (os investidores confiam mais nas empresas que possuem um controle sobre possíveis abusos de poder) e, por certo, em decorrência dos supracitados escândalos.

E ainda que, sob uma perspectiva europeia, esses tipos de normas, a primeiro ver, não guardem muita relação com o direito penal, na cultura norte-americana, elas constituem uma maior forma de controlar o comportamento empresarial, sendo assim verdadeiros instrumentos de política criminal⁸⁵.

Inclusive, quanto ao campo do direito penal, pode-se falar que a crise teria gerado uma dupla dimensão penal, isto é, em primeiro lugar, no que tange ao passado, em decorrência da constatação dos prejuízos causados e, em segundo lugar, quanto ao futuro,

combinados em uma política de restrição de comércio. Nesse contexto, a manipulação de patentes é um bom exemplo de crime de colarinho branco em geral, pois apresenta uma aparência de idoneidade e legalidade, enquanto no seu cerne é um tipo de extorsão”: SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.190.

⁸¹ RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. Criminalidade Organizada - que política criminal? In: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp.167-185. p.175.

⁸² RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. Globalização, crime e ciência penal “europeia”. In: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp.361-384. p.382.

⁸³ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.08. No mesmo sentido, COSTA, José Faria; ANDRADE, Manuel da Costa.

⁸⁴ NIETO MARTÍN, Adán ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, Valencia, n. 19, pp.120-136. jan., 2007. p.131.

⁸⁵ Nesse sentido, NIETO MARTÍN, Adán ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, Valencia, n. 19, pp.120-136. jan., 2007. p.132.

traduzindo-se em um aumento dos deveres empresariais, cuja infração poderá ocasionar fortes sanções administrativas ou penais⁸⁶.

Em complemento, no campo do processo penal, as recentes reformas acabam por alargar os meios invasivos de investigação, ou, conforme o denomina Anabela Rodrigues, os meios ocultos de investigação, isto é, desde as escutas telefônicas até a vigilância de correio eletrônico, passando por agentes encobertos e outros meios — preocupantes — de investigação⁸⁷.

De fato, o que se verifica cada vez mais no campo do direito penal econômico, que é justamente o campo em que se insere a problemática do presente trabalho, é um desenvolvimento — decorrente, por certo, de uma grande influência das tendências legislativas norte-americanas —, a partir de quatro principais vertentes, quais sejam: i. Internacionalização de normas penais que visam proteger o mercado sob a ótica concorrencial; ii. Implementação de novas normativas no que tange o combate à corrupção e ao branqueamento de capitais; iii. Elaboração de normas que incentivam a adoção de boas práticas de governança corporativa; e iv. Adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica⁸⁸.

Sendo certo que o nosso trabalho se digna a tratar e aprofundar um conceito decorrente justamente do terceiro tópico supracitado, ou seja, de uma problemática decorrente de um dos pilares destas denominadas “boas práticas de governança corporativa”⁸⁹, qual seja, o *compliance* e, em específico, o *criminal compliance*.

O que se verifica é que, a despeito da necessidade de regulamentação e atuação por parte do Estado, em tempos de globalização e sofisticação tecnológica e financeira dos novos agentes criminosos, em especial das organizações criminosas, o Estado acaba por ter cada vez menos condição de impor sua soberania a nível penal⁹⁰.

E, aliado a isso, as mesmas empresas que até pouco imploravam pela ajuda do governo logo se esqueceram da “fingida humildade” e passaram a, novamente, defender

⁸⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011. pp.15-17.

⁸⁷ RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. Globalização, crime e ciência penal “europeia”. In: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp.361-384. p.382.

⁸⁸ NIETO MARTÍN, Adán ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, Valencia, n. 19, pp.120-136. jan., 2007. pp.124-134.

⁸⁹ Cf. nota 58.

⁹⁰ RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. A globalização do direito penal - da pirâmide à rede ou entre unificação e harmonização. In: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp.347-360. p.353.

que a regulamentação estatal seria uma forma de estrangular a “inovação”⁹¹; ou seja, buscando novamente voltar ao status perigoso da desregulamentação⁹².

Assim, a saída encontrada pelo Estado é a de justamente compartilhar estas competências soberanas com os entes privados para que, com isso, consiga recuperar alguma parte desta “soberania perdida”⁹³.

1.2 Considerações sobre a criminalidade econômica

Segundo Schönwälder, e corroborando com o já aqui salientando quando das notas introdutórias a respeito dos escândalos econômicos e da necessidade de uma autorregulação regulada, a enorme relevância do bom funcionamento dos mercados de capitais para a manutenção da estabilidade econômica e financeira, bem como a necessidade de integridade e transparência para atuação dos investidores constituem motivos bastantes para legitimar a intervenção penal nessas áreas financeiras⁹⁴.

Apesar de estarmos, ainda hoje, longe de uma unânime conceituação sobre o que seria de fato a criminalidade econômica — inclusive, já foi aqui citado o entendimento de Sutherland com relação aos criminosos de colarinho branco, isto é, “uma infração cometida por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade”⁹⁵ —, vale, ao menos, tentarmos trazer alguma delimitação do tema para melhor compreensão da

⁹¹ FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América* - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.18.

⁹² Afirma Alberto Silva Franco que “muitos autores se esqueceram facilmente da crise de 2008 e passaram a dizer que o Estado não deve aproveitar-se da situação para instalar-se no centro do sistema econômico”. FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 103, pp.131-157, jul./ago., 2013. p.143. Inclusive, o autor Philippe Manière, em citação feita por Eric Dupin, afirma “devemos parar o processo feito injustamente contra o capitalismo e devemos procurar, ao contrário, um meio de liberar os mercados financeiros da influência estatal (...) os Estados são como os bombeiros que devem apagar o fogo e voltar para seus postos”, DUPIN, Eric. Os liberais diante da crise. *Le Monde Diplomatique Brasil*.n. 39. fev., 2009. Disponível em: <<http://diplomatie.org.br/os-liberais-diante-da-crise-2/>>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

⁹³ RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. A globalização do direito penal - da pirâmide à rede ou entre unificação e harmonização. In: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp.347-360. p.353.

⁹⁴ SCHÖNWÄLDER, Yannick. *Grund und Grenzen einer strafrechtlichen Regulierung der Marktmanipulation* – Analyse unter besonderer Würdigung der Börsen- oder Marktpreiseinwirkung. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. pp.65-66; MENDES, Paulo de Sousa. A utilização em processo penal das informações obtidas pelos reguladores dos mercados financeiros. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2018. pp. 453-480. pp.453-454.

⁹⁵ Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.34.

problemática que será a seguir abordada.

Nesse sentido, Tiedemann, ao buscar definir essa nova criminalidade, afirma que deve-se:

(...) emplear un concepto amplio, que se desvincule de la delimitación jurídica de las incriminaciones legales y yendo más allá del derecho vigente, determine al delito económico en consideración a nuevas necesidades de protección de la economía y de nuevas formas de comisión, utilizando criterios que, con relativa independencia del derecho penal vigente, se funden en la manera de comisión y en la nocividad social de las acciones en cuestión”, así, “el concepto de los delitos económicos si se aplica la idea de que aquellas normas jurídicas promulgadas para la regulación de la producción, fabricación y reparto de bienes económicos. Para distinguir estos delitos de los que corresponden al derecho penal patrimonial se halla la exigencia del *bien jurídico supraindividual* (social), aun cuando se añade, concurrentemente, la protección del particular, consumidor o competidor⁹⁶.

No que tange ao bem jurídico da criminalidade econômica, há de se falar que este, tal qual é pensado para o direito penal clássico não está preparado para essa nova realidade de sociedade de risco e, desta forma, são muitos os autores que tentam adaptá-lo para essa nova realidade. Neste sentido, Novoa Monreal, afirma que “*todo delito econômico terá bem jurídico protegido próprio algum aspecto da ordem pública econômica concreta estabelecida em algum país determinado*”⁹⁷.

Destaca-se ainda os dizeres de Figueiredo Dias no sentido de se falar aqui em verdadeiros bens jurídicos supra-individuais⁹⁸, isto é, afirma o autor que não se poderia negar ao direito penal a sua responsabilidade para com a proteção das gerações futuras e, neste sentido, seria ele responsável pela proteção dos bens jurídicos universais, transpessoais ou supra-individuais — sendo assim denominados em decorrência da característica de poder ser “gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse gozo: nesta possibilidade de gozo reside o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico coletivo”⁹⁹.

Com relação à criminalidade empresarial (uma das espécies, portanto, do gênero criminalidade econômica), Schünemann afirma que esta se refere àqueles delitos econômicos em que, por meio da atuação da empresa, se lesionam bens jurídicos e

⁹⁶ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. Traducción Leopoldo H. Schiffrin. Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales: Revista de derecho y ciencias penales. Buenos Aires, v. 4, 5/8, pp.461-475, 1975. pp.463-464 e 471.

⁹⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 33, pp.90-121. jan./jun., 1982. p.111.

⁹⁸ Vide: DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n.esp, pp.1123-1138, 2003. p.1131.

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n.esp, pp.1123-1138, 2003. p.1131.

interesses externos, podendo incluir os bens jurídicos e interesses próprios dos colaboradores da empresa¹⁰⁰.

E, nesse sentido, cumpre destacar, desde já, que a doutrina diferencia os delitos cometidos “pela” empresa daqueles cometidos “na” empresa. Isto é, segundo Balcarce e Berruezo, os delitos cometidos pela empresa seriam todas as condutas reguladas pelo direito penal na qual a pessoa jurídica é a figura central da imputação penal e seus atos ultrapassam os limites da empresa. Dá-se como exemplo a evasão tributária, contrabando, contaminação ambiental, etc¹⁰¹.

Por outro lado, os delitos cometidos “na” empresa seriam aqueles correspondentes às condutas que, ocorridas dentro da companhia, possuem incidência nela própria. São os casos, por exemplo, de defraudação de contas por parte de um sócio contra os demais, mortes ou lesões de funcionários por falta de medida de segurança, entre outros¹⁰².

Assim, pode-se dizer que esta criminalidade empresarial possui dois domínios, isto é, centrífugo, que compreende a criminalidade que, apesar de surgida no interior da empresa afeta interesses e bens de terceiros, e centrípeto, cujos efeitos são contra a própria empresa e seus membros¹⁰³.

Com base em Sutherland, essa criminalidade empresarial em muito sofre influência da associação diferencial, isto é, o comportamento criminoso no âmbito empresarial pode ser aprendido uma vez que as definições para o cometimento do comportamento criminoso sejam mais favoráveis do que as definições desfavoráveis¹⁰⁴.

Conforme anuncia Simpson, o exercício das atividades dos agentes corporativos (sejam eles diretores, gerentes, administradores e outros) se desenvolve de acordo com os objetivos da empresa e tais objetivos acabam por “contaminar” o meio ambiente

¹⁰⁰ SCHÜNEMAN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidade de empresa*. In: Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tradução D. Brückner y J. Lascuráin Sánchez. Madrid: B.O.E, 1988, p. 531. Tradução livre da autora.

¹⁰¹ BALCARCE, Fabián I; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y Personas jurídicas*. Montevideo: Editorial BdeF, 2016. pp.24-25.

¹⁰² BALCARCE, Fabián I; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y Personas jurídicas*. Montevideo: Editorial BdeF, 2016. pp.24-25.

¹⁰³ COSTA, José de Faria. La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos - o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del derecho penal”. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria (Ed.); SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995. pp.425-443. pp.429-430; CESANO, José Daniel. *Problemas de responsabilidade penal de la empresa*. p.4. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_58.pdf>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

¹⁰⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015. p.351.

corporativo, criando uma subcultura empresarial que permite a ocorrência dessas fraudes financeiras¹⁰⁵. Segundo Rosenfeld e Messner¹⁰⁶, “a economia move certos valores e impõe certas regras de atuação que debilitam a regulação institucional”.

De fato, já em 1970, Tiedemann falava em *occupation crime*, afirmando que os atos antissociais podem ser cometidos por qualquer pessoa que participe de atividades econômicas ou financeiras, vez que a particularidade do crime não estaria de fato na personalidade do autor, mas no especial *modus operandi*¹⁰⁷.

Daí afirmar que a organização empresarial, portanto, pode facilitar a realização dos delitos¹⁰⁸ vez que a empresa, ao estar estruturada para o principal objetivo de obter lucros, acaba condicionando seus agentes a ignorarem mesmo contextos normativos e a lei. Isto é, o interesse da empresa acaba por incentivar, permitir e ensinar seu trabalhador a utilizar qualquer meio que considerem útil sem importar seu sentido ético, moral ou legal¹⁰⁹.

Vale dizer que se esse objetivo empresarial for de alguma forma dificultado por impedimentos legais, acaba-se por ter um impulsionamento para esse processo de aprendizagem, não só dos comportamentos desviados, mas também das técnicas de como praticá-los¹¹⁰.

E sob a influência de uma cada vez maior competitividade de mercado, essas condutas à margem da legalidade não se limitam aos interiores de uma única empresa, pois, ao se perceber que tal empresa obteve alguma rentabilidade a partir de uma determinada conduta, outras empresas a acompanham, perpetuando esse aprendizado.

Nesse sentido, Zirpins-Terstegen afirma que quando em um mercado de forte

¹⁰⁵ SIMPSON, Sally S. *Corporate Crime, Law, and Social Control*. New York: Cambridge University Press, 2002. pp.6-9. e REYNA ALFARO, Luis Miguel. Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance - perspectiva internacional y derecho comparado*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2015. pp.453-487. pp.471-472.

¹⁰⁶ ROSENFELD, Richard; MESSNER, Steven F. *Crime and the economy*. Londres: Sagen, 2013. p.63.

¹⁰⁷ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico. *Revista chilena de Derecho*, Chile, vol.10, n. 1. pp.59-68, 1983.p.60.

¹⁰⁸ SIMPSON, Sally S. *Corporate Crime, Law, and Social Control*. New York: Cambridge University Press, 2002. p.54.

¹⁰⁹ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance - perspectiva internacional y derecho comparado*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2015. pp.453-487. p.475.

¹¹⁰ Nesse sentido também: SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. pp.71-73.

competição, aquele que primeiro delinque acabaria pressionando o resto a cometer novos atos delitivos (o que seria um efeito de ressaca) e, assim, cada delinquente acabaria por gerar uma nova ressaca (o efeito espiral)¹¹¹.

Desta forma, fato é que a cultura corporativa pode levar seus *players* a atuar à margem da legalidade¹¹², sendo necessário, portanto, que a própria organização empresarial tome medidas para assegurar que seus membros individuais atuem conforme a legalidade¹¹³.

1.3 Autorregulação Regulada e Governança Corporativa

Conforme todo o exposto, fato é que, nos últimos anos, as atividades empresariais, atuantes nos mais diversos setores essenciais da economia tem se convertido nos principais focos de criação de riscos. E diante dos prejuízos causados, principalmente em decorrência da ausência de regulamentação estatal no mercado financeiro — evidenciados pelas crises econômicas supracitadas—, tornou-se imprescindível uma nova forma de controle do Estado para controlar esses ramos de atividade.

Contudo, os atos, e em especial os delitos, ocorridos dentro do contexto do sistema financeiro trazem peculiaridades que, seja pela *expertise* de seus agentes ou pelo uso de avançadas tecnologias, dificultam, por muitas vezes, a sua percepção e, por consequência, sua reprimenda.

Em complemento, Krey, ao analisar a atuação do Ministério Público Alemão, chama atenção para quatro fatores que justificariam não serem instauradas investigações penais contra os dirigentes bancários. E dentre os fatores¹¹⁴, destaca o fato de os

¹¹¹ ZIRPINS-TERSTEGEN *apud* BAJO FERNANDEZ, Miguel. La delincuencia economica, um enfoque criminológico y político criminal. In: BARBERO, Ruperto Núñez; ZAPATERO, Luis Arroyo; ONECA, José Antón et alli (Org.) *Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1981. pp.587-615. p.591.

¹¹² GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. p.24.

¹¹³ Nesse sentido também GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. p.25.

¹¹⁴ No total, Krey destaca quatro principais fatores: 1. Os procuradores carecem de recursos materiais e de pessoal preparado, com formação, para levar a efeito uma investigação desse tipo; 2. Uma perseguição penal rigorosa dos dirigentes suspeitos poderia causar sérias perturbações, vez que a cooperação destes é indispensável no combate à crise do mercado financeiro; 3. Uma atuação contra os responsáveis poderia causar uma reação “de desafio” e, assim, provocar a crise do mercado financeiro; 4. A ação da justiça teria de se dirigir, necessariamente, contra os membros de conselhos de administração ou de supervisão - em muitos casos, compostos por políticos de alto nível, e a sua perseguição penal não é desejada ao nível político: KREY, Volker. Finanzmarktkrise und deutsches Strafrecht. In: HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian;

procuradores não terem à disposição os recursos materiais ou técnicos preparados para a condução desta investigação específica (que, por certo, é uma investigação que requer maior expertise de seus agentes).

Inclusive, ao falar do crime de branqueamento de capitais¹¹⁵, Alamiro Velludo destaca a particularidade de ter esse um avanço gradativo de profissionalização e especialidade; e isso pois, por se tratarem, em sua maioria, de complexas transações bancárias de dissimulação e ocultação, conta-se com profissionais experientes que, por meio de atividades especializadas e avançada capacitação técnica, conseguem efetuar tais operações¹¹⁶.

Desta feita, diante da inaptidão do Estado em acompanhar toda essa dinâmica e técnica do mercado financeiro globalizado, verificou-se a necessidade de distribuir esse controle de riscos a outros segmentos, inclusive para os setores privados¹¹⁷. E isto até mesmo porque as empresas, quando comparadas aos Estados, estariam em uma melhor posição para controlar ou mesmo supervisionar o comportamento de seus membros individuais¹¹⁸.

E uma vez que esse controle de riscos não pode ser realizado de modo eficaz por meio simplesmente da intervenção estatal e tampouco se pode deixar o mercado financeiro à absoluta discricção das empresas¹¹⁹⁻¹²⁰, chega-se a um novo estágio de regulamentação, qual seja, o da “autorregulação regulada”.

ACHENBACH, Hans; AMELUNG, Knut; BOTTKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; SCHÜNEMANN, Bernd; WOLTER, Jürgen. *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. v.2. Berlin: De Gruyter, 2011. pp.1073-1086. pp.1076-1077; NAUCKE, Wolfgang. *El Concepto de delito económico-político: una aproximación*. Traducción Eugenio Sarabayrouse. Madrid: Marcial Pons, 2015. p.22 e RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal econômico - É legítimo? É necessário? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 26, 1/4, p.33-59. jan./dez., 2016. p.41

¹¹⁵ Mas aqui se acredita que seria uma característica da criminalidade econômica como um todo.

¹¹⁶ NETTO, Alamiro Velludo Salvador; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Lavagem de dinheiro: anteprojeto de Lei IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. 2 v. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 19). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/243-Lavagem-de-dinheiro-anteprojeto-de-lei-IBCCRIM>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

¹¹⁷ TARBORLIN, Fábio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. (Coord.) DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015. pp.03-16. p.15.

¹¹⁸ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. p.55.

¹¹⁹ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. p.15.

¹²⁰ Nesse sentido, Alberto Silva Franco destaca que “após o inesperado ressurgimento do Estado interventor, não poucos autores disseram que o capitalismo não era eterno (...) outros entenderam que nada poderia ser como antes e que, portanto, seria imprescindível para evitar novas crises, que os mercados financeiros fossem regulamentados, pondo termo à voracidade de ganhos e à irresponsabilidade de seus gestores”, FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 103, pp.131-157, jul./ago., 2013. pp.142-143.

Por este modelo, o Estado deixa de impor condutas às empresas e passa a exigir deveres de organização. Isto é, o Estado passa a impor uma pauta mínima de obrigações organizacionais, que deve ser implementada e cumprida pelas empresas a fim de se prevenir a concretização dos riscos de condutas antiéticas ou mesmo criminosas¹²¹. Dito de outra forma, o Estado passa a exigir que o particular o auxilie na prevenção e repressão de ilícitos¹²².

Desta forma, diante dessa junção de esforços ou parceria público-privada, as empresas passam a ter, assim, papel determinante com relação a evitar a concretização dos riscos que poderiam decorrer de suas atividades econômicas e, por certo, também tem importante função frente à repressão de possíveis condutas contrárias aos interesses do Estado.

E no sentido da concretização das colaborações para a persecução de possíveis condutas, verificam-se as práticas de compartilhamento de informações, isto é, quando as empresas, em troca de benefícios estatais, levam ao poder público informações de condutas contrárias ao interesse do Estado para que este possa atuar de acordo com o seu *jus puniendi*.

Segundo Harding¹²³, essa capacidade de *enforcement* e, principalmente, a estratégia de colaboração-delação é a maior explicação para o êxito do direito concorrencial americano, sendo que estas, conforme salienta Nieto Martín, cruzaram o Atlântico e se instalaram também no direito da concorrência europeu, fazendo com que, inclusive, a colaboração privado-estado se tornasse um critério decisivo no momento de cálculo de sanções¹²⁴.

E esta americanização, continua Nieto Martín, acarretou na criação das autoridades administrativas com poderes normativos e de investigação e que possuem

¹²¹ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php>> Acesso em: 02 de março de 2018. p.16.

¹²² SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php>> Acesso em: 02 de março de 2018. p.16.

¹²³ HARDING *apud* NIETO MARTÍN, Adán ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, Valencia, n. 19, pp.120-136. jan., 2007. p.125

¹²⁴ NIETO MARTÍN, Adán ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, Valencia, n. 19, pp.120-136. jan., 2007. p.125.

poderes para, inclusive, aplicar sanções administrativas ou penais e repreender o próprio investigado quando este dificulta ou não colabora para a investigação¹²⁵.

O problema, de fato, é que a grande cultura corporativa, devido a sua obsessão pela maior lucratividade para a pessoa coletiva e seus acionistas, a partir, principalmente, do estabelecimento de metas para seus funcionários, pode influenciar seus *players* a atuar à margem da legalidade¹²⁶, podendo criar riscos não só no âmbito penal (que é o foco central do trabalho), mas em outros ramos, tal como ambiental ou trabalhista (em Portugal, laboral), deixando, por exemplo, de tomar medidas protetivas com relação à fauna, flora, ou deixando de custear ou fornecer equipamentos de proteção individual (EPI's) para seus funcionários.

Assim, o que se pretende com a autorregulação regulada é justamente trazer uma perspectiva e cultura industrial, com uma nova reestruturação empresarial, na qual se incentivem condutas empresariais, tanto dos funcionários como dos dirigentes, pautadas na ética e respeito com o “entorno social”¹²⁷.

E a junção de esforços entre os poderes públicos, agentes sociais e as próprias empresas será justamente no sentido de se possibilitar e dar os mecanismos necessários para que estas últimas adotem e fiscalizem normas de comportamento que estejam de acordo tanto com as previsões legais (ainda que subordinadas aos interesses estatais)¹²⁸ como com as previsões da própria empresa (estipulada por meio dos códigos internos).

Assim, por parte da cooperação vinda do ente privado, propaga-se a ideia de que as empresas devem criar estruturas especializadas justamente com a finalidade de fazer uma gestão de risco, ou seja, devem buscar elaborar planilhas com os principais riscos¹²⁹ inerentes às suas atividades empresariais para então dar cumprimento às obrigações legais que sejam incidentes naquele ramo de atividade, além de fiscalizar e impedir qualquer iniciativa que tenha por finalidade a não observância das normas¹³⁰.

Chega-se assim ao conceito de governança corporativa, que, segundo as Nações

¹²⁵ NIETO MARTÍN, Adán ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, Valencia, n. 19, pp.120-136. jan., 2007. p. 127.

¹²⁶ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. p.24.

¹²⁷ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. pp.15-16.

¹²⁸ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. pp.15-16.

¹²⁹ Isto é, fazer uma análise dos riscos que são de maior ocorrência diante da atividade específica da companhia. Nesse sentido, NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.33.

¹³⁰ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.13.

Unidas e a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), seria “um dos pilares da arquitetura econômica global e um dos instrumentos do desenvolvimento, em suas três dimensões – a econômica, a social e a ambiental”¹³¹.

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, “governança corporativa” seria o sistema pelo qual as empresas seriam dirigidas e monitoradas em seus relacionamentos com sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e demais interessados¹³².

E de acordo com Sarcedo, a governança corporativa teria por principal finalidade a criação de manuais de regras e de condutas no ambiente corporativo a fim de proteger os interessados (denominados *stakeholders*), principalmente os acionistas, contra possíveis ações lesivas tomadas no âmbito do gerenciamento da empresa¹³³; trazendo-se assim, conforme aponta Saad-Diniz, “la transparencia como epicentro del mercado”¹³⁴.

Sendo assim, pode-se dizer que a governança corporativa se fundamenta em quatro principais pilares, quais sejam¹³⁵:

- *Fairness*: a necessidade em se tratar de modo justo e igualitário também os acionistas minoritários, permitindo-lhes participação nos resultados da empresa e nas assembleias;

- *Disclosure*: a transparência nas informações corporativas, principalmente com relação àquelas de grande impacto nos resultados ou geração de riscos);

¹³¹ ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2011. p.99.

¹³² INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Governança Corporativa*. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2018.

¹³³ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php>> Acesso em: 02 de março de 2018. p.255.

¹³⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, pp.415-441, nov., 2013. p.425. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992/70849>>. Acesso em: 28 de maio de 2018. Também nesse sentido: MENDES, Paulo de Sousa. Law Enforcement & Compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2018. pp.11-20. p.11.

¹³⁵ ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2011. pp.140-141 e SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.43.

- *Accountability*: a confiabilidade nos números apresentados pela empresa, ou seja, a necessidade de uma prestação de contas de modo responsável), e;

- *Compliance*: em resumo, ligado à uma conformidade e cumprimento das normas regulatórias, legais ou mesmo administrativas aplicadas à empresa.

Por ser este último pilar, o do *compliance*, o contexto que dá origem ao questionamento do presente trabalho, mister se faz trazer nas páginas subsequentes uma análise mais aprofundada do tema, bem como de sua estrutura e algumas problemáticas antes de adentrarmos ao tema central do trabalho, que, na realidade, apresenta-se como uma das implicações deste instituto na prática.

CAPÍTULO II - COMPLIANCE

De acordo com Coimbra e Manzi, o *compliance* pode ser entendido como o “dever de cumprir”, ou seja, de estar em conformidade e fazer cumprir as leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando sempre mitigar o risco (esteja ele atrelado a um risco legal, regulatório ou mesmo um risco atrelado à reputação empresarial)¹³⁶.

Nos dizeres de Dennis Bock, *compliance* é um termo em inglês que significa “conformidade” ou “obediência”, e, quando levado ao campo do direito, o *compliance* corresponderia a agir de acordo com a lei aplicável¹³⁷. E, continua o autor, diante de uma infinidade de riscos de responsabilidade e uma enxurrada de padrões nacionais e internacionais, a obediência à lei não é uma tarefa fácil de ser alcançada sem as precauções organizacionais¹³⁸.

Desta feita, o que se busca com o *compliance* é trazer uma nova cultura empresarial orientada para o cumprimento das normas, códigos, regras e procedimentos¹³⁹, evitando-se com isso a desobediência e eventual produção de riscos para os mais diversos setores.

E, nesse sentido preventivo, os denominados “programas de *compliance*”¹⁴⁰, se refletem na criação, implantação e fiscalização de normas de conduta internas da empresa, tendo por finalidade criar a consciência de respeito às normas e de obrigação na prevenção de riscos legais e regulatórios¹⁴¹. E de acordo com a definição do Comitê da Basileia, o escopo do *compliance* deve conter leis, regras e padrões de auto-organização regulada¹⁴².

No que tange especificadamente ao *criminal compliance*, Dennis Bock afirma que seria o estar de acordo com todas as leis de cariz criminal¹⁴³.

¹³⁶ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Orgs.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Atlas, 2010. p.2.

¹³⁷ BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. Baden-Baden: Nomos, 2011. p.19. Tradução livre da autora.

¹³⁸ BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. Baden-Baden: Nomos, 2011. pp.19-20. Tradução livre da autora.

¹³⁹ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance - perspectiva internacional y derecho comparado*. pp.453-487. Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2015. p.463.

¹⁴⁰ Traduzidos na Lei Brasileira n.º 12.846 de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), em seu artigo 7.º, VIII, como “mecanismos e procedimentos internos de integridade”.

¹⁴¹ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.45.

¹⁴² JING, Lin. *Compliance and Money Laundering Control by Banking Institutions in China*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. p.5.

¹⁴³ BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. Baden-Baden: Nomos, 2011. p.21.

2.1 Estrutura dos programas de *compliance*

A fim de se facilitar a visualização do *compliance* na prática traz-se o que Engelhart denomina as “três colunas do *compliance*”, isto é, a primeira como sendo a formulação do programa de cumprimento, a segunda, sua implementação, e a terceira, por sua vez, consolidação e melhoramento¹⁴⁴. A seguir, trataremos de cada uma dessas colunas.

2.1.1 Formulação do programa de cumprimento

Segundo Engelhart, a primeira coluna, a formulação, pode ser vinculada ao trinômio identificar – definir – estruturar e compreende a análise e a valoração dos riscos, a definição das medidas de prevenção, detecção, comunicação, definição dos valores da empresa e a própria criação da estrutura de *compliance*¹⁴⁵.

E, vale dizer, as empresas estão passíveis de criarem riscos nas mais diversas áreas de sua atuação e, deste modo, para que um *compliance* de fato cumpra o seu papel, a empresa, quando da elaboração dos denominados “programas de *compliance*”, deve realizar uma específica análise para saber exatamente quais os maiores riscos inerentes à sua atividade empresarial para que, então, possa desenvolver o seu programa de *compliance*¹⁴⁶.

Desta feita, os programas de análise de riscos devem buscar abranger o maior número possível de atividades, podendo ser no âmbito tributário, concorrencial, trabalhista, ou mesmo criminal, quando os riscos cuidam da possibilidade de uma responsabilização

¹⁴⁴ ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von unternehmen und compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf-und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland un den USA*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.pp.711-712. No mesmo sentido: VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. pp.276 e ss. e GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. pp.27-52.

¹⁴⁵ ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von unternehmen und compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf-und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland un den USA*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.pp.713-714.

¹⁴⁶ Sobre análise de riscos: INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Guia de orientação para o gerenciamento de riscos corporativos*. São Paulo, SP: IBGC, 2007. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/3.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

penal¹⁴⁷.

E para tal “inventário de riscos”, faz-se necessária também a análise de normas nacionais, supranacionais, regulamentos e especificações, daí de ser muito comum que as empresas terceirizem essas análises para grandes escritórios especializados na área de *compliance*, isto é, escritórios que tenham os conhecimentos técnicos necessários para tais avaliações¹⁴⁸.

O *compliance*, assim, orienta-se principalmente por sua finalidade preventiva (finalidade esta que, conforme será visto, não lhe é exclusiva) a partir da programação de uma série de condutas que visam estimular a diminuição dos riscos da atividade empresarial¹⁴⁹.

Quanto às medidas de prevenção (*risk management*), uma vez conhecidos e valorados os riscos, busca-se aqui mitigá-los a partir do estabelecimento de procedimentos a serem adotados frente a ocorrência de possíveis atos lesivos.

É neste momento, portanto, que a empresa criará o seu código de ética ou código de conduta, isto é para que se possa dar previsão ao funcionário de como agir de acordo com o que a empresa dele espera e, inclusive, para se estabelecer os limites das fiscalizações por parte do empresário.

2.1.1.1 Códigos de ética e segurança da informação

Do ponto de vista do empregado, as regras desses programas internos servirão como guia para a performance diária - sendo essas leis mais específicas e fáceis de se seguir do que as regulações do Estado¹⁵⁰. E isto justamente para facilitar que os empregados entendam as importâncias, os valores e as diretrizes da empresa, facilitando suas atuações sempre dentro da legalidade.

¹⁴⁷ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.45.

¹⁴⁸ Identificados, os riscos deverão ser avaliados de acordo com o seu significado, frequência, tipo e alcance de possíveis prejuízos, sendo organizados em razão de sua intensidade; devendo esta avaliação ser revisada com certa frequência para que o programa se mantenha atualizado, vide: VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. pp.279 e ss.

¹⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 15, abr./jul., 2012, pp.293-336, 2012. p.296

¹⁵⁰ JING, Lin. *Compliance and Money Laundering Control by Banking Institutions in China*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. p.6.

E diante de sua importância, os códigos devem ser de conhecimento do empregado e devem estar disponíveis a qualquer momento para eventuais consultas. E, tanto é assim, que os mesmos são normalmente disponibilizados já no momento da contratação do funcionário e, inclusive, são de fácil acesso por meio do site das respectivas empresas.

Nesse sentido, Nieto Martín afirma que “Igual que no hay gran empresa sin código ético, no hay página web donde uno no pueda leer un informe sobre responsabilidad corporativa, cuyos contenidos en ocasiones se solapan”¹⁵¹.

E chama-se atenção aqui para o fato de que, mais do que facilitar o acesso a seus funcionários, a disponibilização de um código de ética por meio do site da empresa tem também por finalidade mostrar àqueles que a procuram (sejam futuros parceiros, acionistas ou mesmo consumidores) que a empresa tem um compromisso com a ética e a integridade e, assim, busca-se ganhar a confiança daqueles que, porventura, queiram se relacionar com a companhia¹⁵².

Destaca-se, nesse sentido, a página de *compliance, ética e transparência* da maior estatal brasileira que, após escândalos decorrentes de operação da polícia federal, implementou um forte programa de *compliance*. Assim, prevê o site da companhia que o código de ética “abrange os membros dos Conselhos de Administração, Conselhos Fiscais, Diretorias Executivas, os ocupantes de funções gerenciais, os empregados, os estagiários e os prestadores de serviços”, devendo, cada um deles, promover seu cumprimento em todas as suas relações, com fundamento nos princípios éticos da companhia que, dentre outros, são “respeito à vida e a todos os seres humanos; a integridade; a verdade; a honestidade; a justiça; a equidade; a lealdade institucional; a responsabilidade; o zelo; o mérito; a

¹⁵¹ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.25.

¹⁵² E isto também porque, na prática, Na prática, vale dizer, o programa de *compliance* não está limitado à apenas os funcionários que trabalham dentro de uma determinada companhia, mas também abrange seus fornecedores e mesmo possíveis empresas terceiras com as quais se pretende negociar ou se fundir. Nesse sentido, tem-se muito comum nos programas preventivos de *compliance* a denominada *due diligence*, isto é, mecanismo pelo qual as empresas realizam uma verificação (*background check*) no sentido de examinar o nível de comprometimento com a ética, legislação e outros padrões de conduta de uma companhia terceira com quem se pretende estabelecer negócios, justamente para evitar a criação de riscos ou prejuízos. Sobre o tema: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Ed.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p.14.; NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.23.

transparência; a legalidade; a impessoalidade; e a coerência entre o discurso e a prática”¹⁵³.

No mesmo sentido, o site do maior conglomerado industrial alemão, após também se envolver em grandes escândalos de corrupção, reafirma seu compromisso com a integridade ao afirmar que possui tolerância zero em relação à corrupção, violações dos princípios da concorrência desleal e outras violações de lei, além de afirmar que é o *compliance* a base para todas as decisões e atividades e, por fim, que seu Código de Conduta foi modelado segundo os princípios do Pacto Global das Nações Unidas, baseado no cumprimento legal em geral e nas políticas anticorrupção em particular, incluindo disposições contra práticas anticoncorrenciais e conflitos de interesse¹⁵⁴.

E há de se falar que os códigos de ética e de conduta são de importância fundamental para garantir e concretizar o cumprimento às normas da companhia e isto porque, um sistema de *compliance* que não acompanhe um conjunto de procedimentos internos que assegurem seu efetivo cumprimento, se resume a apenas um conjunto de boas intenções¹⁵⁵.

Ao lado dos códigos de ética e conduta, há de se falar da importância também das previsões e políticas quanto à segurança da informação e, no caso de haver tal possibilidade na companhia, as políticas de BYOD (Bring Your Own Device)¹⁵⁶ — que, por certo, exigem um nível de regramento e controle muito grande.

As políticas de segurança de informações, de acordo com Dantas¹⁵⁷, buscam estabelecer princípios, valores, compromissos, orientações e responsabilidade sobre o que

¹⁵³PETROBRAS. *Compliance, Ética e Transparência*. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/compliance-etica-e-transparencia/>>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

¹⁵⁴SIEMENS. *Siemens business is clean business*. Disponível em <<https://www.siemens.com/global/en/home/company/sustainability/compliance.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

¹⁵⁵ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.25.

¹⁵⁶ A política do “Bring Your Device” é um novo conceito que permite que o funcionário use seu dispositivo pessoal para acessar recursos da empresa tanto para trabalho como para uso pessoal; podendo as tarefas variar entre acessar e-mails corporativos, documentos, aplicativos, rede, etc. Justifica-se tal política por estarem as informações prontamente disponíveis, permitir que uma maior produtividade e eficiência do funcionário que pode levar um aparelho com melhor tecnologia e que já esteja familiarizado e confortável, além de diminuir gastos para empresa com aquisição de dispositivos e treinamentos, sobre o tema, vide: GAJAR, Prashant Kumar; GHOSH, Arnab; RAI, Shashikant Rai. Bring your own device (BYOD): security risks and mitigating strategies. *Journal of Global Research in Computer Science*, s.l., v. 4, n. 4, abr., 2013. p. 62. Disponível em: <<http://www.jgrcs.info/index.php/jgrcs/article/view/654/477>>. Acesso em: 23 de junho de 2018. Tradução livre da autora.

¹⁵⁷ DANTAS, Marcus Leal. *Segurança da informação: uma abordagem focada em gestão de riscos*. Olinda: Livro rápido, 2011. p.118.

deveria ser feito para haver de fato uma proteção das informações. Seria o equivalente, segue o autor, a um manual de procedimentos que orienta como os recursos de tecnologia da informação da empresa devem ser protegidos e utilizados¹⁵⁸.

Esta política, desta forma, buscaria estabelecer regras e normas de conduta específicas com o intuito de diminuir a probabilidade da ocorrência de incidentes que provoquem, por, exemplo a indisponibilidade do serviço, furto ou até mesmo a perda de informações¹⁵⁹.

No entanto, ainda que a empresa conte com um excelente e atualizado código de ética e de conduta e de políticas de segurança da informação, não estará ela imune de eventuais delitos e, nesse sentido, verifica-se o que podemos chamar de *compliance* repressivo, com mecanismos confiáveis e seguros para a detecção das irregularidades eventualmente cometidas¹⁶⁰.

2.1.1.2 *Whistleblowing* – conceito, canais externos e internos

As empresas devem adotar mecanismos de controle interno com o objetivo de, além de prevenir (conforme tópico anterior), detectar comportamentos irregulares, e, seguindo esse cariz repressivo, a empresa poderá ter conhecimento de eventuais atos lesivos tanto por meio de supervisão (vigilância, auditoria interna, notificação judicial) ou por meio dos denominados *whistleblowing* e *hot lines* (canais de denúncia)¹⁶¹.

De acordo com o estabelecido pelo G20 *Anticorruption Action Plan*, *whistleblowing* representaria, segundo a Organização Internacional do Trabalho, “o relato de empregados ou ex-empregados de práticas ilegais, ilícitas, perigosas ou antiéticas de seus empregadores”¹⁶².

E o que acaba por se verificar na prática empresarial é que essas denúncias —

¹⁵⁸ DANTAS, Marcus Leal. *Segurança da informação: uma abordagem focada em gestão de riscos*. Olinda: Livro rápido, 2011. p.141.

¹⁵⁹ DANTAS, Marcus Leal. *Segurança da informação: uma abordagem focada em gestão de riscos*. Olinda: Livro rápido, 2011. pp.86 e ss.

¹⁶⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestras Editores, 2014. p.23.

¹⁶¹ NIETO MARTÍN, Adán ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, Valencia, n. 19, pp.120-136, jan., 2007. p.128. Também sobre o tema: VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. pp.286 e ss.

¹⁶² OECD. *G20 Anti-Corruption Action Plan: protection of whistleblowers*. p.7. Tradução livre da autora. Disponível em: <<https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em 24 de junho de 2018.

facultativas para qualquer pessoa, segundo o artigo 244 do Código de Processo Penal Português —, cada vez mais vem se confundindo com um possível poder de “polícia” de um cidadão para outro¹⁶³.

Em complemento, Ragués i Vallès afirma que o termo “*whistleblowers*” faz referência a membros, sejam atuais ou antigos, de uma organização pública ou privada que denunciam condutas ilícitas – ou pouco éticas – realizadas na própria organização ou por sujeitos que dela são parte a seus superiores, autoridades ou mesmo para terceiros¹⁶⁴.

Vale dizer que alguns *whistleblowers* foram, inclusive, vistos pela mídia como “heróis”¹⁶⁵, tendo em vista, principalmente, os reflexos de suas denúncias na luta contra essa criminalidade empresarial, como foram os delatores dos casos Enron e WorldCom¹⁶⁶ a quem foram outorgados, no ano de 2002, títulos de “personagens do ano” pela revista *Times*¹⁶⁷.

No âmbito internacional, os *whistleblowers* são acolhidos em textos como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹⁶⁸, que prevê a possibilidade do instituto com a finalidade de que os Estados Partes implantem medidas para facilitar eventuais denúncias de atos delitivos realizados por funcionários públicos no exercício de suas funções¹⁶⁹.

Tais denúncias são, assim, essenciais para a constatação de eventuais delitos

¹⁶³ Sobre o tema: ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016. pp.67-68. No mesmo sentido, sobre o dever de denúncia espanhol: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *InDret*, Barcelona.n.3, p.1-19, jul.,2016. p.6. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/364.pdf>>. Acesso em: 08 de julho de 2018.

¹⁶⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p.20.

¹⁶⁵ BALCARCE, Fabián I; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y Personas jurídicas*. Montevideo: Editorial BdeF, 2016. p.166.

¹⁶⁶ Para uma análise mais aprofundada dos casos Enron e WorldCom, vide: BORGETH, Vânia Maria da Costa. *SOX: entendendo a lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente*. São Paulo: Cengage Learning, 2011. pp.1-5 e 7-9.

¹⁶⁷ Mais recentemente, o caso do *whistleblower* Edwin Snowden foi explorado por meio do premiado documentário “*Citizenfour*”, dirigido por Laura Poitras em 2015, e pelo filme “*Snowden*”, de 2016, dirigido por Oliver Stone. Segundo ambos, Edwin Snowden, ex-analista de sistemas da CIA (Central Intelligence Agency) e ex-contratado da NSA (National Security Agency) teria denunciado, por meio dos jornais através dos jornais “*The Guardian*” e “*The Washington Post*”, detalhes de vários programas que constituem o sistema de vigilância global da NSA americana contrários aos direitos de privacidade e intimidade da população, não só americana, mas mundial, desde líderes políticos até cidadãos que à princípio, não teriam qualquer interesse para o governo americano.

¹⁶⁸ NAÇÕES UNIDAS. ESCRITÓRIO CONTRA DROGAS E CRIME. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*, 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 11 de julho de 2018.

¹⁶⁹ BALCARCE, Fabián I; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y Personas jurídicas*. Montevideo: Editorial BdeF, 2016. p.167.

empresariais, sendo de interesse não só da própria companhia, mas também do Estado, por razões de política criminal – tendo-se em vista que o Estado encontra limitações na persecução dessa criminalidade e é justamente nesse sentido o seu grande interesse nesses programas de *compliance*.

Assim, tamanha a importância dessas denúncias, que vem sendo tomadas cada vez mais medidas para amparar, incentivar e proteger os trabalhadores que tenham interesse em revelar algum tipo de atuação irregular ocorridas no interior da companhia¹⁷⁰.

À exemplo disto, as Nações Unidas, no sentido de trazer efetividade e desenvolvimento da figura dos *whistleblowers*, recomenda na Convenção contra a Corrupção que os Estados Partes incorporem em seus ordenamentos medidas que visem a proteção daqueles que denunciem fatos típicos¹⁷¹. No mesmo sentido, a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico), em seu plano anticorrupção, prevê a implementação de programas de proteção aos *whistleblowers*¹⁷².

Assim, Ragués i Vallès aponta o que considera as três grandes estratégias que poderiam partir do próprio Estado para incentivar tais revelações: 1. Reforçar os deveres de denúncia e as sanções em caso de descumprimento (inclusive ampliando o “raio de ação” dos delitos de omissão); 2. Recompensa – ao contrário da anterior, portanto, oferece-se recompensa àquele que colaborar; 3. Proteção contra possíveis represálias, inclusive no próprio âmbito laboral¹⁷³.

No que tange à recompensa, há de se chamar atenção, inclusive, que há, no direito norte-americano, a previsão *False Claims Act*, vigente desde 1863, isto é, que prevê uma recompensa pecuniária de até 30% do valor recuperado àqueles que levem para as

¹⁷⁰ BALCARCE, Fabián I; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y Personas jurídicas*. Montevideu: Editorial BdeF, 2016. p.167.

¹⁷¹ GODOY, Andre Ricardo. Whistleblowing no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 25, n. 134, pp.269-289, ago., 2017. p.274.

¹⁷² OECD. *G20 Anti-Corruption Action Plan: protection of whistleblowers*. pp.4 e ss. Disponível em: <<https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em 24 de junho de 2018. No caso do Brasil, a OCDE, a partir de seu Grupo de Trabalho sobre Suborno também já manifestou preocupação com a ausência de proteção aos denunciantes, recomendando que o Brasil implementasse políticas de proteção aos denunciantes privados e públicos. Sobre o tema: VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. pp.288-289.

¹⁷³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *InDret*, Barcelona.n.3, p.1-19, jul.,2016. pp.7 e ss. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/364.pdf>>. Acesso em: 08 de julho de 2018.

autoridades informações sobre omissões de declarações feitas ao Governo¹⁷⁴.

Quanto à proteção, pode ser prevista inclusive a possibilidade de se “conceder aos informantes algum tipo de imunidade criminal nos casos em que eles próprios participaram”¹⁷⁵ e — o mais perigoso —, a denúncia poderá ocorrer de forma anônima, fato este que, por certo, traz certa inquietação vez que tal medida poderia acarretar denúncias caluniosas ou de má-fé.

De fato, é de se ter cuidado com tais estratégias pois, segundo Ragués i Vallès, o instituto também traz uma ameaça para a dita adequada “cultura empresarial” uma vez que acaba fazendo com que os trabalhadores se encontrem excessivamente motivados a revelar questões internas de suas companhias, criando por certo um clima de desconfiança geral entre iguais e superiores¹⁷⁶.

No entanto, em nada adiantaria incentivar que fossem feitas as denúncias sem, no entanto, permitir um canal para tanto. Assim, no que tange ao “canal” de comunicação, há de se chamar atenção para o fato de que poderá o *whistleblower* denunciar fatos tanto para pessoas do interior da companhia (*whistleblowing* interno) como para pessoas de fora companhia, isto é, o *whistleblowing* externo¹⁷⁷.

O *whistleblowing* externo, portanto, ocorre quando o funcionário ou ex-funcionário opta por levar a informação diretamente ao conhecimento de terceiras pessoas, alheias, portanto, à estrutura da organização¹⁷⁸⁻¹⁷⁹.

Quanto às autoridades, há de se destacar que há nos Estados Unidos entidades específicas para receber, processar e encaminhar informações de supostas irregularidades

¹⁷⁴ RAGUÈS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 55.

¹⁷⁵ RAGUÈS I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *InDret*, Barcelona.n.3, p.1-19, jul.,2016. p.11. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/364.pdf>>. Acesso em: 08 de julho de 2018.

¹⁷⁶ RAGUÈS I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *InDret*, Barcelona.n.3, p.1-19, jul.,2016. p.7. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/364.pdf>>. Acesso em: 08 de julho de 2018.

¹⁷⁷ GODOY, Andre Ricardo. Whistleblowing no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 25, n. 134, p. 269-289, ago., 2017. pp.279-280.

¹⁷⁸ RAGUÈS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing: una aproximación desde del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.147 e ss.

¹⁷⁹ No que se refere à classificação entre *whistleblowing* interno e externo, podemos tomar por base também, a origem da denúncia, falando-se na primeira hipótese daquelas que derivam de informações fornecidas por empregados, e na segunda, de denúncias de autoridades públicas, consumidores, mídia ou até mesmo uma notificação judicial. Neste sentido: ANTUNES, Maria João. *Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminas, 2018. (I Curso de Compliance). Acesso em: 04 de julho de 2018.

às autoridades, além de conceder proteção aos *whistleblowers*, dentre elas, destacam-se a *Government Accountability Project* e a *National Whistleblowers Center*¹⁸⁰.

No que tange ao *whistleblowing* interno, por sua vez, a fim de se permitir a comunicação para pessoas internas, é criado, no interior das companhias, o denominado “canal de denúncias” ou *hot lines*. Isto é, um canal de comunicação de fácil acesso no qual o empregado (ou ex-empregados) podem comunicar possíveis condutas ilícitas ou contra os valores ou normas da companhia ou contrárias legislação vigente.

No que diz respeito aos os meios de canal de denúncia, verificam-se mais comuns o correio eletrônico e as centrais telefônicas específicas para receber tais informações, sendo, dentre eles, preferível o correio eletrônico por permitir um “registro direto” e ininterrupto, sem necessidade, portanto, de uma central telefônica que atenda que opere 24 horas por dia¹⁸¹.

As denúncias comunicadas por meio do canal de denúncias serão recebidas por órgãos especializados (normalmente escritórios de advocacia especializados em *compliance*) que deverão analisá-las e, conforme sua pertinência, verificarão a necessidade de se realizar uma investigação interna¹⁸² a fim de apurar a veracidade da informação denunciada para que, ao fim, sejam tomadas as medidas necessárias, podendo, inclusive, acarretar na demissão do funcionário infrator¹⁸³.

Por fim, há de se salientar que apesar de a utilização dos canais internos ser preferível para a empresa (principalmente por, uma vez mantida internamente, diminuem-se os danos à sua reputação), a decisão pelos canais externos deve-se em grande parte pela inexistência ou desconfiança nos primeiros, ou mesmo ineficácia ou falta de independência

¹⁸⁰ Sobre o tema: GODOY, Andre Ricardo. Whistleblowing no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 134, pp.269-289, ago., 2017. pp.275-276.

¹⁸¹ RAGUÈS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing: una aproximación desde del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.133 e ss.

¹⁸² Que será tratada mais detalhadamente no tópico referente à investigação interna.

¹⁸³ E a se demonstrar a importância e o peso que possui esse canal de comunicação, no dia 21 de fevereiro de 2018, um montadora de veículos estadunidense anunciou o desligamento do presidente da companhia, responsável por operações em toda a América do Norte, após investigação interna iniciada justamente a partir de denúncia realizada no canal de denúncia interno da Companhia LEC COMMUNITY. *A demissão de um presidente e a importância do canal de denúncia*. Lec Legal, Ethics & Compliance: 22 de março de 2018. Disponível em: <http://www.lecnews.com.br/blog/a-demissao-de-um-presidente-e-a-importancia-do-canal-de-denuncia/?utm_campaign=compliance_news_4118&utm_medium=email&utm_source=RD+Station>. Acesso em: 02 de abril de 2018.

do setor de *compliance*¹⁸⁴ – daí a grande importância também dos escritórios especializados e independentes para receber e tratar tais denúncias.

E importante destacar que uma vez que uma denúncia já vem sendo divulgada pela mídia, a reputação da empresa possivelmente já está sendo questionada e, nesse sentido, ainda que não sejam verdadeiros os fatos apresentados na denúncia, a empresa, por certo, buscará investigá-los o quanto antes a fim de dar uma resposta à sociedade e, principalmente, aos seus investidores e acionistas, para que, então, recupere sua credibilidade frente ao mercado.

2.1.1.3 Criação de uma estrutura do *compliance*

Ainda dentro da coluna de formulação do programa de cumprimento, verifica-se a necessidade de a empresa estabelecer de fato um estrutura de *compliance* – o que dependerá muito, por certo, das dimensões de cada empresa¹⁸⁵. Assim, devem ser as funções claramente atribuídas, devendo cada qual receber as competências correspondentes, além dos recursos suficientes para a implementação dessas tarefas¹⁸⁶.

Dentre as competências, chama-se especial atenção para a do *Chief Compliance Officer*, que se traduz em um *gatekeeper*¹⁸⁷ interno da companhia e de acordo com Coimbra e Manzi¹⁸⁸, seria ele uma espécie de promotor da integridade na organização, participando da estruturação, supervisionando canais de denúncia, acompanhando as investigações, isto é, sendo ele o responsável pela própria gestão dos programas de *compliance*¹⁸⁹.

Ainda quanto a estrutura, a empresa deverá analisar a possibilidade ou necessidade

¹⁸⁴ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. p.287.

¹⁸⁵ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. p.39.

¹⁸⁶ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. pp.290-292.

¹⁸⁷ Cf. nota 60. Para um estudo mais detalhado, vide: NIETO MARTIN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán. (Dir.). *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. pp.11-29. pp.27-28.

¹⁸⁸ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Orgs.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Atlas, 2010. p.47.

¹⁸⁹ Muito se discute na doutrina e jurisprudência a respeito dos limites das responsabilidades do *Chief Compliance Officer*, mas, por não ser objeto de estudo, não entraremos aqui nesta problemática. Desta feita, sobre a responsabilidade do CCO, por todos: GERALDO, Tiago. A responsabilidade penal do *compliance officer*: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2018. pp.267-302.

de um departamento específico e independentemente funcionalmente da direção do negócio, ou mesmo ser necessária a criação de um Comitê de Cumprimento (ou Comitê de Ética) representado pela mais alta direção e pelas áreas mais sensíveis à infrações¹⁹⁰.

2.1.2 Implementação do programa de cumprimento

A segunda coluna, por sua vez, que se remete à implementação do programa de cumprimento (informar-incentivar-organizar), trata, portanto, da comunicação e detalhamento das especificações do programa, da promoção da observância e das medidas organizacionais para criação de processos de *compliance*¹⁹¹.

O programa de *compliance* é assim um programa progressivo e que deve se estender a todos os níveis da entidade empresarial, criando uma verdadeira “cultura de *compliance*”, informando a todos os funcionários da existência da estrutura, bem como dos parâmetros legais e morais que devem ser observados, inclusive mediante treinamentos periódicos de capacitação¹⁹².

Na sequência, deve a empresa incentivar o cumprimento do mecanismo, facilitando o acesso dos funcionários ao programa (por meio de debates, palestras, intranet, linha telefônica para eventuais esclarecimentos, etc.) e, podendo, inclusive, prever bonificações àquelas conquistas certos objetivos estabelecidos pelo programa¹⁹³.

Faz-se necessário, portanto, que os empresários busquem estabelecer estratégias que integrem os funcionários na persecução dos objetivos do programa; o que, vale dizer, segundo Imme Roxin, só acontecerá se a direção da empresa agir da forma mais benéfica possível com os funcionários¹⁹⁴.

Por fim, deve a empresa tomar uma série de medidas buscando garantir a vigência dos programas de *compliance* e, nesse sentido, destaca-se o dever de documentar o

¹⁹⁰ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. pp.40-41.

¹⁹¹ ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von unternehmen und compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf-und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland un den USA*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. pp.714-717; VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. pp.292 e ss.

¹⁹² VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. p.293 e GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. p.42.

¹⁹³ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. pp.293-294 e GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. p.43.

¹⁹⁴ ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp.321-339. mai./jun., 2015. p.329.

programa, com indicação das medidas de prevenção que devem ser observadas, estabelecimento de obrigações de registro e/ou envio de informações sensíveis aos encarregados pelos programas, além de inspeções e visitas¹⁹⁵.

Quanto ao ponto das inspeções, como será a seguir abordado aquando dos direitos dos trabalhadores, deverá a empresa observar os âmbitos de privacidade e intimidade de seus trabalhadores, não podendo, assim, instalar câmeras escondidas ou mantê-los sob vistoria constante sem qualquer fundamento ou suspeita.

2.1.3 Consolidação e Aperfeiçoamento

Por último, a terceira coluna diz respeito a consolidação e aperfeiçoamento (reagir, sancionar, aperfeiçoar) e tem-se aqui o estabelecimento de processos de apuração de violações de *compliance*, estabelecimento de critérios para as sanções das violações e uma avaliação continuada e aperfeiçoamento do programa¹⁹⁶.

Desta feita, estabelece-se aqui o que a empresa deverá fazer no caso da ocorrência de uma violação ao programa de cumprimento, às normas legais ou regulamentares. Assim, dever-se-á estabelecer “se” e “a partir de quando” deverá ser conduzida uma investigação interna e quem serão os destinatários dos resultados desta investigação, garantindo-se aqui, de um lado, uma apuração independentemente e, de outro, o respeito aos princípios e direitos dos funcionários investigados¹⁹⁷.

Quanto ao resultado, não há uma obrigatoriedade de que seja ele levado às autoridades policiais, embora a ISO 19600 sugira que as empresas considerem tal possibilidade até para mitigarem as consequências de um *non-compliance*¹⁹⁸. Sobre o tema, Nieto Martín ressalta que a possibilidade de colaborar não significa dizer que existe um dever de colaborar, isto é, se os atos denunciados teriam por consequência algum tipo de sanção, penal ou administrativa, contra a pessoa jurídica, esta poderia gozar de seu direito

¹⁹⁵ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. pp.43-45.

¹⁹⁶ ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von unternehmen und compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf-und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland un den USA*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. pp.717-718.

¹⁹⁷ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. p.297.

¹⁹⁸ ISO *apud* VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. p.299.

de não contribuir contra a sua própria acusação¹⁹⁹.

No caso de a empresa decidir pelo compartilhamento de informações com as autoridades públicas, sejam elas a polícia judiciária — em Portugal, órgãos de polícia criminal — ou Ministério Público, caberá também à empresa decidir por quem essa informação será levada, ou seja, se por meio de um órgão específico, alta administração ou mesmo por seu *Chief Compliance Officer*.

Também há de ser mencionada aqui a questão da possibilidade de anistia aos funcionários que colaborarem com as investigações, que, em regra, significaria que a empresa abriria mãos de aplicar eventuais consequências trabalhistas, não podendo por certo, por outro lado, garantir que não seriam sancionados penalmente²⁰⁰.

Outra decisão importante a ser tomada nesse momento é se as investigações serão conduzidas por uma estrutura interna (departamento de *compliance* ou departamento jurídico) ou se será contratado um escritório externo de advocacia – o que, na prática, é o mais usual, tendo-se em vista a redução das chances de influência indevida²⁰¹, além do tamanho e complexidade das investigações.

Desta feita, esquematicamente, Sahan afirma que os responsáveis pela companhia devem tomar uma série de importantes decisões²⁰², quais sejam: em primeiro lugar, devem decidir se efetivamente conduzem a investigação interna ou não; em caso positivo, deverão eleger os meios ou os processos de investigação que serão utilizados e, por fim, decidir se adotarão uma política de informação ativa, isto é, se incluirão ou não as autoridades públicas de investigação.

Ocorre, no entanto, que haverá casos em que as autoridades, tal qual o Ministério Público ou agências reguladoras, já terão conhecimento das possíveis irregularidades (podendo, inclusive, haver uma investigação oficial em paralelo), e nestes casos²⁰³, é

¹⁹⁹ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.47.

²⁰⁰ Sobre o tema: ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp.321-339, mai./jun., 2015. p.330; NIETO MARTÍN, Adan. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario La Ley*, s.l., Año XXXIV, n. 8120, jul., 2013. p.5.

²⁰¹ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. p.300.

²⁰² SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales Internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.245-259. p.248.

²⁰³ Não que não se possa envolver o Ministério Público quando este ainda não tem conhecimento de possíveis infrações, mas, como será mais a frente ressaltado, esses casos são mais raros, tendo-se em vista que é

comum, na prática, que os advogados de *compliance* estabeleçam contato com tais autoridades.

Surge então aqui o problema que se pretende abordar com o decorrer do trabalho: como é possível que os empregados possuam um dever trabalhista de informação perante seus empregadores, ou advogados de *compliance*, e estes estarem trabalhando com o Ministério Público?! Não haveria risco de as declarações dos funcionários chegarem ao Ministério Público pelas mãos de advogados que visam primordialmente o interesse da empresa?²⁰⁴

Quanto às sanções, faz-se necessário que a empresa preveja antecipadamente e de forma clara quais serão as medidas que poderão ser adotadas no caso do descumprimento das medidas de *compliance*; devendo estas, por certo, seguir uma gradação progressiva conforme a gravidade e consequência do delito²⁰⁵.

E por fim, fechando portanto o terceiro pilar apresentado por Engelhart, no que tange ao aperfeiçoamento, deverá a empresa analisar os defeitos e problemas ocorridos em seu interior para que, a partir disto, possa tomar medidas corretivas para tornar seu programa de *compliance* mais efetivo para condutas futuras²⁰⁶.

2.2 Obrigatoriedade e Vantagens Empresariais

Por certo, a implementação de toda esta estrutura para os programas de *compliance* necessitará de grandes investimentos por parte das empresas e, nesse sentido, há de se questionar quanto a sua obrigatoriedade. Inicialmente, há de se deixar claro que, em um contexto mais amplo – e salvo algumas exceções – não há um dever expresso de implementação dos programas de *compliance*; de fato, ficará a cargo da alta administração da empresa optar pelo seu implemento ou não²⁰⁷.

preferível para a empresa que um possível “escândalo” permaneça “abafado”, isto é, não seja de conhecimento das autoridades ou da mídia, a fim, principalmente, de não trazer riscos à sua reputação, dirigentes ou acionistas.

²⁰⁴ Também nesse sentido: ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp. 321-339, mai./jun., 2015. p.329.

²⁰⁵ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. pp.301-302.

²⁰⁶ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. p.303.

²⁰⁷ No mesmo sentido, sobre a Espanha: GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. pp.27-28 e MENDES, Paulo de Sousa. *Law Enforcement & Compliance*. In: PALMA, Maria

No caso do Brasil, a partir da denominada Lei das Estatais (Lei n.º 13.303/2016²⁰⁸), artigo 9.º, os programas de *compliance*²⁰⁹ passaram a ser expressamente exigidos para empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. E, ainda no caso brasileiro, há de se chamar atenção que a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 12.683/2013), apesar de trazer os, tal como ficaram conhecidos, “deveres de *compliance*”²¹⁰ para setores específicos da economia, não estipula a obrigatoriedade de um sistema de *compliance* propriamente dito.

No caso de Portugal, a exigência também tomou lugar a partir da Lei de Branqueamento de Capitais (Lei n.º 83/2017) que inclusive fala em dever de colaboração (artigo 53.º), podendo recair em crime de desobediência qualificada aqueles que se recusarem a acatar as ordens ou mandados legítimos das autoridades setoriais ou de alguma forma dificultar ou defraudar a execução das sanções acessórias ou cautelares aplicadas (artigo 159.º).

No entanto, em sendo específicos os âmbitos em que se tem de fato a

Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2018. pp.11-20. p.13.

²⁰⁸ Que, por certo, deve grande influência dos reflexos da operação Lava-Jato, deflagrada em março de 2014, e suas consequências para a estatal Petrobras.

²⁰⁹ O termo “programas de *compliance*” ou mesmo “*compliance*” não é expressamente utilizado na referida lei, mas, a partir da análise do artigo 9.º fica clara a intenção do legislador nesse sentido: “Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam: I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário. § 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre: I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade; III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade; VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores. § 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente. § 3º A auditoria interna deverá: I - ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário; II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras. § 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de compliance se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada”; vide: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2018.

²¹⁰ Artigos 10 e 11 da Lei 12.683/2013.

obrigatoriedade dos programas de *compliance* e somando isto ao considerável custo da implementação desses programas, que, por certo, demanda grande mão de obra e tecnologia, quais seriam de fato os motivos que levariam a empresa a introduzir um programa de *compliance* nas demais áreas?

Pois há, por certo, de se oferecer vantagens às empresas para que assim auxiliem o Estado na persecução dessa criminalidade econômica, isto é, de forma que os custos de não estar em *compliance* sejam maiores do que o custo para implementação do programa²¹¹.

De fato, quanto aos custos do “*non-compliance*”, Bock afirma que “o risco de não conformidade, ou mais precisamente, o risco de não conformidade para os funcionários e as próprias empresas, envolve o risco de sanções, perdas financeiras e perdas de reputação que resultam de violações das leis aplicáveis”²¹².

No mesmo sentido, Coimbra e Manzi afirmam que o “*risco de compliance*” seria o risco legal, seja por sanções regulatórias, perda financeira ou mesmo perda de reputação, que uma empresa pode vir a ter em consequência de eventuais falhas no cumprimento de leis, regulamentações e códigos de conduta²¹³.

Desta feita, Imme Roxin apresenta cinco motivações que conduziriam a empresas a implementar os programas: 1. O prévio conhecimento de condutas puníveis praticadas no passado – na medida que a empresa tem conhecimento de que encontrará algo, não gastando, portanto, dinheiro desnecessariamente; 2. A existência prévia de uma investigação oficial, ao que a empresa é instruída a contratar um escritório especializado em atividades de *compliance* para apurar todas as possíveis irregularidades internas; 3. Especulações internas (ou mesmo externas); 4. Possíveis auditorias já agendadas, vez que os auditores devem procurar com atenção redobrada pagamentos destinados à corrupção e; 5. A possibilidade de delação premiada, uma vez que agora o funcionário poderia ter um incentivo considerável para confessar ao Ministério Público os atos de corrupção ocorridos na empresa²¹⁴.

Ainda, a partir da implementação desses sistemas de cumprimento busca-se afastar o princípio da desconfiança que naturalmente rege as relações empresariais,

²¹¹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Orgs.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Atlas, 2010. p.4.

²¹² BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. Baden-Baden: Nomos, 2011. p.21. Tradução livre da autora.

²¹³ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Orgs.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Atlas, 2010. p.2.

²¹⁴ ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp.321-339. mai./jun., 2015. p.325.

restabelecendo-se a confiança dos administradores no sentido de que a empresa não cometerá qualquer ato lesivo²¹⁵.

Sob o ponto de vista criminal, vale salientar que os programas de *compliance* não tem apenas o condão de melhorar ou agregar valor reputacional às empresas, mas também representam um ganho legal (sendo este o benefício que mais interessa ao presente trabalho), isto é, podendo reduzir ou mesmo excluir a responsabilidade criminal das companhias no caso de o empregado infringir as disposições legais²¹⁶ ou, nos países em que vigora o princípio da oportunidade, evitar o processo penal propriamente dito.

No caso de Portugal, apesar de não vigorar o princípio da oportunidade, há de se recordar que também no princípio da legalidade da promoção processual há a possibilidade de instrumentos de flexibilização, à exemplo aqui das medidas de diversão, na qual pode ser autorizada, por exemplo, a suspensão do processo impondo-se o cumprimento de certas obrigações; podendo essas obrigações, no caso da pessoa jurídica, implicar na própria obrigação de implantação de um programa de *compliance*²¹⁷.

Daí, por certo, o grande interesse das empresas em demonstrar que teriam adotado um programa efetivo de *compliance*, isto é, para diminuir sua responsabilidade frente a um possível ilícito. Há de se destacar, no entanto, que tais vantagens não são automáticas, isso é, não basta que a empresa tenha um programa de *compliance*, mas devem ser eles efetivos, pois, caso contrário, seriam “estratagemas de fuga à responsabilidade”²¹⁸

Nesse sentido, Garcia Caveró²¹⁹ destaca que, já nos anos 60, a empresa americana *General Electric* buscou utilizar seu programa de *compliance* como defesa frente a uma série de acusações penais e, apesar de não ter alcançado a sua pretensão, o fato teve grande repercussão e acabou chamando atenção para a relevância penal desses programas. Como resultado, reconhece-se, na década de 90, a relevância jurídico-penal dos programas de

²¹⁵ SILVA SANCHEZ, Jesus-María. Deberes de Vigilancia y Compliance Empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.79-104. pp.101-102.

²¹⁶ SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes: An Empirical Survey of German Companies*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014. p.1.

²¹⁷ Nesse sentido: PAIS, Ana. Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada” e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. pp.663-686. pp.670-671.

²¹⁸ MENDES, Paulo de Sousa. Law Enforcement & Compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2018. pp.11-20. pp.13-14.

²¹⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestras Editores, 2014. p.18.

cumprimento²²⁰ com as chamadas *Federal Sentencing Guidelines*.

No Brasil, a Lei de n.º 12.846 de 1.º de agosto de 2013²²¹ (a denominada Lei Anticorrupção) prevê expressamente em seu artigo 7.º, VIII, que serão levados em consideração, quando no momento de aplicação de sanções, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Dessa forma, os deveres de controle e evitação de delitos acabam por se converter em deveres de vigilância sobre as atividades dos empregados²²². Trata-se de uma abordagem *carrot-and-stick* (cenoura-e-bastão), isto é, pela qual se prometem recompensas àqueles que se esforçam para enquadrar nas estruturas de *compliance* e não se hesita em punir severamente aqueles que não se esforçam²²³.

No entanto, ao que se verifica na prática, as estruturas de *compliance* acabam por permitir a criação de uma estrutura de “cadeia de responsabilização penal”. E isto pois o empresário, a quem incumbe primordialmente o dever de garante, transfere seu dever (ainda que não por completo, vale frisar), por meio da delegação de funções dentro da estrutura corporativa²²⁴.

E, assim, acaba por virar um “deslizamento do risco penal”, isto é, na medida em que as pessoas eventualmente envolvidas no ato delituoso tentam transferir a responsabilidade para outros agentes, funcionando assim como um “facilitador dessa transferência do risco penal”²²⁵. Segundo Balcarce, essa deslizamento seria o denominado “*risk shifting*”²²⁶.

Assim, esses programas de cumprimento têm também o condão de delimitar os

²²⁰ Tal como são chamados os programas de *compliance* a partir da doutrina espanhola.

²²¹ Vale a ressalva aqui de que, apesar de a Lei Anticorrupção falar em “responsabilização administrativa”, a doutrina brasileira já entende por seu cariz penal. Nesse sentido, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A nova lei anticorrupção: aspectos criminais*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014. (Algumas reflexões sobre direito penal econômico). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/353-Algumas-reflexoes-sobre-Direito-Penal-Economico>. Acesso em: 06 de março de 2018.

²²² SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.55.

²²³ STEINBERG apud SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.50.

²²⁴ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. pp.54-55.

²²⁵ NIETO MARTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. pp.207 e ss.

²²⁶ BALCARCE, Fabián I; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y Personas jurídicas*. Montevideu: Editorial BdeF, 2016. p.164.

espaços da responsabilidade individual na medida em que se permite estabelecer as funções e competências de cada ator dentro da complexa estrutura empresarial, tendo seus efeitos na “imputação normativa de comportamento”²²⁷.

Não há de se negar, por certo, que é principalmente em decorrência dessa possibilidade de “deslizamento” da responsabilidade penal que essas estruturas de *compliance* passaram a ser de grande interesse para as grandes empresas, isto é, tendo-se em vista que os administradores poderiam transferir sua responsabilidade penal para outros funcionários da cadeia.

Assim, há de se chamar atenção para o grande problema que pode ser gerado em decorrência desse modelo estrutural. E isto pois, uma vez que esse controle de supervisão capaz de amenizar ou mesmo excluir uma possível responsabilidade penal fica nas mãos da empresa, e, por conseqüências, nas mãos dos superiores hierárquicos, podem estes buscar transferir a responsabilidade para pessoas hierarquicamente inferiores. Podendo-o fazer, inclusive, com a anuência deste, isto é, em razão de uma promessa de compensação, ajuste ou mesmo por ameaça de demissão²²⁸.

Inclusive, com relação à esta transferência de responsabilidade, há uma grande preocupação doutrinária com relação à atividade do *CCO*, uma vez que deve haver clareza a respeito de suas atividades pois, conforme afirma Sarcedo, não pode ser ele um “testa de ferro” escolhido apenas para assumir todos os riscos e responsabilidade legais da companhia no lugar dos empresários²²⁹.

Conforme bem aponta Saad-Diniz²³⁰, os programas de *compliance* acabam tornando a posição dos empregados mais delicada, uma vez ser clara a colisão entre o interesse do empresário em delegar deveres de vigilância e evitação de delitos aos seus subordinados (até mesmo como forma de autopreservação pessoal) e os direitos pessoais à

²²⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance* - perspectiva internacional y derecho comparado. pp.453-487. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2015. p.453.

²²⁸ Também nesse sentido, SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.62.

²²⁹ SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.51.

²³⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.108, pp.415-441, nov. 2013. p.439 Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992/70849>>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

privacidade e à intimidade dos trabalhadores.

Dessa forma, há de se tomar muito cuidado com os incentivos à esta cooperação da empresa, uma vez que possibilitam os superiores hierárquicos de se eximir de suas próprias responsabilidades penais, em detrimento de funcionários hierarquicamente inferiores. De fato, e aqui é que se funda a problemática central do presente trabalho, não se pode permitir que a colaboração da empresa se transforme em uma investigação sem garantias aos investigados²³¹.

2.3 A abordagem do *criminal compliance* na prática

Na prática, portanto, esses deveres de cumprimento derivados dos programas de *compliance* possuem duas abordagens, uma no sentido de elaborar mecanismos de prevenção e detecção de riscos, baseada, portanto, em uma conduta *ex ante*²³² e outra no sentido de, em havendo indícios de condutas ilícitas, repreendê-la²³³.

Assim, procura-se, de um lado, evitar a realização das condutas infratoras da lei e, por outro, se as infrações vierem a ser produzidas, busca-se uma atitude de fidelidade ao Direito, traduzida na implementação de mecanismos e procedimentos que tornem possível a detecção dos delitos e, ao que mais nos interessa no presente trabalho, a possível comunicação às autoridades correspondentes²³⁴.

Quanto à este último ponto, Nieto Martín salienta que cabe ao legislador

²³¹ Nesse sentido: SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.62.

²³² Nesse sentido preventivo, Saavedra afirma que “Diferentemente do Direito Penal tradicional, que está habituado a trabalhar na análise *ex post* de crimes, ou seja, na análise de condutas comissivas e omissivas que já violaram, de forma direta ou indireta, algum bem jurídico digno de tutela penal, o *criminal compliance* trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise *ex ante*, ou seja, de uma análise de controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal da empresa ou instituição financeira”, vide: SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Ano 18, n. 218, pp.11-12, jan.2011. p.11.

²³³ Também nesse sentido: JING, Lin. *Compliance and Money Laundering Control by Banking Institutions in China*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. p.1.

²³⁴ BALCARCE, Fabián I; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y Personas jurídicas*. Montevideo: Editorial BdeF, 2016. p.148 e GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestras Editores, 2014. p.23.

estabelecer a importância dessa colaboração da empresa com a administração da justiça²³⁵, afirmando que, uma vez que os programas de *compliance* devem ser orientados no sentido de identificar fatos delitivos, as “cenouras” maiores deveriam ser dadas àquelas empresas que colaboram no processo penal, denunciando fatos ou apontando provas. Na Espanha, por exemplo, aponta o autor, a maioria das atenuantes são geradas por comportamentos reativos consistentes na colaboração da empresa com o processo penal²³⁶.

No entanto, para que se possa analisar a colaboração, há de se questionar, primeiramente, o que seria um efetivo programa de *compliance*. Isto é, em ocorrendo uma conduta ilícita, qual o parâmetro para se saber se o programa foi implantado corretamente (e o funcionário conseguiu achar uma “falha”²³⁷) ou se ele foi apenas implantado de “fachada”²³⁸?

Para se tentar resolver o problema, vale mencionar, fala-se em, nos dizeres de Adán Nieto Martín, em “estándares de cualidade”, tais são normas ISO (International Organization for Standardization), UNE (Una Norma Española) na Espanha ou DIN (Deutsche Institut für Normung²³⁹) na Alemanha²⁴⁰. O objetivo dessas normas é apontar definições de responsabilidades, tarefas e funções dentro das organizações, a fim de se fazer cumprir os objetivos de prevenção de riscos, e de critérios de responsabilidade

²³⁵ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.46.

²³⁶ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.46.

²³⁷ O que, vale ressaltar, nenhum programa de *compliance* consegue evitar todos os riscos, vez que há riscos imprevisíveis e, nesse sentido, o evitamento dos riscos imprevisíveis não deve ser exigido das empresas. Inclusive, Adan Nieto Martín afirma que se assim o fosse, os programas acabariam por ser altamente ineficientes, vez que obrigariam as empresas a arcar com riscos de muito pouca incidência; sendo preferível, portanto, que se tenha um sistema que concentre esforços nos riscos de fato relevantes, vide: NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.45.

²³⁸ Ao que Adan Nieto denomina “problema de la comética”, isto é, no sentido de serem os programas de cumprimento uma mera vitrine para o exterior. NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. (Dir.). *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. pp.11-29. p.22. Com esses cenários, mostra-se que a empresa, apesar de ter dependido grandes montas de dinheiro para a implantação do programa de *compliance*, apenas o fez pensando em ser este um “sistema seguro antimultas” e não com a real intenção de criar uma cultura de respeito às normas, vide: NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.40.

²³⁹ Em português, Instituto Alemão de Normatização.

²⁴⁰ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.26.

social corporativa²⁴¹.

Nesse sentido, Nieto Martín afirma que as normas ISO tem em muito contribuído para esclarecer o sistema de delegação empresarial, estabelecendo responsabilidades, criando fluxos de comunicação e deveres de supervisão, destacando a importância e necessidade de comprometimento dos funcionários e, principalmente, da direção²⁴².

No caso do Brasil, a despeito de a Lei Anticorrupção, no inciso VIII do artigo 7.º, estabelecer que serão levados em consideração, quando na aplicação das sanções “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”, também aqui não se estabelece quais os parâmetros para esta avaliação^{243_244}.

Ainda, ao Brasil não passou despercebida a ideia de se dar “selos de qualidade” na intenção de fomentar os mecanismos. Assim, criou-se a ideia do título de “Empresa pró-ética”, com anúncio de lista anual das empresas com os melhores programas de integridade, destacando-se como benefícios para empresa, além da análise de seu programa, o reconhecimento público e a publicidade positiva²⁴⁵.

²⁴¹ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.26.

²⁴² NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.26.

²⁴³ Para um estudo mais aprofundado: FREITAS, Pedro Aguiar de. A Lei Anticorrupção e as empresas: compliance e modulação de sanções. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, n. 125, pp.97-105, dez., 2014.

²⁴⁴ E diante desta ausência, os governos estaduais e municipais, tais como o Governo do Estado e também o Governo do Município de São Paulo, estão tendo de se mobilizar para que, sozinhos, estabeleçam algum parâmetro. E chama-se aqui especial atenção para o Decreto de n.º 55.107/2014 da Prefeitura de São Paulo que, em uma tentativa clara de estabelecer um parâmetro para avaliação dos mecanismos de *compliance*, estabelece em seu artigo 24.º: “Art. 24.º Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no artigo 7.º, inciso VIII, da Lei Federal n.º 12.846, de 2013, serão, no que couber, aqueles estabelecidos no regulamento do Poder Executivo Federal a que alude o parágrafo único do mencionado artigo. *Parágrafo único*. Até a publicação, pelo Poder Executivo Federal, do regulamento a que se refere o “caput” deste artigo, considerar-se-á, única e exclusivamente, no âmbito da pessoa jurídica, a existência de mecanismos e procedimentos consistentes de integridade e monitoramento, a efetividade dos sistemas de controle interno, a utilização de códigos de ética e conduta para funcionários e colaboradores, a existência de sistemas de recebimento e apuração de denúncias que assegurem o anonimato, a adoção de medidas de transparência na relação com o setor público e a realização periódica de treinamentos com o intuito de promover a política interna de integridade”. Texto disponível em: < http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=14052014D%20551070000>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

²⁴⁵ “O Pró-Ética foi instituído em 9 de dezembro de 2010, durante as comemorações do Dia Internacional de Combate à Corrupção, por meio da parceria da Controladoria-Geral da União (CGU) e o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social”, para mais informações vide: < <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>>. Acesso em: 06 de abril de 2018. Também há de se citar que, seguindo essa

No entanto, esse “mercado de certificados” acaba por gerar um “seguro antimultas”²⁴⁶ e, há de se ressaltar, que tantos incentivos acabam por estimular ainda mais práticas contrárias aos direitos fundamentais.

E isto pois, conforme já mencionado²⁴⁷, enquanto que ao Estado interessa a persecução da conduta criminosa, a principal motivação da empresa, por outro lado, conforme bem salienta Rossetti e Andrade, é garantir aos proprietários lucratividade compatível com a atividade²⁴⁸, boa reputação da empresa e, no caso de eventual ato ilícito, a diminuição de sua responsabilidade na medida em que localiza e “entrega” o funcionário delinquente.

Isto é, o Estado incentiva e responsabiliza os entes privados, sob recompensa das “*big carrots*”, por detectar possíveis irregularidades no interior da empresa, sem, contudo, levar em consideração a possibilidade de uma possível ingerência e discricionariedade por parte destas quando nas “investigações internas”²⁴⁹. E ainda mais problemática a crítica, por certo, quando retomada a ideia de “deslizamento de responsabilidade penal”²⁵⁰.

Além dos reflexos no campo penal, os programas de *compliance* também se projetam no âmbito do processo penal, para, bem como afirma Maria João Antunes, se fazer alcançar a realização da justiça e a descoberta da verdade; as empresas assim se unem à administração estadual da justiça penal para descoberta e investigação dessa difícil criminalidade econômico-financeira²⁵¹.

Obtendo aqui, conforme já destacado, os benefícios de uma eventual não promoção processual, nos países no qual se verifica a oportunidade processual²⁵², ou de

iniciativa, em dezembro de 2017, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento do Brasil criou o “Selo Agro Mais Integridade” que, segundo o site do próprio Ministério, seria uma espécie de prêmio “de reconhecimento às empresas que adotam práticas de governança e gestão capazes de evitar desvios de conduta e de fazer cumprir a legislação, em especial, a Lei Anticorrupção”, vide: <<http://www.agricultura.gov.br/noticias/selo-agro-mais-integridade-e-lancado-no-palacio-do-planalto>>.

Acesso

²⁴⁶ NIETO MARTIN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán. (Dir.). *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. pp.11-29. p.25.

²⁴⁷ Cf. tópico 1.3 *supra*.

²⁴⁸ ROSSETTI; ANDRADE *apud* SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.74.

²⁴⁹ Instituto que será esmiuçado mais adiante.

²⁵⁰ Vide nota 225.

²⁵¹ ANTUNES, Maria João. Privatização das Investigações e o *Compliance* Criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Ano 28, n. 1, pp.119-127, jan./abr., 2018. p.119.

²⁵² Sobre o tema: ANTUNES, Maria João. Privatização das Investigações e o *Compliance* Criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Ano 28, n. 1, pp.119-127, jan./abr., 2018. pp.120-123. E ainda no que tange à oportunidade processual, vale chamar atenção para o fato de que, nos Estados Unidos, onde se

aplicações ou medidas processuais de natureza cautelar. Segundo Nieto Martín “contra las *good citizens corporations* no se abre ningún proceso”²⁵³.

Assim, é justamente nessa perigosa relação entre processo penal e o interesse por uma eventual diminuição da responsabilidade da pessoa coletiva ou mesmo não promoção processual que faz surgir a problemática do presente trabalho, vez que estas podem trazer possíveis e perigosas influências na cooperação das empresas, isto é, delineando esta cooperação a seu bel prazer e até o ponto — ou, mais especificadamente, até o cargo — que lhe convém.

É certo que se busca diminuir essa problemática ingerência ao se determinar com os órgãos de *compliance* atuem de forma independente da companhia, isto é, para que tenham maior liberdade em suas investigações. No entanto, não há de se olvidar que mesmo esses expertos são contratados pela alta administração da companhia e, nesse sentido, não se pode falar que estão de toda forma desvinculados dos interesses daqueles que os contrataram²⁵⁴.

E diante de todo este cenário, quando se analisa a possibilidade de serem essas informações levadas ao processo penal, surge a evidente questão: diante da possível influência da empresa interessada no andamento da investigação, para que esta possa ser transportada ao procedimento criminal, não haveria de se observar garantias similares às que nele são asseguradas? E, em caso negativo, não se estaria concedendo às empresas um poder investigação maior e mais amplo que o poder concedido ao próprio Estado²⁵⁵?

Conforme salienta García Caveró, a empresa deve sim contar com mecanismos de

tem uma política de persecução mais agressiva, as empresas viraram verdadeiros meios de investigação e uma grande aliada do Estado para obter provas contra a pessoa individual. Chegando-se, em 2003, no que se convencionou chamar *Thompson Memorandum*, no qual, valendo-se da oportunidade processual, enumeram-se quais situações o Ministério Público poderá ou não processar a empresa. Dentre as condições, destaca-se a total cooperação (inclusive com a transmissão de informações que estariam sob sigilo profissional) e a renúncia de qualquer estratégia para defender ou custear a defesa dos funcionários investigados, vide: NIETO MARTÍN, Adan. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario La Ley*, s.l., Año XXXIV, n. 8120, jul., 2013. p.7; e MORO, Luís Carlos. Corrupção, compliance e Direito do Trabalho: velhas práticas, novos riscos para empregados. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, n. 125, pp.59-67, dez., 2014. pp.64-65.

²⁵³ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. pp.48 e ss.

²⁵⁴ Nesse sentido, Adan Nieto Martín chama atenção para o problema de como se fazer a seleção dos advogados, isto é, como permitir que sejam mais independentes dos interesses daqueles que o contratam, vide: NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. (Dir.). *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. pp.11-29. pp.20-21.

²⁵⁵ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.48.

detecção de possíveis irregularidades que a permitam esclarecer o modo e como ocorreram, para que assim possa impor as sanções internas aos responsáveis²⁵⁶, mas este poder, a exemplo do poder estatal, também deverá encontrar certos limites.

²⁵⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestras Editores, 2014. p.23.

CAPÍTULO III - INVESTIGAÇÕES INTERNAS

3.1 Conceitos, classificações e procedimento

Desta feita, diante da notícia de uma eventual conduta delituosa, seja por meios internos ou externos, a empresa buscará utilizar dos elementos que tem à sua disposição para verificar, o quanto antes, a veracidade das informações e, com isso, diminuir eventuais riscos à sua reputação.

E, caso o delito venha a se tornar público, será por meio dos resultados das investigações internas que a empresa poderá trazer uma resposta aos seus *gatekeepers*, podendo ser esta uma resposta no sentido de que não houve qualquer infração (no caso de a denúncia não restar verdadeira) ou, em tendo ocorrido a infração, que as medidas de sancionamento (sejam administrativas ou penais) foram/serão tomadas.

Ademais, ao ter conhecimento prévio de eventuais delitos ocorridos em seu interior, a empresa poderá, ao investigá-los, preparar uma possível estratégia de defesa contra uma eventual responsabilidade, podendo, assim, eleger e preservar todos os documentos que julgar necessários para o caso de o fato vir a ser — caso já não o seja — de conhecimento das autoridades.

E diante de tal possibilidade, há quem entenda, tal como Nieto Martín, que as investigações internas também fazem parte do próprio direito de defesa da empresa, uma vez que permitem que esta construa sua própria versão dos fatos²⁵⁷; sendo assim a possibilidade da investigação interna também decorrente de seu próprio direito de produção de prova.

Desta feita, verificam-se que estas investigações são, portanto, de um cariz essencialmente reativo. Contudo, não há de se deixar de lado que, apesar desse viés, será primordialmente a partir das investigações que se farão detectar, corrigir os erros e aprimorar os programas de *compliance*²⁵⁸.

As regras a serem seguidas nas investigações, bem como o momento de sua instauração, quem efetuará sua condução (se uma área interna especializada ou um

²⁵⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. Diario La Ley, s.l., Año XXXIV, n. 8120, jul., 2013. p.8.

²⁵⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. Diario La Ley, s.l., Año XXXIV, n. 8120, jul., 2013. p.6.

escritório externo), a quem deverá ser reportado o relatório final (a um Comitê de Ética, por exemplo) e se haverá (ou em que casos haverá) o reporte às autoridades, conforme anteriormente dito²⁵⁹, deverão constar nos próprios códigos internos de conduta da empresa; sendo assim de conhecimento de todos os funcionários que eventualmente venham a ser investigados.

Neste sentido, destaca-se a breve disposição constante do programa de integridade de um dos maiores bancos brasileiros:

Para apurar a prática de ato lesivo qualificável como corrupção, capitulado no art.5º da Lei 12.846/2013, por uma pessoa jurídica contra o Banco, pode ser instaurado o Processo Administrativo de Responsabilização - PAR. Previamente ao PAR, pode ser necessário instaurar Processo de Investigação Preliminar, para apuração inicial de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos praticados pela pessoa jurídica contra o patrimônio do Banco. No [...], a condução do Processo de Investigação Preliminar e do PAR são centralizadas na Disin, por meio das seguintes Comissões: Comissão para Investigação Preliminar ao PAR - Coinp; Comissão para Condução do PAR – Copar. A autoridade responsável por decidir pela instauração, julgamento e arquivamento do PAR é o Comitê Executivo de Prevenção à Ilícitos Financeiros e Cambiais e de Segurança da Informação - CEPI. Caso seja verificado, no decorrer do Processo Administrativo ou do Controle Disciplinar, que há indícios de infração à Lei 12.846/2013 - Lei da Empresa Limpa ou Lei Anticorrupção, também será instaurado Processo de Investigação e o Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, para apuração de eventual ato lesivo praticado pela pessoa jurídica e aplicação das sanções previstas na Lei. Para os casos em que se constate que um funcionário ou terceiro, agindo em nome ou benefício do Banco, praticou ato lesivo à administração pública, brasileira ou estrangeira, as constatações são reportadas, pela Disin, ao Comitê Executivo de Prevenção a Ilícitos Financeiros e Cambiais e de Segurança da Informação - CEPI, para que delibere sobre as instâncias ou autoridades para as quais os resultados das apurações deverão ser reportados²⁶⁰.

E, vale dizer, as investigações internas não se assemelham às inspeções ou auditorias realizadas no interior da empresa, vez que aquelas possuem caráter essencialmente reativo, enquanto que estas não visam a descoberta de ilícitos, mas sim o controle e fiscalização dos cumprimentos da lei²⁶¹.

²⁵⁹ Cf. tópico 2.1.3 *supra*.

²⁶⁰ BANCO DO BRASIL. *Programa de Integridade do Banco do Brasil*. p.70. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/docs/pub/inst/dwn/integridadebb.pdf>>. Acesso em: 09 de julho de 2018. A título explicativo, traz-se aqui o código de conduta de uma instituição financeira tendo-se em vista ser este um dos setores mais sensíveis à criminalidade econômica. E escolhe-se aqui a específica instituição por ser ela considerada o maior banco da América Latina e, nesse sentido, seriam enormes os reflexos causados por eventuais desvios de conduta em seu interior.

²⁶¹ De fato, Hermes afirma que, em decorrência das peculiaridades do objeto de supervisão e os consequentes objetivos de proteção do sistema, há aqui de se falar em uma verdadeira “administração simbiótica” que acompanha e molda em parte as atividades diárias das empresas supervisionadas, vide: HERMES, Georg. Staat und Markt. In: KEMPF, Eberhard; LÜDERSEN, Klaus; VOLK, Klaus. (Eds.). *Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral*. Berlin: De Gruyter, 2010. pp.26-46. pp.38-39; MENDES, Paulo de Sousa. A utilização em processo penal das informações obtidas pelos reguladores dos mercados financeiros. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law*

E a utilização desses sistemas de investigação interna, interessante ressaltar, teve seu início por volta da década de setenta com o conhecido caso *Watergate* dos Estados Unidos, caso este que culminou na renúncia do então presidente Richard Nixon e revelou um complexo esquema de práticas ilegais realizadas pelas grandes empresas do país.

De acordo com Estada i Cuadras e Llobet Angli²⁶², o caso teria possibilitado a descoberta de uma complexa organização de espionagem política e financiamentos ilegais de partidos políticos, e, no entanto, a SEC (*Securities and Exchange Commission*)²⁶³, órgão que teria recebido tais informações, não possuía à época meios ou pessoas capacitadas o suficiente para conduzir as investigações necessárias.

Assim, a fim de se trazer uma resposta e uma possível reprimenda a essas condutas, e diante dos limitados recursos disponíveis da SEC, firmaram-se acordos com as próprias empresas para que essas auxiliassem as investigações conduzidas pela SEC; nasciam, assim, os programas de declarações voluntárias e as investigações internas²⁶⁴.

Em seguida, no ano de 1991, a *U.S Sentencing Commission* acabou por institucionalizar as investigações internas por meio das denominadas *Sentencing Guidelines*, isto é, um conjunto de diretrizes voltadas para os juízes e tribunais penais federais dos Estados Unidos a serem seguidas quando na determinação da pena²⁶⁵; já trazendo inclusive vantagens penais quando se comunicasse a *notitia criminis* para as autoridades antes de os fatos se tornarem públicos ou por elas conhecidos²⁶⁶.

Enforcement, Compliance e Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2018. pp.453-480. pp.457-458.

²⁶² ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.197

²⁶³ Criada em 1934, a Securities and Exchange Commission (SEC) surgiu, em grande medida, com a finalidade de dar resposta à crise financeira de 1929 e, assim, cabe-lhe vigiar o cumprimento das leis federais em matéria de mercado de capitais; em Portugal, o mesmo modelo institucional foi recriado a partir da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM); vide: MENDES, Paulo de Sousa. A utilização em processo penal das informações obtidas pelos reguladores dos mercados financeiros. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2018. pp.453-480. p.455.

²⁶⁴ ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.198.

²⁶⁵ Nesse sentido: ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.198.

²⁶⁶ Nesse sentido: ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ,

Sendo assim, as investigações internas surgem a partir dos limites da persecução do Estado e, nesse sentido, são de grande interesse estatal, vez que as empresas, por terem maior contato com seus funcionários e cotidiano empresarial, teriam maior facilidade e *expertise* para esclarecer condutas empresariais suspeitas, trazendo economia de custos e de trabalho à promotoria²⁶⁷.

E, interessante ressaltar, que as investigações internas, mesmo enquanto mantidas apenas no conhecimento da empresa, poderão interromper a prática de um delito, no caso de continuação criminosa (ou, em termos brasileiros, crime continuado) ou mesmo evitar a sua consumação em caso de tentativa²⁶⁸.

Por outro lado, as investigações internas, tal como as investigações oficiais, também devem atuar como freios aos excessos da persecução das condutas ilícitas, vez que, baseadas no código de conduta, deverão garantir ao máximo a proteção dos funcionários²⁶⁹. De tal forma, há de se defender que também é uma de suas funções, assim como a investigação preliminar, a própria proteção daquele que se vê investigado, evitando-se, assim, acusações sem fundamento.

Desta feita, muito importante são as previsões no sentido de se estabelecer limites às investigações, pois uma carência normativa poderia implicar em uma não efetividade de garantias penais e processuais, e, assim, permitir uma indevida arbitrariedade por parte das empresas e possibilidade de erros²⁷⁰.

3.1.1 Classes de investigação interna

Uma vez não existir unanimidade no tema, vários os autores que buscam trazer

Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.198.

²⁶⁷Nesse sentido: PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.221-243. p.221; NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.47.

²⁶⁸ Sobre o assunto: ANTUNES, Maria João. Privatização das Investigações e o *Compliance Criminal*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Ano 28, n. 1, pp.119-127, jan./abr., 2018. p.121.

²⁶⁹ Nesse sentido, sobre as investigações oficiais: LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.50.

²⁷⁰ Neste sentido, mas no âmbito das investigações oficiais, destacando a possibilidade de sujeição de inocentes ao processo penal: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004. pp.194-195.

uma classificação das investigações internas e, a título de exemplo, traz-se aqui a exposta por Estada I Cuadras e Llobet Anglí²⁷¹.

Deste modo, segundo os autores, ao se analisar estas investigações na prática, faz-se possível distingui-las em cinco diferentes classes, isto é, com fundamento em seu (1) objeto, (2) função, (3) grau de suspeita, (4) sujeito passivo, e, por fim, (5) objetivo.

Quanto ao primeiro critério, o objeto, pode-se diferenciar as investigações internas quanto àquelas que tenham por objeto ilícitos penais, aquelas que versem sobre ilícitos extrapenais (tal como infrações de normas de trabalho, matéria de propriedade intelectual, etc.) e investigações sobre violações contratuais²⁷².

Quanto ao critério de “função”, podem objetivar se dirigir a esclarecer um ato ilícito já cometido ou em cometimento (isto é, olhando-se para o passado ou presente) ou mesmo visar evitar a futura realização de um ato ilícito. Fala-se, assim, que podem ter uma função esclarecedora (olhando para fatos do passo ou presente) ou uma função “preventiva” (olhando para o futuro)²⁷³.

Em terceiro lugar, diferenciam-se as investigações a partir do grau de suspeita contra àquele a quem se destina; isto é, pode ou não haver indícios de que um determinado funcionário tenha cometido um ato ilícito²⁷⁴.

Com relação ao sujeito passivo, há de se falar em quatro possíveis tipos de “suspeitos”, quais sejam: (1) Funcionários que tenham cometido infração contra a empresa; (2) Funcionários que tenham cometido infrações contra outros colegas de trabalho (seria o

²⁷¹ ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. pp.201-203.

²⁷² ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.201.

²⁷³ ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. pp.201-202. No entanto, a despeito do entendimento dos autores, acredita-se aqui que as investigações internas tem por função direta unicamente a repressão de um conduta já ocorrida, ao que os autores denominam “função esclarecedora”, e, em sendo assim, eventuais melhoramentos dos programas de *compliance* e outras alterações preventivas que porventura ocorram devem ser consideradas apenas como um reflexo de sua função repressiva e não como sendo uma real função das investigações.

²⁷⁴ ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.202.

caso, por exemplo, de furto, assédio moral, assédio sexual, etc.); (3) Funcionários que tenham cometido infração *por meio* da empresa; (4) Casos em que o empresário tem interesse em controlar e investigar, zelando por sua vida, saúde e integridade²⁷⁵.

Por fim, em quinto lugar, também há de ser analisado o objetivo a que se propõe a investigação interna, ou seja, quais seriam as consequências jurídicas dos resultados com ela obtidos, vez que poderiam gerar consequências nos mais diversos âmbitos, tais como o civil, trabalhista ou — ao que mais nos interessa — na área penal²⁷⁶.

Quanto aos objetivos, Maria João Antunes afirma que as investigações internas podem ser divididas entre as que podem dar origem à responsabilidade penal ou responsabilidade administrativa da pessoa jurídica ou em infrações que não necessariamente impliquem em responsabilidade penal/administrativa da empresa, mas gerem uma responsabilidade disciplinar ou recomendações de melhoria do programa de *compliance*²⁷⁷.

E importante aqui realizar-se a antecipação do resultado, pois, conforme afirma Maria João Antunes, a depender da análise feita, poder-se-á utilizar ou não determinados meios de investigação²⁷⁸. De fato, como restará demonstrado, em tendo este procedimento o objetivo de gerar efeitos no âmbito criminal, deverá o empregador utilizar os meios que mais coadunem com os direitos dos investigados sob pena, inclusive, de serem declaradas nulas as informações obtidas²⁷⁹.

Adequando-se o presente trabalho à classificação supracitada, cumpre esclarecer

²⁷⁵ ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.202. Também aqui, tendo-se em vista não concordarmos com uma função preventiva das investigações internas, não nos parece que podem haver tais investigações sem um objetivo certo e delimitado, vez que, conforme será posteriormente explicado, tais investigações iriam de encontro com o princípio presunção de inocência do investigador.

²⁷⁶ ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.203.

²⁷⁷ ANTUNES, Maria João. *Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2018. (I Curso de Compliance). Acesso em: 04 de julho de 2018.

²⁷⁸ ANTUNES, Maria João. *Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2018. (I Curso de Compliance). Acesso em: 04 de julho de 2018.

²⁷⁹ ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.203.

que a nossa análise se limitará às investigações internas que (1) tenham por objeto ilícitos penais, (2) que tenham por função tratar de fatos já ocorridos ou em acontecimento, (3) cujo grau de suspeita esteja fundado em indícios (provenientes, principalmente, de *whistleblowers*), (4) que tenham sido cometidas por funcionários contra e/ou por meio da empresa e, por fim, (5) que tenham por objetivo estabelecer uma responsabilidade no âmbito criminal.

3.1.2 Meios de investigação interna

Para que a investigação interna tenha real sucesso, mister se faz a participação e cooperação dos funcionários da empresa, e isto porque são estes que vivem o dia-a-dia empresarial e, por estarem em contato direto com outros trabalhadores, teriam maiores chances de tomar conhecimento de eventuais condutas desrespeitosas, seja da política da empresa ou mesmo da legislação.

E há de se falar que o empregador tem uma expectativa de que seu subordinado fará todos os esforços necessários para auxiliá-lo em eventuais investigações. Nesse sentido, Sieber e Engelhart efetuaram pesquisa na qual questionaram o total de 100 empresas alemãs buscando verificar se estas esperavam uma total cooperação de seus funcionários durante possíveis investigações²⁸⁰. O resultado obtido foi o de que 64% das companhias entrevistadas acreditavam que deveriam esperar uma total cooperação de seus funcionários em eventuais investigações instauradas em seu interior, 36% das companhias se abstiveram de responder e apenas uma (1%) afirmou que não tinha a pretensão de que haveria uma total cooperação do funcionário.

Tamanha é a expectativa de cooperação que, inclusive, algumas companhias já afirmam em seus próprios códigos internos. Nesse sentido, o código de conduta da sociedade gestora de participações sociais eleita pela Revista Forbes, em 2015, como a terceira maior empresa do mundo:

Cada um de nós tem a responsabilidade de manter o Código; o cumprimento do Código é de fato um termo e uma condição do contrato de trabalho com a Empresa. Ou seja, você deve conhecer o Código e fazer a coisa certa quando se tratar de sua própria conduta, além de falar sobre a conduta de outros que possam violar nosso Código ou as políticas da Empresa. Isso também significa que você deve cooperar, conforme instruções da Empresa, com qualquer investigação,

²⁸⁰ SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes: An Empirical Survey of German Companies*. Berlim: Duncker & Humblot, 2014. p.108.

inquérito, interrogatório ou litígio relacionado aos negócios da Empresa²⁸¹.

Quanto aos meios a serem empregados, a empresa tem uma margem de discricionariedade que, em princípio, abarcaria todo e qualquer meio necessário, desde que idôneo e adequado, para averiguação dos fatos²⁸². Na prática, verificam-se as entrevistas com trabalhadores e colaboradores, análise de dados digitais, de livros de contabilidade, correspondências, contratos e documentos, além de averiguação de relações pessoais e societárias²⁸³.

Chama-se atenção ainda para a possibilidade de instalação de câmeras de vigilância, inspeção de escritórios e armários, interceptação de correios eletrônicos e correio postal, rastreamento de chamadas realizadas durante o trabalho e o rastreamento de páginas web visitadas em horário laboral²⁸⁴.

Vale dizer que os mais usuais no dia-a-dia dos escritórios especializados em investigações internas de *compliance* são a análise de correspondências eletrônicas e as entrevistas com funcionários. E, com relação a estas últimas, conduzidas pelos próprios advogados de cumprimento, interessante apontar que poderão ser divididas, na prática, entre entrevistas de conhecimento e entrevistas confrontacionais.

As primeiras referem-se àquelas nas quais os advogados, apesar de haver uma fundada suspeita da ocorrência de um delito, julgam não ter todos os documentos necessários e, diante da inexistência destes documentos (e-mails, contratos, etc), “entrevistam” o funcionário para esclarecer eventuais dúvidas que tenham sido levantadas durante a investigação interna.

As confrontacionais, por outro lado, têm lugar quando os advogados de *compliance* já conseguiram coletar os documentos a partir da entrega das ferramentas de

²⁸¹ JPMORGAN CHASE. *Código de Conduta do JPMorgan Chase*. Junho de 2017. p.07. Disponível em: <<http://www.jpmorgan.com.br/jpmpdf/1320742400364.pdf>>. Acesso em 09 de julho de 2018. A título de esclarecimento, elege-se tal instituição em razão de ter ela recebido o que a mídia denominou de “multa recorde” em decorrência de fraudes hipotecárias no período que antecedeu a crise; daí a importância do desenvolvimento de seus programas de *compliance*. BBC. *JP Morgan deverá enfrentar multa recorde de US\$13.000 milhões*. 20 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2013/10/131019_ulnot_economia_jp_mprgan_multa_record_1_av>. Acesso em: 09 de julho de 2018.

²⁸² SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales Internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.245-259. pp.250-251.

²⁸³ SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales Internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.245-259. p.251.

²⁸⁴ PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.221-243. p.224.

trabalho do funcionário — dentre elas, computadores, celulares, etc. — e, assim, “confrontam” o funcionário para que ele esclareça as circunstâncias daquela conduta.

E tamanha a evolução dos mecanismos de investigação que, conforme aponta Nieto Martín²⁸⁵, já há, inclusive, um mercado inteiro de serviços voltado para o *corporate intelligence*, com técnicas mais sofisticadas de análises de “*data mining*”, utilizando-se, inclusive, o *know-how* dos serviços secretos.

Em sendo assim, certamente há de se apontar para os riscos desses métodos, ou os efeitos criminógenos da investigação²⁸⁶, uma vez que poderá violar os direitos dos funcionários, em especial, o direito à intimidade e segredo das comunicações²⁸⁷, ao que Nieto Martín denomina “estilo *Big Brother*”²⁸⁸.

De fato, o autor afirma que os meios de controle como vídeo-vigilância, registros de correios, de chamadas e de redes sociais deveriam ser vetados como meios de *fishing*, uma vez que é incompatível com as relações laborais criar um sistema de vigilância que menospreze de maneira tão desproporcionada o direito dos trabalhadores. Sendo certo que a aceitação desses mecanismos se aproximaria a um sistema totalitário privatizado²⁸⁹.

3.1.3 Instauração das investigações internas

No tocante à instauração das investigações internas, entende-se aqui com Garcia Cavero no sentido que não há um dever propriamente imposto à empresa para que elas

²⁸⁵ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. pp.33-34

²⁸⁶ ANTUNES, Maria João. *Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2018. (I Curso de Compliance). Acesso em: 04 de julho de 2018.

²⁸⁷ De acordo com Maria João Antunes, a diferença entre o direito à intimidade e o direito ao segredo das comunicações se verifica a partir da forma como o empregador obtém as informações do empregado, isto é, se o empregador tiver acedido as ferramentas de trabalho do empregado, fala-se em direito à intimidade; agora, por outro lado, caso ocorra a interseção destes meios, o que estará em causa será o segredo ou inviolabilidade das comunicações: ANTUNES, Maria João. *Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2018. (I Curso de Compliance). Acesso em: 04 de julho de 2018.

²⁸⁸ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.33.

²⁸⁹ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. pp.33-34.

iniciem este procedimento para apurar possíveis delitos ocorridos em seu interior²⁹⁰. E, neste sentido, ficará a cargo das mesmas, com fundamento em seu código interno, a decisão ou não por sua instauração.

Na prática, conforme bem salienta Sahan, as decisões pela abertura ou não das investigações em muito se fundamenta em considerações de caráter, principalmente, econômico²⁹¹. Isto é, faz-se uma análise dos custos do procedimento frente aos que porventura seriam gerados por uma investigação oficial e seus consequentes danos à reputação empresarial, o que, certamente, representariam também prejuízos econômicos²⁹².

Além disso, como bem aponta Neira Pena, ao se manter a investigação limitada ao seu âmbito interno, a empresa evita uma atividade mais invasiva e interruptiva de suas atividades — com entrada em seus registros, arquivos e documentos — por parte das autoridades²⁹³.

E é de se frisar que muitos dos comportamentos irregulares a serem analisados são decorrentes da própria pressão empresarial pelo cumprimento de metas e maior lucratividade para a empresa e, nesse sentido, alguns dos fatos que podem vir a ser investigados podem ter acarretado não só vantagens para seu executor, mas também vantagens para a própria companhia.

Assim, a empresa verifica o que seria mais benéfico, tendo-se em vista o modelo processual ao qual está submetida (se vigente o princípio da oportunidade ou legalidade) e se a legislação permite um efeito exculpatório ou se apenas uma recompensa de sanções mais moderadas.

E tendo-se em vista todas as supracitadas considerações, é normal que as empresas, antes de levarem qualquer informação às autoridades, busquem verificar

²⁹⁰ GARCIA CAVERO, Percy. Criminal Compliance. Peru: Palestra Editores, 2014. p.48. Em sentido contrário: SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales Internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.245-259. pp.248-249.

²⁹¹ SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales Internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.245-259. p.249.

²⁹² SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales Internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.245-259. p.249.

²⁹³ NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privatización del proceso penal: el peligro para los derechos de los trabajadores. In: SAAD-DINIZ Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza Barbosa de. (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: LiberArs, 2015. pp.147-163. p.154.

minimamente a denúncia²⁹⁴. Assim, tenta a empresa conhecer o ocorrido e identificar previamente quais os possíveis reflexos que poderiam ser gerados a partir abertura de uma processo, verificando, igualmente, se uma eventual investigação oficial não alcançaria alguma conduta reprovável de sua alta administração²⁹⁵.

E isto, somado à crença de que, assim como em muitas áreas do Direito Penal Econômico, a probabilidade de serem descobertos e punidos é relativamente baixa²⁹⁶, verifica-se aqui uma “*red flag*”²⁹⁷ quanto a uma possível ingerência das empresas com relação aos andamentos e possíveis resultados dessas investigações. Buscando-se principalmente proteger os níveis mais hierarquicamente elevados de suas companhias e, com isso, diminuir a possibilidade de uma publicidade negativa – lembrando-se que a investigação acaba por fundamentar uma possível estratégia de defesa da empresa²⁹⁸.

Há aqui até mesmo o risco de a empresa, em razão de sua força, responsabilizar um funcionário hierarquicamente inferior, inclusive, com a anuência deste, em razão de promessas de compensação ou mesmo por ameaçá-lo com possíveis represálias²⁹⁹. Tendo a alta administração, assim, um poder interno dentro da companhia que a permite ocultar seus delitos ou fabricar “bodes expiatórios”³⁰⁰; permitindo-se que, na prática, as empresas apenas levem para investigações oficiais casos que já estariam na iminência de serem investigados externamente e não haveria como evitá-los³⁰¹.

Neste ponto, diante do perigo desta discricionariedade, problema ainda maior se verifica quando a empresa decide incluir as autoridades públicas de investigação; tendo-se, assim, não apenas o objetivo de amenizar a sua responsabilidade, mas também utilizar as

²⁹⁴ E até mesmo para já elaborar uma possível defesa, vide: NIETO MARTÍN, Adan. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. Diario La Ley, s.l., Año XXXIV, n. 8120, jul., 2013. p.3.

²⁹⁵ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.47.

²⁹⁶ SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales Internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.245-259. p.246.

²⁹⁷ Ou seja, um sinal de alerta.

²⁹⁸ Cf. tópico 3.1 *supra*.

²⁹⁹ Nesse sentido, SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p.62.

³⁰⁰ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.48.

³⁰¹ SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales Internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.245-259. p.254.

informações coletadas como “provas” suficientes para a instauração de um processo penal contra o funcionário infrator.

De fato, surge a dúvida se não seria necessária, também aqui, a observância das garantias do processo penal. Isto é, sob a pena de se estar gerando uma privatização do processo e dando à empresa um poder de investigação ainda maior do que o do próprio poder estatal e, certamente, sem resguardar os direitos processuais dos trabalhadores.

Ainda, não se estaria, aqui, criando uma exceção perigosa à defesa dos direitos processuais na medida em que a investigação empresarial (que não precisa, portanto, de autorização judicial) estaria sendo utilizada justamente nos primeiros momentos da persecução criminal, isto é, quando os promotores ainda não obtiveram qualquer dúvida razoável que fundamente uma autorização judicial?³⁰²

Ora, situação problemática se verifica quando os promotores, sem qualquer autorização da autoridade competente, conseguem as informações necessárias diretamente com as empresas; uma vez que estas não precisariam de qualquer anuência para conseguir informações com os seus funcionários e, inclusive, não haveria a necessidade legal da presença de um defensor (no caso principalmente das entrevistas).

De fato, Nieto Martín afirma que um bom meio ambiente processual seria aquele que permite que as empresas realizem as investigações internas e que estas possam ser utilizadas no processo penal, mas não se pode esconder que essa parceria gera sim novos riscos para direitos fundamentais e garantias processuais³⁰³.

E esse cenário, somado ao fato de que poucas são companhias que possuem uma estrutura completa de limites para a fiscalização, isto é, que permitam aos funcionários saber os “passos a serem seguidos nas investigações” acaba-se por trazer ainda mais problemas aos procedimentos internos, vez que os interpelados deverão suportar ingerências em seus direitos fundamentais sem qualquer capacidade de previsibilidade³⁰⁴.

Assim, muito preocupante é a falta de proteção dos funcionários frente às investigações internas conduzidas pelas empresas, sendo crucial, portanto, que se busque

³⁰² Nesse sentido, NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.47.

³⁰³ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p. 22.

³⁰⁴ PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.221-243. p.225.

uma decisão equilibrada que permita aproveitar os recursos da empresa para uma eventual e necessária colaboração com o poder público, sem, no entanto, deteriorar os direitos dos investigados³⁰⁵.

3.2 Direitos e garantias dos trabalhadores

3.2.1 Expectativa razoável de privacidade e segredo das comunicações

O empregador, em decorrência da relação contratual entre ele e seu empregado, tem o direito de adotar medidas de vigilância para verificar o cumprimento das obrigações e deveres laborais por parte de seu trabalhador. E, em sendo assim, a empresa tem o direito de controlar os "elementos produtivos de sua titularidade" que deixa à disposição do trabalhador³⁰⁶.

No entanto, conforme aponta Pablo Montiel³⁰⁷, nos casos dos registros deixados nas ferramentas de trabalho, como é o caso de telefones móveis, computadores, correios eletrônicos, *chats* e outros, há sim uma expectativa razoável de intimidade³⁰⁸ e segredo das comunicações. E isso porque o não pouco habitual e conhecido intercâmbio de informações pessoais por meio dessas ferramentas laborais sugere uma certa expectativa de confidencialidade³⁰⁹.

De fato, Gómez Martín afirma que se encontra enraizado no âmbito empresarial — e não se pode pretender fazer uma análise desse contexto sem levar em consideração a realidade empresarial de fato — a ideia de uma certa tolerância em casos de recebimentos de e-mails procedentes de sindicatos ou mesmo mensagens pessoais fora do horário de

³⁰⁵ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.48.

³⁰⁶ 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.

³⁰⁷ PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.221-243. p. 233.

³⁰⁸ No mesmo sentido, 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. pp.135-136.

³⁰⁹ SANZ DE GALDEANO *apud* PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.221-243. p.233.

trabalho ou entre jornadas. Não havendo, portanto, como a empresa estabelecer uma proibição absoluta do emprego pessoal dos computadores e telefones corporativos³¹⁰.

Assim, diante da realidade empresarial, aponta-se para uma expectativa de utilização personalizada desses “elementos produtivos” e, conseqüentemente, uma expectativa de proteção de intimidade e sigilo também desses arquivos, mensagens de e-mails e conversas privadas neles armazenados³¹¹.

Também nesse sentido, Estada i Cuadras e Llobet Anglí³¹² afirmam que cada vez mais as informações intra e extraempresarial se realizam a partir desses instrumentos e serviços. Diante disto, não é de se estranhar que o trabalhador utilize esses aparelhos concedidos pela empresa para comunicar dados de caráter pessoal, mesmo que com clientes da própria empresa, vez que podem ter estabelecido amizade em decorrência de longos anos de relações negociais³¹³.

E, por ser assim, tais meios se tornaram especialmente atrativos para a investigação interna da atividade empresarial, mas, por outro lado, a ingerência de tais meios por parte do empregador traz uma verdadeira intromissão na esfera de intimidade de seu empregado.

De fato, o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), ao interpretar o artigo 8.1 do Convênio Europeu dos Direitos Humanos, afirma que os funcionários têm uma expectativa razoável de que a sua vida pessoal e familiar será respeitada quando do uso dos meios produtivos disponibilizados pela empresa, desde que o empregador não tenha expressamente proibido tais usos³¹⁴.

³¹⁰ 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. pp.134-135.

³¹¹ 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. pp.134-135.

³¹² ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.207.

³¹³ ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.207.

³¹⁴ Da decisão, destaca-se: “41. De acordo com a jurisprudência do Tribunal, as chamadas telefônicas das instalações de trabalho, à primeira vista, abrangidas pelas noções de ‘vida privada’ e ‘correspondência’ para os fins do Artigo 8 § 1 (ver Halford, citado acima, § 44 e Amann v. Suíça [GC], no. 27798/95, § 43, ECHR 2000-II). Segue logicamente que os e-mails enviados do trabalho devem ser similarmente protegido pelo Artigo 8, assim como as informações derivadas do monitoramento do uso pessoal da internet. 42. A

Essa expectativa é baseada na “existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores”³¹⁵. De fato, há de se notar que o trabalhador, conforme os dizeres do Tribunal Supremo Espanhol, por entrar em uma relação laboral, não pode perder os direitos fundamentais que tem reconhecido como cidadão³¹⁶.

Inclusive foi nesse sentido o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região do Brasil em umas das primeiras vezes que o tema foi levado ao Tribunal. Da ementa do acórdão, destaca-se:

A realização de auditoria na estação de trabalho do autor fere o direito ao sigilo de comunicação (CF/88, art. 5º, XII). O parágrafo único do art.1º da Lei 9.296/96 equipara as comunicações em sistema de informática e telemática, via e-mail, às comunicações telefônicas, em relação as quais cabe a quebra do sigilo somente por determinação judicial. Ilegal, pois, a imposição de cláusula autorizadora de realização de auditoria na estação de trabalho dos usuários³¹⁷.

No entanto, conforme salientam Estada i Cuadras e Llobet Angl³¹⁸, o direito à intimidade não é um direito absoluto e, como tal, deve ser admitida a sua relativização

recorrente no presente processo não recebeu qualquer aviso de que as suas chamadas seriam passíveis de monitoramento, por isso ela tinha um expectativa quanto à privacidade das chamadas feitas de seu telefone de trabalho (ver Halford, § 45). Devendo a mesma expectativa deve ser aplicada em relação ao e-mail do candidato e uso da internet”, vide: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Copland V. The United Kingdom*. Application n.º 62617/00. Strasbourg, 03/04/2007. Disponível em: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2016/07/1531450.pdf>>. Acesso em: 05 de julho de 2018. Tradução livre da autora.

³¹⁵ Igualmente, destaca-se: “En definitiva la doctrina de la Sala establece que la empresa, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, para realizar el control del uso del ordenador facilitado por ella al trabajador, ha de proceder a: a) Establecer previamente las reglas de uso de esos medios -los proporcionados por la empresa-, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales. b) Informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse, en su caso, para garantizar la efectiva utilización laboral del medio, cuando sea preciso. c) posibilidad de aplicar otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones”. TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL. *Recurso n.º 4053/2010*. Ponente: Jesus Souto Prieto. Madrid. 06/10/2011. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Actualidad-Jurisprudencial/TS-Social--Desestima-el-recurso-de-casacion-planteado-por-una-trabajadora-y-confirma-su-despido-disciplinario-por-uso-de-los-medios-informaticos-de-la-empresa-para-fines-propios--Contiene-voto-particular->>> Acesso em: 05 de julho de 2018.

³¹⁶ Nesse sentido: ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.211.

³¹⁷ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. TRT-PR-02822-2001-660-09-00-8 (RO-05568-2002) – Acórdão -06845-2003. Rel. Juíza Janete do Amarante. *Diário da Justiça Paraná*, XLIX, Edição digitalizada N.6343, Curitiba, 6ª feira, 04 de abril de 2003. p.397. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/diario-da-justica>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

³¹⁸ ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. pp.197-228. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p.205.

frente à necessidade ou direito-dever do empresário de controlar e vigiar a atividade de seus funcionários.

Assim, o problema que aqui se verifica é como fazer coexistir o direito de privacidade e sigilo das comunicações do trabalhador com o direito – quando não um dever – do empregador em controlar a atividade de seus empregados³¹⁹. E a resposta que se dá à problemática é a de que deverá o empregador, quando na pretensão de analisar as ferramentas de trabalho de seu funcionário, observar princípios constitucionais que limitam a restrição dos direitos individuais.

Desta forma, para poder concretizar essas investigações internas e os empregadores poderem acessar tais informações, há de se ressaltar que deve ele ter apresentado previamente ao empregado, como parte da relação contratual, a possibilidade e os limites desse controle investigativo³²⁰. Sendo essencial, conforme anteriormente dito³²¹, que as empresas, ao estabelecerem suas políticas de investigação e sanções disciplinares, fixem com muita clareza os direitos e obrigações dos empregados, bem como os elementos essenciais do processo da investigação^{322_323}.

E justamente para esse entendimento é que migrou o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que, em maio de 2005, passou à inteligência de que o empregador tem o direito de monitorar e rastrear as atividades do seu empregado no ambiente de trabalho, desde que o faça mediante ciência prévia.

³¹⁹ Também nesse sentido: ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.208.

³²⁰ Nesse sentido: GÓMEZ 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. pp.135-136.

³²¹ Cf. tópico 2.1.1.1 *supra*.

³²² NIETO MARTIN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán. (Dir.). *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. pp.11-29. p.26.

³²³ Ainda assim, há de se chamar atenção para o fato de que há autores que questionam a validade dessa disponibilidade do direito à intimidade por meios das cláusulas contratuais. Nesse sentido, Pablo Montiel aponta que diante das especificidades da relação laboral, não há de se falar de uma possibilidade de, de fato, haver consentimento por parte do empregado. E isto pois as particularidades da relação laboral fazem com que o empregador tenha uma posição de poder perante seu funcionário e, nesse sentido, se não excluída, a capacidade de consentimento se verifica, no mínimo, condicionada. E, tendo-se em vista as consequências desse “consentimento” com ingerências tão graves contra a sua intimidade, deve-se considerar que há, de fato, condições psíquicas e até econômicas que determinam sua aquiescência, não permitindo, portanto, que o empregado disponha livremente de sua liberdade. Vide: PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.221-243. pp.236-238.

Nesse sentido, destaca-se da ementa do acórdão:

(...) 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 mensagens profissionais*, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em -e-mail- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo³²⁴.

No mesmo sentido é o Supremo Tribunal de Justiça português que, em julho de 2007, proferiu acórdão do qual se destaca o seguinte trecho:

(...) VII - A falta da referência prévia, expressa e formal da “pessoalidade” da mensagem não afasta a tutela prevista no art. 21.º, n.º 1 do CT. VIII – Não tendo o empregador regulado a utilização do correio electrónico para fins pessoais conforme possibilita o n.º 2 do art. 21.º do CT, o envio da referida mensagem não integra infracção disciplinar. IX – Tendo o Director da Divisão de Após Venda acedido à pasta de correio electrónico, ainda que de boa fé por estar de férias a destinatária da mensagem em causa, e tendo lido esta, a natureza pessoal do seu conteúdo e a inerente confidencialidade impunham-lhe que desistisse da leitura da mensagem logo que se apercebesse dessa natureza e, em qualquer caso, que não divulgasse esse conteúdo a terceiros. X – A tutela legal e constitucional da confidencialidade da mensagem pessoal (arts. 34.º, n.º 1, 32.º, n.º 8 e 18.º da CRP, 194.º, n.ºs 2 e 3 do CP e 21.º do CT) e a consequente nulidade da prova obtida com base na mesma, impede que o envio da mensagem com aquele conteúdo possa constituir o objecto de processo disciplinar instaurado com vista ao despedimento da trabalhadora, acarretando a ilicitude do despedimento nos termos do art. 429.º, n.º 3 do CT³²⁵.

Em complemento, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em julgamento realizado em setembro de 2017, entendeu não ser suficiente a comunicação pelo empregador sobre a possibilidade de fiscalização. Ao contrário, os empregadores devem informar que, em eventual utilização pessoal das ferramentas de trabalho, a investigação interna poderia ter acesso ao conteúdo dessas mensagens³²⁶.

Além da necessidade de o empregador dar prévio conhecimento da existência e dos limites da fiscalização – tal qual denotam as decisões supracitadas -, Estada I Cuadras e Llobet Anglí afirmam ainda que, no caso concreto, para que o empregador possa afastar

³²⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 61300-23.2000.5.10.0013, Rel. Ministro João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

³²⁵ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo 07S043. N.º Convencional JSTJ000. N.º do Documento SJ200707050000434, Rel.Mário Pereira. Data do Acórdão: 05/07/2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54d3c9f0041a33d58025735900331cc3?OpenDocument&Highlight=0,07S043>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

³²⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Bărbulescu V. Romania*. Application n.º 61496/08. Strasbourg, 05/09/2007. Disponível em: <<http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2017/09/CASE-OF-BARBULESCU-v.-ROMANIA.pdf>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

legitimamente as expectativas de seu empregado, deverá ele observar um “juízo de proporcionalidade”³²⁷.

Em síntese, segundo os autores, o empregador apenas poderá ter acesso aos dados contidos no meios de produção atribuídos ao funcionário no caso de i. O haver informado da proibição parcial ou absoluta do uso pessoal da máquina; ii. O tiver informado que poderiam ser adotadas medidas de controle e vigilância de seu computador, especificando quais seriam as possíveis medidas; iii. Tiver o empresário esgotado todos os meios menos invasivos da intimidade do trabalhador³²⁸.

Assim, apenas no caso de serem ultrapassados esses juízos é que o funcionário poderá ver relativizado o seu direito à intimidade e segredo de suas comunicações, pois, só diante dessas hipóteses é que se verificaria legítima a relativização frente aos direitos fundamentais dos funcionários³²⁹.

Ocorre, no entanto, que, conforme afirma Pablo Montiel, a maioria dessas empresas ainda não possui uma autorregulação suficientemente estruturada que permita ao empregado ter conhecimento prévio dessas regras dessas investigações internas³³⁰. E, desta feita, enquanto que as restrições a serem impostas à atividade dos empregados são rotineiramente revistas, se tornando cada vez mais específicas e, por certo, mais rígidas conforme são atualizadas, igual ênfase não encontram as limitações do poder de fiscalização dos empregadores.

De fato, apenas afirmar no contrato de trabalho que haverá fiscalização dos meios de produção disponibilizados ao funcionário não é previsão suficiente para preencher os requisitos necessários para afastar as expectativas dos funcionários, muito menos é

³²⁷ ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.205. Vale salientar que o princípio da proporcionalidade, bem como seus elementos, serão analisados mais detalhadamente aquando das investigações internas (capítulo 3, ítem 3.4.1).

³²⁸ ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: At-elier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. pp.216-217.

³²⁹ Também nesse sentido, ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228. p.226.

³³⁰ PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. In: In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.221-243. p.225.

suficiente para que este saiba os caminhos a serem seguidos pelo empregador. Ou seja, o funcionário poderia ter seu direito violado por atos que sequer lhe eram previsíveis.

3.2.2 *Princípios aplicados às investigações*

Inicialmente, as investigações internas não se sujeitariam ao processo penal, mas sim ao processo do trabalho (ou laboral)³³¹, tendo sido inclusive nesse âmbito em que se discutiu, conforme visto³³², a problemática quanto a possibilidade de a empresa investigar e os direitos de intimidade do funcionário. No entanto, considerando-se o objetivo do procedimento³³³, quando esta buscar levar resultados ao processo penal para fundamentar investigação contra seu funcionário, o caso toma nova figura e, nesse sentido, há sim de se defender também aqui a incidência dos direitos e garantias fundamentais do processo penal³³⁴.

De tal modo, quando se pretender fazer da investigação interna a “antissala” do Processo Penal³³⁵, ou seja, para que se possa falar na possibilidade de a empresa levá-los validamente às autoridades, sejam elas a polícia judiciária — em termos portugueses, órgãos de polícia criminal (OPC) — ou Ministério Público, deverão ser observados os direitos e garantias do investigado já no momento da coleta de informações.

E estabelecida, portanto, a ideia de que as empresas tem o direito e até o dever de fiscalizar a atividade de seus funcionários desde que estabeleçam previamente todas as diretrizes e limites dessa fiscalização — a fim de se afastar legitimamente a expectativa de privacidade do funcionário —, cumpre-nos agora abordar o próximo passo, qual seja: o que pode ser feito com tais informações no âmbito criminal?

Esta verdadeira privatização das investigações penais, se por um lado reduzem os custos do procedimento para os órgãos estatais e aumentam a eficácia da persecução penal no âmbito da criminalidade econômica, por outro, todavia, acarreta em grande risco para os direitos fundamentais dos investigados, especialmente a seu direito de defesa quando

³³¹ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014. pp.48-49.

³³² Cf. tópico 3.2.1 *supra*.

³³³ Vide tópico 3.1.1 *supra*.

³³⁴ Também nesse sentido: ANTUNES, Maria João. Privatização das Investigações e o *Compliance Criminal*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Ano 28, n. 1, pp.119-127, jan./abr., 2018. p.124.

³³⁵ NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.48.

diante da possibilidade de uma eventual responsabilização penal³³⁶.

Esta fiscalização, enquanto voltada para a proteção da empresa para se defender e até para reestabelecer a sua reputação frente ao mercado/acionistas é completamente compreensível; agora, permitir que essas informações sejam utilizadas pelas autoridades para fundamentar um inquérito penal contra o funcionário da companhia já é uma situação completamente diferente.

Desta forma, se até aqui não se falava em presunção de inocência, *nemo tenetur se ipsum accusare* e proporcionalidade³³⁷, vez que se tratava, até então, de uma investigação exclusivamente privada, agora, diante da possibilidade desta parceria entre o privado e o público, estes direitos deverão ser analisados com extremo cuidado vez serem essenciais ao um processo equitativo, com garantia do exercício efetivo de defesa, o *fair trail*³³⁸.

Nesse sentido, mister que se faça uma nova análise das investigações internas, agora de acordo com os princípios do processo penal anteriormente elencados. Para tanto, cumpre especificar que serão dois os momentos de análise cruciais dessa conexão político-privada: (1) O compartilhamento de informações a partir dos funcionários para os seus empregadores e; (2) O compartilhamento dessas informações dos empregadores com as autoridades.

3.2.2.1 Presunção de inocência

Com relação ao princípio de presunção de inocência, há quem entenda que ele não se aplicaria em uma fase pré-processual, vez que se apresentaria como o correspondente processual da culpa (“não há pena sem culpa”) e, como esta não é analisada na fase de investigação — limitando-se aqui à possibilidade ou não de instauração do processo —,

³³⁶ Literal: ANTUNES, Maria João. Privatização das Investigações e o *Compliance Criminal*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Ano 28, n. 1, pp.119-127, jan./abr., 2018. p.124.

³³⁷ O recorte temático feito no presente trabalho a partir destes três específicos princípios processuais deu-se em razão de serem eles os mais discutidos quando da análise das investigações internas. Quanto aos demais princípios, tais como contraditório ou mesmo a ampla defesa (tanto em seu viés de autodefesa como defesa técnica propriamente dita), entende-se aqui que, por ser uma fase ainda pré-processual não haveria real prejuízo ao investigado caso tais princípios lhe fossem limitados, desde que lhe sejam garantidos, certamente, quando se passar ao âmbito do processo penal propriamente dito.

³³⁸ No mesmo sentido: BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. pp.59 e ss. e RAMOS, Vânia Costa. Corpus Júris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 108, Lisboa, v. 27, pp.125-149. out./dez., 2006. p.139.

não sealaria aqui em presunção de inocência³³⁹. Contudo, conforme bem leciona Bacigalupo³⁴⁰, o princípio também há de ser nesta fase aplicado, respeitando, seguramente, a especificidade do momento “processual”.

E isto pois, tanto nos dizeres de Beccaria³⁴¹ como na Declaração de Direitos Humanos do Homem e do Cidadão de 1789, a presunção de inocência visa promover uma defesa em um duplo aspecto, isto é, contra tratamentos cruéis e degradantes e contra a obtenção de confissões não espontâneas (guardando aqui, por certo, relação com o princípio *nemo tenetur*)³⁴².

Em complemento, segundo Vegas Torres³⁴³, a presunção de inocência manifesta-se em três diferentes significados: i. Estabelecendo garantias ao imputado frente à atuação punitiva estatal; ii. Reduzindo, ao máximo, as medidas que restrinjam seus direitos; iii. Garantindo a absolvição caso a culpabilidade não fique suficientemente demonstrada³⁴⁴.

Nesse sentido, pode-se dizer que a presunção de inocência, ao exigir que seja tratado como inocente, impõe um dever de tratamento que se concretiza em duas dimensões: uma interna ao processo, no sentido de que a dúvida razoável³⁴⁵ deve levar à absolvição (*in dubio pro reo*³⁴⁶); e outra, externa ao processo, vez que representa uma proteção contra uma publicidade abusiva ou estigmatização do acusado³⁴⁷.

Conforme bem leciona Bacigalupo³⁴⁸, o princípio, na fase pré-processual, concretiza-se na necessidade de ser a investigação instaurada a partir de uma séria suspeita

³³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1974. pp.216-217.

³⁴⁰ BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p.60.

³⁴¹ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução Paulo M.Oliveira. Bauru, SP: Edipro, 2010. p.47.

³⁴² Também nesse sentido: COSTA, Eduardo Maia. A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 23, n. 92, pp.65-79. out./dez., 2002. p.70.

³⁴³ VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. Madrid: La Ley, 1993. pp.35 e 36.

³⁴⁴ Sobre o último ponto, no entanto, Jorge de Figueiredo Dias afirma que não está de todo correto falar em ônus da prova no processo penal, vez que, segundo o autor, uma absolvição por falta de provas constitua uma decisão desfavorável à acusação pública (representada, a princípio pelo Ministério Público), tendo-se em vista que é sua função sustentar “a todo custo” a acusação, mas sim auxiliar o juiz na descoberta da “verdade”, vide: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1974. p.212. Em sentido contrário, MOURA, José Souto de. A questão da presunção de inocência do arguido. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 11, n. 42, pp.31-47, abr./jun., 1990. pp.45 e ss.

³⁴⁵ Sobre o assunto: ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016. p.172.

³⁴⁶ Há de se salientar que o princípio do *in dubio pro reo* não se confunde com o princípio da presunção de inocência, tendo-se em vista que enquanto o primeiro apenas vigora em alguns momentos do processo, o segundo tem aplicação desde o início até o transito em julgado, no mesmo sentido: COSTA, Eduardo Maia. A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 23, n. 92, pp.65-79, out./dez., 2002. p.70.

³⁴⁷ No mesmo sentido: LOPES JÚNIOR Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.220

³⁴⁸ BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p.60.

inicial, com grau de suspeita mínimo que justifique a investigação³⁴⁹, a fim de que não se justifique uma busca genérica a todos os atos praticados pela pessoa e, no caso de uma dúvida persistente sobre os fatos relevantes para a admissibilidade do processo, é preferível seu arquivamento³⁵⁰.

Trazendo-se para as investigações internas, há de se lembrar que os empregados são obrigados a entregar suas ferramentas de trabalho, com todas suas correspondências e informações, ou a se submeterem à entrevistas para que seus empregadores (ou escritórios terceirizados) os analisem, sob pena, inclusive, de serem demitidos. Assim, em defesa ao princípio, esta análise mais aprofundada e mesmo o agendamento das entrevistas com funcionários não pode ser aleatória, pois, caso assim fosse, os empregados estariam sendo mantidos sob uma espécie de tortura psicológica constante, o que, por certo, vai de encontro com o princípio com da presunção de inocência.

Desta forma, aplicado à esta fase, o princípio exige que, antes que seja instaurada a investigação e antes que a empresa compartilhe qualquer informação com as autoridades, sejam verificados cuidadosamente os fatos que, porventura, surjam a partir de um *whistleblower*, auditoria ou outros meios, principalmente quando provenientes de denúncias anônimas³⁵¹, vez que, certamente, são mais suscetíveis a gerar denúncias caluniosas ou de má-fé³⁵².

De fato, conforme bem aponta Nieto Martín, deve ser levada em consideração a distinção entre prevenção e reação, vez que esses meios de controle não podem ser utilizados de maneira indiscriminada para detectar quaisquer comportamentos infratores da empresa³⁵³. Assim, é necessário ter uma suspeita suficientemente consistente sobre fato determinado para que seja instaurada a investigação³⁵⁴.

Não podendo a suspeita, inclusive, ser baseada em provas obtidas ilegalmente,

³⁴⁹ Nesse sentido: ANTUNES, Maria João. *Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2018. (I Curso de Compliance). Acesso em: 04 de julho de 2018.

³⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1974. p.217.

³⁵¹ Como é inclusive o modelo optado pela Lei *Sarbanes Oxley*: NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario La Ley*, s.l., Año XXXIV, n. 8120, jul., 2013. p.4.

³⁵² Cf. nota 175.

³⁵³ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50. p.34..

³⁵⁴ No mesmo sentido, BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. pp.60-61.

devendo os analistas de *compliance* analisar preliminarmente tal questão antes que seja de fato instaurada a investigação, podendo ser o caso de se instaurar uma investigação preliminar antes mesmo da investigação interna propriamente dita³⁵⁵.

Dito isto, conclui-se que há de se defender a aplicação do princípio da presunção de inocência também nas investigações internas coordenadas pelas equipes de *compliance*, traduzindo-se esta na necessidade de serem as investigações fundamentadas em denúncias seriamente analisadas, fundamentadas e determinadas, a fim de não se permitir uma busca genérica a todos os atos do investigado; garantindo-se, assim, que, ao ser tratado como inocente, verá este reduzidas ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos.

3.2.2.2 “Nemo tenetur se ipsum accusare”

Muito relacionado com o princípio da presunção de inocência é o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*. E isto pois, conforme questiona Vânia Ramos, “De que serviria, de outro modo, presumir o arguido³⁵⁶ inocente, mas impor-lhe um dever de declaração dos fatos relacionados com a sua culpabilidade?”³⁵⁷.

Já presente na Carta Magna de 1215 e triunfante no direito inglês a partir de 1679, a quinta emenda americana de 1791 consagrou o princípio de *privilege against self-incrimination* ao definir: “Nenhuma pessoa (...) será obrigada em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesmo”³⁵⁸.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direito Cívicos e Políticos de 1966, em seu artigo 14.º, alínea G, dispõe “Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) A não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada”³⁵⁹.

³⁵⁵ Nesse sentido: NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario La Ley*, s.l., Año XXXIV, n. 8120, jul., 2013. p.4.

³⁵⁶ A despeito de o autor utilizar o termo “arguido”, o que por certo, implicaria em um rol de direitos e deveres específicos deste sujeito processual de acordo com o código de processo penal português (artigo 61.º), entendemos aqui que os dizeres também se aplicam aos investigados no âmbito das investigações internas do *compliance*.

³⁵⁷ RAMOS, Vânia Costa. Corpus Júris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte II). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 28, n. 109, pp.57-96, jan./mar., 2007. p.68.

³⁵⁸ Desenvolvidamente, ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. pp.123 e ss. Tradução livre da autora.

³⁵⁹ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos*. Dezembro de 1966. Disponível em:

Segundo Costa Andrade, o princípio *nemo tenetur* corresponderia a dizer que “ninguém pode ser *coactivamente* obrigado a contribuir *activamente* para a sua própria condenação em processo criminal”³⁶⁰ e, assim, veda-se “todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coação, de declarações auto-incriminatórias” na medida em que o arguido³⁶¹ não poderá ser induzido ou coagido a contribuir para sua condenação ou mesmo oferecer provas contra a sua defesa³⁶².

Em complemento, fala-se que o princípio da presunção de inocência

(...) conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade – tanto no inquérito como na instrução ou no julgamento: só no exercício de a plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objeto do processo³⁶³.

Desta feita, pode-se extrair do princípio do *nemo tenetur*: o direito ao silêncio; a proibição de “tortura espiritual”; a proibição de se obter a confissão mediante violência ou manipulação da psique; a consequente negação do papel decisivo da confissão; e o direito do imputado à assistência e à presença de seu defensor no interrogatório³⁶⁴. Tendo o sujeito, inclusive, o poder de se omitir de colaborar ou se utilizar de seu direito ao silêncio sem sofrer qualquer prejuízo³⁶⁵.

E, embora não conste expressamente no texto da Constituição da República Portuguesa, nem na brasileira, a doutrina e a jurisprudência já são unânimes quanto à sua

<http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2018.

³⁶⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão* (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. In: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa. (Orgs.). *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. LVII, Tomo I. Coimbra: 2014. pp.385-451. p.416.

³⁶¹ Cf. nota 356.

³⁶² Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. p.121. No mesmo sentido, SILVA, Sandra Oliveira e. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. 10, pp.361-379, jan./dez., 2013. p.364.

³⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal. *Jornadas de Direito Processual Penal - Direito Processual Penal*. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Almedina, 1995. pp.27-28.

³⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004. pp.623-624.

³⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 232. Sobre a relação entre direito de não cooperar e o direito ao silêncio, Vânia Costa Ramos afirma que apesar de relacionados, o direito de não cooperar não é totalmente coincidente com o direito ao silêncio e isto porque, segundo a autora, o direito de não cooperar pode ser alargado em uma amplitude máxima, isto é, abrangendo todas as situações de cooperação com a justiça que tenham carácter incriminatório, vide: RAMOS, Vânia Costa. *Corpus Juris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 108, Lisboa, v. 27, pp. 125-149. out./dez., 2006. p.132.

vigência no direito processual e quanto à sua natureza constitucional³⁶⁶. E, vale dizer, o princípio compreende o direito de não colaborar para a sua própria incriminação de um modo geral, isto é, seja por meio testemunhal, real ou, inclusive, prova documental³⁶⁷.

De fato, conforme bem aponta Ramos, já seria um consenso na doutrina de que este direito abarcaria também a entrega de eventuais documentos incriminatórios; entendendo-se por documentos “a combinação de um suporte material com dados, factos ou narrações (...), são objectos materiais portadores de um determinado conteúdo ideológico-declarativo produto do pensamento humano”³⁶⁸, incluindo-se à esta definição inclusive as anotações³⁶⁹.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional:

Além de abranger o direito ao silêncio propriamente dito, desdobra-se em diversos corolários, designadamente nas situações em que estejam em causa a prestação de informações ou a entrega de documentos autoincriminatórios, no âmbito de um processo penal³⁷⁰.

E sobre o *nemo tenetur* e o processo penal, interessante a análise da decisão do TEDH na ocasião do denominado “caso Saunders v. Reino Unido”³⁷¹, caso este que se

³⁶⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. pp. 124 e ss. e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

³⁶⁷ RAMOS, Vânia Costa. Corpus Júris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 108, Lisboa, v. 27, pp. 125-149. out./dez., 2006. p.133.

³⁶⁸ RAMOS, Vânia Costa. Corpus Júris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 108, Lisboa, v. 27, p. 125-149. out./dez., 2006. pp.133-135. No mesmo sentido: ANDRADE, Manuel da Costa. Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. In: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa. (Orgs.). *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Prof. Doutor Antônio José Avelãs Nunes*. LVII, Tomo I. Coimbra: 2014. pp.385-451. p.408; ANDRADE, Tiago da Costa. Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas. *Revista de Concorrência e Regulação*, s.l., Ano VIII, n. 31, pp.179-214, jul./set., 2017. pp.192 e ss.

³⁶⁹ RAMOS, Vânia Costa. Corpus Júris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 108, Lisboa, v. 27, pp. 125-149. out./dez., 2006. pp.133-136.

³⁷⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. In: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa. (Orgs.). *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Prof. Doutor Antônio José Avelãs Nunes*. LVII, Tomo I. Coimbra: 2014. pp.385-451. p.407.

³⁷¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. COURT (CHAMBER). *Case of Saunders V. United Kingdom*. Application n.º 19187/91. Strasburg, 17/12/1996. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-58009%22%5D%7D>>. Acesso em: 07 de julho de 2018. Sobre o caso, vide: RAMOS, Vânia Costa. Corpus Júris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 108, Lisboa, v. 27, pp.125-149. out./dez., 2006. pp.144-148 e NIETO MARTÍN, Adan; BLUMENBERG, Axel. “Nemo tenetur se ipsum accusare” en el Derecho Penal

tratava de uma fiscalização, no âmbito administrativo, conduzida por fiscais do Ministério da Indústria e Comércio do Reino Unido.

No decorrer da investigação, os empregados da empresa (...), dirigida pelo Sr. Saunders, foram obrigados, no cumprimento de um dever de cooperação, a fornecer todos os livros e documentos referentes às atividades da sociedade, além de serem submetidos a interrogatórios para eventuais esclarecimentos e, em caso de recusa de cooperação, seriam submetidos a uma punição, a título de desobediência qualificada, de multa ou pena de prisão de até 02 anos.

Ocorre, no entanto, que as informações obtidas a partir do interrogatório de Saunders foram utilizadas como provas contra ele no processo penal, no qual foi condenado ao período de 05 anos de prisão. Diante disto, o TEDH proferiu acórdão sobre o tema, vindo a decidir que, uma vez desrespeitado o *nemo tenetur*, tais documentos não poderiam ser levados ao processo penal como se provas fossem.

O direito de não se autoincriminar, em particular, pressupõe que a acusação em um processo criminal busque provar seu caso contra o acusado, sem recorrer ao recebido por métodos de coerção ou desrespeitando a vontade do acusado. Neste sentido, o direito está intimamente ligado à presunção de inocência contida no parágrafo. 2 da Convenção (art. 6-2)³⁷².

Ainda sobre o caso Saunders, afirmam Nieto Martin e Blumenberg:

Resulta lícito y admisible que la administración imponga coactivamente obligaciones de suministrar documentos cuando la información se utilice con el fin de mejorar la eficacia de la actividad inspectora tendente a salvaguardar un fin público. Lo que no resulta en cambio admisible es que está información se utilice posteriormente en un proceso penal³⁷³.

E no que tange às investigações internas, há de se perguntar se, ao se aceitar que as empresas levem as informações obtidas às autoridades, não se estaria obrigando os funcionários a corroborarem com as suas próprias incriminações e, assim, ferindo o princípio *nemo tenetur* do empregado.

E isto porque, conforme já mencionado³⁷⁴, além de os empregados investigados

económico europeo. In: AAVV. *Curso Superior Universitario en Derecho Penal Económico: Un diálogo entre Jueces, Fiscales, Abogados y Profesores*. Madrid: Editora Universidad Rey Juan Carlos, 2009. pp.281-303. pp.288 e ss.

³⁷² Parágrafo 68. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. COURT (CHAMBER). *Case of Saunders V. United Kingdom*. Application n.º 19187/91. Strasburg, 17/12/1996. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%5B%22document%22%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-58009%22%5D%7D>>. Acesso em: 07 de julho de 2018. Tradução livre da autora.

³⁷³ NIETO MARTÍN, Adan; BLUMENBERG, Axel. “Nemo tenetur se ipsum accusare” en el Derecho Penal económico europeo. In: AAVV. *Curso Superior Universitario en Derecho Penal Económico: Un diálogo entre Jueces, Fiscales, Abogados y Profesores*. Madrid: Editora Universidad Rey Juan Carlos, 2009. pp.281-303. p.288.

³⁷⁴ Cf. tópico 3.1.2 *supra*.

terem de entregar as ferramentas de trabalho para análise de seus empregadores, no caso das entrevistas, serão eles “interrogados” pelos advogados de *compliance* e, em decorrência de um dever de informar proveniente do contrato de trabalho, podem entregar informações que muitas vezes lhe são prejudiciais — até por acreditarem que o advogado estaria ali também representando seus interesses e que as declarações estariam cobertas pela confidencialidade cliente-advogado³⁷⁵.

Havendo de se questionar também aqui se não seria o caso de se pensar não apenas em coação, mas também que esta informação teria sido alcançada mediante engano/erro, vez que a empresa poderia ativamente e dolosamente manter o funcionário em erro para que, a partir disto, consiga a sua confissão.

Por certo, ainda que o empregado não entregue as informações diretamente às autoridades policiais, havendo o empregador como intermediário, tendo-se em vista que a finalidade da investigação se mostra, nesse caso, a cooperação com as autoridades, e, uma vez que o princípio visa proteger o investigado de ser coagido a colaborar para sua condenação ou oferecer provas contra a sua defesa, parece-nos que permitir tal transposição é sim permitir uma afronta ao direito de *nemo tenetur* do empregado.

Ora, uma vez que essas investigações têm por objetivo confirmar eventuais delitos, estar-se-ia, de fato, obrigando aqui que o funcionário entregasse ao seu empregador elementos ou informações que, de fato, corroboram com a sua culpabilidade e, pior, sob pena de ser o empregado demitido caso não colabore.

Neste sentido, Figueiredo Dias e Costa Andrade afirmam que o direito ao silêncio e a não auto-incriminação deverão ser aplicados analogicamente sempre que, ao se prestar a informação, a pessoa se exponha ao perigo de uma persecução penal³⁷⁶.

Assim, há de se chamar atenção para o fato de que aqui também há uma coação, ainda que contratual, para que o empregado participe, seja para entregar documentos ou mesmo para prestar esclarecimentos em entrevistas com os advogados de *compliance*.

E tentar afastar tal coação com o simples dizer que não deveria ter o funcionário

³⁷⁵ NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privatización del proceso penal: el peligro para los derechos de los trabajadores. In: SAAD-DINIZ Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza Barbosa de. (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: LiberArs, 2015. pp.147-163. p.157. Vide nota 252.

³⁷⁶ 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.44.

assinado o contrato seria um evidente menosprezo do problema, vez que requerer que o funcionário se abstenha desta assinatura com vistas a não se autoprejudicar afetaria também direitos fundamentais como a liberdade de autodeterminar-se ao não permitir uma liberdade na escolha de profissão³⁷⁷.

Agora, há uma questão de fundamental importância a ser aqui abordada, qual seja: deve receber o princípio *nemo tenetur* uma tutela absoluta? Ou seja, deve ele prevalecer sobre a eficácia da persecução criminal?

Pois, em caso positivo, tal qual afirma Costa Andrade, em não comportando qualquer relativização, não poderão as informações serem transportadas para o processo penal, ainda que em casos de maior gravidade, prevalecendo, portanto, uma proibição de valoração³⁷⁸. O que, inclusive, vai ao encontro do pronunciamento do Tribunal de Estrasburgo (Bykov v. Rússia – 2009):

(...) para todos os processos independentemente da natureza do crime. O interesse público não pode justificar nenhum meio que atente contra o conteúdo essencial do direito de depor do arguido, incluído o direito de não ter de se acusar a si próprio³⁷⁹.

Por outro lado, no entanto, conforme aponta Vânia Ramos, a partir de uma perspectiva tida por mais *moderna* e em razão não só das infrações, mas também dos autores da infração — principalmente quando se pensa no autores da criminalidade econômica — vê-se que o princípio deveria sim encontrar limitações³⁸⁰.

E também no sentido da relativização, Figueiredo Dias e o próprio Costa

³⁷⁷ Nesse sentido: ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp. 321-339, mai./jun., 2015. p.334.

³⁷⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. In: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa. (Orgs.). *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. LVII, Tomo I. Coimbra: 2014. pp.385-451. p.416. *passim*.

³⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. In: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa. (Orgs.). *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. LVII, Tomo I. Coimbra: 2014. pp.385-451. pp.423-424.

³⁸⁰ Tanto é assim que, por exemplo, não assiste ao arguido relativamente às perguntas sobre a identidade ou relativamente à exames de “alcoolemia” e substâncias psicotrópicas, e, por certo, também há de se falar na Lei de Lavagem de Dinheiro brasileira (Lei n.º 9.613/1998, atualizada pela Lei n.º 12.683/2012). Sobre o tema, detalhadamente: RAMOS, Vânia Costa. Corpus Júris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte II). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 28, n. 109, pp.57-96, jan./mar., 2007. p.74. Também no sentido da relativização do princípio: SILVA, Sandra Oliveira e. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. 10, pp.361-379, jan./dez., 2013. pp.375 e ss.

Andrade³⁸¹, afirmam ser esta conclusão válida, “sem sombra de dúvida”, tanto para o direito sancionatório como para este direito penal secundário, dentro do qual se verifica, certamente, o direito penal econômico³⁸².

De fato, não se pode, no extremo oposto, permitir que se eliminem todas as possibilidades de utilização dos elementos provenientes da investigação, até porque, em nada adiantaria as empresas implementarem um programa de *compliance* e gastarem fortunas em investigações internas para auxiliar o Estado na persecução dessa criminalidade e, ainda assim, esta informação não poder ser utilizada.

E diante dessas considerações e buscando-se responder a este fundamental conflito entre o princípio do *nemo tenetur* e as necessidades de persecução dessa nova criminalidade — que é, a bem da verdade, a maior problemática do presente trabalho —, é que se pensa na relativização deste princípio.

No entanto, acompanhamos aqui o entendimento de Figueiredo Dias e Costa Andrade no sentido de que, dada a sua fundamentação constitucional e a fim de se evitarem dúvidas sobre a constitucionalidade de restrições ao *nemo tenetur*, a relativização deve obedecer dois pressupostos: (1) Existência de lei prévia e expressa no sentido desta relativização³⁸³ e (2) Obediência ao princípio da proporcionalidade no caso concreto³⁸⁴.

E, sendo assim o caso, há de se questionar se já haveriam leis prévias e expressas no sentido desta relativização. E a resposta, ao que nos parece, é positiva. Isto é, apesar de não haver uma legislação, tanto no ordenamento português como no brasileiro, que fale em uma relativização decorrente de um dever *geral* de *compliance*, pois, conforme

³⁸¹ A despeito de ter mantido uma posição mais absolutista quando da análise do Acórdão de n.º 340/2013 do Tribunal Constitucional, vide: ANDRADE, Manuel da Costa. *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*. In: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa. (Orgs.). *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. LVII, Tomo I. Coimbra: 2014. pp.385-451.

³⁸² Cf. nota 44.

³⁸³ Segundo Nicolás González-Cuellar Serrano, seria já este um pressuposto formal do próprio princípio da proporcionalidade quando aplicado ao processo penal na medida em que se exige que todas as medidas restritivas de direitos fundamentais se encontrem previstas em lei, sendo este, conforme afirma o autor, um postulado básico para sua legitimidade democrática e garantia de previsibilidade³⁸³, vide: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español*. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 5, pp.191-215, set./dez.,1998. p. 193.

³⁸⁴ 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. pp.45 e ss.

anteriormente dito³⁸⁵, não há este dever geral, há no ordenamento legislações específicas que determinam a entrega de determinadas informações às autoridades.

Nesse sentido, Dias e Andrade chamam de pronto atenção para o dever de entrega de documentos e informações no âmbito da supervisão administrativas e fiscalizadoras, tal qual o é, por exemplo, o caso do CdVM (Código de Valores Mobiliários) em Portugal, que prevê deveres de entrega de informações à CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários)³⁸⁶.

E aqui se faz importante algumas considerações a respeito das legislações, tanto brasileira quanto portuguesa, no que tange aos crimes de lavagem de dinheiro — em Portugal, branqueamento de capitais — e isto pois, ambas preveem deveres de informação às autoridades.

A Lei de Lavagem de Dinheiro brasileira (Lei n.º 12.683/2012) que, apesar de prever responsabilidade administrativas e civis, possui também um caráter penal³⁸⁷, traz os denominados deveres de *compliance*³⁸⁸ para as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, atividades relacionadas à setores específicos do mercado financeiro (artigo 9.º).

Deveres estes nos quais se inclui a identificação de clientes, manutenção de registros e o dever de atender às requisições e prestar informações ao órgão regulador, fiscalizador ou, na falta deste, ao órgão administrativo COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras)³⁸⁹, sendo inclusive previstas sanções (advertência, multa pecuniária, inabilitação temporária ou cassação/suspensão da autorização para o exercício da atividade) àqueles empresas que não cumprirem tais deveres (artigo 12.º).

No mesmo sentido, a lei de branqueamento de capitais portuguesa (Lei n.º 83/2017) também prevê, para um rol previamente delimitado de entidades relacionadas ao

³⁸⁵ Cf. tópico 2.2 *supra*.

³⁸⁶ Que, por não ser o foco do nosso trabalho, não entraremos mais a fundo no problema. No entanto, para uma análise mais aprofundada, vide: 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. pp.45 e ss.

³⁸⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

³⁸⁸ Deveres estes que, ao nosso ver, não se confundem com o dever de implementação de programa de *compliance* propriamente dito, vez que, conforme restou demonstrado, os programas de *compliance* não se resumem a um simples dever de identificação de clientes, manutenção de registros e informação às autoridades; vide item 2.1 Estrutura dos programas de *compliance*.

³⁸⁹ Artigos 10.º e 11.º da Lei n.º 12.683/2012.

sistema financeiro (artigos 3.º ao 7.º), um dever de colaboração com às autoridades (artigo 53.º), em especial, com o Departamento Central de Investigação Penal, Unidades de Informação Financeira e com as autoridades judiciárias, policiais, setoriais, tributárias e aduaneiras; falando-se aqui em pena por crime de desobediência qualificada em caso de sua não observância (artigo 159.º, n.º1).

Diante de tais determinações, pode-se entender que, ao menos no que tange aos crimes de branqueamento de capitais, há previsão legal, tanto no Brasil como em Portugal, para a entrega de informações às autoridades³⁹⁰. Havendo de se chamar atenção, no entanto, para o fato de que, no caso do Brasil, ao contrário de Portugal, a previsão de entrega de informações é apenas voltada para os órgãos de fiscalização e regulação; sendo a lei silente, portanto, no que tange a entrega de informações às autoridades policiais e Ministério Público.

E, desta forma, poder-se-ia, assim, pensar em uma possível relativização do princípio *nemo tenetur* do funcionário frente ao dever legal imposto à empresa no sentido da entrega de determinadas informações vez que ambos os legisladores, ao preverem sanções em caso de descumprimento, estabelecem verdadeiras coações no sentido no cumprimento desses deveres³⁹¹.

No entanto, para que essa entrega se justifique, conforme defendem Costa Andrade e Figueiredo Dias, não bastaria apenas a existência da lei prévia e expressa no sentido da relativização, devendo agora, em um segundo momento, ser analisado, portanto, tal possibilidade diante dos quesitos de necessidade e proporcionalidade no caso concreto.

3.2.2.3 Princípio da proporcionalidade

Conforme o já afirmado³⁹², as investigações internas surgiram por uma necessidade estatal diante da insuficiência de recursos — tecnológicos e pessoais — frente a esta nova criminalidade, econômica, globalizada e muito bem estruturada. À vista disso, a despeito de serem conduzidas por um ente privado, as investigações internas são, antes

³⁹⁰ No caso do Brasil, é de se chamar atenção que a previsão de entrega de informações é apenas voltada para os órgãos de fiscalização e regulação; sendo a lei silente, portanto, no que tange a entrega de informações às autoridades policiais e Ministério Público!

³⁹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

³⁹² Cf. tópico 3.1 *supra*.

de tudo, de grande interesse e necessidade estatal.

De fato, pode-se dizer que, quando compartilhadas com as autoridades, as investigações internas servem quase como um *longa manus* do estado e, diante desta possibilidade de intervenção estatal — por meio da instauração de um procedimento criminal contra o funcionário —, algumas regras devem ser observadas; justamente para não permitir os abusos destas intervenções.

Neste mesmo sentido, Neira Pena afirma que o advogado de *compliance*, ao conduzir uma investigação interna ao mesmo tempo em que negocia com o governo, deve ser considerado um próprio agente estatal e, conseqüentemente, as investigações assim deverão ser tratadas como se ações estatais fossem³⁹³. E, em sendo assim, há de se falar no denominado princípio da proporcionalidade³⁹⁴, destacando-se que, como bem salienta Tavares, o poder de punir necessita ser justificado³⁹⁵.

De fato, segundo explica Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade é uma regra de interpretação utilizada especialmente nos casos em que um ato estatal, com o objetivo de promover a realização de um direito fundamental ou interesse coletivo, acaba por restringir outro ou outros direitos fundamentais³⁹⁶.

E ao serem observados os dois momentos mencionados das investigações, isto é, o compartilhamento de informações a partir dos funcionários para os seus empregadores e o

³⁹³ NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privatización del proceso penal: el peligro para los derechos de los trabajadores. In: SAAD-DINIZ Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza Barbosa de. (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: LiberArs, 2015. pp.147-163. p.157.

³⁹⁴ Há na doutrina, contudo, quem defenda que o termo “princípio” deveria ser alterado para “regra”, falando-se assim em “regra da proporcionalidade”. E isto tendo-se em vista que, com base na esquematização de Robert Alexy, os princípios apenas poderiam ter seu conteúdo fixado após um sopesamento com princípios colidentes (podendo ser superada em função de outros princípios colidentes), enquanto que a regra, por outro lado, seria um dever definitivo, aplicada por subsunção – seriam obrigações absolutas que não superáveis por normas contrapostas. Desta feita, o princípio da proporcionalidade, a partir da classificação de Alexy, não seria considerado de fato um princípio tendo-se em vista que, como afirma Virgílio Afonso da Silva, “não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações”. No entanto, para não nos afastarmos do objetivo central do presente trabalho, não nos cabe analisarmos esta diferenciação terminológica mais afundo, optando-se pela utilização do termo mais difundido, isto é, “princípio da proporcionalidade”, até porque, como bem salienta “chega-se mesmo a afirmar que haveria quase tantas definições de princípios quantos são os autores que sobre eles escrevem”. Para uma análise mais aprofundada, no entanto, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, s.l., v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002. pp.24-27; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, pp.151-179, jan./mar.,1999. pp 154 e ss.

³⁹⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.162.

³⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, s.l., v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002. p.24. No mesmo sentido: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. *Revista brasileira de direito processual penal*, s.l., v. 4, n. 1, pp.435-472, 2018. p.457.

dos empregadores para as autoridades, há de ser questionado se não haveria aqui uma afronta principalmente aos princípios de presunção de inocência e *nemo tenetur se ipsum accusare*³⁹⁷ em nome do interesse coletivo pela persecução do crime.

O princípio é, neste sentido, uma “*restrição às restrições*”³⁹⁸, e, para que o ato se diga proporcional, ou seja, para que não se tenha uma restrição desproporcional a estes direitos fundamentais, deverá ele passar pelos exames dos sub-elementos da proporcionalidade, ou seja, o exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³⁹⁹.

Quanto ao requisito de adequação (ou idoneidade), segundo Ávila⁴⁰⁰, a medida seria adequada quando o meio escolhido fosse apto a alcançar o resultado pretendido, e, em complemento, Virgílio Afonso da Silva afirma que seria não só o meio a partir do qual o objetivo é alcançado “mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”⁴⁰¹.

Tal promoção, ou mesmo facilitação do objetivo, poderá, de acordo com Serrano, ser realizada a partir de critérios qualitativos, quantitativos e de acordo com seu âmbito

³⁹⁷ Ambos os princípios serão mais detalhadamente analisados nos tópicos 3.2.2.1 e 3.2.2.2, respectivamente.

³⁹⁸ Cumpre ressaltar que o ato desproporcional não é, necessariamente, um ato irrazoável ou absurdo, motivo pelo qual o princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade. É inclusive nesse sentido a Decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, isto é, reconhecendo a desproporcionalidade de uma medida, ainda que admitindo a sua razoabilidade: *Smith and Grady v. United Kingdom* [1999], §§ 137 ss, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, s.l, v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002. p.30. E ainda como expressa Virgílio, a análise das sub-regras deve ser feita nesta específica ordem (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), de modo que se tenha uma relação de subsidiariedade, ou seja, apenas se passa para a próxima sub-regra caso o problema não tenha sido resolvido pela anterior, ou, em outras palavras, “a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade”, aprofundadamente em: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, s.l, v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002. p.34.

³⁹⁹ Cumpre ressaltar que o ato desproporcional não é, necessariamente, um ato irrazoável ou absurdo, motivo pelo qual o princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade. É inclusive nesse sentido a Decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, isto é, reconhecendo a desproporcionalidade de uma medida, ainda que admitindo a sua razoabilidade: *Smith and Grady v. United Kingdom* [1999], §§ 137 ss, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, s.l, v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002. p.30. E ainda como expressa Virgílio, a análise das sub-regras deve ser feita nesta específica ordem (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), de modo que se tenha uma relação de subsidiariedade, ou seja, apenas se passa para a próxima sub-regra caso o problema não tenha sido resolvido pela anterior, ou, em outras palavras, “a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade”, aprofundadamente em: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, s.l, v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002. p.34.

⁴⁰⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, pp.151-179, jan./mar.,1999. p.172.

⁴⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, s.l, v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002. p.36.

subjetivo de aplicação⁴⁰².

Neste sentido, será o meio qualitativamente adequado quando, no caso concreto, for idôneo para alcançar o fim previsto e o será quantitativamente adequado quando respeitar a duração e a intensidade necessária para alcançar o seu objetivo⁴⁰³. Por fim, será o meio adequado a seu âmbito subjetivo de aplicação, quando houver a individualização dos sujeitos passivos, ou seja, não se pode aplicar restrições a direitos fundamentais de um conjunto indeterminado de cidadãos.

Ultrapassado o critério da adequação sem que se tenha a resolução do problema, passar-se-á à análise da necessidade. E, nesse sentido, tem-se por necessária, por sua vez, a medida que, “dentre todas as disponíveis e *igualmente eficazes* para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos”⁴⁰⁴; sendo, portanto, um exame imprescindivelmente comparativo⁴⁰⁵.

Desta feita, há de se verificar qual o direito fundamental que está sendo restringido para que então, na sequência, se questione sobre a possibilidade ou existência de medidas alternativas que, da mesma forma, seriam capazes de atingir a sua finalidade, mas que restringiriam em menor escala o direito fundamental em questão⁴⁰⁶.

Segundo Ávila⁴⁰⁷, o exame da necessidade tem, portanto, duas etapas de investigação: primeiramente, deve-se realizar o “exame da igualdade de adequação dos meios”, a fim de se verificar se os meios alternativos promoveriam o mesmo fim e, na sequência, há de ser feito o “exame do meio menos restritivo”, com o intuito de se examinar se os meios alternativos de fato restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados.

Por fim, ultrapassados a adequação e a necessidade, há de se analisar a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, há de se fazer um “sopesamento entre a

⁴⁰² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 5, pp.191-215, set./dez.,1998. pp.200 e ss.

⁴⁰³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 5, pp.191-215, set./dez.,1998. p.201.

⁴⁰⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, pp.151-179, jan./mar.,1999. p.172.

⁴⁰⁵ No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, s.l, v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002. p.38.

⁴⁰⁶ No mesmo sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, s.l, v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002. p.39.

⁴⁰⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.122.

intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”⁴⁰⁸.

Dito de outra forma, deve a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição⁴⁰⁹. De tal sorte, Silva afirma que para uma medida ser considerada desproporcional em sentido estrito, bastaria “que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”⁴¹⁰.

Analisados os sub-elementos deste princípio, é alcançado o momento de aplicá-los à investigação interna, vez que é ele essencial para a defesa dos direitos fundamentais e, conforme bem assevera Bacigalupo, durante a instrução não são poucos os direitos fundamentais que poderiam ser limitados⁴¹¹. Assim, há de se perguntar: até qual ponto seria compatível a intervenção aos direitos fundamentais com o interesse do Estado na persecução do delito?

Desta forma, tendo-se que o interesse coletivo aqui tutelado é a persecução do ato criminoso, parecem-nos que tanto o compartilhamento de informações dos funcionários com os seus empregadores como o compartilhamento dessas informações com as autoridades se verificam adequados para o seu fim, vez que dão conhecimento, em um primeiro momento, à empresa e, em segundo momento, às autoridades, dos atos criminosos, possibilitando, com isso, sua persecução.

Agora, seriam esses atos necessários? Ou haveriam meios menos prejudiciais e *igualmente eficazes* para a persecução dessa criminalidade?

Por certo, há como se pensar em meios menos prejudiciais ao direito de privacidade do empregado, presunção de inocência e *nemo tenetur se ipsum accusare*, tais como permitir que as informações apenas sejam alcançadas em sede de inquérito policial, não se autorizando a investigação privada e sendo todas informações alcançadas exclusivamente por meio de autorização judicial.

No entanto, uma investigação assim conduzida não cumpre a mesma eficácia

⁴⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, s.l, v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002. p.40.

⁴⁰⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.114.

⁴¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, s.l, v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002. p.41.

⁴¹¹ BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p.66.

exigida pelo sub-elemento da proporcionalidade. Ora, tendo-se em vista, conforme o anteriormente dito⁴¹², que essa nova criminalidade econômica, globalizada e com agentes especializados foi justamente a responsável por trazer uma nova realidade de persecução de crimes — a realidade da autorregulação regulada —, em decorrência das limitações estatais, não nos parece difícil defender que não haveria outro mecanismo tão eficaz quanto esta cooperação entre investigações internas e Estado.

E ainda que se pense no caso a caso e no grau de prejuízo decorrente das condutas investigadas (o que, como se defenderá adiante, é a análise fundamental para determinação da proporcionalidade em sentido estrito), é incontestável que a medida mais eficaz de se ter informações sobre possíveis condutas delitivas é a partir da própria empresa na qual o delito teria ocorrido, visto que, conforme já anteriormente dito⁴¹³, é ela que conhece a sua realidade empresarial, tendo acesso mais fácil a seus empregados, estrutura organizacional e limite de funções.

No entanto, cumpre destacar aqui que as entrevistas conduzidas no âmbito das investigações internas são ela orientadas para trazer maiores esclarecimentos quanto as fatos investigados pela empresa e, assim, poder trazer uma maior eficácia para a própria investigação interna. E, assim sendo, há de se perguntar: seria de fato *necessário* que esses relatórios de entrevistas (pois, por certo, a entrevistas devem ser reduzidas a termo) sejam transportados para o processo penal?

A resposta, e aqui compartilhamos, em parte, com o entendimento de Imme Roxin⁴¹⁴, nos parece negativa. E isso porque, a despeito de as entrevistas serem adequadas e necessárias à investigação interna propriamente dita, ao contrário dos documentos entregues pelos funcionários — cujo o Estado sequer teria conhecimento se não fosse a empresa —, sua repetição em juízo não acarretaria em perda alguma de sua eficácia e, por certo, ainda garantiria a defesa de todos os direitos do funcionário investigado, agora oficialmente arguido.

Sendo assim, não nos parece que o compartilhamento dos relatórios de entrevistas com as autoridades públicas preencha o requisito necessidade previsto pelo controle de proporcionalidade. Tal não ocorre, no entanto, com a entrega de documentação, tendo-se

⁴¹² Cf. tópico 1.2 *supra*.

⁴¹³ Cf. tópico 1.3 *supra*.

⁴¹⁴ ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp.321-339, mai./jun., 2015. p.334.

em vista que por ser titular das ferramentas de trabalho e poder realizar a investigação interna já se utilizando de seu conhecimento prévio sobre o seu funcionamento e estrutura, a empresa — desde que afastada às expectativas de privacidade e sigilo do funcionário — tem meios de alcançar documentos e informações com muito mais eficiência que as autoridades.

Desta feita, parece-nos portanto, que as medidas derivadas do *criminal compliance* e a sua relação com o Estado se verificam adequadas e necessárias (ao menos no que tange à entrega de documentação propriamente dita); restando-nos aqui, por fim, fazer uma análise quanto a sua proporcionalidade em sentido estrito, o que, ao que nos parece, seria o maior desafio.

De fato, quando analisado se há proporcionalidade segundo este último sub-elemento, ponderando-se a finalidade pública de persecução de criminalidade e o direito de privacidade do empregado, presunção de inocência e *nemo tenetur se ipsum accusare*, parece-nos o correto que a resposta dependa do caso a ser analisado concretamente, isto é, verificando-se a gravidade do delito⁴¹⁵.

Ora, a ser considerada já no momento da instauração da investigação interna, não nos parece proporcional restringir o direito de privacidade, ou mesmo exigir que o funcionário entregue documentações ou que veja seus direitos restritos quando em caso em tela for, por exemplo, uma investigação a respeito de possíveis “presentes” de valores simbólicos entregues à dirigentes de empresas a título de “agradecimento”, por exemplo.

Situação diferente é, por outro lado, o caso de o funcionário desviar grandes volumes de dinheiro da empresa para contas privadas em seu nome ou nome de “laranjas” ou vender informações privilegiadas, podendo, dependendo do tamanho da empresa, causar prejuízos não só para os acionistas, mas também para o mercado, para a concorrência e para a economia.

Assim, diante desses últimos casos, tamanha a proporção da gravidade do delito e os possíveis prejuízos causados pelos atos dos funcionários, nos parece proporcional que se permita uma análise mais aprofundada do caso, justificando-se eventuais restrições dos direitos e garantias supracitados em defesa da persecução dessa criminalidade.

⁴¹⁵ Neste sentido: BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p.67.

3.3 Possíveis respostas ao conflito entre o direito do empregado e a investigação interna

Desta feita, verifica-se que desde que tenha sido afastada legitimamente a expectativa de privacidade e o direito das comunicações do empregado, o empregador, poderá, dentro dos limites pré-estipulados nos códigos internos e desde que estes sejam de real conhecimento do empregado, investigar o seu funcionário.

Essa investigação, no entanto, quando tiver por objetivo levar informações ao processo penal, deverá, desde a sua instauração até a entrega de informação às autoridades, obedecer os direitos e garantias específicos do processo penal, ao qual destacam-se os princípios da presunção de inocência, *nemo tenetur se ipsum accusare* e proporcionalidade.

Desta feita, o compartilhamento das informações obtidas nas investigações internas com as autoridades nos parece adequado e necessário para o fim da persecução criminal, devendo, no entanto, verificar-se, no caso concreto, se haveria uma real proporcionalidade que justificasse a afronta aos direitos do trabalhador (destacando-se a presunção de inocência e o *nemo tenetur*) em nome da persecução criminal.

No que tange à presunção de inocência, esta se aplica já a partir da própria instauração da investigação, vez que deverá ser esta apenas instaurada diante de fatos determinados e fundamentados em denúncias previamente analisadas (investigação preliminar) pelos setores pré-determinados no código interno da companhia.

E, nesse sentido, vê-se na prática, muito usual que os escritórios de *compliance* contratados para realizar as investigações internas, trabalhem em parceria com grandes companhias de auditoria que possuam tecnologia suficiente para, ao menos que tange à coleta de informação decorrente de meios eletrônicos do funcionário (usualmente denominado *custodian*), selecionar e compactar as informações realmente relevantes para a específica investigação, formando-se assim o denominado batch⁴¹⁶ a partir das palavras-chaves da investigação (*keywords*)⁴¹⁷.

Com isso, otimiza-se o tempo da investigação e, por certo, acaba por proteger de certa forma a intimidade do funcionário, vez que as *keywords* funcionarão como

⁴¹⁶ Que corresponderia a um arquivo em lotes do utilizado justamente para otimizar tarefas.

⁴¹⁷ Também sobre o tema: ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp.321-339, mai./jun., 2015. p.323.

verdadeiros filtros e dificultarão que informações estritamente pessoais e irrelevantes sejam levados para a investigação.

E uma maior preocupação ainda se verifica com relação às entrevistas realizadas com os funcionários e coordenadas pelos advogados de *compliance*, uma vez que são esses contratados para defender o direito da empresa; interesse este que, por certo, nem sempre condiz com o interesse do funcionário.

De fato, a preocupação com as entrevistas e o *nemo tenetur* do empregado é tão importante que, apesar de não haver um dever legal para tanto, alguns escritórios, na tentativa de evitar maus entendidos e visando uma possível validação das informações obtidas⁴¹⁸, vem, na prática, informando os funcionários sobre o “Corporate *Miranda Warnings*” ou, como é mais conhecido na prática, “*Upjohn Warning*”.

E tal dispositivo vem no sentido de informar o funcionário sobre o papel do advogado de *compliance*, deixando claro que este está ali representando a empresa e os interesses da companhia — e não os do investigado —, esclarecendo o propósito da entrevista, salientando que esta deverá ser mantida em sigilo (não podendo o empregado comentar com outros funcionários) e, por fim, explicando que o privilégio e direito de confidencialidade pertencem à empresa e que ela — e somente ela — poderá optar por renunciar e divulgar a comunicação a outras pessoas^{419_420}.

Tal disposição, inclusive, vai ao encontro da tese de n.º 3 da diretoria penal da

⁴¹⁸ Para o caso de a empresa, ao fim da investigação interna, considerar vantajoso o compartilhamento de informações com as autoridades.

⁴¹⁹ TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act handbook: a practical guide for multinational general counsel, transactional lawyers and white collar criminal practitioners*. Chicago: American Bar Association, 2010. pp.243-244 e BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010. pp. 303 e ss. Para uma análise mais aprofundada do instituto: ABA WCCC WORKING GROUP. *Upjohn Warnings: recommended best practices when corporate counsel interacts with corporate employees*. Disponível em: <<https://www.crowell.com/PDF/ABAUjohnTaskForceReport.pdf>>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

⁴²⁰ Segundo pesquisa realizada por Ulrich Sieber e Marc Engelhart nas empresas alemãs, verificou-se que, no que tange as precauções com o funcionário, apenas 53% das empresas teriam dito que previam alguma espécie de proteção ao funcionário, enquanto que 47% não teriam a mesma preocupação. Dentre as precauções para com os funcionários, a pesquisa destacou a possibilidade de contatar um advogado ou o sindicato dos trabalhadores, a ciência ao funcionário de que sua declaração poderia ser utilizada contra ele em procedimentos criminais e a ciência de que ele poderia permanecer em silêncio no caso de sua declaração gerar uma autoincriminação. Muito interessante e louváveis seriam essas preocupações empresariais de 53% das empresas se, ao que os próprios Ulrich Sieber e Marc Engelhart notaram, elas não fossem tomadas, em sua grande maioria, por empresas pequenas e não pelas empresas de médio ou grande porte – que exercem uma poder e pressão muito superior sobre seus funcionários. Vide: SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes: An Empirical Survey of German Companies*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014. pp.108-111.

Câmara Federal de Advogados Alemã no sentido de que devem ser os funcionários instruídos a “levar um advogado de sua escolha, que eles podem ver e aprovar o termo de declaração e, ainda, que devem ser informados de que o termo de declaração pode ser eventualmente encaminhado aos órgãos públicos e de que este pode ser utilizado em seu detrimento”⁴²¹.

No entanto, ainda assim, Imme Roxin afirma que o funcionário em nada ganharia com tal “representação técnica”, tendo em vista que, apesar de, por um lado, manter a possibilidade de não se auto-incriminar perante o Ministério Público, podendo, inclusive, se manter em silêncio, por outro, estaria sujeito a todas as sanções trabalhistas, inclusive demissão, por ter violado o seu dever de cooperar e informar⁴²².

Neste sentido, chega-se a uma necessidade de, novamente, recorrermos ao princípio da proporcionalidade, isto é, para que se verifique se haveria de fato uma necessidade de que fosse feita a entrevista com o funcionário ainda no âmbito das investigações⁴²³. Uma vez que, de fato, eventuais informações adicionais podem, por certo, ser alcançadas por meios legais, isto é, já no âmbito de uma investigação conduzida pelas autoridades públicas e sempre com as autorizações judiciais que se fizerem necessárias⁴²⁴.

Feitas as considerações necessárias sobre as investigações internas no que tange ao direito dos trabalhadores e princípios processuais penais, mister se faz, na sequência, a análise quanto a possibilidade de transporte a possível valoração desses resultados para o processo penal.

⁴²¹ Sobre o tema: ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp.321-339, mai./jun., 2015. pp.334 e ss.

⁴²² ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp.321-339, mai./jun., 2015. p.335.

⁴²³ ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp.321-339, mai./jun., 2015. p.337.

⁴²⁴ Também nesse sentido: RAMOS, Vânia Costa. Corpus Júris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte II). *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 28, n. 109, pp.57-96, jan./mar., 2007. p. 92.

CAPÍTULO IV - NATUREZA JURÍDICA E VALORAÇÃO DOS RESULTADOS OBTIDOS A PARTIR DA INVESTIGAÇÃO INTERNA

Finda a investigação interna, seus atos deverão ser reduzidos à forma documental. E a depender do interesse da empresa, tendo-se em vista que não se tem aqui um verdadeiro dever *geral* de compartilhamento de informações⁴²⁵, estas poderão, por quem competente de acordo com o código interno da empresa, ser levadas às autoridades de persecução criminal.

Entregue às autoridades o resultado do trabalho investigativo conduzido pela empresa, há de se fazer a primeira e fundamental pergunta: poderão tais elementos serem recebidos pelo processo penal?

Os questionamentos que levantam por aqueles que entendem pela não possibilidade de transporte já foi abordado ao decorrer de todo o trabalho, no entanto, de forma sucinta, vale retomar alguns deles a título de melhor fixação.

Desta feita, aqueles que entendem pela não possibilidade, tal como Pais, ressaltam que o transporte seria um risco para o processo penal na medida em que tais informações advêm de “fontes desconhecidas, ou, ao menos, não controladas, por operadores não judiciários”⁴²⁶.

Ainda, uma vez que as investigações internas, ao contrário do processo penal, não necessitam de autorização judicial para alcançarem as informações pretendidas, a utilização desses documentos no processo penal equivaleria a desvirtuar o sentido das garantias processuais, contornando a exigência legal de participação do juiz no processo de aquisição de prova⁴²⁷. Em complemento, uma vez que a entidade fiscalizadora (a empresa) também poderá a vir a ser arguida, ou ao menos suspeita e investigada no processo penal, haveria de se falar em um confronto entre o direito de defesa do trabalhador e o direito de defesa da própria empresa. E, neste sentido, não estaria sendo preservada a imparcialidade

⁴²⁵ Salvo em casos específicos, vide pp. 90 e ss.

⁴²⁶ Também nesse sentido: PAIS, Ana. Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada” e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. pp.663-686. p.671.

⁴²⁷ PAIS, Ana. Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada” e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. pp.663-686. p.677.

necessária da investigação⁴²⁸.

E aqui há de se concordar que de fato, por ser um ambiente privado, ainda que possivelmente fiscalizado por agências reguladoras, se poderia realmente questionar as possíveis fontes de investigação e até a imparcialidade da entidade fiscalizadora⁴²⁹ — principalmente quando pensado nos benefícios processuais que a empresa poderia obter com a entrega de informações⁴³⁰.

Contudo, e rebatendo-se o entendimento de proibição total de valoração, é justamente com este intuito que se defende a necessidade de que todas as diretrizes das investigações internas sejam previamente estipuladas nos códigos internos das companhias, — até como decorrência do princípio da legalidade — justamente para trazer uma segurança quanto às fontes de investigação e trazer a desejada imparcialidade.

No que tange à possibilidade de se deixar desvirtuar o sentido das garantias processuais, ou, o que Cláudia Santos diria ser “uma forma de fazer entrar pela janela aquilo que o legislador não deixou entrar pela porta”⁴³¹, defende-se aqui que a solução será encontrada a partir do princípio de proporcionalidade aplicado no caso concreto.

Ou seja, tomando-se por base a necessidade da persecução desta criminalidade econômica — justificada por seus reflexos no mercado financeiro e nos bens-jurídicos supra-individuais⁴³²—, os limites investigativos dos órgãos estatais e o crime a ser investigado no caso concreto, nos parece proporcional — desde que respeitados os direitos e garantias do empregado na fase de investigação interna⁴³³ — que as informações, ainda que obtidas sem autorização judicial, sejam levadas ao processo penal.

Vale dizer que estamos considerando a possibilidade de transferência apenas das informações obtidas a partir das ferramentas de trabalho dos funcionários e não dos

⁴²⁸ PAIS, Ana. Os programas de compliance e o risco da privatização do procedssso penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada” e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. pp.663-686. p.683-685.

⁴²⁹ Vide tópico 3.1.3 *supra*.

⁴³⁰ Vide tópico 2.2 *supra*.

⁴³¹ SANTOS, Cláudia Cruz. O direito processual penal, as suas finalidades conflituantes e alguns problemas de “burla de etiquetas”. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. pp.815-834. p.833.

⁴³² Vide tópico 1.2 *supra*.

⁴³³ Conforme defendido no presente trabalho, desde que seja respeitada a presunção de inocência do empregado, seja possível a relativização do *nemo tenetur se ipsum accusare* e que seja proporcional no caso concreto; vide tópicos 3.2.2.1, 3.2.2.2 e 3.2.2.3.

depoimentos prestados em sede das entrevistas com os advogados de *compliance*, tendo-se em vista que, conforme já foi salientado⁴³⁴, estas não ultrapassam o requisito *necessidade* decorrente do princípio da proporcionalidade e, neste sentido, não poderão ser transportadas.

Concluindo-se, portanto, que podem os resultados das investigações internas ser recebidos pelo processo penal, cumpre agora trazer resposta ao segundo questionamento, qual seja: qual a natureza jurídica e, por consequência, como poderão ser valorados os resultados obtidos com a investigação interna quando transportados para o processo penal?

4.1. Problema de prova emprestada?

Muito embora possa parecer, em um primeiro momento, um problema de prova emprestada⁴³⁵ — fato este que acarretaria em valorar o resultado da investigação “como as demais provas do segundo processo, não sendo nem valorizada, nem desvalorada”⁴³⁶ não se acredita que é esta a melhor resposta ao problema levantado.

E isto porque, apesar de realmente se buscar aproveitar a atividade obtida de um processo em outro mediante o traslado dos elementos que a documentaram⁴³⁷, conforme bem salienta Gomes Filho, para que a prova possa ser validamente compartilhada é essencial a observância das garantias processuais do contraditório e amplitude do direito de defesa⁴³⁸.

De fato, Gustavo Badaró aponta para algumas particularidades a serem observadas para que a prova possa de fato ser admitida como prova emprestada, quais sejam:

⁴³⁴ Vide tópico 3.2.2.3 *supra*.

⁴³⁵ Previsto no artigo 522.º, n.º1 dos Código de Processo Civil português e no artigo 372.º do Código de Processo Civil brasileiro.

⁴³⁶ PINTO, Rui. Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível: Algumas linhas gerais de solução. In: GUEDES, Armando Marques; BRITO, Maria Helena; PRATA, Ana; DUARTE, Rui Pinto; GOUVEIA; Mariana França. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp.1155-1196. p. 1189. No mesmo sentido, Talamini, aquando da análise da valoração da prova emprestada frente à legislação brasileira, afirma que apesar de ser apresentada na forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento, tendo, de fato, a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo original, vide: TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. v. 35, n. 140, pp. 145-162, out./dez., 1998. p. 147.

⁴³⁷ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. v. 35, n. 140, p. 145-162, out./dez. 1998. p. 146.

⁴³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 43-61, ago., 2016. p.52.

- (1) que a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante juiz natural;
- (2) que a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo;
- (3) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos;
- (4) que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo⁴³⁹.

Desta feita, segundo o primeiro requisito, é necessário que as provas tenham sido produzidas perante uma autoridade jurisdicional⁴⁴⁰ e, de tal sorte, não se pode, conforme bem defende Gustavo Badaró, emprestar provas que tenham sido produzidas perante autoridades não jurisdicionais⁴⁴¹, como é o caso aqui das investigações internas, conduzidas pelas próprias empresas.

Quanto ao segundo requisito, o contraditório, há de se diferenciar as fontes de prova *pré-constituendas*, que dizem respeito a fontes de conhecimento pré-existent (tal como um documento, por exemplo), das *constituendas*, constituídas e produzidas com os atos do processo⁴⁴² (ex: depoimento).

E isto porque há quem entenda, tal como Bechara⁴⁴³ que bastaria à prova *pré-constituenda* o contraditório antes da decisão judicial, o contraditório diferido, enquanto que às provas *constituendas* seria necessário que, em ambos os processos, o contraditório tenha se desenvolvido⁴⁴⁴.

Contudo, ainda que se tenha a distinção entre provas *pré-constituendas* e *constituendas*, seguimos aqui o entendimento de Talamini no sentido que o contraditório não é apenas uma garantia frente à uma prova já produzida, mas também:

⁴³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 157-179, jan./fev., 2014. p.163.

⁴⁴⁰ No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p.60-69, out./dez., 1993. pp.66-67.

⁴⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 157-179, jan./fev., 2014. pp.163-164.

⁴⁴² COMOGLIO *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 157-179, jan./fev., 2014.

⁴⁴³ Nesse sentido: BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 8, n. 14, pp.315-343, jan./jun., 2011. pp.326-327.

⁴⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, pp.157-179, jan./fev., 2014. p.164. No mesmo sentido: BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 8, n. 14, pp.315-343, jan./jun., 2011. pp.328-329 e 336-337.

(...) a possibilidade de participação efetiva em toda atividade judicial destinada à formação do convencimento do magistrado. Há o direito de ‘fiscalizar’ e ‘influenciar’ o desenvolvimento da instrução, inclusive a probatória”⁴⁴⁵

E, sendo assim, acredita-se que deverão ser respeitados o contraditório, mesmo em caso de provas *pré-constituendas* em ambos os processos, na medida em que se deverá se permitir que a parte possa “fiscalizar” e “influenciar” o desenvolvimento da instrução.

Dito isto, quando pensado no âmbito das investigações internas, verifica-se que não há um real contraditório e isto principalmente em razão de, há de se recordar, as investigações internas, em especial o ato de coleta das informações, são conduzidas principalmente sob a seara das regras jurídicas do direito do trabalho e não na do processo penal propriamente dito.

Em outras palavras, o empregado não tem aqui as mesmas possibilidades de seu empregador, tendo-se em vista que não há qualquer paridade de armas, sendo certo que o empregado está subordinado ao empregador, inclusive por meio do próprio contrato de trabalho e, nesse sentido, na prática observa-se que não há as mesmas possibilidades tanto ao que tange ao direito de fala ou produção de prova.

Corroborando com tal entendimento, Pais afirma que o empregador assume uma real posição de “domínio”, sendo dele o poder de direção e a faculdade de adotar as medidas de vigilância e controle que considerar necessárias⁴⁴⁶.

Da mesma forma, há de se destacar que a presença do advogado no decorrer das entrevistas não é garantia de contraditório, mas sim uma garantia de que o empregado investigado terá seus direitos respeitados e não será coagido — ou mantido em erro — pela empresa a ferir, sob circunstâncias não permitidas, o seu direito de não produzir prova contra si mesmo.

Quanto ao terceiro requisito, é ele auto-explicativo, e não nos parece que traz um real problema.

O quarto requisito, por sua vez, exige que o âmbito de cognição judicial seja o mesmo em ambos os processos e, por certo, como afirma Badaró, que tenha sido o

⁴⁴⁵ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. v. 35, n. 140, pp.145-162, out./dez., 1998. p.149.

⁴⁴⁶ Neste sentido: PAIS, Ana. Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada” e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. pp.663-686. p.673.

contraditório de mesma intensidade⁴⁴⁷, e, em sendo assim, novamente nos parece as investigações internas não preenchem o requisito exigido.

Assim, diante de todo o exposto, não há aqui de se falar em prova emprestada, vez que os requisitos desta, em especial, que tenha sido a prova no processo originário produzida perante um juiz natural e que tenha sido permitido o contraditório no primeiro processo (na investigação interna, portanto), conforme defendido, não estão preenchidos.

Restando, assim, afastada a possibilidade da prova emprestada, que, conforme dito, levaria a ser tratada como as demais provas⁴⁴⁸, identifica-se como resposta ao problema proposto, conforme será analisado nos tópicos subsequentes, duas possíveis soluções: (1) As informações poderão ser consideradas como elementos de provas e, assim, valoradas como os demais dados probatórios apresentados por outros meios de prova; (2) As informações poderão ser consideradas como elementos de informação e, assim, não poderão fundamentar condenação.

4.2 Elementos de prova?

Tendo-se em vista que os elementos de prova são os dados probatórios alcançados a partir dos meios de prova, mister se faz, primeiramente, definir o que pode ser entendido como meio de prova. E, nesse sentido, afirma Gomes Filho, que são “uma atividade endoprocessual *desenvolvida perante o juiz* e com conhecimento e *participação* das partes envolvidas”⁴⁴⁹.

Desta feita, tomando-se o Código de Processo Penal português por exemplo, poderão ser considerados como *meios de prova* “a prova testemunhal, as declarações do arguido, declarações do assistente, declarações de partes civis, a prova por acareação, a prova por reconhecimento, a reconstituição do facto, a prova pericial e a prova

⁴⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 157-179, jan./fev., 2014. pp.166.

⁴⁴⁸ PINTO, Rui. Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível: Algumas linhas gerais de solução. In: GUEDES, Armando Marques; BRITO, Maria Helena; PRATA, Ana; DUARTE, Rui Pinto; GOUVEIA; Mariana França. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp.1155-1196. p.1189; TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. v. 35, n. 140, p. 145-162, out./dez., 1998. p. 147.

⁴⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. pp.303-318,pp.307-311.

documental”⁴⁵⁰.

Segundo Germano Marques da Silva, os meios de prova tem “aptidão para serem por si mesmos fonte de conhecimento”⁴⁵¹ e, em decorrência disto, afirma-se que os meios de prova são caracterizados por oferecerem ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão⁴⁵².

Desta forma, sendo os elementos de prova voltados diretamente à convicção do juízo, e tendo por principal finalidade de “*fundar a decisão sobre os fatos*”⁴⁵³ a partir de um juízo de certeza, deverá haver rigorosa observância ao princípio do contraditório, o que resulta em uma exigência de que não apenas as partes tenham conhecimento mas de que tenham uma efetiva participação em sua elaboração⁴⁵⁴.

Cabendo recordar os dizeres de Ferrajoli no sentido de que a única prova válida para uma eventual condenação é aquela prova empírica levada por uma acusação frente a um juiz imparcial, em um processo público e contraditório com a defesa e mediante procedimentos legalmente estabelecidos⁴⁵⁵.

Uma vez já ter sido defendido no tópico anterior o nosso entendimento de que as informações obtidas no âmbito das investigações internas não são obtidas diante de um juiz imparcial e, de igual sorte, não havendo de se falar em contraditório ou efetiva participação das partes na produção dos resultados, considera-se também já afastada a hipótese de serem os elementos de investigação tidos como elementos de prova e, como tal, com valor suficiente para fundamentar uma condenação.

4.3 Elementos de informação

Afastadas as possibilidades de prova emprestada e elementos de prova, defende-se

⁴⁵⁰ Artigos 128.º a 170.º do Código de Processo Penal português; sobre o tema: ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016. pp. 119-128.

⁴⁵¹ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*, Vol.II. Lisboa: Verbo, 2011. p.280.

⁴⁵² COMOGLIO *apud* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. pp.303-318.p.309.

⁴⁵³ TARUFFO, Michele. *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2009.pp.59-60. Tradução livre da autora.

⁴⁵⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. pp.303-318.p.309.

⁴⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004. pp.80-81.

que os resultados das investigações internas deverão ser tidos como meros elementos de informação e, nesse sentido, não poderão fundamentar uma condenação.

E tal conclusão pode ser alcançada pois, como se buscará demonstrar, os atos realizados em sede de investigação interna se assemelham, em grande grau, com os atos realizados na fase de inquérito preliminar⁴⁵⁶, os denominados atos de investigação; que, por sua vez, acarretam nos elementos de investigação⁴⁵⁷.

Para que se possa acompanhar tal semelhança, mister a análise do que seriam os atos de investigação; e, nesse sentido, explana Ortells Ramos⁴⁵⁸:

a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, *contradição* e imediação, pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento); g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária

Desta feita, fala-se que tais atos teriam apenas um caráter informativo e, nesse sentido, em não sendo dirigidos à convicção do juízo, mas sim a trazer um juízo de probabilidade e formar a *opinio delicti* do acusador, não se exige aqui uma estrita observância da *contradição* — bem como da publicidade e imediação.

E ao contrário do que ocorre com relação às provas emprestadas, conforme bem leciona Gomes Filho, uma vez que não buscam produzir provas, mas apenas obter informações que podem levar a um juízo de probabilidade idôneo, não há qualquer óbice para que esses elementos informativos possam circular entre procedimentos de investigação diversos⁴⁵⁹.

E, em sendo considerados como meros elementos de informação, qual seria a consequente valoração dos resultados obtidos no âmbito das investigações internas quando transportados para o processo penal?

⁴⁵⁶ Utiliza-se aqui a terminologia “inquérito preliminar” com o objetivo de trazer um termo mais genérico e que possa abarcar tanto o inquérito brasileiro, denominado inquérito policial (previsto nos artigos 4.º e seguintes do CPP), como o português, denominado exclusivamente de inquérito (artigos 262.º e seguintes do CPP).

⁴⁵⁷ Sobre os atos de investigação: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014. p.323.

⁴⁵⁸ RAMOS *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014.p.323.

⁴⁵⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 43-61. ago., 2016.p.58.

De antemão, defende-se que haverá aqui uma valoração limitada. Contudo, para que se saiba exatamente qual será o teor dessa limitação, faz-se necessário analisar o transporte a partir de cada um dos “momentos processuais”.

No que tange a instauração de inquérito, acredita-se que nada impede que os elementos de informação possam ser considerados como um *starter* ou mesmo uma notícia de crime para que a autoridade responsável — no caso do Brasil, a polícia judiciária e, no caso de Portugal, o promotor investigador — possa iniciar a investigação e, assim, corroborar o elemento de informação com outros elementos adquiridos a partir de uma investigação autônoma.

Chegada à fase de oferecimento da denúncia e instauração da ação penal, o CPP português, em seu artigo 283.º, n.º1, fala expressamente em “indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente”⁴⁶⁰, o CPP brasileiro, por sua vez, no artigo 41.º, ao falar da denúncia, afirma que deverá ela conter “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”.

Aos olhos do que esclarece o artigo 283.º, n.º2 do CPP português, “consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma *possibilidade razoável* de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança”.

Segundo Silveira, é esta uma exigência do próprio princípio de presunção de inocência e, de tal modo, o que se busca aqui é que se tenha um elevado grau de probabilidade sobre a possibilidade de futura condenação em julgamento; e, se tal não for atingido, deverá o Ministério Público arquivar o inquérito⁴⁶¹.

De fato, tendo-se em vista a garantia de não ser submetido a um julgamento penal senão havendo indícios suficientes de que praticou o crime, fala Silveira que “não faz sentido afirmar que o juízo de suficiência dos indícios traduz uma avaliação menos exigente que a avaliação contida na sentença final”⁴⁶².

⁴⁶⁰ Sobre o tema: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2015. p.750; MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p.75.

⁴⁶¹ SILVEIRA, Jorge Noronha E. *O conceito de indícios suficientes no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2004. p.171; MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p.75.

⁴⁶² SILVEIRA, Jorge Noronha E. *O conceito de indícios suficientes no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2004. p.181.

De tal modo, acredita-se que os elementos de informação apenas poderão, ao nosso ver, fundamentar uma denúncia quando, tal qual deverá ocorrer no inquérito conduzido pelas autoridades, permitirem alcançar tal juízo de probabilidade “razoável” não só quanto a culpa mas também quanto a uma possível condenação.

Por fim, quanto a possibilidade de fundamentação de uma sentença condenatória, toma-se por emprestado os dizeres do artigo 155.º do Código de Processo Penal brasileiro que assim dispõe:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos *elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

De fato, uma vez que, conforme anteriormente dito, os elementos de investigação não visam a convicção do juízo ou fundamentação da sentença (ficando isto à cargo dos elementos de prova), não nos parece — e, de fato, há, conforme visto, uma proibição legal neste sentido no ordenamento brasileiro — que os resultados obtidos com as investigações interna no âmbito do *compliance* não estão aptos para, sozinhos, fundamentarem uma condenação.

Destarte, diante da necessidade estatal pela persecução dessa criminalidade — e desde que tenham sido observados os direitos e garantias do investigado e considerado o princípio da proporcionalidade no caso concreto — verifica-se que a melhor resposta para “a natureza jurídica” seria considerá-la como meros elementos de informação.

E, nesse sentido, os resultados da investigação poderão ser valorados nas fases de inquérito e denúncia, mas nunca para fundamentar uma sentença condenatória; tendo, assim, um valor probatório limitado.

CONCLUSÃO

Conforme o exposto, tendo-se em vista as consequências dos mega-escândalos financeiros, dentre os quais se destaca a “Crise de 29” e a “Crise dos Subprimes” — cujos reflexos negativos são sentidos ainda hoje —, sedimentou-se o entendimento de que as atividades empresariais são capazes de gerar sérios riscos aos bens supra-individuais e, nesse sentido, devem ser reguladas.

No entanto, diante as críticas ao antigo modelo de *New Deal* — vez o Estado não ter sido capaz de acompanhar, sem trazer "obsoletas restrições regulatórias", os avanços de um mercado cada vez mais integrado, complexo e dinâmico —, verificou-se a necessidade de um novo modelo de controle que, ao mesmo tempo que regule o mercado, consiga acompanhar a sua evolução. E, neste sentido, chegou-se ao modelo de autorregulação regulada.

O Estado então deixa de impor condutas às empresas e passa a exigir deveres de organização, ou seja, estipula uma pauta mínima de obrigações organizacionais que deverá ser implementada e cumprida pelas empresas a fim de se prevenir possíveis condutas antiéticas ou criminosas.

Relacionado à estas diretrizes estatais, tem-se a ideia de governança corporativa, isto é, o sistema por meio do qual se permite que as empresas sejam dirigidas e monitoradas em seus relacionamentos empresariais e que tem por fundamento os pilares de (1) *fairness*; (2) *disclosure*; (3) *accountability*; (4) *compliance*.

Dentre os pilares destaca-se o *compliance*, sendo definido este como o dever de obediência ou dever de se estar em conformidade com a lei aplicável. E no sentido de se criar uma verdadeira mentalidade de cumprimento às normas nos âmbitos empresariais, verificam-se os programas de *compliance*.

A estrutura deste *programas* será determinada pela própria companhia, devendo esta estipular, em seus códigos internos, as condutas e os valores que espera ver respeitados por seus funcionários; valores estes que não se limitam apenas aos valores e regras da própria empresa, mas que também se refletem como um reforço das próprias legislações estatais.

No entanto, ainda que se tenha adotado todas as medidas preventivas cabíveis no sentido de se buscar uma mentalidade de respeito às normas, poderá a empresa não

conseguir evitar todas as condutas desviadas e, nesse sentido, em tendo conhecimento de tais desvios (seja por meio de canais internos ou canais externos), poderá, a depender do caso concreto, ter interessante em verificá-lo.

Fala-se assim em uma verdadeira investigação. No entanto, para que o empresário possa obter informações a partir da coleta das ferramentas de trabalho de seus funcionários, verifica-se como requisito primeiro a necessidade de afastamento da expectativa de intimidade e sigilo de informações de seu funcionário.

E para que tal expectativa seja afastada legitimamente, é a doutrina e a jurisprudência no sentido de que deverá o empregador, ainda quando na elaboração de seus códigos de conduta, estabelecer não só a possibilidade destas investigações, mas também como e por quem serão conduzidas, se poderão ser acessados os conteúdos de eventuais correspondências e o que poderá ser feito com essas informações.

Devendo ser os códigos escritos de forma clara, de fácil acesso e de fácil compreensão dos funcionários, além de serem constantemente atualizados e reforçados (por meio de debates, palestras, intranet, linha telefônica para eventuais esclarecimentos, etc.). A ideia fundamental aqui é a de que todos os funcionários tenham plena consciência não só da existência, mas, principalmente, do conteúdo dos códigos internos.

Estabelecida a possibilidade de apurar internamente os fatos, destaca-se que são vários as possíveis condutas que poderão ser analisadas pelas empresas. De fato, pode-se classificar as investigações, embora tal classificação não seja unânime, a partir de seu (1) objeto; (2) função; (3) grau de suspeita; (4) sujeito passivo, e; (5) objetivo.

Dentre as possíveis condutas, destaca-se no presente trabalho aquelas que fazem referência a verdadeiros ilícitos penais e que, desta forma, poderão, ao fim, acarretar uma responsabilidade no âmbito criminal. Se tal for o caso, para que seja possível que a investigação tenha efeitos também neste segundo âmbito, faz-se necessário que seja ela inteiramente conduzida de modo a respeitar os princípios do processo penal, a saber: a presunção de inocência, *nemo tenetur se ipsum accusare* e princípio da proporcionalidade.

A presunção de inocência deverá ser respeitada já quando da instauração da investigação interna no sentido de que apenas poderá ser ela “instaurada” no caso de haver uma denúncia delimitada e fundamentada. E a fim de se impossibilitar que dados pessoais sejam também coletados, deverá a investigação se manter restrita aos fatos apontados na denúncia por meios das *keywords*, que funcionarão como verdadeiros filtros, dificultando

que e-mails estritamente pessoais e, portanto, irrelevantes, sejam levados sejam levados “a público”.

No que tange ao princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, apesar de ser ele um princípio específico do processo penal, poderá ser aplicado por analogia quando a pessoa que entrega os elementos/informações puder estar exposta a um perigo de persecução penal; tal como é no caso aqui analisado.

E entende-se aqui que há uma verdadeira coação, ainda que decorrente do contrato do trabalho, no sentido de o empregado ter de entregar ao seu empregador as informações solicitadas, independentemente do fato de poderem elas corroborar ou não para a sua autoincriminação; podendo, inclusive, ser demitido caso assim não o faça.

E maior preocupação se verifica ainda no caso das entrevistas, tendo-se aqui a possibilidade inclusive se uma “confissão” do empregado por ele acreditar que estaria ali sendo também defendido por seu entrevistador. E para que assim não o seja, é de fundamental importância que se dê conhecimento ao investigado, antes da entrevista, dos denominados “*Upjohn Warning*”, isto é, informando-o de que o advogado de *compliance* representa os interesses da empresa — e não os dele —, que o privilégio e o direito de confidencialidade pertencem à ela e que, em assim querendo, o funcionário poderá constituir advogado.

No entanto, o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* não deve ser interpretado como um direito absoluto e, neste sentido, poderá ser relativizado nos casos em que se verifique a existência de legislação prévia e expressa no sentido dessa relativização e que se tenha, no caso concreto, a obediência ao princípio da proporcionalidade.

Desta feita, ao menos no que tange à Lei de Lavagem de Dinheiro Brasileira (Lei n.º 12.683/2012) e a Lei de branqueamento de capitais portuguesa (Lei n.º 83/2017), já há de se falar uma determinação prévia e expressa de entrega dessas informações. No entanto, conforme apresentado, ainda há de ser verificado, mesmo nesses casos, o princípio da proporcionalidade a partir dos casos concretos.

Por fim, além de serem observados os princípios de presunção de inocência e *nemo tenetur se ipsum accusare*, para que as informações possam ser levadas ao processo penal, haverá de ser observado, mais uma vez, o princípio da proporcionalidade, desta vez

aplicado à própria transferência, isto é, no sentido de se verificar se seria ela adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (a ser verificado a partir do caso concreto).

Salientando apenas que, no que tange às entrevistas, a nosso ver, sua repetição em juízo não acarretaria em perda alguma de sua eficácia e ainda garantiria uma melhor defesa dos direitos do funcionário investigado, vez que seriam agora realizados em presença de um órgão jurisdicional e sob o contraditório. Sendo assim, não se coaduna aqui com o envio desses relatórios de entrevista para o processo penal.

Nos demais em casos, em sendo observados os princípios outrora mencionados e entendendo-se por sua remessa, acredita-se que não poderão eles serem recebidos sob a natureza jurídica de prova emprestada ou elementos de prova e tal se entende por não terem sido as informações alcançadas perante um órgão jurisdicional com direito a contraditório e participação efetiva das partes.

De fato, a melhor resposta aqui é que sejam recebidos os resultados sob a natureza jurídica de elementos de informação e, como tal, com valoração limitada. Devendo o grau de limitação ser analisado a partir do “momento processual” a que se pretende levar a informação. Neste sentido, os elementos de informação poderão fundamentar a instauração de inquérito e, inclusive, uma denúncia (desde que alcançado um juízo de probabilidade “razoável” quanto à culpa e condenação), mas nunca fundamentar uma sentença penal condenatória.

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABA WCCC WORKING GROUP. *Upjohn Warnings: recommended best practices when corporate counsel interacts with corporate employees*. Disponível em: <<https://www.crowell.com/PDF/ABAUjohnTaskForceReport.pdf>>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Européia dos Direitos do Homem*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

ANDRADE, Manuel da Costa. Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional. In: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa. (Orgs.). *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. LVII, Tomo I. Coimbra: 2014. pp.385-451.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

ANDRADE, Tiago da Costa. Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas. *Revista de Concorrência e Regulação*, s.l., Ano VIII, n. 31, pp.179-214, jul./set., 2017.

ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

ANTUNES, Maria João. Privatização das Investigações e o *Compliance Criminal*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Ano 28, n. 1, pp.119-127, jan./abr., 2018.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, pp.151-179, jan./mar.,1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011.

BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 22, n. 106, pp.157-179, jan./fev., 2014.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. La delincuencia economica, um enfoque criminológico y político criminal. In: BARBERO, Ruperto Nunñez; ZAPATERO, Luis Arroyo; ONECA, José Antón et alli (Org.) *Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1981. pp.587-615.

BALCARCE, Fabián I; BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y Personas jurídicas*. Montevideú: Editorial BdeF, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Paulo M.Oliveira. Bauru, SP: Edipro, 2010.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 8, n.14, pp.315-343, jan./jun., 2011.

BECK, Ulrich. *¿Què es la globalizacion? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Tradução Bernardo Moreno e Rosa Borràs. Barcelona: Paidós, 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010.

BLANCO CORDERO, Isidoro; GARCIA DE PAZ, Isabel Sánchez. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. *Revista Penal*, s.l., n. 6, pp.3-14, 2000.

BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

BORGETH, Vânia Maria da Costa. *SOX: entendendo a lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente*. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CESANO, José Daniel. *Problemas de responsabilidade penal de la empresa*. p.4. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_58.pdf>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Orgs.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Eduardo Maia. A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 23, n. 92, pp.65-79, out./dez., 2002.

COSTA, José de Faria. La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos - o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del derecho penal)". In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria (Ed.); SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995. pp.425-443.

COSTA, José Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico - Notas a propósito do Colóquio Preparatório da AIDP (Freiburg, Setembro de 1982). *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, Ano VIII, n. 2, pp.277-298, jul./dez., 1982.

DANTAS, Marcus Leal. *Segurança da informação: uma abordagem focada em gestão de riscos*. Olinda: Livro rápido, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1974.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n.esp, pp.1123-1138, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal. *Jornadas de Direito Processual Penal - Direito Processual Penal*. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Almedina, 1995.

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.

DUPIN, Eric. Os liberais diante da crise. *Le Monde Diplomatique Brasil*.n. 39. fev., 2009. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/os-liberais-diante-da-crise-2/>>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von unternehmen und compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf-und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. pp.197-228.

FERGUNSON, Charles H. *O sequestro da América - Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 103, pp.131-157. jul./ago., 2013.

FREITAS, Pedro Aguiar de. A Lei Anticorrupção e as empresas: *compliance* e modulação de sanções. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, n. 125, pp.97-105. dez., 2014.

GAJAR, Prashant Kumar; GHOSH, Arnab; RAI, Shashikant Rai. Bring your own device (BYOD): security risks and mitigating strategies. *Journal of Global Research in Computer Science*, s.l., v. 4, n. 4, abr., 2013. p.62. Disponível em: <<http://www.jgrcs.info/index.php/jgrcs/article/view/654/477>>. Acesso em: 23 de junho de 2018.

GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Peru: Palestra Editores, 2014.

GERALDO, Tiago. A responsabilidade penal do *compliance officer*: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2018. pp.267-302.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

GODOY, Andre Ricardo. Whistleblowing no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 134, pp.269-289. ago., 2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, pp.43-61. ago., 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. pp.303-318.

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.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 5, pp.191-215, set./dez.,1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, pp.60-69, out./dez., 1993.

GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. (Coord.) DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

HERMES, Georg. Staat und Markt. In: KEMPF, Eberhard; LÜDERSEN, Klaus; VOLK, Klaus. (Eds.). *Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral*. Berlin: De Gruyter, 2010. pp.26-46.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Governança Corporativa*. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Guia de orientação para o gerenciamento de riscos corporativos*. São Paulo, SP: IBGC, 2007. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/3.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. *Revista brasileira de direito processual penal*, s.l., v. 4, n. 1, pp. 435-472, 2018.

JING, Lin. *Compliance and Money Laundering Control by Banking Institutions in China*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.

KREY, Volker. Finanzmarktkrise und deutsches Strafrecht. In: HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; ACHENBACH, Hans; AMELUNG, Knut; BOTTKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; SCHÜNEMANN, Bernd; WOLTER, Jürgen. *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. v.2. Berlin: De Gruyter, 2011. pp.1073-1086.

LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds – The Failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MENDES, Paulo de Sousa. A utilização em processo penal das informações obtidas pelos reguladores dos mercados financeiros. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2018. pp.453-480.

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

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

MORO, Luís Carlos. Corrupção, compliance e Direito do Trabalho: velhas práticas, novos riscos para empregados. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 34, n. 125, pp.59-67, dez., 2014.

MOURA, José Souto de. A questão da presunção de inocência do arguido. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 11, n. 42, pp.31-47, abr./jun., 1990.

NAUCKE, Wolfgang. *El Concepto de delito económico-político: una aproximación*. Traducción Eugenio Sarraayrouse. Madrid: Marcial Pons, 2015.

NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privatización del proceso penal: el peligro para los derechos de los trabajadores. In: SAAD-DINIZ Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza Barbosa de. (Orgs.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: LiberArs, 2015. pp.147-163.

NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, Valencia, n. 19, pp.120-136. jan., 2007.

NIETO MARTIN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán. (Dir.). *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. pp.11-29.

NIETO MARTÍN, Adan. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario La Ley*, s.l., Año XXXIV, n. 8120, jul., 2013.

NIETO MARTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.21-50.

NIETO MARTÍN, Adan; BLUMENBERG, Axel. “Nemo tenetur se ipsum accusare” en el Derecho Penal económico europeo. In: AAVV. *Curso Superior Universitario en Derecho Penal Económico: Un diálogo entre Jueces, Fiscales, Abogados y Profesores*. Madrid: Editora Universidad Rey Juan Carlos, 2009. pp. 281-303.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 33, pp. 90-121. jan./jun., 1982.

OECD. *G20 Anti-Corruption Action Plan: protection of whistleblowers*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>>. Acesso em 24 de junho de 2018.

PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.221-243.

PAIS, Ana. Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada” e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. pp.663-686.

PINTO, Rui. Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível: Algumas linhas gerais de solução. In: GUEDES, Armando Marques; BRITO, Maria Helena; PRATA, Ana; DUARTE, Rui Pinto; GOUVEIA, Mariana França. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp.1155-1196.

PRADO, Luiz Regis. O novo tratamento penal da lavagem de Dinheiro (Lei 12.683/2012). *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 926, pp.401-436, dez., 2012.

RAGUÈS I VALLÈS, Ramón. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. *InDret*, Barcelona.n.3, p.1-19, jul.,2016. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/364.pdf>>. Acesso em: 08 de julho de 2018.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing: una aproximación desde del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RAMOS, Vânia Costa. Corpus Jurídus 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I). *Revista do Ministério Público*, n. 108, Lisboa, v. 27, pp.125-149, out./dez., 2006.

RAMOS, Vânia Costa. Corpus Jurídus 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte II). *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 28, n. 109, pp.57-96, jan./mar., 2007.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de activos y compliance - perspectiva internacional y derecho comparado*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2015. pp.453-487.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. A globalização do direito penal - da pirâmide à rede ou entre unificação e harmonização. In: RODRIGUES, Anabela Maria

Pinto Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp.347-360.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. Criminalidade Organizada - que política criminal? In: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp.167-185.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. Globalização, crime e ciência penal “europeia”. In: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp.361-384.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal econômico - É legítimo? É necessário? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 26, 1/4, pp.33-59. jan./dez., 2016.

ROSENFELD, Richard; MESSNER, Steven F. *Crime and the economy*. Londres: Sagen, 2013.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2012.

ROXIN, Imme. Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, pp. 321-339. mai./jun., 2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, pp.415-441, nov., 2013. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992/70849>>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Ano 18, n. 218, pp.11-12, jan.2011.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales Internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoria del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.245-259.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A história da Austeridade. *Carta Maior*, 2010. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Economia-Politica/A-Historia-da-Austeridade/7/16323>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

SANTOS, Cláudia Cruz. A Corrupção - da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina e do legislador. In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Organização de ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. Coimbra, Editora Coimbra, 2003. pp.963-991.

SANTOS, Cláudia Cruz. O direito processual penal, as suas finalidades conflituantes e

alguns problemas de “burla de etiquetas”. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. pp.815-834.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LibertArs, 2016.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php>> Acesso em: 02 de março de 2018.

SCHÖNWÄLDER, Yannick. *Grund und Grenzen einer strafrechtlichen Regulierung der Marktmanipulation – Analyse unter besonderer Würdigung der Börsen- oder Marktpreiseinwirkung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011.

SCHÜNEMAN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidade de empresa*. In: Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tradução D. Brückner y J. Lascuráin Sánchez. Madrid: B.O.E, 1988.

SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes: An Empirical Survey of German Companies*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

SILVA SANCHEZ, Jesus-María. Deberes de Vigilancia y Compliance Empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp.79-104.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal, Vol.II*. Lisboa: Verbo, 2011.

SILVA, Sandra Oliveira e. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. 10, pp.361-379. jan./dez., 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, s.l, v.91, n.798, pp.23-50, abr., 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 15, abr./jul., 2012, pp.293-336, 2012.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. A importância da cooperação judiciária internacional no

combate ao branqueamento de capitais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 3, pp.423-474, jul./set. 2006.

SIMPSON, Sally S. *Corporate Crime, Law, and Social Control*. New York: Cambridge University Press, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia / Revan, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. v. 35, n. 140, pp.145-162, out./dez. 1998.

TARBORLIN, Fábio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. (Coord.) DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015. pp.03-16.

TARUFFO, Michele. *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2009.

TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act handbook: a practical guide for multinational general counsel, transactional lawyers and white collar criminal practitioners*. Chicago: American Bar Association, 2010.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. Traducción Leopoldo H. Schiffrin. *Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales*: Revista de derecho y ciencias penales. Buenos Aires, v. 4, 5/8, pp.461-475, 1975.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico. *Revista chilena de Derecho*, Chile, vol.10, n. 1. pp.59-68, 1983.p.60.

VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. Madrid: La Ley, 1993.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018.

ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Ed.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

REFERÊNCIAS AUDIOVISUAIS

ANTUNES, Maria João. *Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2018. (I Curso de Compliance). Acesso em: 04 de julho de 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A nova lei anticorrupção: aspectos criminais*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014. (Algumas reflexões sobre direito penal econômico). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/353-Algumas-reflexoes-sobre-Direito-Penal-Economico>. Acesso em: 6 de março de 2018.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Lavagem de dinheiro: anteprojeto de Lei IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. 2 v. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 19). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/243-Lavagem-de-dinheiro-anteprojeto-de-lei-IBCCRIM>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Bărbulescu V. Romania*. Application n.º 61496/08. Strasbourg, 05/09/2007. Disponível em: <<http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2017/09/CASE-OF-BARBULESCU-v.-ROMANIA.pdf>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Copland V. The United Kingdom*. Application n.º 62617/00. Strasbourg, 03/04/2007. Disponível em: <<https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2016/07/1531450.pdf>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. COURT (CHAMBER). *Case of Saunders V. United Kingdom*. Application n.º 19187/91. Strasbourg, 17/12/1996. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%22document%22%2C%22itemid%22%3A%22001-58009%22%7D>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo 07S043. N.º Convencional JSTJ000. N.º do Documento SJ200707050000434, Rel.Mário Pereira. Data do Acórdão: 05/07/2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54d3c9f0041a33d58025735900331cc3?OpenDocument&Highlight=0,07S043>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. TRT-PR-02822-2001-660-09-00-8 (RO-05568-2002) – Acórdão -06845-2003. Rel. Juíza Janete do Amarante. *Diário da Justiça Paraná*, XLIX, Edição digitalizada N.6343, Curitiba, 6ª feira, 04 de abril de 2003. p.397. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/diario-da-justica>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR - 61300-23.2000.5.10.0013, Rel. Ministro João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL. *Recurso n.º 4053/2010*. Ponente: Jesus Souto Prieto. Madrid. 06/10/2011. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Actualidad-Jurisprudencial/TS-Social--Desestima-el-recurso-de-casacion-planteado-por-una-trabajadora-y-confirma-su-despido-disciplinario-por-uso-de-los-medios-informaticos-de-la-empresa-para-fines-propios--Contiene-voto-particular->>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

LEGISLAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. Dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2018.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2018.

BRASIL. Lei n.º 12.683, de 9 de julho de 2012: altera a Lei n.º. 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 11 de julho de 2018.

BRASIL. Lei n.º 12.846, de 1.º de agosto de 2013: dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016: Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2018.

BRASIL. Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998: dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2018.

BRASIL. SÃO PAULO. Decreto n.º 55.107, de 13 de maio de 2014: regulamenta, no âmbito do Poder Executivo, a Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. Disponível em: <http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=14052014D%20551070000>. Acesso em: 11 de julho de 2018.

NAÇÕES UNIDAS. ESCRITÓRIO CONTRA DROGAS E CRIME. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*, 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 11 de julho de 2018.

PORTUGAL. DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro: Código De Processo Penal. Disponível em: <

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=
>. Acesso em: 11 de julho de 2018.

PORTUGAL. Lei n.º 83/2017: estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho. Diário da República n.º 159/2017, Série I de 2017-08-18. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/108021178/details/maximized>>. Acesso em: 11 de julho de 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. The Sarbanes-Oxley Act of 2002. Disponível em: <<http://www.sox-online.com/the-sarbanes-oxley-act-full-text/>>. Acesso em: 11 de julho de 2018.

CÓDIGOS INTERNOS EMPRESARIAIS

BANCO DO BRASIL. *Programa de Integridade do Banco do Brasil*. p.70. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/docs/pub/inst/dwn/integridadebb.pdf>>. Acesso em: 09 de julho de 2018.

JPMORGAN CHASE. *Código de Conduta do JPMorgan Chase*. Junho de 2017. p.07. Disponível em: <<http://www.jpmorgan.com.br/jpmpdf/1320742400364.pdf>>. Acesso em 09 de julho de 2018.

PETROBRAS. *Compliance, Ética e Transparência*. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/compliance-etica-e-transparencia/>>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

SIEMENS. *Siemens business is clean business*. Disponível em <<https://www.siemens.com/global/en/home/company/sustainability/compliance.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

MATERIAL JORNALÍSTICO

BBC. *JP Morgan deverá enfrentar multa record de US\$13.000 millone*. 20 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2013/10/131019_ultnot_economia_jp_mprgan_multa_record_lav>. Acesso em: 09 de julho de 2018.

LEC COMMUNITY. *A demissão de um presidente e a importância do canal de denúncia*. Lec Legal, Ethics & Compliance: 22 de março de 2018. Disponível em: <http://www.lecnews.com.br/blog/a-demissao-de-um-presidente-e-a-importancia-do-canal-de-denuncia/?utm_campaign=compliance_news_4118&utm_medium=email&utm_source=R+D+Station>. Acesso em: 02 de abril de 2018.