

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**DANIEL MARINS**

***Compliance, Lei Anticorrupção e Processo Penal***

**SÃO PAULO**

**2017**

**DANIEL MARINS**

***Compliance, Lei Anticorrupção e Processo Penal***

Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação, lato sensu, em Direito Penal e Direito Processual Penal, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Especialista.

Professor-Orientador: Cláudio José  
Langroiva Pereira

**SÃO PAULO**

**2017**

## DEDICATÓRIA

Indispensavelmente, aos meus familiares e amigos.

Aos colegas que enfrentam os desafios inerentes ao importante ofício de advogado.

## **AGRADECIMENTOS**

Este trabalho só se concretizou devido ao apoio incondicional de familiares e amigos que me privilegiam com sua paciência e carinho.

Registro, também, o apoio do professor-orientador deste trabalho que além de possibilitar melhorias técnicas significativas, através de sua instrução, abriu novas perspectivas para continuidade de estudos futuros.

É imprescindível registrar a gratidão aos meus amigos Rodolfo Yamamoto Neves, Alana Íria Augusto e a especialíssima Bianca Carolinne Barbasa que acompanhou todos os percalços até derradeira conclusão deste modesto estudo.

## RESUMO

Em uma conjuntura em que a cada dia se revelam novos episódios de usurpação do exercício do poder público devido às relações escusas entre agentes públicos e representantes do setor privado, se faz imperioso buscar entender como a tutela legal pode assegurar uma reorganização que possa expurgar ou mitigar tais relações tão prejudiciais à sociedade.

Para tanto, este trabalho analisa o aparato legal disponível para condução deste enfrentamento. Dentre os principais institutos legais estudados merece destacar os programas de integridade como setor responsável por apoiar a implementação de sistemas de governança corporativa tendo como uma de suas principais funções a realização de investigações internas.

Apesar de verificar-se que o Direito penal isoladamente se mostrar insuficiente para propor medidas legais capazes de gerar um efeito amplo na economia, é de fundamental importância para responsabilização individual. Outrossim, as medidas administrativas e investigações privadas podem gerar reflexos que importam ao processamento em seara criminal, portanto, merecem ser analisadas sob a perspectiva da teoria das liberdades individuais.

**Palavras-chave:** Compliance, Lei anticorrupção e processo penal.

## **ABSTRACT**

In a context in which new episodes of usurpation of the exercise of the public power due to the relations between public agents and representatives of the private sector are revealed, it is necessary to understand how the legal guardianship can assure a reorganization that can purge or mitigate such harmful relations to society.

Therefore, this work analyzes the legal apparatus available to conduct this confrontation. Among the main legal institutes studied, it is worth highlighting the compliance programs as sector responsible for supporting the implementation of corporate governance systems, with internal investigations as one of its main functions.

Although it is verified that criminal law alone is insufficient to propose legal measures capable of generating a broad effect on the economy, it is of fundamental importance for individual accountability. Moreover, administrative measures and private investigations can generate reflections that are important to criminal court processing, and therefore deserve to be analyzed from the perspective of the theory of individual liberties.

**Keywords:** Compliance, anticorruption Law and criminal prosecution.

## LISTA DE ABREVIATURAS

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa  
EUA – Estados Unidos da América  
FDA – Foods and Drugs Act  
FED – Federal Reserve  
SEC – Security Exchange Commission  
FCPA – Foreign Corruption Practices Act  
DOJ – Department of Justice  
OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico  
OEA – Organização dos Estados Americanos  
ONU – Organização das Nações Unidas  
CCI – Convenção Interamericana contra a Corrupção  
SOx – Sabanes-Oxley Act  
UKBA – United Kingdom Bribery Act  
LIA – Lei de Improbidade Administrativa  
DF – Distrito Federal  
COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras  
CVM – Comissão de Valores Imobiliários  
PAR – Processo Administrativo de Responsabilização  
MP – Ministério Público  
CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1 – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>14</b>
1.1 INTRODUÇÃO .....	14
1.2 CONCEITO, DEFINIÇÃO E ALCANCE .....	14
1.3 BREVE ESCORSO HISTÓRICO .....	17
1.4 DIREITOS TRABALHISTAS .....	20
<b>CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADE DE AUTOFISCALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES PRIVADAS</b> .....	<b>23</b>
2.1 DAS ORIGENS HISTÓRICAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL .....	23
2.1.1 Introdução .....	23
2.1.2 Primeiras Agências reguladoras americanas .....	24
2.1.3 Foreign Corruption Practices Act - FCPA .....	27
2.1.4 Acordos internacionais para enfrentamento da corrupção .....	29
2.1.5 Sarbanes-Oxley Act (SOx) .....	33
2.1.6 United Kingdon Bribery Act – UKBA .....	35
2.2 DO APARATO LEGISLATIVO PÁTRIO .....	36
2.2.1 Lei de Improbidade 8.429 de 1.992 .....	37
2.2.2 Lei de licitações e contratos administrativos de 8.666 de 1.993 .....	39
2.2.3 Lei de Lavagem de Dinheiro 9.613 de 1998, alterada pela lei 12.683 de 2013 .....	40
2.2.4 Lei Anticorrupção 12.846 de 2013 e decreto 8.420 de 2015 .....	41
2.2.4.1 Visão Geral .....	42
2.2.4.2 Programas de Integridade ou compliance .....	45
2.2.5 Tutela penal (ou Direito de Intervenção?) .....	51
2.2.5.1 Contextualização .....	51
2.2.5.2 Direito de Intervenção .....	54
<b>CAPÍTULO 3 – COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO CRIMINAL, APURAÇÃO INTERNA DE ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E CRIMINAIS E AUXÍLIO À JUSTIÇA CRIMINAL</b> .....	<b>56</b>
3.1 PREVENÇÃO .....	56
3.1.1 Transparência: divulgação de transações .....	56

<b>3.1.2 Reporte de atividades suspeitas às autoridades .....</b>	<b>58</b>
<b>3.2 INVESTIGAÇÃO INTERNA.....</b>	<b>59</b>
<b>3.2.1 Limites de atuação das investigações internas .....</b>	<b>65</b>
<b>CAPÍTULO 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>72</b>

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o debate acerca da relação das instituições públicas e o setor privado ganha absoluto destaque no mundo jurídico, desde a academia às cortes superiores. A proporção de escândalos e o nível de envolvimento de agentes que compõe a cúpula dos poderes do Estado brasileiro, lideranças políticas de diversos partidos que, protagonizam o exercício político desde a redemocratização do país e, também, de agentes importantes do setor privado, impõem que especial atenção seja dedicada ao tema.

Grandes operações têm revelado o funcionamento de diferentes esquemas, trazendo à tona a necessidade de mudanças nos atuais modelos de funcionamento da administração pública e privada.

A deturpação da utilização de recursos e a estrutura pública estabelecida para alcançar o interesse público, maculam não apenas os cofres da administração ou a honra dos envolvidos nas irregularidades, mas afrontam diretamente os cidadãos em situação de maior vulnerabilidade e que dependem de serviços públicos para obterem respostas às suas necessidades mais básicas como segurança, educação ou saúde – atendo-se ao fundamental.

Ainda assim, em que pese à gravidade da corrupção e a criminalidade a ela relacionada, ressalta-se que a repressão deve atentar para a legalidade e a aplicação das normas em consonância com os direitos e garantias fundamentais, emanados da magna carta, bem como de legislações infraconstitucionais. Não obstante as operações policiais e ações judiciais eminentemente criminais que enchem de entusiasmo a população irredimida e ávida por justiça - ou vingança, o enfrentamento da corrupção, para além do espetáculo penal, deve encontrar estruturas institucionais sólidas capazes de prevenir, detectar e corrigir tais condutas nocivas ao desenvolvimento econômico, à democracia e ao bem estar social<sup>1</sup>.

Nesta esteira, com o advento da Lei 12.846 de 2013 no aparato legislativo nacional, a qual dispõe sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas envolvidas

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, Modesto Carvalhosa pondera: “Como resultado dessa prática criminosa endêmica, enfraquece-se o sistema republicano representativo, o desenvolvimento econômico e os fundamentos do Estado Democrático de Direito e da justiça social. A corrupção da qual o elemento fundamental é a pessoa jurídica corrupta, toca perversamente toda a coletividade e devasta a formação e a preservação da cidadania. O sentido da honra é abandonado, na medida em que os governantes todos são presumivelmente corruptos. Falta o modelo do Governo honrado, em que seus agentes, pilhados em atos de corrupção, seriam execrados pelos seus superiores e subordinados. Pelo contrário, são sempre acobertados.” (CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas lei 12.486**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. P. 99.)

em corrupção de agentes públicos nacionais ou estrangeiros, pode ser um dos fatores precursores de mudanças estruturais efetivas e capazes de abranger setores diversificados, além daqueles acometidos pelas prestigiadas operações de maior repercussão pública.

Outrossim, não se pode olvidar que o crescente escrutínio sobre o setor privado para o tema da anticorrupção não é a única frente de avanço no sentido de aumento da responsabilidade corporativa. As complexidades do mercado, acompanhadas de avanços tecnológicos acessíveis em larga escala para atender novas demandas em uma economia interligada, para além das fronteiras nacionais, têm modificado também cenários regulatórios que precisam ser observados pelas empresas.

Sob a perspectiva das reguladas, seja por complexidade ou obscuridade das normas reguladoras, é comum que as empresas se encontrem em ambiente dúbio colocando em xeque práticas de negócio. Conseqüentemente, cresce a demanda por fiscalização, monitoramento, processamento e eventual aplicação de sanções a um número indeterminado de empresas e setores por parte da administração pública. Na prática, a efetividade de muitas das normas – anticorrupção ou reguladoras – depende da decisão das empresas em “aderir” ou não e assim, passam a compor equivocadamente o rol de riscos do negócio.

Nesta conjuntura, departamentos internos responsáveis por efetivarem o cumprimento de leis e regulamentações, estimularem o comportamento ético, bem como de outras práticas relacionadas à atuação íntegra da empresa, passam a ter grande relevância. Essas atividades costumam ficar a cargo de departamentos jurídicos ou de *compliance*<sup>2</sup> – termo ainda sem tradução satisfatória para o português que significa estar em conformidade, de acordo ou em concordância.

A colaboração entre as empresas e o Governo, na atuação contra irregularidades está prevista na legislação mencionada, entretanto, ainda para

---

<sup>2</sup> O termo pode ter ampla abrangência, mas este trabalho está alinhado ao que preleciona o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) patrocinado também por Vicente Greco e João Daniel Rassi: Tema da moda no âmbito empresarial, o termo (no idioma inglês) tem sido utilizado no contexto da chamada governança corporativa (*corporate governance*), assim entendida como “o sistema que assegura aos sócios-proprietários o governo estratégico da empresa e a efetiva monitoração da diretoria executiva. A relação entre a propriedade e a gestão se dá através do conselho de administração, da auditoria independente e do conselho fiscal, instrumentos fundamentais para o exercício do controle. A boa governança corporativa garante equidade aos sócios, transparência e responsabilidade pelos resultados (*accountability*)”. GRECO, Filho Vicente. **O combate à corrupção e comentários à Lei de responsabilidade de pessoas jurídicas**. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 70.

enorme insegurança jurídica sobre o tema. Diante das possibilidades de colaboração com autoridades governamentais, a investigação privada corporativa é uma das ferramentas fundamentais para apuração de fatos potencialmente irregulares, tanto os de natureza administrativa quanto os de natureza potencialmente criminal.

Posto isto, entendeu-se pertinente dedicar o presente estudo à compreensão dos institutos que interligam a lei anticorrupção, *compliance* (como setor interno de efetivação de programas de integridade) e o processo penal.

Deve-se adiantar que a natureza jurídica da lei anticorrupção é administrativa e cível, entretanto, a partir da apuração interna seus resultados podem apontar para materialidade e indícios de autoria de condutas tipificadas em seara criminal. Desta reflexão reputa-se de suma relevância esclarecer quais são os limites de uma investigação corporativa interna, comportando os direitos e garantias trabalhistas, eventuais direitos do investigado e efetividade do procedimento para os fins de interesse da pessoa jurídica.

Assim, este trabalho adotou como ponto de partida o estudo dos direitos e garantias fundamentais como orientador da pesquisa jurídica, por sua interligação com os limites da investigação interna, uma vez que pela ausência de legislação específica sobre o tema, a base elementar a ser observada é a Constituição Federal.

Na sequência, explora-se o aumento da responsabilização das pessoas jurídicas, limitando-se às origens do que veio a se tornar o que conhecemos como departamentos de *compliance* e os programas de integridade. Sem embargo, os Estados Unidos da América manifesta pioneirismo sobre a matéria com legislação dedicada ao combate à corrupção de agentes públicos estrangeiros, desde a década de 70 (*Foreign Corruption Practices Act*). Acrescente-se a isso a sua atuação perante organismos internacionais buscando colaboração e coordenação entre os Estados conferindo-lhe até os dias de hoje posição de vanguardismo no tema. O mesmo capítulo dedicou-se a apontar quais legislações nacionais tem natureza de combate à corrupção no setor privado, culminando em análise mais detida sobre a Lei 12.846 de 2013 e dos programas de integridade, conforme previsão do decreto 8.420 de 2015 que regulamenta parte das previsões da lei.

Por derradeiro, o quarto capítulo tem como objeto o estudo de medidas de prevenção criminal utilizadas por autoridades governamentais em coordenação com o setor privado. Não obstante, trata também da investigação interna buscando

delimitar limites ou identificar direitos dos empregados objetos do processo de apuração interna e sua correlação com a fase pré-processual penal.

## **CAPÍTULO 1 – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

### **1.1 INTRODUÇÃO**

Adota-se como ponto de partida do presente estudo a investigação dos direitos e garantias fundamentais, não somente por ser indispensável à pesquisa acadêmica, mas por sua inter-relação estreita com o desenvolvimento do tema pesquisado. Em capítulos seguintes, este trabalho buscará demarcar alguns limites da investigação corporativa privada em face dos colaboradores ligados à organização empregadora.

De um lado, a obrigação crescente das companhias em incrementar técnicas de prevenção, detecção e punição no âmbito interno com suporte de mecanismos tecnológicos cada vez mais avançados e acessíveis. De outro, o estreitamento também progressivo dos vínculos entre empregados e empregadores. Para além dos aparelhos, que os conectam diuturnamente, amarram-se também pela reputação que, na era da informação, passa a ser um dos bens mais valiosos para empresas e profissionais.

No âmbito do direito trabalhista discute-se já há alguns anos o direito à desconexão, pois a posse de celulares, notebooks ou outros equipamentos cedidos pelos empregadores tornam, por vezes, as atividades profissionais quase que indissociáveis da esfera particular dos empregados. Não é incomum que, através destes mecanismos, os colaboradores continuem exercendo suas atividades fora do espaço ou horários contratados.

Portanto, parte da fundamentação quanto aos limites investigativos adotarão exatamente guardida nos direitos e garantias constitucionais.

### **1.2 CONCEITO, DEFINIÇÃO E ALCANCE**

Cumprе assinalar que, para um direito ser classificado como direito fundamental se faz imperioso sua previsão no texto constitucional de um ordenamento. Apenas sob o manto constitucional um direito ganha o caráter fundamental. Nesse ínterim, é fundamental esclarecer que os tratados internacionais de Direitos Humanos, ao serem recepcionados pela legislação pátria, passam a compor o rol de direitos fundamentais com hierarquia constitucional se aprovados por três quintos em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional, conforme art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988.

Consta-se que os direitos fundamentais podem ser classificados desta maneira tanto na perspectiva formal – se constante no título de direitos fundamentais de uma Constituição Federal; quanto na perspectiva material – se porventura o conteúdo do direito previsto esteja ligado axiologicamente com este feixe de direitos, mesmo que alocado fora do título dedicado aos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, Canotilho reforça que “**direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”<sup>3, 4</sup>.

Para garantir a adequada precisão terminológica, destaca-se que os direitos humanos, por sua vez, revelam os direitos consagrados em declarações internacionais de direitos. No entanto, há que se admitir que o conteúdo dos direitos fundamentais e direitos humanos são semelhantes e tendem a assemelhar-se cada vez mais, tendo em vista o alcance que os tratados de direitos humanos vêm logrando, o que, por consequência, requer o alinhamento do direito interno com os documentos internacionais<sup>5</sup>.

É digno de nota esclarecer que a inclusão de um direito em uma Constituição, ou em um tratado de direitos humanos, tem importância na medida em que esse direito passa a ser protegido sob a égide de dois regimes. Quando anunciado dentro dos contornos de uma Constituição, o direito erigido dispõe das medidas internas de amparo. A mais, quando um direito se encontra subscrito em um documento internacional de direitos humanos, paira sobre ele a proteção internacional, conforme os mecanismos disponibilizados nos pactos multilaterais.

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Livraria Almeida: Coimbra, 2000. Pág. 387.

<sup>4</sup>Ver também José Afonso da Silva para quem os: *direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada (...), porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. Pág. 180. Ainda, Jorge Miranda afere necessário delinear o alcance terminológico da expressão *direitos fundamentais* de outras figuras afins. MIRANDA, **Jorge. Manual de direito constitucional**. 3 ed, rev. e actual. Rio de Janeiro: Coimbra, 2005. 5 v. Pág. 51 a 114.

<sup>5</sup> Flávia Piovesan esclarece que: No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de uma lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Pág. 10 - 11.

Como desfecho à temática, não é demais aludir que ambos os regimes – interno e internacional – funcionam concomitantemente. Conquanto possam preservar o mesmo direito (ou análogo), velando-o cada qual a sua maneira.

Por fim, importa destacar que o conteúdo orientador, tanto de direitos fundamentais quanto de direitos humanos, é pautado na dignidade da pessoa humana. Talvez o auge da concepção se reporte ao resgate do valor intrínseco da pessoa humana assentada na ética e na moral – alinhadas às concepções kantianas. No entanto, essa carga valorativa suscita divergências, uma vez que se questiona a influência ocidental – cristã – nos direitos humanos. Nesse ponto, Bobbio abaliza:

O conceito de moral é problemático. Não pretendo, certamente, propor uma solução. Posso simplesmente dizer qual é, a minha opinião (...). Na verdade, Kant, dizia que, juntamente com o céu estrelado, a consciência moral era uma das duas coisas que o deixavam maravilhado; mas a maravilha não só não é uma explicação, mas pode até derivar de uma ilusão e gerar, por sua vez, outras ilusões. O que nós chamamos de “consciência moral”, sobretudo em função da grande (para não dizer exclusiva) influência que teve a educação cristã na formação do homem europeu, é algo relacionado com a formação e o crescimento da consciência do estado de sofrimento, de indignação, de penúria, de miséria, ou mais geralmente, de infelicidade, em que se encontra o homem no mundo, bem como ao sentimento da insuportabilidade de tal estado <sup>6,7</sup>.

Decorrente desse estado de sofrimento humano nasce o principal aspecto dos direitos humanos. Nessa esteira não poderia ser outro caminho adotado, seja no âmbito dos direitos fundamentais ou de direitos humanos senão perfilhar-se à premissa da *dignidade humana*. Assim, o direito acolhe as pessoas como fonte sua de sua ciência. Nesse sentido, Piovesan ensina que:

Daí a primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 13ª edição. Pág. 50 - 51.

<sup>7</sup> Sobre a influência da cultura ocidental na criação de direitos humanos Kersting assevera que: Qualquer que seja o contexto cultural específico que determine a ética de condução da vida dos seres humanos e a produção coletiva de sentido vinculante para eles, independentemente disso deve-se afirmar que pressupostos fundamentais precisam estar cumpridos para que as pessoas possam levar, dentro de tais contextos, uma vida suportável, que lhes proporcione sentido. KERSTING, Wolfgang. **Universalismo dos direitos humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, pág. 91.

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 12.

Essa concepção das pessoas, como fonte do direito, surge como contraponto ao ocorrido nos Estados legalistas, os quais não apenas admitiam a barbárie, mas a praticavam em face das pessoas a partir de sua etnia, religião e origem, o que mais tarde foi definido como crimes contra a própria humanidade, tudo isso sob a proteção da dura e cega legalidade.

### 1.3 BREVE ESCORSO HISTÓRICO

Adiante não se pretende retomar todas as influências históricas que culminaram no que hoje se entende como direitos fundamentais. Optou-se por adotar como ponto de partida os primeiros documentos declaratórios de direitos do homem, concebidos com aplicabilidade aos povos que lutaram para seu acolhimento. Cumpre reconhecer que em princípio as primeiras declarações, de fato, geraram maiores benefícios à classe burguesa – homens livres dedicados ao comércio e habitantes dos burgos – que ascendia desde a decadência da idade média, mas, com efeito, foi a partir dessas afirmações que se insculpiram as bases consensuais quanto à necessidade da garantia da liberdade dos indivíduos em relação aos Estados detentores de poderes quase ilimitados, bem como do reconhecimento (*ainda que formal*) da igualdade entre os cidadãos.

Os direitos civis, ao lado dos direitos políticos, compõem os direitos fundamentais de primeira geração<sup>9</sup> ou dimensão. Sua construção remete a meados do século XVIII com a independência americana e posteriormente a revolução francesa resultando em declarações com reconhecimento de direitos (Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, respectivamente). O aspecto dos direitos de primeira geração é, em primeiro plano, reconhecido pelo afastamento do Estado dos cidadãos, “*apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma*

---

<sup>9</sup> A utilização do termo *geração* tem causado controvérsia entre os estudiosos de direitos fundamentais, pois a termo *geração* pode ser interpretado de maneira incompatível com a natureza dos direitos fundamentais. Afirma-se que a denominação *geração* passa uma ideia de substituição do que é mais recente em face do que é mais antigo o que não pode ser admitido, já que os direitos fundamentais são interdependentes entre si. Sobre o tema ver Ingo Wolfgang Sarlet em *A eficácia dos direitos fundamentais*. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. pág. 45.

*abstenção*<sup>10</sup> no que tange aos direitos civis. Já no universo dos direitos políticos, por sua natureza participativa, revelavam “*íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia*”<sup>11</sup>.

Segundo o ensinamento de Jorge Miranda, o fenômeno de direitos fundamentais remonta, não apenas aos eventos já mencionados, mas às limitações impostas ao poder central inglês e ao jusnaturalismo, muito anteriores às revoluções burguesas do sec. XVII. Nas palavras do autor:

As duas linhas de força mais próximas – não únicas, nem isoladas – dirigidas à formação e ao triunfo generalizado do conceito moderno de direitos fundamentais são, porém, a tradição inglesa de limitação do poder (da *Magna Charta* ao *Act of Settlement*) e a concepção jusnaturalista projectada nas Revoluções americana e francesa. Quanto às ressalvas do autor deve-se ter conhecimento da relevância dos movimentos ingleses quase 500 anos antes dos eventos franceses<sup>12,13</sup>.

Também, previamente à Declaração de Independência dos Estados Unidos da America, uma Declaração foi anunciada em uma das colônias americanas, contextualizada na luta para romper os vínculos de exploração perpetrada pela metrópole inglesa. Tal documento foi a Declaração do Bom Povo de Virginia de 12 de janeiro de 1776.

No séc. XIX, o ocidente passou por um período de intensas mudanças na forma de produção. As inovações de manufatura de tecidos inglesa e, posteriormente, em outros setores e países, gerou fortes impactos sociais, econômicos e políticos. A mudança de produção agrária para um modelo industrial extinguiu grande parte do espaço a que se dedicava a de mão de obra agrária,

---

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. pág. 47.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang em **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. Pág. 47.

<sup>12</sup> Não obstante, há quem remeta a construção dos direitos fundamentais a fatores mais remotos, como Emanuel de Moraes: Com a Magna Carta, de 1215, costuma-se documentar, histórica e juridicamente, o que teria sido o passo fundamental da constituição democrática da Inglaterra. Esse passo, porém, não terá sido um começo, mas o ponto de convergência de várias circunstâncias que, há muitos séculos, vinham revelando as tendências das diversas raças estabelecidas nas ilhas britânicas, cujos elementos preponderantes propiciaram a formação de estruturas opostas ao poder despótico, nisto se diferenciando essencialmente dos demais povos europeus. MORAES, Emanuel de. **A origem e as transformações do Estado**. Rio de Janeiro: Imago, 1996-1997. 3v. pág. 31.

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed, rev. e actual. Rio de Janeiro: Coimbra, 2005. 5 v. Pág 21.

culminando no desalojamento de imensas populações de miseráveis itinerantes e famintos.

Essas populações migraram em direção aos centros urbanos cuja pobreza generalizada, permitiu a cooptação e exploração da nova classe, o proletariado. Dentre outros aspectos, a Revolução Industrial foi crucial para uma reconfiguração do Estado mediante as novas demandas sociais.

A partir do século XX os textos constitucionais passaram a reconhecer a necessidade de intervenção em relações específicas, a fim de dirimir determinados conflitos de interesses em que havia, faticamente, um desequilíbrio de poder para enfim garantir uma justiça social. Nesse ponto, como resposta à problemática social, teve início a transição para o Estado Social. Jorge Miranda explica que, “*Direitos cívicos – em certo sentido empregado pela doutrina – os direitos quais têm por objectos prestações positivas do Estado, de outras entidades públicas e da sociedade no seu conjunto no interesse dos súbditos*”<sup>14</sup>.

Isto é, enquanto os direitos de primeira dimensão impõem ao poder público um espaço individual, de não intervenção (propriedade, garantias processuais, liberdades de culto religioso etc.), os direitos de segunda dimensão pressupõem uma intervenção ativa do Estado. Dentre os direitos desta categoria estão os direitos sociais, econômicos, culturais, trabalhistas, previdência social, assistência, saúde e habitação.

Por derradeiro, os direitos de terceira dimensão começam a ser concebidos a partir de novas relações e inovações tecnológicas do final do século XX. Pautados pela solidariedade e fraternidade esses direitos caracterizam-se pela transindividualidade, pois aproveitam a um conjunto de pessoas sem, contudo, determinar individualmente o seu benefício o que confere, portanto, o caráter de direitos coletivos ou difusos.

Para melhor compreensão pode-se citar os direitos ao meio ambiente e direito do consumidor<sup>15</sup>. A degradação do meio ambiente ou exposição de consumidores a

---

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Direitos fundamentais. 3 ed., rev. e actual. Rio de Janeiro: Coimbra, 2005. pág. 89.

<sup>15</sup> Vale menção à lição de Ingo Wolfgang Sarlet: Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão mais citados, cumpre referir o direito a paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito a comunicação. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme;

serviços ou produtos, que gerem riscos a saúde, tem potencial de gerar prejuízos a um número indeterminado de pessoas, inclusive às gerações futuras e além das fronteiras nacionais (acidentes relacionados à utilização de energia nuclear, por exemplo).

#### 1.4 DIREITOS TRABALHISTAS

Dedicou-se o subcapítulo anterior ao estudo dos direitos fundamentais e sua contextualização ou desenvolvimento como conquistas históricas, além da forma de afirmação da dignidade da pessoa humana. Foi mencionado que os direitos trabalhistas se encontram na segunda dimensão dos direitos fundamentais, há, no entanto, necessidade de pesquisa específica sobre o tema considerando que o desenvolvimento deste trabalho exigirá a compreensão da relação de trabalho, na tentativa de propor limites no poder investigativo privado.

Vale ressaltar que, em que pese a investigação privada ser entendida como um *poder* na relação trabalhista, esta mesma atividade é concomitantemente uma *obrigação* na relação da empresa, mediante as crescentes responsabilidades corporativas. Este poder dever é ainda mais sensível ao impor ao setor privado colaboração no esclarecimento de eventuais ilícitos, ocorridos no âmbito da atividade econômica e possíveis repercussões penais para colaboradores.

A partir dessas considerações iniciais, cumpre destacar que direitos trabalhistas têm peculiaridades históricas que levaram a sua formação, além da relação de trabalho ser um fator de suma importância no contexto econômico e social. Portanto, a complexidade dessas relações seguem institutos jurídicos próprios.

Primeiramente, a característica principiológica fundamental é a proteção do trabalhador, calcada na experiência histórica pela qual se demonstra a vulnerabilidade da classe trabalhadora. Uma vez que se encontra em posição de desvantagem na relação empregatícia, justifica-se um tratamento diferenciado no sentido de garantir uma intervenção amparada na isonomia (visando a garantia da igualdade material)<sup>16</sup>.

---

MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. – 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>16</sup> Sobre o tema, Maurício Godinho sintetiza: Parte importante da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo do jurídico especializado. Esta, a propósito, a compreensão do grande jurista uruguaio Américo Plá

A efetivação material dos direitos trabalhistas se dá, em grande medida, pela possibilidade associativa dos trabalhadores e representação coletiva, embora se possam notar desequilíbrios nas questões práticas, podendo citar, a título exemplificativo, as limitações territoriais de representatividade da organização sindical no Brasil, inibindo a concorrência entre as organizações de trabalhadores.

A democratização trazida pela Constituição Federal de 1988 impulsionou uma nova dinâmica nas relações de trabalho, prevendo negociações coletivas organizadas e neste sentido vale menção a lição de Maurício Godinho:

Ao lado dos preceitos democratizantes acima enunciados, a Constituição de 1988 produziu um clarão renovador na cultura jurídica brasileira, permitindo despontar, no estuário normativo básico do país a visão coletiva dos problemas, em anteposição à visão individualista preponderante, oriunda do velho Direito Civil<sup>17</sup>.

Não obstante, uma Justiça Especial e uma lógica processual particulares que visam atender ao dinamismo e celeridade necessários, para responder aos conflitos concretos, são algumas das formas de materializar os direitos trabalhistas de forma mais eficaz.

Os direitos fundamentais trabalhistas positivos, influenciados pelas correntes basilares que os justificam e, por sua história de conquista histórica, têm também funções que lhes conferem direção:

Tal função decisiva do ramo justralhista realiza, na verdade, o fundamental intento democrático inclusivo de *desmercantilização* da força de trabalho no sistema socioeconômico capitalista, restringindo o livre império das forças de mercado na regência da oferta e da administração do labor humano<sup>18</sup>.

O autor destaca ainda funções modernizantes e progressistas, além de sua ligação direta com o processo de evolução civilizatória garantindo renda e meios dignos de existência.

Ao cabo, é possível concluir que as relações de trabalho devem estar pautadas na dignidade da pessoa humana, resguardando direitos positivados tanto

---

Rodriguez, que considera manifestar-se o princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2011. Pág. 192.

<sup>17</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2011. Pág. 122.

<sup>18</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2011. Pág. 58.

na esfera constitucional quanto nas legislações infraconstitucionais, bem como na necessária reciprocidade ética.

## CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADE DE AUTOFISCALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES PRIVADAS

### 2.1 DAS ORIGENS HISTÓRICAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

#### 2.1.1 Introdução

As maiores influências no atual modelo de exigências de controles internos, estabelecidos no âmbito setor privado com a finalidade de assegurar melhorias de padrões éticos nos negócios e, conseqüente, segurança aos consumidores de forma a inspirar confiança nos setores econômicos, advém de legislações estrangeiras.

Mais precisamente nos Estados Unidos da América (EUA), desde a formação de seu modelo regulatório no início do século XX, influenciando de forma ampla a maioria dos modelos regulatórios atuais – mesmo que posteriormente<sup>19</sup>.

Deste recorte, vale registrar que os EUA por uma soma de fatores convergentes como, por exemplo, o sistema jurídico herdado metrópole anglo-saxão, a *commom law*<sup>20</sup>, a ênfase nos valores de liberdade como contraponto ao poder do Estado e a luta pela independência, o impulsionam a admitir uma diminuta ingerência estatal sobre a liberdade dos seus cidadãos.

Portanto, a proposta norte-americana de intervenção se dá através das agências<sup>21</sup>, cuja matriz das atividades se atém à tecnicidade, a fim de garantir que a influência sob a esfera particular dos cidadãos e a atividade comercial ocorram livre

---

<sup>19</sup> Sobre o tema vale menção ao estudo de Rafael Carvalho Rezende Oliveira: O Direito Administrativo brasileiro, não obstante a sua origem romano-germânica, buscou nos Estados Unidos, país integrante da família da *commom law*, o modelo de regulação estatal. Em verdade, a importação de modelos jurídicos americanos não é exclusividade brasileira, mas uma tendência, boa ou ruim, acentuada em tempos de globalização. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende **O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 47, 2009

<sup>20</sup> Também da lição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira: As revoluções liberais do século XVIII refletiram de forma diversa na França e nos Estados Unidos. Enquanto a Revolução Francesa de 1789, marcada por uma profunda desconfiança em relação aos juizes, gerou a criação da justiça especializada para a Administração Pública, os revolucionários americanos, desconfiados do Executivo, atribuíram maiores poderes ao Judiciário e ao Legislativo. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende **O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 47, 2009

<sup>21</sup> Nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro: Enquanto no sistema europeu-continental, em que se inspirou o direito brasileiro, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma séria de órgãos que integram a Administração Direta e entidades que compõem a Administração Indireta, nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume a agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo, em nosso direito), a tal ponto que se afirma que “o direito administrativo norte-americano é o direito das agências” (cf. Eloísa Carbonell et al., 1996:22). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.: 399.

dos interesses políticos-eleitorais, e que de fato, possam atender aos interesses tanto dos regulados quanto da sociedade. Ainda assim, a teoria da captura, por exemplo, demonstrou que o modelo não passa ileso às influências dos interesses que sejam públicos e privados.

Não obstante, as crises enfrentadas no século XX, que buscaram no setor público soluções para combatê-las, abriu caminho para o aumento do número e poder das agências reguladoras e da efetiva intervenção estatal na economia.

Ademais, a globalização dos negócios, os prejuízos ao desenvolvimento, a distorção das premissas de concorrência leal ou justa, a necessidade de coordenação internacional – para prevenir e combater práticas delitivas ligadas ao relacionamento privado com Governos periféricos – culminaram no maior compromisso internacional para combater ao suborno internacional. Mediante a assunção de compromissos internacionais e a expansão das legislações internas, no sentido de prevenir e combater a malversação dentro da administração pública e usurpação da representação Estatal.

Adiante, a pesquisa se propõe a relacionar os principais marcos legais e históricos que resultaram nos atuais sistemas privados, para inibir e erradicar práticas de suborno de agentes públicos nacionais e estrangeiros.

### **2.1.2 Primeiras Agências reguladoras americanas**

Desde 1867, a então Divisão Química do Governo norte-americano, em investigação sobre a utilização de aditivos químicos sobre a produção agrícola, publicou estudos que apontavam para os riscos à saúde dos consumidores de produtos com adição das soluções investigadas. O tema conquistou espaço da opinião pública e dos meios de comunicação, o que proporcionou centralidade da temática.

Em 1906, o presidente americano Theodore Roosevelt assinou o *Food and Drugs Act*, inicialmente sob a responsabilidade do *Bureau of Chemistry*, visando à melhoria de procedimentos que pudessem garantir a qualidade no setor agrícola e farmacêutico. Para o setor agrícola, o foco se deu na adição de reagentes que causassem riscos a saúde dos consumidores.

Ao setor farmacêutico as fiscalizações exigiam que os produtos manufaturados estivessem de acordo com os padrões de qualidade e pureza, além

de seguir fielmente as condições estabelecidas em bula<sup>22</sup>. Até então os medicamentos eram comercializados sem a necessidade de balanceamento e equilíbrio na promoção de drogas ou produtos para saúde. Trata-se, portanto, de um dos primeiros movimentos no sentido de exigir dos produtores controles internos e padrões de qualidade. Desde então, a regulação avançou para abarcar novas tecnologias e afastar os riscos aos consumidores<sup>23</sup>. Inúmeras crises envolvendo efeitos colaterais como efeitos sobre embriões exigiram aumento do rigor e desenvolvimento do setor.

Atualmente, a agência reguladora *Foods and Drug Administration* (FDA), ligada ao *Department of Health and Human Services*, tem amplo escopo de atuação sobre a indústria alimentícia, farmacêutica, aos produtos de saúde, tabaco, cosmético e veterinário.

Vale registrar que o setor farmacêutico é um dos segmentos mais complexos em termos de programas de *Compliance* e necessitam de um arcabouço robusto de políticas e mecanismos para enfrentamento de riscos legais e éticos, principalmente, relacionados à gestão adequada do potencial conflito de interesse nas relações com profissionais da área de saúde, organizações da área de saúde, pacientes e associações de pacientes.

Ao longo dos anos, foi reconhecida a necessidade crescente de controle sobre o setor, com o objetivo de proteção aos consumidores e pacientes. Desta maneira, hodiernamente, desde o início de atividades ligadas à pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias, passando pelos processos de aprovação das autoridades sanitárias, aprovação de comercialização, promoção adequada dos produtos, transporte, manutenção de depósitos, comercialização e definição de preços devem atender aos requerimentos legais.

Não obstante, faz-se igualmente necessário enfatizar a regulação monetária exercida por meio da *Federal Reserve* (FED), a agência reguladora do setor. Mais do que isso, a FED agindo como Banco Central Nacional permitiu a organização

---

<sup>22</sup> Disponível em: <https://www.fda.gov/AboutFDA/WhatWeDo/History/Origin/ucm054819.htm>. Último acesso em 2 de abril de 2017.

<sup>23</sup> Para detalhes sobre a evolução da regulação e dos fatos que a impulsionaram consultar o artigo "A brief history of the GPMs for pharmaceutical", Barbara K. Kimal, disponível em: <http://gmpnews.ru/wp-content/uploads/2010/05/History-gmp.pdf>. Último acesso em: 09 de junho de 2017.

monetária americana além do exercício de supervisão dos bancos nacionais, no sentido de atribuir o valor da moeda americana.

Em 1914, a terceira tentativa de consolidação de um banco central nos Estados Unidos da América foi finalmente bem sucedida<sup>24</sup>. Não obstante, sua função de controle monetário, para controle da emissão de moeda, cuja consequência básica é a influência direta nos processos de inflação/deflação, o sistema impôs supervisão dos serviços e produtos financeiros.

A higidez do sistema financeiro depende fortemente da confiança que o mercado deposita principalmente em bancos. Este marco inicial de gestão supervisionada deu início também ao desenvolvimento de mecanismos internos no setor bancário.

Destaca-se por fim, o *crash* da bolsa em 1929 e a Grande Depressão gerados pela crise de superprodução, com a perda de mercado consumidor após a recomposição da indústria europeia pós-guerra. Resultaram em acentuada crise de confiança para investidores e uma retração brusca na circulação de ativos na economia norte-americana e mercados associados. Como consequência, o país enfrentou falências sequenciais, desarticulação de emprego e redução do poder de compra.

O revés foi combatido principalmente através de medidas governamentais do então presidente Franklin Roosevelt, por um conjunto de propostas protecionistas conhecidas como *New Deal*, bem como a aprovação do *Securities Exchange Act* de 1934, que criou a *Security Exchange Commission* (SEC) para regulamentar o mercado de ações americano e recuperar a confiança nas negociações no mercado de ações.

Uma das primeiras obrigações impostas às companhias estava ligada à transparência na divulgação de relatórios financeiros de empresas de capital aberto, com intuito de possibilitar ao investidor que analisasse a segurança dos títulos negociados.

A participação do executivo na recuperação americana deu maiores dimensões ao espectro do exercício de sua função, permitindo que as medidas executivas conquistassem espaço sem a posterior revogação dos atos pelo poder judiciário:

---

<sup>24</sup> Sobre o tema: O Federal Reserve foi criado em 1914, depois que uma série de quebras de bancos ocorrida em 1907 convenceu o Congresso de que os Estados Unidos precisavam de um banco central para garantir a saúde do sistema bancário da nação. MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução: Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

De um lado, as críticas centradas no caráter antidemocrático (contramajoritário) de criação do direito pelos juizes, questão especialmente importante no sistema da common law, em que existe a força do precedente judicial, ganham força durante a chamada Lochner era, período da história legal americana (1890 a 1937) em que a Suprema Corte, em nome dos ideais liberais do laissez-faire, invalidou diversas tentativas de regulação estatal da economia.

De outro lado, a Grande Depressão, iniciada em 1929 e que tem com uma das causas a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, causa profunda crise na economia americana e coloca em cheque os ideais liberais do não intervencionismo estatal. Evidencia-se, naquele momento, a incapacidade do mercado se reerguer sozinho e a necessidade de uma regulação estatal<sup>25</sup>.

O debate sobre a intervenção estatal na economia é complexo em constante desenvolvimento e estudado sob diferentes perspectivas sendo objeto de estudo de ciências econômicas, jurídicas e políticas.

### 2.1.3 Foreign Corruption Practices Act - FCPA

As origens da lei americana de combate à corrupção remetem a um dos maiores escândalos políticos dos Estados Unidos, *Watergate*. Em singela síntese, durante as investigações conduzidas pelo Senado sobre suspeitas de espionagem no processo eleitoral de 1972, que resultaram na reeleição a presidência do republicano Richard Nixon. Não obstante, foi apurado que recursos de sua campanha provinham de contribuições eleitorais fornecidas por centenas<sup>26</sup> de empresas envolvidas em esquemas de corrupção de agentes públicos ligados aos governos de países estrangeiros<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 12, nº 47, 2009

<sup>26</sup> De acordo com o guia americano sobre o tema, publicado pela SEC e Department of Justice (DOJ): SEC discovered that more than 400 U.S. companies had paid hundreds of millions of dollars in bribes to foreign government officials to secure business overseas. <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf> Acessado em 07 de abril de 2017.

<sup>27</sup> Sobre o tema MARTIN T. Bieligman. BIELGELMAN, Daniel R.: Watergate. The mere mention of the word invokes images and memories of a political scandal of huge proportion that brought down a president and left the man and his presidency disgraced. There were break-ins and burglaries, illegal wiretaps, slush funds, money laundering, hush money, and White House cover-ups, leading to the impeachment of Richard Nixon, and the indictment and conviction of his closest advisors and confidants. This was corruption at the highest levels of government. It severely rattled the American psych and shook people's faith in government. But there was some good that followed. One beneficial outcome of the Watergate schandal would become a weapon against corruption in the corporate suites: the enactment of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) in 1977. MARTIN T. Bieligman. BIELGELMAN, Daniel R.: Foreign corrupt practices act compliance guidebook: protecting your organization from bribery and corruption. John Wiley and Sons: 2010

Apesar da renúncia do republicano Nixon, ante a abertura de um processo de *impeachment* da queda de seus homens de confiança, o mal estar social e político contribuíram para a aprovação da Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) em 1977.

Os Estados Unidos foi o primeiro país a tratar da corrupção extraterritorial, sujeitando inclusive companhias sediadas fora de seu território. Destaca-se que a norma tem natureza cível e criminal, isto é, os atos tipificados podem trazer implicações em ambas as esferas, tanto às pessoas físicas quanto jurídicas.

Quanto a sua aplicabilidade importa mencionar que os ilícitos podem alcançar empresas e cidadão americanos, empresas abertas que negociem ativos nos EUA ou àquelas emittentes (*issuer*), que tenham obrigação de se reportarem periodicamente a *Securities and Exchange Commission* (SEC)<sup>28</sup>. Da mesma forma, os empregados, administradores e até mesmo acionistas estão sujeitos aos dispositivos.

De acordo com o FCPA, as empresas ou pessoas físicas, que atuem em sua representação, ficam proibidas de pagar ou beneficiar ilegalmente funcionários públicos estrangeiros, a fim de obter ou manter negócios. Vale registro a lição de Vicente Greco Filho:

O FCPA proíbe a prática de qualquer ato consistente em oferecer, pagar, prometer o pagamento, ou autorizar o pagamento de qualquer dinheiro, ou oferta, presente, promessa de dar, ou autorizar a doação de qualquer coisa de valor a qualquer funcionário público estrangeiro, com o propósito de: influenciar qualquer ato ou decisão de atribuição deste; induzi-lo a descumprir seu dever legal; assegurar qualquer vantagem indevida; ou induzi-lo a influenciar decisão do governo ou de ramo da administração pública, de modo a ajudar a pessoa física ou jurídica a obter ou manter contrato/negócio para si ou consigo, ou direciona-lo a qualquer pessoa (15 U.S.C § 78DD-1, (A),(1))<sup>29</sup>.

Deve-se enfatizar ainda a necessidade de manutenção de livros e registros adequados que comprovem a regularidade do exercício do objeto social das companhias, a fraude dolosa de registros e livros também é prevista como infração ao FCPA.

---

<sup>28</sup> A *Security Exchange Commission* é o órgão regulamentador da negociação de ativos financeiros dos EUA, criado em 1934 com o objetivo de regular este mercado recuperando a confiança de investidores após a quebra da bolsa estadunidense em 1929. <https://www.sec.gov/Article/whatwedo.html>. Acesso em: 07 de abril de 2017.

<sup>29</sup> GRECO, Filho Vicente. O combate á corrupção e comentários à Lei de responsabilidade de pessoas jurídicas. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 45.

Tendo em vista a natureza cível e criminal do FCPA, violações podem implicar em sanções pecuniárias, bem como de restrição da liberdade. A multa pode chegar a dois milhões de dólares para as corporações. Quanto à responsabilização individual, as multas têm como limite US\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares).

No caso de fraudes contábeis, a sanção pecuniária prevista alcança o valor de US\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de dólares) para pessoas jurídicas, enquanto na esfera individual estabelece o limite no valor de US\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares), além de até vinte anos de pena restritiva de liberdade<sup>30</sup>.

No entanto, as penas podem chegar ao dobro das vantagens obtidas com o pacto ilegal, de acordo com a Alternative Fines Act, 18 U.S.C.

#### **2.1.4 Acordos internacionais para enfrentamento da corrupção**

O combate à corrupção de forma sistematizada, incluindo responsabilização das pessoas jurídicas iniciado nos EUA, teve forte repercussão em debates de diferentes nichos. Nos âmbitos jurídico, econômico, social, político e ético a matéria ganhou expressividade e refletiu na adoção de acordos multilaterais que expandiram a efetivação de estruturação de mecanismos jurídicos na esfera pública e privada.

Certamente não seria possível encampar um confronto unilateral ao tema da corrupção internacional, sendo imprescindível uma coordenação multilateral. Durante décadas a corrupção no exterior, destacadamente praticada em países periféricos, foi encarada como um custo para atuação nos mercados clientes das multinacionais sediadas, habitualmente, nos países centrais desenvolvidos.

Com efeito, os EUA impulsionaram o debate internacionalmente, ainda que as motivações não fossem exatamente um consenso. Parte da doutrina atribui a motivação deste processo, ao fato de que o rigor sobre as empresas americanas pode ter afetado sua competitividade internacionalmente, Greco preleciona:

Enquanto as empresas norte-americanas ficaram proibidas de praticar atos de suborno de funcionários públicos após a FCPA de 1977, suas concorrentes situadas em outros países, principalmente europeus estavam livres de tais amarras.

Tal situação fez com que o Congresso dos EUA solicitasse a negociação de um tratado internacional com os países-membros da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que culminou com a assinatura da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários

---

<sup>30</sup> <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2017.

Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacional, também conhecida como Convenção Antissuborno da OCDE, assinada em 1997 e em vigor desde 1999, conforme já tratado acima.<sup>31</sup>

Para Modesto Carvalhosa, os principais motivos que estimularam a efetiva liderança americana sobre o tema, tornando-a uma das políticas internacionais amplamente advogada pelo governo americano, se dá pelo seu convencimento dos efeitos nefastos gerados pelas práticas de suborno internacional. Segundo o autor, a corrupção gera efeitos tão deletérios cuja confluência de consequências atinge diretamente os países mais desenvolvidos, com fortes fluxos migratórios indesejados, instabilidades políticas e econômicas:

Diante dessa realidade, formou-se o consenso nos fóruns internacionais de que a corrupção é a responsável pela ausência de desenvolvimento social dos países emergentes e periféricos com as consequências evidentes da fome e das doenças na maioria deles; no atraso social e político que daí decorre mediante o domínio de gangues políticas, mesmo institucionalizadas, como é o caso brasileiro, que dominam os Estados e os governos desses países, que representam três quartos da população mundial<sup>32</sup>.

Provavelmente ambos os fatores contribuíram para a assinatura da (i) Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (CCI); (ii) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE e; (iii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, no âmbito da Organização das Nações Unidas.

O primeiro documento internacional que os Estados-membros assumiram o compromisso de combate coordenado à corrupção ocorreu em 1996 no âmbito da OEA, com entrada em vigor em sete de março de 1997<sup>33</sup>.

A CCI tem o propósito de estimular os signatários a desenvolverem mecanismos de prevenção, detecção, punição e erradicação da corrupção contando com a cooperação entre os países membros (artigo II).

<sup>31</sup> GRECO, Filho Vicente. O combate á corrupção e comentários à Lei de responsabilidade de pessoas jurídicas. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 44.

<sup>32</sup> CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas lei 12.486. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. P. 104.

<sup>33</sup> Apenas em 2002 o Brasil introduz a CCI no sistema nacional: No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. <http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/articulacao-internacional/convencao-da-oea>. Acesso em 14 de abril de 2017.

Dentre as medidas a serem adotadas, os Estados se comprometem a: criarem códigos de conduta, dentro da administração pública, para evitar conflitos de interesses e desvio de finalidade dos recursos públicos; estimularem a denúncia de atos de corrupção; executarem sistemas adequados para o recrutamento, instrução e declaração de receitas de pessoas que desempenhem atividade pública; criarem sistemas idôneos de arrecadação e controle dos recursos do Estado e, por fim, a criação de leis que evitem tratamento tributário ilegítimo e proteção aos denunciadores de atos corruptos, bem como órgãos superiores aptos ao cumprimento dos objetivos da CCI.

Para arrematar, vale destacar dois itens de suma importância: adoção de medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos, incluindo pagamentos de facilitação, tal como estabelecer que as associações mercantis:

“mantenham registros que, com razoável nível de detalhe, reflitam com exatidão a aquisição e alienação de ativos e mantenham controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectarem a ocorrência de atos de corrupção (artigo III, 10)”<sup>34</sup>.

A Convenção traz ainda soluções para fixação de jurisdições e define os atos de corrupção que pretende combater incluindo tanto a corrupção ativa quanto à passiva. Provavelmente influenciada pelas amargas lições do caso de *Watargate*, restou expressa a necessidade de proibir e punir corrupção “por parte de seus cidadãos, pessoas que tenham residência habitual em seu território e empresas domiciliadas no mesmo, a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente (artigo VIII)”<sup>35</sup>.

Menos pacífica, todavia, é a determinação de tipificação de enriquecimento ilícito, visto que transfere ao funcionário público a obrigação de justificar o aumento significativo de bens ou ativos. Princípios processuais penais fundamentais pátrios, como o estado e inocência e não autoincriminação, não permitem sua adoção conforme proposta em convenção.

Os artigos XI e XII estipulam que os Estados devem prever em seus ordenamentos pátrios a tipificação de utilização indevida de informações ou bens

---

<sup>34</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm). Último acesso em: 14 de abril de 2017.

<sup>35</sup> Artigo VIII que pode ser consultado em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm). Último acesso em: 14 de abril de 2017.

conhecidos ou acessados, aproveitando-se indevidamente da relação direta ou indireta com o governo, independentemente de prejuízo patrimonial ao Estado.

Vale destacar o compromisso de assistência e cooperação recíproca entre os membros, a fim de compartilhar técnicas e melhores práticas, além de facilitar investigações e processamento dos atos previstos a Convenção.

Em 1997, foi concluída em Paris a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e adotada pelos países membros da OCDE, também reconhecida como Convenção antissuborno da OCDE.

O pacto tem características próprias e assume como objetivo fomentar a concorrência leal, expurgando do mercado as companhias calcadas no pagamento de propina para sucesso dos seus negócios e estímulo ao desenvolvimento sustentável no aprimoramento de bens e serviços e melhores condições de acesso aos consumidores.

Com ênfase, a convenção em estudo tem em foco a responsabilização das companhias nacionais que pratiquem atos de suborno no exterior. O arcabouço legislativo para proteção da administração nacional já é sedimentada na maioria dos países, no entanto, o empenho no combate à corrupção ocorrida no exterior teve alcance ampliado a partir dos esforços e reconhecimento da OCDE.

A Convenção Antissuborno foi inaugurada estabelecendo que os membros devessem tipificar criminalmente a corrupção ativa de funcionário público estrangeiro e definissem os conceitos elementares do tipo. Adicionalmente, os signatários se comprometeriam a estabelecer responsabilidade à pessoa jurídica, conforme os princípios jurídicos nacionais.

Ao tratar das sanções restou estabelecido que a corrupção ativa, praticada por pessoas físicas, culminasse em punições equivalentes às penas de corrupção passiva na seara criminal. No caso de pessoas jurídicas quando, por características da legislação nacional, não houver previsão de pena as pessoas jurídicas, as sanções não criminais sejam adotadas.

Ainda, os estados com disposições contra lavagem de dinheiro deveriam incluir sanções quando o delito fosse praticado em face de administração pública estrangeira. Destaca-se também, o artigo 8 segundo o qual as empresas sediadas nos países membros devem adotar medidas de registros contábeis adequados para evitar contas em “caixa dois”, bem como fraudes nos documentos internos.

Ao tratar da cooperação, deve-se mencionar que os países partes tem obrigação de auxiliar uns aos outros na condução de investigações e processamento criminal do suborno praticado no exterior. Além de acordarem a celeridade no fornecimento de documentos e impossibilidade de oposição de sigilo bancário para o fornecimento de dados financeiros de investigados ou processados.

No Brasil, se introduziram as tipificações e conceito de funcionário público estrangeiro no código penal através da lei 10.467 de 2002 no capítulo II – A, dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, artigos 337-B (corrupção ativa em transação comercial internacional), 337-C (tráfico de influência em transação comercial internacional) e 337-D (funcionário público estrangeiro). Assim como, a inclusão do inciso VIII, artigo 1º, da lei 9.613 (antiga lei de lavagem de dinheiro) a fim de incluir os atos praticados por particular contra a administração pública estrangeira.

Finalmente, o artigo 12 impõe aos signatários a cooperação na efetivação de um programa de monitoramento e acompanhamento para implementação da Convenção. A convenção entrou no ordenamento jurídico brasileiro em 2000 através do decreto n. 3.678.

O último pacto internacional a ser estudado é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção da Organização das Nações Unidas de 2003, internalizado pelo decreto n. 5.687/2006.

Convencionada de forma global, o compromisso elaborado no âmbito da ONU é mais detalhado em termos de orientações aos Estados e trouxe diretrizes mais específicas na relação do combate à corrupção com a lavagem de ativos e reforçou a necessidade de articulação internacional para o enfrentamento da questão.

Importa ressaltar as disposições direcionadas aos setores privados, cujo artigo 12 se dedica inteiramente a destacar a necessidade de manutenção adequada dos livros e registros contábeis empresariais, velando pela precisão e completude das informações, além de menção à obrigação de manutenção dos documentos pelo tempo em que a lei determinar.

### **2.1.5 Sarbanes-Oxley Act (SOx)**

Não se pretende aprofundar o estudo sobre a legislação americana que reestrutura os requisitos de governança corporativa. Ainda assim, por manter estreita relação com diretrizes de profunda importância para os programas de

*Compliance* como, por exemplo, a transparência na relação com investidores, acionistas, governantes e com a sociedade em geral, a seguir serão destacados pontualmente temas relevantes que influenciam na construção da prevenção, detecção e punição de atos irregulares no setor privado.

Em síntese, as empresas de capital aberto tem a responsabilidade de manter seus investidores devidamente informados quanto à saúde financeira da companhia, para que seus acionistas tomem decisões sobre o destino apropriado de seus investimentos.

Em 2002, foi aprovada a lei conhecida como SOx após uma década de escândalos corporativos que abalaram a confiança de investidores<sup>36</sup>. Para tanto, a norma estabeleceu uma reestruturação na governança corporativa, traçando diretrizes mais rígidas nos relatórios financeiros, métodos contábeis e auditorias com escopo nas transações de valores mobiliários, cuja fiscalização e controle são realizados pela SEC.

As alterações regulatórias tiveram grande impacto nas organizações norte americanas e emitentes (issuers) de ativos nos balcões americanos, reestruturando o papel e nível de responsabilidade de gestores, auditores e advogados. Cumpre destacar que, além das penalidades administrativas, mediante fraude nos relatórios financeiros firmados por diretores executivos e financeiros, há previsão de sanções criminais.

Eventuais fraudes contra acionistas, por meio de falsificação dos relatórios periódicos, podem implicar em sanções de até cinco milhões de dólares, além de penas privativas de liberdade de até 20 anos e impossibilidade de atuar na direção de empresas de capital aberto. Investigações acerca das fraudes contábeis ficam sob a responsabilidade da SEC, bem como a avaliação dos relatórios.

Por fim, atividades até então comuns passaram a ter relevância sob a perspectiva de conflito de interesses como, por exemplo, garantias, empréstimos ou mesmo outras operações de crédito realizadas em favor de seus próprios executivos.

---

<sup>36</sup> Alguns casos emblemáticos são da *WorldCom.*, *Enron* e *Tyco International*.

### 2.1.6 United Kingdom Bribery Act – UKBA

Adotada em 2010 a legislação do Reino Unido ganha destaque, pois apesar de seu advento recente reforçado pela Convenção antissuborno da OCDE, a norma traz institutos mais restritos e tratamento severo aos infratores.

As seções 1 e 2 do Ato preveem as condutas de oferecer, prometer ou entregar suborno (corrupção ativa) e solicitar, concordar em receber ou aceitar suborno (corrupção passiva)<sup>37</sup>. Destaca-se que não se faz diferenciação entre entes públicos ou privados, ou seja, é vedado o pagamento de propina entre privados, também conhecida como ou suborno comercial.

Não obstante, a criminalização da negociação de propina com funcionário estrangeiro, tanto na modalidade ativa quanto passiva, a normativa britânica tipifica a falha de controles internos. As penalidades podem alcançar pessoas jurídicas, diretores e indivíduos. A defesa para afastar esta alegação é a demonstração de efetividade do programa de *Compliance* que deve operar de forma atualizada e eficaz.

A legislação aplica-se a empresas sediadas no território nacional ou que tenham parte de suas operações nele inseridas, assim como aos representantes e empregados.

Quanto às penas, as multas para empresas, gestores e indivíduos são ilimitadas. A responsabilização criminal ocorrer tanto para pessoas físicas quanto para jurídicas. Vale trazer à luz a lição de Vicente Greco:

A pessoa física que incorra nos tipos de corrupção ativa, passiva ou de funcionário público estrangeiro, na hipótese de condenação sumária (*summary conviction*), sujeita-se à pena de prisão de até 12 (doze) meses ou à de multa até o limite do capital social da organização empresarial (*Section 11, (1), (a)*). Caso seja condenado após a acusação formal (*conviction on indictment*), sujeita-se à pena de prisão de até 10 (dez) anos ou à pena de multa ilimitada, ou ambas (*Section 11, (1), (b)*)<sup>38</sup>.

Sobre a pena a pessoa jurídica, continua:

No caso de pessoa jurídica incurso nos tipos de corrupção ativa, passiva ou de funcionário público estrangeiro, na hipótese de condenação sumária

<sup>37</sup> O Ministro da Justiça do Reino Unido publicou um Guia de procedimentos para prevenção de suborno para empresas. Nele são indicadas as bases da legislação e atos que se pretende inibir. <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em 15 de abril de 2017.

<sup>38</sup> GRECO, Filho Vicente. O combate à corrupção e comentários à Lei de responsabilidade de pessoas jurídicas. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 49.

(*summary conviction*), sujeita-se à pena de multa até o limite do capital social (*Section 11, (2) (a)*). Na hipótese de condenação após acusação formal (*conviction on indictment*), sujeita-se à pena de multa ilimitada (*Section 11, (2), (b)*)<sup>39</sup>.

Conclui-se, portanto, que fatores como a proibição de suborno comercial, a responsabilização criminal de pessoas e valor ilimitado de multas torna a legislação do Reino Unido mais rígida, se comparadas às principais diretrizes internacionais e a FCPA.

## 2.2 DO APARATO LEGISLATIVO PÁTRIO

É salutar conhecer e entender os principais institutos internacionais que projetaram o combate à corrupção como uma das temáticas centrais nas discussões desenvolvimentistas e civilizatórias sob as diferentes óticas do problema. Ainda assim, não se pode deixar de compreender que o retrato da sociedade brasileira é singular com implicações imediatas na cultura jurídica pátria.

Invoca-se atenção a estes aspectos, pois, por mais rica que se apresente a contribuição das experiências internacionais sobre a matéria, os instrumentos locais devem atender as particularidades jurídicas nacionais específicas, especialmente, às premissas constitucionais e sua proposta asseguradora de direitos e garantias fundamentais.

A negligência desta premissa predestina a iniciativa legislativa e sua aplicação ao dissenso doutrinário e jurisprudencial e, conseqüente, dúvida ou insegurança jurídica sujeitando-a a perfilhar-se dentre as leis “que não pegam”, como os exemplos de legislações penais reproduzidas de forma descuidada por demagogia ou impropriedade técnica.

Registradas as devidas considerações, adiante a pesquisa se dedica à exploração do aparato normativo pátrio, referente à responsabilização dos particulares que lançam mão à corrupção de agentes públicos para benefícios comerciais. Destarte, respeitando a proposta deste estudo, adverte-se que instrumentos legais de suma importância no contexto do combate à corrupção não serão abordados adiante, mas apenas aqueles com maior impacto ao setor privado.

---

<sup>39</sup> Idem.

### 2.2.1 Lei de Improbidade 8.429 de 1.992

Há que se esclarecer preliminarmente que a estrutura normativa da Lei de Improbidade Administrativa é voltada à definição de ilícitos, estipulação de sanções e procedimentos em face de servidores públicos que, em desvio de suas funções precípuas, valem-se de sua vinculação com a Administração Pública para desviar a estrutura estatal de seus objetivos, qual seja, interesse público.

Não obstante, a característica sancionadora da lei, também possibilita que a demanda inclua em seus pedidos o ressarcimento dos prejuízos causados pelos atos ilegítimos. Pelo que vale o exame da lição de Paulo Henrique Lucon:

Embora possibilite também reparação pecuniária do patrimônio público (tal como é possível na ação civil pública comum e na ação popular) como pedido cumulado, sua nota característica e distintiva reside justamente no aspecto sancionador mencionado. Ou seja, por meio da ação de improbidade administrativa, busca-se aplicar aos infratores *sanções* restritivas de direitos e/ou multa punitiva. Eventual cumulação de pedidos para que se obtenha também o ressarcimento ao erário, como já foi dito, possível, mas a essência ou o *ethos* da ação de improbidade reside na aplicação de punições ao administrador ímprobo e a eventuais particulares que tenham concorrido voluntariamente e de má fé para o ato reprovável. Para a simples tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, como o desfazimento de atos ilegítimos e a recomposição de perdas e danos deles decorrentes, seriam (e são) suficientes a ação popular e a ação civil pública.<sup>40</sup>

Conforme o excerto, são considerados ímprobos os atos contra a administração pública direta (União, Distrito Federal – DF –, Estados e Municípios e seus órgãos), indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações governamentais)<sup>41</sup>, conforme artigo 1º. Também se inclui neste rol o patrimônio público de pessoa jurídica que recebe subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício de entidade pública (art. 1º, § único).

Por sua vez, o sujeito que pode praticá-lo *“é todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação,*

<sup>40</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos, COSTA, Guilherme Recena. LUCON, Paulo Henrique Dos Santos, COSTA, Eduardo José Da Fonseca, COSTA, Guilherme Recena (coordenação). **Improbidade Administrativa: aspectos processuais da lei 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 362.

<sup>41</sup> Bandeira de Mello ensina: O aparelho estatal exercente de atividades administrativas é compoto pela própria pessoa do Estado, atuando por meio de suas unidades interiores – os órgão – e por pessoas jurídicas que cria para auxiliá-lo em seus misteres – as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais, que, na linguagem legal brasileira, compõem a administração indireta. Os consórcios (tratados no cap. X - Contratos) ou são entidades autárquicas ou são empresas públicas. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. Pag.

*contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função*<sup>42</sup> na administração pública direta ou indireta (art. 2º). Cumpre destacar que o preâmbulo anuncia que a lei dispõe sobre sanções aplicáveis também aos agentes públicos “no exercício de mandato”.<sup>43</sup>

Para fins desse trabalho o maior destaque se dá ao artigo 3º, o qual estende a aplicação da lei aos particulares, não agentes públicos, que induzam ou concorram para a prática *ou* gozem de benefícios diretos ou indiretos decorrentes do ato ímprobo. Destaca-se que, tanto o particular, como pessoa física, quanto na forma de pessoa jurídica podem ser responsabilizados e punidos sob a abrangência da Lei de Improbidade.

A lei prevê quatro formas de improbidade, com detalhamento de suas modalidades, quais sejam: improbidade que importa em enriquecimento ilícito (art. 9º); improbidade que causa prejuízo ao erário (art. 10); improbidade decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art.10-A) e improbidade contra os princípios da administração pública (art. 11).

A depender dos ilícitos, são aplicáveis às sanções perda dos benefícios adquiridos ilicitamente, ressarcimento do dano, perda da função, suspensão por pelo menos cinco anos de direitos políticos, pagamento de multas, proibição de contratação com o poder público e recebimento de incentivos fiscais ou captação de crédito.

Embora o Capítulo VI, intitulado *Das Disposições Penais* – com a única exceção prevista no artigo 19, que tipifica criminalmente a representação fraudulenta de improbidade – seu conteúdo cuida de regras para aplicação das sanções relacionadas à restrição de direitos distintas da punição penal<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Lei na íntegra: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm) Acesso em: 04 de maio de 2017.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> Vale menção mais uma vez às lições de Paulo Henrique Lucon e Guilherme Recena Costa: A natureza punitiva de tais sanções por ato ímprobo – que se distinguem, a toda evidência, da mera reparação pecuniária fundada nos mecanismos de responsabilidade civil – impõe à ação de improbidade um regime jurídico processual própria e único. Ele é marcado pela natureza “ambivalente” da demanda, que se apresenta, assim, *punitiva* por excelência mas, eventualmente e de maneira secundária, também ressarcitória, tudo cumulado numa mesma relação processual. LUCON, Paulo Henrique dos Santos, COSTA, Guilherme Recena. LUCON, Paulo Henrique Dos Santos, COSTA, Eduardo José Da Fonseca, COSTA, Guilherme Recena (coordenação). Improbidade Administrativa: aspectos processuais da lei 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 362.

Portanto, o processamento dos casos de improbidade tem natureza administrativa e civil, o que não afasta a possibilidade e dever de averiguação na seara criminal.

### **2.2.2 Lei de licitações e contratos administrativos de 8.666 de 1.993**

A Constituição Federal de 1988, no artigo 37, estabelece diretrizes para estruturação da administração pública incluindo que para contratação de obras, serviços, aquisições e alienações devem ser realizadas seguindo processo licitatório, que garanta a igualdade de concorrência aos participantes. Como administrador dos recursos públicos é fundamental que a Administração preze pelas melhores negociações nas transferências patrimoniais públicas, a fim de proporcionar melhor aproveitamento de seus ativos na promoção do interesse dos cidadãos.

Nesta esteira, assim como a Lei de improbidade administrava, a lei em comento é fundamentalmente voltada para a estrutura pública. Conquanto, vale destacar que os particulares que, individual ou coletivamente, promovam atos com intuito de frustrar os objetivos de certame podem sofrer sanções previstas neste instrumento legal.

Destaca-se a seção III, Dos crimes e das penas, do Capítulo IV que tipifica criminalmente condutas que intentem contra as concorrências públicas. Perante a inadmissibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica nestes crimes, a responsabilidade recai exclusivamente sobre pessoas físicas.

Em síntese, os tipos penais criminalizam condutas de associação entre particulares em face da administração pública,<sup>45</sup> bem como os ajustes entre o particular e qualquer agente público que possa influenciar ou beneficiar um dos concorrentes.

No último caso, denota-se claramente o caráter de enfrentamento à corrupção da lei, vez que criminaliza as associações ilegítimas que visam benefícios em proveito de pelo menos um dos envolvidos, em detrimento do erário e da moralidade pública.

---

<sup>45</sup> A lei 8.137/90 que descreve os crimes contra a ordem econômica criminaliza as condutas entre particulares que visem abusar do poder econômico e a formação de monopólios ao passo que na lei de licitação é específica a associação estabelecida contra a Administração Pública.

### 2.2.3 Lei de Lavagem de Dinheiro 9.613 de 1998, alterada pela lei 12.683 de 2013

Apesar do brocardo jurídico consolidado no ramo tributário, *pecunia non olet*, o dinheiro não tem cheiro, no ramo criminal há interesse crescente no debate sobre a origem, forma de aquisição, destino de patrimônio. Isso porque uma das tendências na repressão da criminalidade é impedir que o proveito da criminalidade possa servir aos seus autores, ou mesmo servir como caminho condutor para identificação dos verdadeiros beneficiários dentro de estruturas criminosas.<sup>46</sup>

A Convenção de Viena de 1988, ONU, que versa sobre o combate contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, foi a precursora da definição da lavagem de dinheiro. Notoriamente, as primeiras abordagens ao tema estiveram ligadas ao do tráfico de drogas, visando tornar mais eficiente sua repressão efetiva.

Inobstante, constatou-se que a lógica de criminalização da entrada dos ativos obtidos ilicitamente no sistema econômico servia também ao combate de outras atividades criminosas. Consequentemente, a partir da década de 1990 os principais crimes realizados de forma organizada passaram a ser considerados crimes antecedentes, passíveis de lavagem de dinheiro, como foi o caso da lei brasileira de 98. A tipificação da lavagem de capitais é um crime autônomo, mesmo que sua elementar do tipo exija o incurso em crime antecedente.

Por fim, optou-se por considerar “lavagem de dinheiro” qualquer tentativa de inserção de patrimônio adquirido, de forma criminosa, na economia lícita, o que é uma das principais alterações trazidas pela lei 12.683 de 2013.

O termo “lavagem de dinheiro” tem origem nos Estados Unidos da América na década de 20, em referência à metodologia que foi adotada para o *branqueamento* de dinheiro *sujo*. O esquema utilizava lavadeiras de roupas e a falsificação de sua contabilidade e assim, o patrimônio ilícito era incluído na economia oficial.

A breve descrição da metodologia possibilita identificar que o crime de lavagem de dinheiro possui um *iter criminis* que lhe é próprio, independentemente de suas inúmeras formas de execução. A lavagem de dinheiro tem sido admitida como

---

<sup>46</sup> Para um conceito doutrinário: Tradicionalmente define-se a lavagem de dinheiro ou de capitais como sendo o processo pelo qual se busca atribuir faceta lícita a ganhos advindos de atividades ilegais, tencionando assim, além de obstar a atividade estatal investigativa dos mecanismos de combate a criminalidade, a criação de um canal seguro de transferência de valores de forma a incrementar a atividade criminosa antecedente. MACEDO, Carlos Márcio Rissi. Lavagem de dinheiro. Curitiba: Juruá, 2006. Pág. 30.

um crime de três fases: *placement* (colocação dos recursos ilícitos no sistema econômico), *layering* (camuflagem da origem) e *integration* (integração no sistema formal).

Para fins de prevenção de criminalidade corporativa, tema deste estudo, são ressaltados os Capítulos V ao IX, em que se insculpem quais instituições e atividades devem ser monitoradas e controladas, a fim de efetivação do ilícito; obrigação pela manutenção de registros sobre clientes; além, de criar responsabilidade das instituições, como comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)<sup>47</sup> sobre atividades suspeitas, bem como um sistema próprio para averiguação de responsabilidade administrativa das instituições e administradores.

No artigo 10, inc. III, as políticas e procedimentos que mitiguem os riscos de lavagem de dinheiro convertem-se em obrigações das instituições. Este marco legislativo é de suma importância na institucionalização nacional de atuação preventiva por parte das corporações. Na mesma esteira, o artigo 11, inc. I e II impõem que as operações suspeitas, conforme estabelecidas pelas autoridades, devem ser comunicadas ao COAF no prazo de 24 horas.

Por derradeiro, além dos claros incrementos que impulsionam a criação de sistemas de *compliance* efetivos, esta lei também se aproxima da repressão à corrupção por ser este um dos crimes antecedentes mais relacionados com a aplicação da responsabilização por lavagem de dinheiro.

Adiante este trabalho estudará o aspecto preventivo de criminalidade da lei de lavagem de dinheiro.

#### **2.2.4 Lei Anticorrupção 12.846 de 2013 e decreto 8.420 de 2015**

Ao final do estudo dos instrumentos normativos pátrios, esta pesquisa investigará os principais aspectos da Lei Anticorrupção brasileira e o decreto 8.420 que regulamentou aspectos importantes do instrumento normativo.

Cumprido salientar que este aparato legislativo é voltado especialmente aos particulares que lançam mão ao pagamento de propinas para realização de seus

---

<sup>47</sup> O COAF é um órgão ligado ao Ministério da Fazenda atuando precipuamente na prevenção à lavagem (PLD) de dinheiro e financiamento ao terrorismo (FT). Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/Institucional/competencias>. Último acesso em 25 de maio de 2017.

negócios, diferenciando-se das leis estudadas anteriormente. Esta norma predispõe-se a repressão do ente privado envolvido em corrupção, conforme apreciado adiante.

#### 2.2.4.1 Visão Geral

A Lei 12.846 sancionada em 1º de agosto de 2013 passou a ter vigência na segunda metade de janeiro de 2014, trazendo a responsabilidade civil e administrativa objetiva das pessoas jurídicas, em sentido amplo<sup>48</sup>, de administradores, de dirigentes ou qualquer outro indivíduo que tenha contribuído para a prática ilícita de atos de corrupção em face do poder público nacional ou estrangeiro.

A responsabilidade objetiva, admitida na seara cível e administrativa, implica em dispensa de comprovação de dolo ou culpa nos atos danosos, isto é, para fins desta lei basta que se demonstre que em decorrência do ato corruptor, o Poder Público tenha sofrido lesão. As reestruturações societárias de fusão, aquisição incorporação, cisão e transformação não afastam a responsabilidade pelos atos tipificados, mas a limitam ao valor do patrimônio transferido.

Quanto aos atos ilícitos, qualquer negociação de suborno direto ou indireto, mesmo que realizado por meio de terceiros, são passíveis de processamento e sanções previstas na lei.

Por conseguinte, em esfera administrativa, a natureza das sanções evidencia a adequação normativa aos entes privados, no sentido de prever punições que, de fato, constroem seus administradores e impactam os resultados comerciais. Com efeito, além das multas que podem variar de 0,1 aos expressivos 20% do faturamento bruto anual do último exercício fiscal companhia ou, em impossibilidade de aferição do mesmo, de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a decisão condenatória pode ser publicada e circulada em

---

<sup>48</sup> O § único do artigo 1º anuncia que esta lei aplica-se às: às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm) acesso em 08 de maio de 2017.

grandes meios de comunicação, à custa da própria condenada (art. 6º, inc. I, II e § 5º).

Inegavelmente que a possibilidade (de) punição econômica expressiva e o risco à reputação colocam o tema em um novo patamar de importância para as corporações. Para além da importância ética, o assunto não se trata mais de um risco que se possa assumir, pois as penalidades não só podem causar um prejuízo imediato, mas os danos à imagem, a desvalorização de ações e o impacto na confiança de investidores podem se prolongar no tempo, bem como dificultar a celebração de novos negócios em um mercado cada vez mais atento na seleção cuidadosa de parceiros comerciais<sup>49</sup>.

Outrossim, ao adotar como critérios de diminuição da multa, primeiro a cooperação do infrator na apuração das infrações e em segundo, a apresentação de estrutura interna com mecanismos efetivos de prevenção, detecção e correção de irregularidades, produz-se um efeito de estímulo ao investimento nas estruturas de governança corporativa e prevenção de crimes.

Quanto à multa administrativa, o decreto 8.420 de 2.015 relaciona objetivamente quais são os fatores para composição e redução das multas, respectivamente como:

- 1% a 2,5% havendo continuidade dos atos ao longo do tempo;
- 1% a 2,5% conhecimento dos administradores sobre os atos;
- 1% a 4% quando houver interrupção de obras e serviços ao Poder Público;
- 1% considerando a situação econômica do infrator;
- 5% em caso de reincidência no período de cinco anos;
- 1% a 5% no caso de contratação ou sua tentativa, valendo-se das condutas de corrupção descrita na lei a depender do valor do contrato.

Se aplicadas em seu valor máximo chega ao valor de 20%, devendo-se deduzir valores referentes aos tributos. Não obstante, destacam-se os elementos de redução da penalidade, quais sejam:

---

<sup>49</sup> Exemplo recente desses impactos podem ser ilustrado com a suspensão do fornecimento de gás por parte da Petrobrás a empresa de energia Âmbar que pertence ao grupo J&F. A Petrobrás alega que devido aos casos de corrupção envolvendo o grupo a cláusula de suspensão pode ser acionada para afastar o parceiro comercial. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/06/1891269-petrobras-encerrara-contrato-de-gas-com-empresa-da-jf-por-corrupcao.shtml>. Último acesso em 10 de junho de 2017.

- 1% em caso de não consumação;
- 1,5% em caso de comprovação do ressarcimento do dano;
- 1% a 1,5% de acordo com a colaboração do infrator com as investigações;
- 2% em caso de comunicação espontânea;
- 1% a 4% no caso de demonstração de programa de integridade efetivo;

Apenas por exercício hipotético, considerando este momento incipiente da lei e que uma minoria de empresas tem potencial de celebração de contratos acima de um bilhão de reais com a Administração, na maioria dos casos, o potencial punitivo chegaria a 10% do faturamento no pior cenário. Neste contexto, a combinação dos elementos de redução de sanções, incluindo um programa de integridade robusto, pode significar uma redução significativa de eventual multa. Adiante os programas de integridade serão analisados com mais vagar.

Ainda assim, não se pode almejar a extinção completa da punição, vez que o artigo 19 estabelece como valor mínimo da multa 0,1% do faturamento, ou nos casos de impossibilidade de seu aferimento, R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Também, o valor mínimo não pode ser menor do que a vantagem obtida ou pretendida, bem como o valor máximo não deve ultrapassar três vezes esse valor.

Com relação ao processamento dos casos, o procedimento foi descrito na Lei e posteriormente detalhado pelo decreto mencionado. Insta destacar, que por se tratar de um processo administrativo sancionador é inafastável a observância das garantias e liberdades constitucionais<sup>50</sup>.

Já na esfera judicial civil, frisem-se, as sanções vão de perdimento do patrimônio obtido em violação da lei, passando pela possibilidade de suspensão de atividades, restrições de créditos e incentivos de instituições públicas, chegando até à dissolução compulsória da pessoa jurídica.

No capítulo V da lei e capítulo III do decreto, ficam estabelecidas as regras para celebração de acordo de leniência, que consiste no ato de confissão de

---

<sup>50</sup> Neste sentido, na lição de Vicente Greco e Daniel Rassi: A Lei que e comentará (lei 12.846/13) institui punições, logo, apesar de sua natureza cível ou administrativa, a ela se aplicam diversos princípios do Direito Penal e Processual Penal, como o da legalidade e da tipicidade, o da anterioridade da lei e o da ampla defesa, assegurando este, ademais, pelo art. 5º, LV, da Constituição, o que será comentado adiante.

GRECO, Filho Vicente. **O combate à corrupção e comentários à Lei de responsabilidade de pessoas jurídicas**. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 25.

participação no ato ilícito, indicando os demais envolvidos, e cooperação célere que comprove o ilícito. Ainda pairam desconfianças e ressalvas sob o instituto, apesar dos benefícios quanto à multa e à dispensa de divulgação do nome da infratora.

A falta de clareza nos critérios a serem utilizados para aceite ou rejeição da proposta de acordo, pode ser um dos grandes inibidores para que as empresas confiem sua sorte às autoridades administrativas (ou políticas). Aliás, por ser pressuposto do acordo a admissão de participação, a mera propositura de um acordo com as evidências levantadas pelo proponente já constituem uma exposição extremamente sensível.

Não obstante, além da descentralização da competência para julgamento desses casos, são também fatores de dúvidas a capacidade técnica para garantia dos princípios processuais, capacidade para assegurar o sigilo dos atos, as influências políticas que podem ser exercidas nas decisões, insegurança jurídica pela possibilidade de revisão judicial do acordo e etc. Apenas o êxito na aplicação concreta da lei poderá proporcionar alguma confiança para difusão do instituto.

#### 2.2.4.2 Programas de Integridade ou *compliance*

Ao se deparar com a estruturação de um programa de integridade é fundamental compreender que não há uma fórmula ou modelo aplicável indistintamente a todas as empresas. Há, contudo, elementos básicos que devem ser observados por serem não apenas fundamentais para a efetividade do instituto, mas porque passaram a ser exigência legal, conforme o decreto 8.420.

A partir do artigo 41 elencaram-se os principais elementos que devem compor a plataforma de *compliance*.

Para estruturação de um programa efetivo de integridade é fundamental que se realize uma avaliação dos riscos levando em consideração o setor, a cultura empresarial, as melhores práticas do mercado, o sistema regulatório vigente, bem como eventuais normas oriundas da autorregulamentação. Não obstante, a intensidade de interações com o poder público são decisivos para orientar a condução estratégica de implementação. Destaca-se que a atualização deve ocorrer de forma constante para que o programa acompanhe o dinamismo das atividades e soluções de mitigação de riscos.

A partir do mapeamento dos riscos do negócio é possível dar início à estruturação das políticas necessárias para garantir o exercício adequado da

atividade empresarial. Mais, as políticas assumidas pelas empresas vão além de meras regulações internas sobre determinados riscos identificados, mas apresenta-se, na verdade, como o posicionamento que a empresa adota perante a estes fatores, esta compreensão é fundamental para adesão ao programa. Portanto, um compromisso que perpassa por todos empregados independentemente de núcleos ou do espaço interno, trata de por em prática uma decisão de posicionamento da corporação.

Além da adoção de políticas internas, é imposta a necessidade de se estabelecer processos, a fim de dar efetividade às normativas internas. Cumpre enfatizar que o planejamento e racionalização de processos são essenciais para que a empresa não se torne um emaranhado de burocracias desnecessárias.

Um dos fatores fundamentais para o êxito de implementação do programa de *compliance* é o comprometimento da alta administração com a sua difusão pela empresa empresa, sendo também um dos elementos previstos no inc. I do art. 42. Tal comprometimento não deveria se limitar à manifestação de apoio ou disponibilização de estruturas mínimas para as atividades do responsável, por liderar o processo de efetivação do programa de integridade.

A inclusão dos temas relativos à ética profissional e da importância do programa de *Compliance* devem ser adotados no discurso dos administradores, mas, principalmente, orientar decisões e ações na condução dos negócios.

Fato é que os executivos com cargos diretivos, e até mesmo gerenciais, têm uma grande responsabilidade por assegurar o funcionamento adequado de suas respectivas áreas com modelos de negócios sustentáveis e éticos, portanto, é de suma importância que atuem como multiplicadores dos pontos relevantes do programa e exijam cumprimento por seus subordinados. Vale destacar que, nos casos em que se identifiquem irregularidades, é recomendável que o próprio gestor desempenhe o papel de aplicar eventual medida disciplinar (inc. XI).

No inciso II ressalta-se a importância de definição dos padrões éticos da empresa através de códigos de conduta, políticas e procedimentos, aplicáveis a todos colaboradores. Já no inciso III, prevê que inclusive terceiros sejam submetidos a essas normas quando houver necessidade. Algumas considerações devem ser feitas a respeito desse tópico.

Primeiramente, verificou-se que a responsabilidade pelos atos ilícitos previstos no artigo 5º da lei 12.846 de 2.013, quando realizados por meio de

terceiros (art. 2º) , ficam sujeitos às duras sanções da mesma lei e, desta maneira, exigem uma seleção adequada de parceiros por meio de procedimentos preestabelecidos (inc. XIII), dessa maneira, vem se difundindo a prática de contratação sob a devida diligencia ou *due dilligence*<sup>51</sup>. Segundo, mesmo que a escolha seja desempenhada de acordo com um processo cuidadoso, é impossível afastar ou controlar todos os colaboradores do parceiro, emergindo a importância de divulgar e exigir padrões éticos profissionais equivalentes aos adotados internamente. Caso o parceiro comercial não possua diretrizes eficazes, é recomendável que ou ele elabore um programa próprio ou assuma aderência ao programa da outra parte.

Ainda com relação às parcerias, é importante que os contratos estabeleçam a possibilidade de auditoria no parceiro, bem como a possibilidade de rescisão ou suspensão imediata das obrigações em caso de violação das leis anticorrupção ou graves suspeitas.

Para correta compreensão e divulgação das normas internas e dos processos aplicáveis, é indispensável que se planeje um cronograma de treinamentos e campanhas de comunicação, a fim de garantir que todos colaboradores tenham acesso às informações necessárias para desempenho de suas funções, conforme os padrões esperados pela companhia. Vale insistir neste tópico, uma vez que treinamentos eficazes permitem que os colaboradores executem suas atividades em consonância com os padrões determinados pela empresa. Igualmente, é capaz de afastar ou reduzir eventuais penalidades aplicadas à pessoa jurídica, se demonstrada à atitude independente de um empregado que age em desacordo com as regras internas amplamente divulgadas.

Outro aspecto de suma relevância é o monitoramento contínuo de cumprimento de políticas e procedimentos, no intuito de identificar falhas nos controles e promover a melhoria constante. Para tanto, é fundamental que a empresa esteja preparada para adequada documentação de suas atividades de risco, como manutenção de registros com detalhamento de projetos, especificações de produtos e serviços, avaliação de necessidade, valores de transações, propostas comerciais, contratos, comprovações de pagamentos e seu fluxo de aprovação,

---

<sup>51</sup> O processo de verificação tem fundamental importância nos processos de reestruturações societárias, fusões e aquisições, pois eventuais irregularidades podem ser sancionadas mesmo após a operação societária.

comprovantes de cumprimento de contratações, bem como demais documentos que se façam necessários para identificação precisa do objeto e o cumprimento de processos internos.

Essa complexidade de etapas, responsabilidades e requerimentos pode ser facilitada em muito pela utilização de tecnologias de apoio a estas atividades. Some-se o benefício de permitir a extração de relatórios e indicadores de efetividade. Frise-se que o decreto menciona expressamente que a empresa deve estar apta a elaborar relatórios confiáveis e demonstrações financeiras de forma célere.

Os processos devem, ainda, prever sistema de prevenção à corrupção de agentes públicos em transações, que dependam de decisões de agente público, ou possam por eles ser influenciada, destaque-se participação em processo licitatório diretamente ou por meio de terceiro.

Adicionalmente, o decreto exigia controle e transparência nas doações realizadas para partidos ou candidatos políticos, entretanto, a lei 13.164 de 2.015 não permite mais que pessoas jurídicas transfiram recursos às campanhas eleitorais<sup>52</sup>.

Também é levada em consideração para determinação da efetividade do programa, a independência conferida ao profissional responsável pela efetivação do programa. Portanto, cuidados relacionados à linha de reporte, investimentos na área, definição de estrutura e escopo de atuação devem ser determinados a partir de critérios claros e objetivos, levando em consideração o porte da pessoa jurídica. Também, deve-se esclarecer que a mera não intervenção na condução das atividades da área não são suficientes para garantia da independência, esta perspectiva é uma formalidade que deve ser superada. Faz-se imprescindível que sejam disponibilizados recursos e ferramentas hábeis para composição efetiva de um programa de integridade.

Vale registrar ainda que ao profissional de integridade devem ser garantidos acesso e participação nos comitês internos que deliberem ou apoiem a tomada de decisões relevantes para a companhia. É interessante verificar que para exercício das atividades de *compliance* não é exigida formação específica, sendo uma área

---

<sup>52</sup> Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Agosto/doacoes-de-pessoas-juridicas-estao-proibidas-nas-eleicoes-2016>. Acessado em 15 de maio de 2017.

multidisciplinar que exige profundo conhecimento no setor de atuação da organização e as normas sob a qual está submetida.

Por derradeiro, apesar do papel de extrema importância que este profissional exerce em sua atuação, não se deve admitir que exista assunção de responsabilidade penal no papel de garantidor por eventuais injustos culpáveis no âmbito da atividade econômica. Há que se compreender definitivamente, que a estrutura empresarial pode ser demasiada complexa a depender do porte da pessoa jurídica e admitir que esta posição profissional automaticamente inclua o indivíduo como garantidor nos termos do artigo 13, § 2º, a, Código Penal, é, na verdade, admitir a responsabilidade penal objetiva.

Trata-se, portanto, da avaliação da avaliação de imputação fato tipificado criminalmente aos agentes ativos na medida de sua culpabilidade, isto é, se trata de avaliação de autoria ou participação, a partir de uma conduta neutra como sendo a conduta profissional cotidiana, mas que por circunstâncias alheias, inclui o profissional em posição de contribuição assessória a ilícito alheio.

No caso da responsabilidade dos profissionais de *compliance*, a contribuição ao ilícito recairia sobre a sua omissão ou falha em evitar a lesão aos bens jurídicos, sob tutela penal. Vicente Greco e Daniel Rassi enfatizam que a discussão suscita relevância a partir da expectativa de solidariedade, como fator de coesão social, dentro de um contexto de redes de decisão técnicas (sistemas abstratos ou sistemas peritos), em que a omissão pode causar prejuízos aos bens protegidos em âmbito penal.

Entretanto, destacam os autores que a expectativa de conduta solidária, para efeitos penais, deve estar positivada como dever de agir, o que não é percebido nem nas obrigações de comunicação as autoridades conforme a lei 9.613, portanto:

Segundo nossa posição, a conduta do *compliance* é neutra e deve permanecer impune. Isto porque nenhuma das disposições acima criou um dever específico que o obriga a evitar resultados criminosos no ambiente corporativo. A mesma afirmação vale para as disposições das Leis n. 7.492/86 (arts. 16 e 22) e 9.613/98. Deveres genéricos de comunicação para órgãos estatais de controle etc. não implicam o dever específico de evitar o resultado<sup>53</sup>.

Assumir que o profissional de *compliance* se encontra em posição de garante de forma genérica, é nada menos do que permitir a responsabilização objetiva penal,

---

<sup>53</sup> GRECO, Filho Vicente. **O combate à corrupção e comentários à Lei de responsabilidade de pessoas jurídicas**. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 90.

ignorar o princípio da culpabilidade e distorcer a teoria do crime. Instrumentalizar a responsabilização penal de profissionais de *compliance*, sob a égide de seu papel garantidor, pode gerar o efeito de que as ações penais, relacionadas aos delitos corporativos, tenham sempre pelo menos indício de autoria de um profissional. Precisamente o profissional responsável pelas investigações internas, monitoramento e fiscalização das atividades de risco, bem como pelo aconselhamento pela colaboração com as autoridades. Ou seja, o profissional em busca de benefícios próprios e pessoais, diga-se o afastamento de investigação e processamento criminal contra si, pode se inclinar a negociar criminalmente através de delação premiada, subvertendo os benefícios almejados pelo instituto da justiça penal negociada<sup>54</sup>.

Finalmente, canais de denúncia para reporte de irregularidades disponíveis, tanto para colaboradores internos quanto para terceiros, é essencial para garantir o acompanhamento regular da atividade econômica. Não obstante, àqueles que se utilizem dessa ferramenta devem gozar de proteção efetiva de sua identidade se assim o desejarem para afastar estigmas e retaliações.

Canais de denúncia podem ser disponibilizados através de contato telefônico, atendimento eletrônico ou outras formas que assegurem segurança da informação reportada.

Por conseguinte, cabe aos profissionais de *compliance* a apuração dos fatos relatados. Cumpre ressaltar que as eventuais denúncias podem versar sobre diferentes irregularidades no âmbito empresarial, variando de questões relacionadas aos direitos trabalhistas como, por exemplo, assédio moral, até questões diretamente ligadas a anticorrupção ou condutas tipificadas em seara penal.

Com efeito, a gestão do canal de denúncia deve estar preparada para endereçar os relatos aos departamentos apropriados para lidar com cada matéria.

---

<sup>54</sup> Sobre o tema, é indispensável o estudo de Claudio José Pereira: "Negociação penal impõe uma alteração no conceito jurídico de justiça, de uma atividade retributiva e sancionadora, onde o delinquente deve receber uma punição em razão da violação da norma, para um ideal pacificador, entendendo que o conflito é um desrespeito ao acordo de agir comunicativo, estabelecendo entre as partes, pertencendo a elas, e não ao Estado, a tutela do conflito. A oportunidade de solução é condicionada à vítima, em uma participação integrada com o infrator através da negociação penal, reduzindo a esfera de influência do Estado, através da adoção de um sistema humanista de mediação". Em que pese ao instituto de delação premiada seguir caracteres próprios (por ser uma negociação com o Estado) à negociação como forma alternativa de composição como sistema humanista de mediação é completamente subvertido com a admissão de uma responsabilidade penal estendida para profissionais de *compliance*.

PEREIRA, Claudio José. **Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira. 2002. P. 105.

Mais comumente, irregularidades podem estar ligadas aos departamentos de recursos humanos, segurança do trabalho, jurídico e, *compliance*, propriamente dito.

As organizações devem estar preparadas para lidar com investigações internas e a proteção dos denunciantes, para tanto é fundamental que se estabeleçam políticas e procedimentos sobre ambos os temas. No próximo capítulo considerações mais específicas serão examinadas para delimitação de limites da investigação interna em respeito aos direitos individuais do colaborador.

### **2.2.5 Tutela penal (ou *Direito de Intervenção?*)**

#### **2.2.5.1 Contextualização**

A matéria de enfrentamento à corrupção concebida de forma ampla como deturpação das relações institucionais públicas é tutelada pelo direito penal brasileiro. Da mesma forma, os conluíos privados travados em face do poder público (cartéis em licitações, por exemplo) ou mesmo contra a sociedade (abuso de poder econômico) também tipificado em lei esparsa.

Há, contudo, que se destacar desde logo que a imputação de ilícitos penais a pessoas jurídicas se restringe aos crimes ambientais no Brasil, restando, como regra geral, a não admissão de responsabilidade penal de pessoas jurídicas, mas de indivíduos. Ainda assim, verifica-se um movimento global de expansionismo de alcance do direito penal sobre novas condutas que afetam a economia, principalmente<sup>55</sup>.

Tal expansionismo se justificaria pelas novas formas de afronta ou violação de valores éticos desejáveis a partir de novas relações sociais (crimes cibernéticos, ambientais, econômicos, organização criminosa, terrorismo, etc). Há grande dificuldade para conceituação desse novo movimento devido as suas assimetrias inerentes a sua evolução difusa, esparsa e, por vezes, circunstancial<sup>56</sup>. De forma

---

<sup>55</sup> Luciano Anderson de Souza leciona: "Não é recente a relação entre o Direito Penal e economia, nem tampouco exclusividade do sistema capitalista, consonante se pode verificar por meio de uma referência histórica. Inicialmente remotos e esparsos, os casos de tal imbricamento vão assumir algum sentido maior de proteção econômica somente a partir do liberalismo e, num terceiro momento, característico do Estado do Bem-Estar Social, ostentar um fundamento ordenador com intuito simultâneo de tutela do modelo econômico estatal vigente e assecuração das políticas públicas deste modelo. Por fim, constata-se uma fase última, que se afasta do Estado do Bem-Estar Social, de retração do papel estatal relativamente à economia".

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P.23.

<sup>56</sup> Conforme Schünemann: El legislador se ha preocupado poco de los diferentes intentos de concebir un sistema de Derecho penal económico y, em vez de esto, ha actuado de forma puramente

ampla, este movimento é reconhecido como Direito penal econômico (ou direito penal contemporâneo) em contraposição ao Direito penal clássico.

Ademais, questões fundamentais sobre a legitimidade da intervenção derivada do *ius puniendi* e as limitações da pena em cumprir sua função de reintegração de condenados na sociedade, culminam em novas reflexões sobre o direito penal<sup>57</sup>.

Apesar das dificuldades conceituais, a forma de tutelar esta nova criminalidade traz consigo um conjunto de características que a torna singular, sobre tais características SOUZA esclarece:

Neste influxo, o Direito Penal Econômico desvela de início já grande incapacidade dogmática estrutural, agravada pela utilização desenfreada das citadas construções porosas de crimes de perigo abstrato, tipos penais abertos, tipos omissivos e culposos e tipos penais de assessoriedade administrativa, bem como pela incoerência do discurso legitimador dos fins da pena, tudo a consubstanciar um simbolismo penal sem precedentes<sup>58</sup>.

Como contrapartida a multiplicação da tutela penal em matérias estranhas as suas estruturas de origem, parte de doutrina (Escola de Frankfurt) propõem o direito penal deve limitar-se à intervenção penal mínima, afastando-se das novas ilicitudes estranhas a sua estrutural fundamental.

Em brevíssima síntese, para os clássicos, a criminalidade econômica teria duas fragilidades fundamentais (i) a impossibilidade de individualização de bens jurídicos tutelados por serem transindividuais (economia) e (ii) utilização do Direito penal como forma de direcionamento social.

Sobre o primeiro, destaca-se que, conforme referido no primeiro capítulo deste trabalho, a tutela da transindividualidade se caracteriza por ser coletiva e

---

pragmática, formulando nuevos tipos penales em todos los supuestos em que el Código penal vigente, em su interpretación por la jurisprudencia, se habían puesto de manifesto legunas de punición.

SCHUNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. P. 187-188.

<sup>57</sup> Sobre o tema, Silva Sanchez preleciona; Si se hace de lo que muy sinceramente se ha tratado de transmitir en las páginas anteriores, se constata la superposición de tres <<crisis>>: la inmanente al Derecho penal moderno; la de legitimidad del Derecho penal y su dogmática; y la más reciente, que enfrenta una legislación penal expansiva com um sistema penal em retroceso. Parece claro que, em uma situação así, constituye un deber de honestidad científica aclarar los temas fundamentales que a continuación se Iran examinado.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **Aproximación al derecho penal contempóraneo**. Barcelona: JM Bosch Editor. 1992. P.17.

<sup>58</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P.68.

irredutível à apreciação individual com conseqüente dificuldade de precisão na definição de bens jurídicos, por se tratar de um valor que transcende a esfera de singularidade. Por sua vez, o tipo penal voltado a sua proteção por ter conteúdo tão abstrato corre o risco, na verdade, de ser um tipo vazio. Ainda, a demonstração de dano ao bem jurídico padece de acuracidade abrindo espaço para difusão de utilização de tipos penais de perigo.

Já a segunda relaciona-se diretamente com a visão de prevenção da lei penal a partir de tipos penais de perigo abstrato, omissivos e culposos assim como as técnicas legislativas já mencionadas. Conseqüentemente, emerge o direito penal simbólico (ou direito penal do blefe). Ana Carolina Oliveira, em estudo detalhado sobre o a visão de Hassemer sobre o tema discorre:

Na perspectiva de Hassemer, o modelo “moderno” de Direito penal teria como principais características a proteção de bens jurídicos coletivos, a prevenção e orientação às conseqüências, prescindindo de conceitos metafísicos, a fim de privilegiar uma metodologia empírica. Tende, por isso, a uma concepção teórica mais preventiva que retributiva, ao mesmo tempo em que busca vincular as decisões do legislador a princípios de proteção de bens jurídicos. Porém, estes bens não mais atuam como um limite à intervenção, mas seriam tomados como critério positivo de criminalização, favorecendo a escolha do legislador pela ameaça de pena.<sup>59</sup>

Ademais, o expansionismo penal sob um caráter preventivo abala as estruturas fundamentais de direitos e garantias ensejando em interpretações flexibilizadoras das garantias processuais penais. Difunde-se o discurso que estabelece uma antinomia entre os direitos e garantias fundamentais de esfera penal e valores como segurança, celeridade processual e efetividade da norma penal.

Para uma sociedade assolada pela violência esta tese torna-se uma ferramenta real de mitigação das liberdades individuais garantidoras de proteção em face do poder punitivo estatal.

Ante ao exposto, Hassemer propõe um ensaio diferenciado para combate da criminalidade econômica através de um Direito de intervenção.

---

<sup>59</sup> OLIVEIRA. Ana Carolina C. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro. 2012.256 f. Dissertação de mestrado – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. P. 23.

### 2.2.5.2 Direito de Intervenção

A fim de manter o núcleo fundamental tutelado pelo direito penal assentado em seus princípios orientadores como, dentre outros, *ultima ratio*, subsidiariedade, fragmentariedade, individualização da pena, culpabilidade, Hassemer propõe que um novo ramo de direito punitivo, Direito de Intervenção.

Ante as impropriedades técnicas, processuais e de aplicabilidade concreta das leis relacionadas ao Direito penal econômico, o novo ramo poderia comportar uma flexibilização mais ampla das garantias penais, pois, segundo defendido pelo autor, a pena privativa de liberdade não seria aplicável nas intervenções. Desta maneira, com a inexistência de risco de restrição de liberdade o processo poderia seguir ritos mais céleres e eficientes.

Cumprе destacar que este novo ramo se posicionaria entre o direito penal (restrito ao seu núcleo) e o direito administrativo sancionador que por sua aplicabilidade pelo administrador público carece de isenção judicial em sua aplicação, vigorando a discricionariedade do administrador público que pode agir por oportunidade e conveniência.

Esta proposta supera inúmeras dificuldades, atualmente, enfrentadas pelo direito penal como, por exemplo, a responsabilização da pessoa jurídica, acerca da temática, vale menção aos estudos de OLIVEIRA:

Neste contexto, menciona Helena Lobo da Costa que o Direito de intervenção teria como função permitir a eficiência no tratamento da pessoa jurídica, a orientação pelo perigo (e não pelo dano), a possibilidade de agir rápida e preventivamente, sem alterar as bases do Direito penal tradicional, pois, para Hassemer, o controle de criminalidade das pessoas jurídicas exige métodos mais eficientes do que o Direito penal atual, que permitam diferentes estratégias de imputação coletiva<sup>60</sup>.

Ainda, para Hassemer, o Direito de intervenção deveria ser pautado pela tecnicidade e estendido para composição de conflitos em diferentes ramificações jurídicas, tais como: direito tributário, ambiental, consumidor, etc. Inclusive, ao manifestar-se a respeito da corrupção, o autor pondera que se fosse lançado mão aos argumentos utilizados para expansão do direito penal sob as características

---

<sup>60</sup> OLIVEIRA. Ana Carolina C. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro. 2012.256 f. Dissertação de mestrado – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. P. 48.

estudas (crimes de perigo abstrato, tipos penais abertos, norma penal em branco, etc) por conta da gravidade dos delitos, a corrupção não poderia ter um tratamento diferente por ser tão ou mais grave do que as tipificações que se proliferam, por conseguinte expõe:

No entanto, poderia funcionar de outra maneira. Não o direito penal, mas o direito administrativo, o direito do serviço público, o direito tributário e a política financeira, a doutrina administrativa, a psicologia ou a doutrina da administração de empresas seriam as células de referência que deveriam ser questionadas para que o direito penal pudesse representar o papel que lhe foi destinada no Estado de Direito, para que isso restasse como razão última do problema e não se tornasse a primeira ou até mesmo a única razão<sup>61</sup>.

Além dos sistemas anteriores ao anteparo penal, medidas de natureza diversa são propostas para esgotamento de medidas extrapenais. Contudo, o autor, destaca que o direito penal permanece fundamental, portanto, arremata:

Evidentemente, o direito penal encontraria aqui seu lugar, mas apenas ao final da intervenção complexa e variada nos desenvolvimentos danosos, ou seja, apenas quando a prevenção com seus meios extrajurídicos e aptos não lograssem efeito<sup>62</sup>.

Por derradeiro, cumpre destacar que a teoria encampada pelo autor alemão recebeu críticas contundentes, sendo a mais aguda ligada a ideia de que o direito de intervenção seria, na verdade, um direito de classes por tratar os ilícitos econômicos empresariais de forma mais branda do que a criminalidade incorrida, via de regra, pelas classes sociais empobrecidas. Para a qual se oporia o encarceramento como resultado do processo punitivo.

Não se pode, entretanto, ignorar o fato de que a visão crítica de Hassemer persiste com espantosa atualidade, vez que os delitos simbólicos seguem impunes e as empresas imunes ao alcance de legislações punitivas em inúmeras searas.

Cumpre, finalmente, comentar que a Lei Anticorrupção 12.846 de 2013 tem um viés similar ao proposto por Hassemer, pois abre mão de uma abordagem criminal para reforçar sanções efetivas no tocante a sua matéria e processamento simplificado em comparação aos ritos processuais penais.

---

<sup>61</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Coordenação: Luiz Moreira. Tradutora: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 97

<sup>62</sup> Idem.

## **CAPÍTULO 3 – COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO CRIMINAL, APURAÇÃO INTERNA DE ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E CRIMINAIS E AUXÍLIO À JUSTIÇA CRIMINAL**

### **3.1 PREVENÇÃO**

O propósito fundamental dos programas de integridade é prevenir que as pessoas jurídicas realizem operações em desacordo com as normas e regras do setor em que atuam, impulsionando um constante processo de aprimoramento e correções no modelo de negócios em cenários cada vez mais complexos.

Pode-se citar como exemplo a expansão das vendas pela internet e as diversas ferramentas e plataformas disponíveis que, normalmente, utilizando-se de bancos de dados, que possam identificar interesse do consumidor e direcionar publicidade individualizada, facilitando as operações de compra e venda. Este tipo de solução, cada vez mais difundida, traz maior agilidade nas transações comerciais, no entanto, requer um cuidado especial na coleta, tratamento e gestão de dados pessoais. Isto é, os negócios digitais em plena expansão também devem planejar a forma de mitigar o risco de manejo de dados, providenciando a correta coleta e segurança de armazenamento e uso responsável dos mesmos.

O exemplo demonstra que inerente à atividade há um risco envolvido e, optar por não assumi-lo, seria deixar de operar os negócios. Sistemas de *compliance*, portanto, não tem como propósito impedir que um risco seja assumido, mas garantir que ao fazê-lo a pessoa jurídica tenha esses riscos devidamente mapeados e uma gestão responsável sobre eles com base nas normas, regulamentações e melhores práticas do mercado.

Apesar da diversidade de programas de *compliance*, medidas de prevenção de alguns setores podem orientar estratégias de mitigação de riscos. Adiante, algumas experiências de prevenção serão estudadas: transparência de operações de risco ou de potencial conflito de interesses, parceria entre instituições privadas e autoridades para monitoramento de atividades suspeitas e a efetiva colaboração com órgãos do poder judiciário.

#### **3.1.1 Transparência: divulgação de transações**

Em alguns setores o conflito de interesses é mais intenso do que em outros, como é o caso dos fabricantes de medicamentos, ortoteses, próteses ou produtos

para saúde. Nestes casos os produtos além do rigor de segurança e eficácia, via de regra, antes de chegarem ao consumidor final, devem passar pelo crivo do profissional especialista, profissionais de saúde ou relacionados à saúde.

Cientes desta etapa na busca pelo êxito comercial, muitas empresas passaram a adotar práticas para influenciar a decisão desses profissionais, através de transferência de valores e comissões, ou seja, benefícios pessoais camuflados como investimentos e marketing.

Por outro lado, é importante que ocorra a divulgação constante de informações atualizadas para estes profissionais, bem como seu envolvimento para o desenvolvimento de novas tecnologias em saúde e no aprimoramento de evidências científicas para definição de melhores tratamentos que resulte em benefício aos pacientes.

Nota-se, portanto, que existe uma necessidade legítima no relacionamento do setor com as classes profissionais. O desafio é garantir que esta relação ocorra de forma ética e transparente para alcançar resultados otimizados aos pacientes.

Talvez uma das melhores estratégias a ser adotada seja a de dar clareza a essas relações, para que as autoridades e o público possam conhecer as tratativas e apurá-las conforme a necessidade e o interesse. Nos Estados Unidos, desde 2013, as transações realizadas entre indústrias farmacêuticas, ou de dispositivos para a saúde e médicos, devem ser reportados às autoridades governamentais, ligadas ao departamento da saúde e serviços de saúde para posterior divulgação dessas informações<sup>63</sup>.

Nesta esteira, a federação europeia das indústrias farmacêuticas e associações (*European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations - EFPIA*), também ao final de 2013, estabeleceu em seu código que o setor deverá divulgar as transferências realizadas aos profissionais de saúde e organizações de saúde<sup>64</sup>.

Aparentemente distantes da realidade nacional, essas medidas já ganham espaço no Brasil. Vale destacar a lei mineira publicada no Diário Oficial do Estado em 21 de dezembro de 2016 que “*Dispõe sobre a obrigatoriedade de as indústrias*

---

<sup>63</sup> Informação constata no sítio eletrônico: <https://www.ama-assn.org/sites/default/files/media-browser/specialty%20group/washington/sunshine-act-brochure.pdf>. Acessado em: 20 de maio de 2017.

<sup>64</sup> Acessível em: <http://transparency.efpia.eu/the-efpia-code-2> último acesso em 20 de maio de 2017.

*de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos e implantes declararem as relações com profissionais de saúde, de qualquer natureza, que configurem potenciais conflitos de interesses*<sup>65</sup>.

Com efeito, lançar luz às atividades potencialmente conflitantes é de fato uma das melhores formas de demonstrar a lisura das relações ao mesmo tempo em que possibilita a continuidade de inter-relações regulares, lícitas e desejáveis.

Destaca-se que, assim como empregado nas legislações europeia e americana, a transparência de transações é exigida de profissionais de saúde independentemente da ocorrência em esfera pública ou privada.

Desta maneira, a transparência se torna uma maneira efetiva de repressão de propinas (seja pública ou privada) ou outras irregularidades. Essas medidas têm sido utilizadas também na esfera pública como, por exemplo, na Lei da transparência – 12.527 de 2011.

### **3.1.2 Reporte de atividades suspeitas às autoridades**

Perfilhando-se às estratégias preventivas de combate a criminalidade, especialmente no combate a lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo há um sistema específico para identificação de agentes e atividades consideradas de risco que devem ser reportadas às autoridades.

Conforme examinado anteriormente, a lei de lavagem de dinheiro 9.613 de 1998 alterada pela lei 12.683 de 2012, prevê que, pessoas jurídicas que dentre outras atividades dediquem-se a serviços de investimentos, cambiais, atividades ligadas à negociação de títulos e valores mobiliários ficam sujeitas às obrigações de reporte de atividades suspeitas ao COAF.

Como primeira observação constata-se um extenso rol de atividades que sujeitas às diretrizes insculpidas na lei. O capítulo VI determina que as empresas têm a obrigação de manutenção de registros atualizados de seus clientes e seus registros devem ser mantidos por cinco anos a partir do encerramento da conta. Ainda, as transações devem ser devidamente registradas. Destaca-se o tratamento diferenciado que essas instituições devem atribuir as pessoas politicamente exposta

---

<sup>65</sup> Vale mencionar que ainda pende regulamentação para conferir aplicabilidade da legislação mencionada. Entretanto, já demonstra a abertura nacional para estas iniciativas. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=22440&ano=2016> Último acesso em 25 de maio de 2017.

no intuito de verificar se esses indivíduos não estão utilizando-se indevidamente de suas posições para enriquecer ilicitamente<sup>66</sup>.

Conquanto o inciso III do artigo 10 estabeleça a necessidade de adoção de políticas e procedimento internos que possibilitem o cumprimento da legislação, o dispositivo destaca a necessidade de se garantir que operações suspeitas sejam comunicadas às autoridades regulamentadoras ou ao COAF no prazo de 24 horas.

A falha no cumprimento dos requerimentos estabelecidos pela lei devidamente regulamentados pode ensejar além de advertências, multas limitadas: (i) ao dobro do valor da operação, (ii) ao dobro do lucro a ser obtido com a operação ou (iii) a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Outrossim, inabilitação para exercício de cargos de administração por até dez anos e cassação ou suspensão do exercício da atividade.

Ao COAF caberá receber tais comunicações de irregularidade as quais são processadas conforme os critérios de risco previamente estabelecidos pelo sistema automatizado SISCOAF que indica quais operações devem ser analisadas. A reiterada operação, verificação e definição de resultados provê uma crescente capacidade de apuração automatizada ao sistema através de seu banco de dados<sup>67</sup>.

Em casos de indícios de lavagem de dinheiro ou financiamento ao terrorismo, bem como outras formas de criminalidade potencialmente identificadas pelo COAF devem ser submetidas a polícia judiciária e/ou ministério público para apuração dos fatos sob a ótica criminal.

### 3.2 INVESTIGAÇÃO INTERNA

Ao longo deste trabalho buscou-se levantar as origens da crescente responsabilidade das empresas com relação à manutenção de melhores práticas para alcançar seus objetivos comerciais. A conformação do próprio mercado vem exigindo o comprometimento das pessoas jurídicas, a fim de assegurar uma atuação responsável perante investidores, governos, parceiros comerciais, concorrentes, clientes, consumidores e à sociedade em geral.

---

<sup>66</sup> As pessoas politicamente expostas ou PEPs são definidas na instrução da Comissão de Valores Imobiliários (CVM) número 301 de 1999 atualizada em 2014. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/300/inst301consolid.pdf>

<sup>67</sup> Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/a-inteligencia-financeira/recebimento-e-analise-de-comunicacoes>. Último acesso em: 25 de maio de 2017.

Nesta esteira, ante a impossibilidade de efetiva fiscalização do estado ou mesmo impossibilidade de ingerência sobre determinadas instâncias do ambiente negocial, um novo modelo de controle se ergue ao setor privado, a auto-fiscalização.

Para além das críticas sobre a privatização da responsabilidade de fiscalização inicialmente do Estado, contata-se que esta abordagem iniciada em atmosfera internacional está posta e amparada normativamente no Brasil. Ainda é cedo para compreender a extensão dos impactos para as empresas atuantes no país e prever os melhores caminhos para adequação dos setores, entretanto, não há espaço para dúvidas quanto à necessidade de revisão de modelos de negócios e práticas de mercado.

Dentre as responsabilidades que recaem sobre as empresas atualmente, possivelmente uma das mais complexas e necessárias para efetivação de programas de integridade e ajustes de condutas, se trata exatamente da investigação corporativa interna.

O escopo deste tópico se limita a trazer alguns dos temas relevantes relacionados à investigação interna, sem a ambição de adentrar aos pormenores deste tema demasiado complexo e dinâmico.

Primeiramente, vale refletir sobre o que é o instituto e sua natureza jurídica na perspectiva da legislação pátria. Uma investigação busca simplesmente apurar fatos. Evidentemente que cabe ao investigador ou grupo de investigadores exercitarem em tese as variantes que se impõem diante de potencial irregularidade, para elaboração de seu plano de investigação, contudo, a orientação dos atos investigativos deve ser baseada na apuração de fatos.

Juridicamente, denota-se que investigações internas não se enquadram exclusivamente em um ramo do direito. Uma composição de ramos do direito deve ser observada apropriadamente para garantia de uma investigação efetiva e que assegure segurança jurídica às pessoas jurídicas e naturais envolvidas neste processo.

Ao se propor à apuração de fatos é imprescindível que se identifiquem elementos jurídicos fundamentais como, por exemplo: organização societária, legislação trabalhista, proteção de evidências que possam ensejar demandas cíveis (reparação de danos sofridos ou ressarcimento de acionistas, por exemplo) ou até mesmo indícios para instrução de *notícia criminis*, direito internacional (aplicação de eventual legislação estrangeira).

Para a lei anticorrupção a investigação interna pode ser assumida tanto como um dos elementos do programa de integridade (inc. XI, art. 42, decreto 8.420/15), efetivada através de colaboração com as autoridades antes do início de diligências ou em apoio às investigações administrativas (inc. III, art. 18, decreto 8.420/15), ambos são fatores de diminuição da sanção. Conforme aludido anteriormente, o programa de integridade em sua integralidade pode abater até um quinto da multa sendo indeterminado o valor individual atribuído aos processos de investigação. Para avaliação da colaboração, o benefício pode variar abater da multa um valor entre 1% a 1,5% (dos 20% possíveis).

Independentemente dos estímulos legais para a realização de uma investigação, é necessário buscar entender o que a justifica. A resposta não deve enfrentar muitos dilemas, vez que a omissão ou negligência em identificação de potenciais desvios não se trata apenas de evitar um processo administrativo ou judicial futuro mesmo que improváveis em alguns casos.

A crescente responsabilidade empresarial é acompanhada também de uma expansão de responsabilidade de seus dirigentes, com destacado consenso quanto à necessidade basilar de perfilamento da alta administração da organização. Sendo assim, os gestores devem demonstrar seu comprometimento com melhores práticas e apoio inequívoco ao programa de integridade, incompatível com comportamento omissivo ou negligente no que se refere a um pilar do programa.

Objetivamente, não se trata de um requisito legal na legislação pátria. No entanto, a não aplicação de um procedimento de investigação minimamente estruturado é uma falha elementar, vez que se abstém de identificar eventuais infrações e seus autores admitindo que potencial colaborador ímprobo permaneça atuando em nome da companhia. Também, poderia comprometer qualquer estrutura de denúncia e monitoramento por falta de efetividade.

As variadas matérias que podem ser objeto de apuração no âmbito da investigação corporativa exigem também uma análise cautelosa quanto (i) à equipe responsável pela condução e (ii) a quem ela se reporta. Algumas reflexões devem ser registradas acerca deste tema, primeiro, diante de suspeitas de irregularidades de menor potencial lesivo à imagem, finanças e de implicações jurídicas, a investigação poderia ser conduzida internamente por uma equipe de advogados preparados.

Segundo, investigações de maior complexidade devem ser comunicadas e acompanhadas pelo conselho de administração, salvo se algum conflito de interesse pairar sobre indivíduos que o compõe. Neste caso, um comitê especial composto de membros com senioridade deve ser instituído para acompanhamento do caso. Por fim, se o acompanhamento por membros internos puder prejudicar a condução das investigações, seja por razão de potencial conflito de interesses seja para resguardar a credibilidade da investigação, esta poderia ser realizada de forma autônoma.

Terceiro, no tocante à condução das investigações é de suma importância destacar que casos de maior complexidade e risco devam contar com a gestão de advogados externos. Tanto para assegurar a independência e autonomia do procedimento, quanto para salvaguardar o material produzido sob a proteção de sigilo conferida aos escritórios de advocacia, segundo disposição do estatuto da ordem dos advogados, art. 7º, inc. II<sup>68</sup>. Ainda, os documentos produzidos devem ser sinalados com indicação de confidencialidade com acesso restrito aos condutores, ao conselho que acompanha as investigações e outras pessoas que possam contribuir com o processo investigatório.

Quarto, a depender da natureza do desvio investigado há necessidade de envolvimento de profissionais de diferentes habilidades, podendo variar entre profissionais de recursos humanos, finanças, auditoria, advogados de diferentes especialidades<sup>69</sup>.

Questão relevante sobre os procedimentos de apuração é: em que momento a empresa deve iniciar um procedimento e qual é sua duração? É comum e desejável que previamente à instauração de uma investigação sejam realizados

---

<sup>68</sup> Não obstante os advogados da empresa também devessem ter garantia da premissa imprescindível para o exercício da advocacia, inclusive no âmbito corporativo, na prática o local de trabalho é a própria empresa, fragilizando qualquer tentativa de preservação de documentação. Segue íntegra do artigo mencionado: Art. 7º São direitos do advogado:

...

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm). Último acesso em: 20 de maio de 2017.

<sup>69</sup> Wagner Giovanini foi responsável pela implementação de um sólido programa de compliance na Siemens iniciado em 2008 antes da entrada em vigor da lei anticorrupção brasileira. GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. 1ª Edição. São Paulo: 2014. P. 251.

procedimentos de apuração para identificar elementos mínimos que apontem para o cometimento de irregularidades.

Desta maneira, além da gestão das investigações propriamente ditas é indispensável que se estabeleçam critérios para abertura de um procedimento preliminar, bem como os elementos mínimos para convertê-lo em uma investigação e o responsável por sua aprovação. Sendo certo que os profissionais mais indicados para tal avaliação devem estar ligados ao setor de *compliance*.

Os indícios de irregularidades cometidos no âmbito da empresa podem ocorrer pelos sistemas de monitoramento, denúncias pelos canais apropriados da empresa, comunicação pessoal ao setor responsável, dentre outras e através de solicitações ou diligências das autoridades.

Cumpra destacar que uma investigação sempre deve atuar de forma planejada, compilando todas as evidências coletadas para compreensão dos fatos, mas deve ocorrer também de forma ágil. A demora pode trazer prejuízos à organização, principalmente, nos casos em que os colaboradores tomam ciência de sua ocorrência. Em casos mais graves documentos podem ser ocultados, colaboradores chave podem se afastar da companhia, afetando o resultado das investigações.

Não obstante, a lei anticorrupção prevê benefício no cálculo de multas às empresas que colaborarem efetivamente antes da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR). Ou seja, caso haja interesse em gozar do benefício, se faz crucial que as apurações internas ocorram antes da finalização das investigações das autoridades.

Vale destacar que a Portaria nº 910 de 2015, emitida pela CGU que dispõe sobre procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa, não exige que a comissão investigadora da administração comunique à pessoa jurídica quanto à instauração de investigação no órgão ou entidade pública, isto significa que a equipe responsável pela investigação corporativa interna deve propor a colaboração ainda na fase investigativa, caso pretendam usufruir do benefício. Neste tópico há que se mencionar que a investigação da comissão pública tem natureza sigilosa, conforme art. § 1º, art. 4º do decreto 8.420, entretanto, os representantes e advogados constituídos devem ter acesso às provas já produzidas no processo investigativo, nos moldes da súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal

(STF<sup>70</sup>) combinado com previsão do art. 7, inc. XIV do Estatuto da Ordem dos advogados.

Apenas desta maneira é possível aos investigadores corporativos avaliarem em que matérias a investigação interna pode, de fato, contribuir para a investigação conduzida pela comissão pública e auxiliar na apuração dos fatos.

Aos investigadores caberá também compreender qual é a extensão territorial da infração. Conforme mencionado, as leis anticorrupção costumam ter aplicação extraterritorial a depender dos critérios para sua aplicabilidade.

Vencidas as etapas de definição do processo e responsáveis pela apuração preliminar e sua aprovação para instauração do procedimento investigativo, bem como da composição dos responsáveis por conduzir e dos responsáveis pelo acompanhamento, a investigação tem início. As formas de averiguação são limitadas se comparadas com as possibilidades legais disponíveis para polícia judicial, por outro lado, denotam-se certas facilidades na busca de indícios de desvios internos.

Por se tratar de apuração restrita a um ambiente corporativo, o acesso aos dados conservados em equipamentos da empresa, comunicações eletrônicas, contratos, faturas e outras formas de documentos capazes a contribuir para elucidação dos fatos, podem ser facilitados. Da mesma maneira, a quantidade de dados fornecidos para análise podem ser demasiados, dificultando ou demandando tempo adicional dos profissionais. Portanto, algumas soluções tecnológicas têm auxiliado no processamento destas análises, filtrando a documentação relevante de acordo com palavras chave indicadas aos sistemas de mineração de dados. Por estes motivos é fundamental a estipulação de um planejamento das etapas do procedimento. Tendo em vista que o avanço da coleta de informações pode trazer a luz fatos novos, é comum que o plano se ajuste às situações trazidas a luz.

Além de documentações, é comum que as investigações se valham de entrevistas de colaboradores que possam contribuir para o entendimento do caso, bem como dos próprios investigados. Tais entrevistas devem ser preparadas previamente tendo objeto de esclarecimento preestabelecido. Adiante este trabalho

---

<sup>70</sup> Íntegra: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1230>. Último acesso em 04 de junho de 2017.

estudará alguns dos limites que os condutores da investigação devem observar para que o procedimento não ultrapasse limites profissionais da relação com seus colaboradores.

Ao final do procedimento a equipe responsável pela condução das investigações deve apresentar suas conclusões ao conselho administrativo ou outro órgão ao qual deva se reportar, contendo o resultado da apuração e com indicação de eventuais infrações, autores, ações imediatas para cessação de irregularidades, recomendação de medidas disciplinares, planos de ação para melhorias internas e avaliação sobre apresentação do caso às autoridades.

Ainda existe grande insegurança jurídica quanto à apresentação espontânea de infrações às autoridades. Mesma imprevisibilidade se verifica quanto ao alcance do acordo de leniência no âmbito administrativo como, por exemplo, perante o Conselho de Defesa Econômica (CADE), ou mesmo procedimentos ligados à lei de improbidade administrativa e à lei de licitações<sup>71</sup>.

Ademais, considerando que o acordo abarca apenas negociações relacionadas à responsabilidade da empresa, é natural que nos casos em que membros da alta administração vislumbrem potenciais ações penais contra si, optem por priorizar as negociações em esfera penal, através de acordos de colaboração premiada, nos termos da lei 12.850 de 2013.

### **3.2.1 Limites de atuação das investigações internas**

Conforme verificado, o relatório final da investigação corporativa interna deve apresentar, dentre outros, infrações cometidas e indicação de autores quando possível.

Neste diapasão, a conclusão das investigações das autoridades também terá, em sua conclusão, interesse em apontar quaisquer irregularidades cometidas pelos agentes públicos e privados, tanto o é que o § 5º, art. 4º do Decreto 8.420/15, prevê que o relatório da comissão julgadora deve ser encaminhado a ao Ministério Público

---

<sup>71</sup> Sobre o tema vale consulta ao artigo do professor Gustavo Justino de Oliveira disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259553,21048-A+inseguranca+juridica+das+empresas+e+os+acordos+de+leniencia+na>. Último acesso em: 03 de junho de 2017. Também sobre o tema vale destacar o acordo firmado em 06 de junho de 2017 entre a Braskem e autoridades que a investigavam que incluiu três países (Brasil, Estados Unidos e Suíça) além de órgãos administrativos (Comissão de Valores Mobiliários e *Security Exchange Commission*), disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/justica-federal-homologa-acordo-de-leniencia-da-braskem-com-mpf.ghtml>. Último acesso em 11 de junho de 2017.

e órgão de representação judicial dos órgãos e entidades públicas da administração, quando verificada a ocorrência de ilícitos a serem apurados em outras instâncias.

Percebe-se, portanto, que a elucidação do nível de envolvimento e participação dos empregados pode ser um fator importante na busca de diminuição da multa administrativa.

Ressalta-se que após a crise de 2008, decorrente da bolha imobiliária, o DOJ através da então *Deputy Attorney General*, Sally Quillian Yates emitiu um memorando (Yates Memo) em 2015, alterando substancialmente a forma com que as investigações apuram ilícitos cometidos por corporações. Neste memorando foram firmadas seis diretrizes que todas as investigações devem adotar para elucidação de fatos e todas diretrizes apontam para a identificação de autores de ilícitos cíveis e criminais<sup>72</sup>.

Mesmo para negociações com as autoridades, após o memorando, passou a ser fundamental o apontamento de pessoas envolvidas com os potenciais desvios. A realidade brasileira ainda está iniciando seu enfrentamento à corrupção sob as novas estruturas legislativas, entretanto, essa abordagem pode influenciar as autoridades brasileiras.

Já se estudou a natureza jurídica da investigação interna sob a perspectiva da legislação anticorrupção, neste subcapítulo deve-se elucidá-la sob a ótica da relação trabalhista e a relação com a fase pré-processual penal, visto que se pretende estudar os limites da investigação sobre os empregados.

Sendo assim, denota-se que o processo interno de investigação decorre do poder de fiscalização do empregador. Na esfera da relação contratual de trabalho, há uma expectativa de que o empregado atue com lealdade e ética no exercício de

---

<sup>72</sup> Seguem as diretrizes extraídas do memorando do Departamento de Justiça dos EUA: The guidance in this memo reflects six key steps to strengthen our pursuit of individual corporate wrongdoing, some of which reflect policy shifts and each of which is described in greater detail below: (1) in order to qualify for any cooperation credit, corporations must provide to the Department all relevant facts relating to the individuals responsible for the misconduct; (2) criminal and civil corporate investigations should focus on individuals from the inception of the investigation; (3) criminal and civil attorneys handling corporate investigations should be in routine communication with one another; (4) absent extraordinary circumstances or approved departmental policy, the Department will not release culpable individuals from civil or criminal liability when resolving a matter with a corporation; (5) Department attorneys should not resolve matters with a corporation without a clear plan to resolve related individual cases, and should memorialize any declinations as to individuals in such cases; and (6) civil attorneys should consistently focus on individuals as well as the company and evaluate whether to bring suit against an individual based on considerations beyond that individual's ability to pay. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. Último acesso em 04 de junho de 2017.

suas funções, não comportando a perpetração de irregularidades contra a empresa ou a seu favor, através de atuação ilícita.

Para persecução da investigação interna de um empregado, primeiramente, é necessário que seus dados relativos ao cargo, atribuições, linha de reporte sejam identificados. Não obstante, possivelmente dados eletrônicos contidos em aparelhos da empresa ou acesso a documentos físicos podem ser necessários. Desta forma, o primeiro questionamento que se deve fazer é com relação a acessibilidade de dados pelos investigadores e definir quais dados são passíveis de acesso.

A carta magna prevê que a todos os cidadãos a garantia à intimidade e privacidade como direito fundamental, conforme artigo 5º, inc. X, CF/88:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação<sup>73</sup>;

Há, no entanto, que se verificar que o exercício profissional acordado na relação de trabalho não se encontra na qualidade de informações atinentes à vida privada do empregado, sendo não apenas de acesso legítimo do empregador, mas na maioria dos casos de propriedade da empresa.

Ainda assim, devem-se observar algumas circunstâncias para que a efetivação do poder de fiscalização sobre os dados seja uma evidência juridicamente segura, para tanto, o contrato de trabalho deve prever que os equipamentos fornecidos pela empregadora, aos seus empregados, devem ser utilizados apenas para fins profissionais e que os dados neles contidos podem ser monitorados pela pessoa jurídica.<sup>74</sup> Caso o contrato de trabalho não preveja esta condição, os colaboradores devem assinar uma declaração apartada consentido com o acesso aos dados pelos empregadores.

O procedimento de investigação corporativa se assemelha com o procedimento levado a cabo pela polícia judicial quando voltado à elucidação, ato aparentemente penal e, portanto, os institutos aplicáveis para este podem, em certa

---

<sup>73</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Último acesso em 04 de junho de 2017.

<sup>74</sup> A Justiça do Trabalho tem reconhecido a possibilidade de fiscalização de comunicações realizadas com equipamentos fornecidos pelos empregadores: Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região RO 00007023820145120052 SC 0000702-38.2014.5.12.0052 setembro de 2015.

medida, ser transplantados para o primeiro, como formas de garantia constitucional e boas práticas mediante a ausência de legislação que trate do tema.

Sendo assim, importa destacar que majoritariamente a doutrina pátria leciona que o inquérito policial é procedimento inquisitório para apuração de materialidade de crimes e indícios de autoria<sup>75</sup>. Por conseguinte, direitos típicos previstos na relação jurídico-processual são mitigados na seara investigativa.

Destaca-se que para Aury Lopes Jr., a mera imputação de fato potencialmente delitivo é uma agressão ao estado de inocência passível de resistência jurídica. Não obstante, o doutrinador destaca que a Constituição prevê garantia de contraditório e ampla defesa aos *acusados em geral*<sup>76</sup>, assegurando-os aos investigados de qualquer natureza, ainda que de forma mitigada, uma vez que a fase pré-processual não dispõe da dialética característica do processo.

Nunca é demais recordar que o texto constitucional é extremamente abrangente, protegendo os litigantes tanto em processo judicial como em procedimento administrativo. Não satisfeito, o legislador constituinte ainda incluiu, para evitar dúvidas, a expressão “(...) e aos acusados em geral (...)”, assegurando-lhes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes<sup>77</sup>.

Para assegurar direitos fundamentais dos colaboradores entende-se que a investigação interna, assim como a investigação pública, conduzida pela polícia judicial, deva garantir os direitos fundamentais do empregado. Desta maneira, a pessoa jurídica exercita não apenas seu dever de detecção de desvios internos, mas garante a dignidade de seus colaboradores.

Tal posicionamento toma por base que as proteções ou direitos conferidos em investigação pública emanam fundamentalmente de previsões constitucionais, precisamente constituídas como direitos fundamentais inerentes à efetivação do supraprincípio da dignidade da pessoa humana. Logo, por mais que a investigação corporativa não se processa por uma autoridade estatal sobre as quais normalmente

---

<sup>75</sup> Neste sentido, Vicente Greco Filho: O inquérito policial é uma peça escrita, preparatória da ação penal, de natureza inquisitiva. GREGO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 99.

<sup>76</sup> Na íntegra: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Último acesso em 11 de junho de 2017.

<sup>77</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 339.

os direitos fundamentais contrapõem o exercício do poder, não se pode ignorar a existência de tais garantias.

Agrava-se ainda pelo fato de que as investigações corporativas, tanto quanto as investigações conduzidas pelas autoridades policiais, podem, por fim, resultar em efeitos semelhantes qual seja apurar fatos delitivos e apontar indícios de autoria em face de um indivíduo.

Some-se a isso que o vínculo estabelecido entre o investigador privado se dá por meio da relação de trabalho que, conforme visitado anteriormente, se ampara na vulnerabilidade do empregado, portanto, de extrema sensibilidade merecendo observância de todos os princípios que possam afetar a relação laboral e afastar abusos.

Em conteúdo, trata-se exatamente da eficácia de direitos e garantias fundamentais na relação privada pelo que se vale da lição de Ingo Wolfgang:

De qualquer modo, para além dessas e de outras considerações que aqui poderiam ser tecidas, constata-se que no direito constitucional brasileiro tem prevalecido a tese de que, em princípio, os direitos fundamentais geram uma eficácia direta *prima facie* na esfera das relações privadas, sem se deixar de reconhecer, todavia, que o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas<sup>78, 79</sup>.

Com isto, fecha-se este parêntese necessário para justificar o raciocínio jurídico que se segue.

Desta maneira, retornando às características empregadas em sede de inquérito policial, Vicente Greco Filho esclarece que apesar de não se aplicarem os princípios processuais propriamente ditos “*é possível falar-se no exercício do direito de defesa no inquérito policial, segundo sustenta Marta Saad*”<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 336-337.

<sup>79</sup> Sobre o tema, nacionalmente o STF já manifestou-se neste sentido: Com efeito, em decisão relativamente recente, em especial no que diz como o alentado voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, a partir de aportes dogmáticos tanto de inspiração norte-americana, quanto alemã, bem como com sustentação em doutrina nacional, o STF, por maioria, reconheceu, na esteira de decisão similar anterior, a incidência, em relação a uma entidade privada, do princípio-garantia do devido processo legal e da ampla defesa, precisamente no que diz respeito ao afastamento compulsório de associado da entidade. (Cf. STF, RE 201.819/Rj. Rel. o acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 11.10.2015 – disponível em: [www.srf.jus.br] (caso União dos Compositores do Brasil)). SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 338.

Na investigação corporativa, de maneira semelhante, as garantias mínimas devem ser asseguradas ao investigado. Desta maneira, destaca-se que, fundamentalmente ao investigado, deve ser concedido o direito ao contraditório – de maneira mitigada, efetivamente, como direito de informação –; defesa através de autodefesa manifestada em entrevista para esclarecimento sobre as imputações ou manter-se em silêncio; e defesa técnica que pode solicitar diligências adicionais nos moldes do art. 14, CPP<sup>81</sup>.

Cumprido, portanto elucidar a forma em que esses direitos serão tratados na seara privada para equiparação das garantias mínimas que convergem para o respeito da dignidade da pessoa humana, verificada anteriormente inclusive na relação de trabalho.

Primeiramente, quanto ao acesso às investigações pelo suspeito ou, eventualmente, por seu causídico cumpre esclarecer que o Estatuto da Ordem dos Advogados, em seu artigo 7º, prevê como direito do advogado:

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital<sup>82</sup>;

Conforme a nova redação dada em 2016, o acesso às investigações não se limita àquelas realizadas por autoridades policiais ou sequer estatais. Portanto, se faz necessário que as investigações realizadas em face de cada suspeito, sejam documentadas de forma apartada juntando-se apenas os resultados de procedimentos já finalizados para disponibilização em caso de solicitação.

Ainda, eventuais declarações, oriundas de denúncia interna sob a proteção de sua identidade, devem ser mantidas de forma anônima e apropriadamente protegida. Ademais, asseguradas as medidas de não retaliação para proteção do denunciante, conforme políticas internas.

---

<sup>80</sup> Neste sentido, Vicente Greco Filho: O inquérito policial é uma peça escrita, preparatória da ação penal, de natureza inquisitiva. GREGO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 99.

<sup>81</sup> Integra: Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm). Último acesso em: 11 de junho de 2017.

<sup>82</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm). Último acesso em: 06 de junho de 2017.

É comum que a investigação interna se utilize de entrevistas para elucidação dos fatos. No momento da entrevista de um suspeito, este deve ser informado sobre sua posição no procedimento interno, ou seja, se recai suspeita sobre ele ou se suas declarações importam apenas para apuração de irregularidades cometidas por terceiros. Também, neste momento, o entrevistado deve ser informado sobre a possibilidade de permanecer em silêncio em homenagem ao princípio da não autoincriminação.

Vale destacar que as entrevistas devem ser conduzidas de forma equilibrada sem ameaças ou qualquer forma de intimidação, a declaração do suspeito deve ocorrer de forma espontânea sob pena de configuração de assédio a moral do entrevistado.

A negativa em prestar esclarecimento por si só não seria suficiente para ensejar uma rescisão do contrato de trabalho por justa causa, devido ao sistema taxativo empregado pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Entretanto, caso se confirme a existência de elementos suficientes para conclusão de que o colaborador cometeu irregularidades no exercício de suas atividades, o art. 482, CLT ampara a rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

Por derradeiro, não existindo interesse da empresa em firmar um acordo de leniência ou mesmo colaborar com investigações externas, mas que a investigação interna aponte para indícios de autoria e materialidade de ilícitos administrativos ou criminais, a empresa deve decidir se encaminhará a apuração às autoridades.

Entende-se que ao noticiar crimes ocorridos contra a empresa, no ambiente de trabalho ou por colaboradores que, agindo de forma isolada tenham beneficiado a empresa, demonstram o compromisso institucional da pessoa jurídica com seu programa de integridade e sua posição de auxiliar da justiça na realização de suas atividades.

## **CAPÍTULO 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De todo exposto, verificou-se que a responsabilidade das pessoas jurídicas, tanto no sentido de adotarem medidas que afastem a corrupção ativa de agentes públicos nacionais ou estrangeiros, quanto sobre o cumprimento de regulações de cada setor têm aumentado de forma expressiva.

O mesmo fenômeno é constatado no Direito penal, entretanto, o expansionismo penal propõe uma profunda alteração de características fundamentais desta ciência. Tal fenômeno encontra respaldo na multiplicação da complexidade das relações sociais que exigem uma resposta efetiva do direito quando exposta aos naturais conflitos de interesses as partes.

Entretanto, as características que revestem esta nova criminalidade, compreendida de forma não uniforme como o Direito penal econômico, fogem às bases tradicionais da lógica penal exigindo a utilização de técnicas legislativas pouco efetivas (tipos penais de perigo abstrato, normas penais em branco, tutela de bens jurídicos coletivos, etc) o que resulta em utilização do Direito penal muito mais por sua representação do que por sua capacidade de real tutela para composição destes conflitos sociais.

Verifica-se, ainda, que a ameaça que estas novas condutas representam têm (erroneamente) justificado flexibilizações de direitos e garantias fundamentais consagrados na relação jurídico processual. Tais impropriedades levam a novas abordagens do Direito penal e sua função.

Em consonância com os críticos ao fenômeno do expansionismo penal, Hassemer propõe que exacerbada intervenção penal deve, na verdade ser reduzida a um núcleo essencial, permitindo que um novo ramo, Direito de intervenção, cuide da punição de ilícitos econômicos estranhos a estrutura penal.

Dentre as características do Direito de intervenção destacam-se a exclusão de penas privativas de liberdade o que permitiria um processo menos rígido do que o processo penal, assegurando melhores condições para aplicação de sanções inclusive para pessoas jurídicas. Algumas destas características já se mostram presentes, inclusive, na lei anticorrupção brasileira.

Quanto à lei 12.846 de 2.013 e as regulamentações que a sucedem, consta a necessidade de implementação de programas de integridade que aloquem adequadamente os riscos enfrentados pelas corporações. Para efetivação incontestável dos programas, se faz imprescindível que as pessoas jurídicas estejam

preparadas para condução das investigações internas para apuração dos desvios internos indicando eventuais autores de irregularidades, caso tenham interesse em se beneficiar dos elementos de diminuição de pena previstos no decreto 8.420 de 2.015.

Salutar esclarecer que a legislação anticorrupção destinada às empresas não tem natureza de norma penal. De forma que os potenciais crimes em sede da atividade corporativa devem ser tratados de forma independente pela Justiça Criminal.

Ainda assim, considerando que com a privatização do dever de fiscalizar as condutas internas, inclusive em senda penal, impõe reflexão sobre este novo instituto, especialmente com relação aos limites da investigação corporativa.

Verificou-se que para garantia de princípios fundamentais, positivados em corpo constitucional, é preciso que as investigações internas atendam assim como as investigações públicas – destacadamente, investigações levadas a cabo pela polícia judiciária – aos princípios de contraditório e ampla defesa. Ainda que de forma mitigada, por não se tratar de relação jurídico-processual, há que se dar eficácia aos direitos e garantias fundamentais mesmo em sede da relação privada.

Some-se o fato que a investigação corporativa se exerce em face de empregados, ou seja, sob a senda de relação trabalhista, cujo princípio orientador estabelece a vulnerabilidade do empregado em relação ao empregador. Portanto, a efetivação do contraditório como direito à informação, e o direito de defesa sejam exercidos como autodefesa, em momento de entrevistas (incluindo o direito ao silêncio em homenagem ao *nemo tenetur se detegere*), seja como forma de defesa técnica para solicitação de diligências, conforme interesse da investigação, devem ser assegurados também aos objetos de investigação corporativa interna.

Cumpram ainda destacar que o instituto *compliance*, como departamento interno responsável pela implementação de programas de integridade efetivos, mesmo que não possam ser considerados como matéria de estudo de ciência penal, guardam relação no sentido de prevenir a criminalidade corporativa e atuação ativa no deslinde de elucidação de condutas tipificadas pela *ultima ratio* jurídica.

Não obstante, o instituto pode ser entendido como instrumentário relevante à política criminal, vez que:

A Política Criminal é que deve indicar as mais eficazes estratégias de defesa social. Se a sistemática penal não é idônea para assegurar a proteção social contra a criminalidade, então é preciso mudar a política, operar a reforma, conjurar os males, eliminar os fatores negativos<sup>83</sup>.

Desta maneira, tem início um novo momento no enfrentamento da corrupção no país, segundo o qual as pessoas jurídicas passam a protagonizar em conjunto com os poderes públicos uma coordenação para combate desta prática tão deletéria à economia, à moral pública e privada, bem como à sociedade de forma ampla.

---

<sup>83</sup> FARIAS JUNIOR, João. **Manual de criminologia**. EDUCA Editora Universitária Champagnat. Curitiba: 1990. P. 17.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 13ª edição.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Livraria Almeida: Coimbra, 2000.
- CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas lei 12.486**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FARIAS JUNIOR, João. **Manual de criminologia**. EDUCA Editora Universitária Champagnat. Curitiba: 1990.
- GRECO, Filho Vicente. **O combate á corrupção e comentários à Lei de responsabilidade de pessoas jurídicas**. São Paulo: Saraiva. 2015.
- GREGO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Coordenação: Luiz Moreira. Tradutora: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- KERSTING, Wolfgang. **Universalismo dos direito humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos, COSTA, Guilherme Recena. LUCON, Paulo Henrique Dos Santos, COSTA, Eduardo José Da Fonseca, COSTA, Guilherme Recena (coordnação). **Improbidade Administrativa: aspectos processuais da lei 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2013.
- MACEDO, Carlos Márcio Rissi. **Lavagem de dinheiro**. Curitiba: Juruá, 2006.
- MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução: Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning, 2007.
- MARTIN T. Bielgelman. BIELGELMAN, Daniel R. **Foreign corrupt practices act compliance guidebook: protecting your organization from bribery and corruption**. John Wiley and Sons: 2010
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed, rev. e actual. Rio de Janeiro: Coimbra, 2005. 5 v.

MORAES, Emanuel de. **A origem e as transformações do Estado**. Rio de Janeiro: Imago, 1996-1997. 3v.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende **O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 47, 2009

OLIVEIRA, Ana Carolina C. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito penal brasileiro**. 2012.256 f. Dissertação de mestrado – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012.

PEREIRA, Claudio José. **Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira. 2002

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHUNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **Aproximación al derecho penal contempóraneo**. Barcelona: JM Bosch Editor. 1992.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/justica-federal-homologa-acordo-de-leniencia-da-braskem-com-mpf.ghtml>. Último acesso em 11 de junho de 2017.

<http://gmpnews.ru/wp-content/uploads/2010/05/History-gmp.pdf>. Último acesso em: 09 de junho de 2017.

<http://transparency.efpia.eu/the-efpia-code-2> último acesso em 20 de maio de 2017.

<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=22440&ano=2016>

<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/articulacao-internacional/convencao-da-oea>. Acesso em 14 de abril de 2017.

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/Institucional/competencias>. Último acesso em 25 de maio de 2017.

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/a-inteligencia-financeira/recebimento-e-analise-de-comunicacoes>. Último acesso em: 25 de maio de 2017.

<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/300/inst301consolid.pdf>

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259553,21048-A+inseguranca+juridica+das+empresas+e+os+acordos+de+leniencia+na>. Último acesso em: 03 de junho de 2017.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm) acesso em 08 de maio de 2017.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Último acesso em 11 de junho de 2017.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Último acesso em 04 de junho de 2017.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm). Último acesso em: 14 de abril de 2017.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Último acesso em: 11 de junho de 2017.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm) Acesso em: 04 de maio de 2017.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm). Último acesso em: 06 de junho de 2017.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1230>. Último acesso em 04 de junho de 2017.

<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Agosto/doacoes-de-pessoas-juridicas-estao-proibidas-nas-eleicoes-2016>. Acessado em 15 de maio de 2017.

<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/06/1891269-petrobras-encerrara-contrato-de-gas-com-empresa-da-jf-por-corrupcao.shtml>. Último acesso em 10 de junho de 2017.

<https://www.ama-assn.org/sites/default/files/media-browser/specialty%20group/washington/sunshine-act-brochure.pdf>. Acessado em: 20 de maio de 2017.

<https://www.fda.gov/AboutFDA/WhatWeDo/History/Origin/ucm054819.htm>. Último acesso em 2 de abril de 2017.

<https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em 15 de abril de 2017.

<https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. Último acesso em 04 de junho de 2017.

<https://www.sec.gov/Article/whatwedo.html>. Acesso em: 07 de abril de 2017.

<https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf> Acessado em 07 de abril de 2017.

<https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2017.