

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDA DA SILVA SOARES

OS DESAFIOS DO *CRIMINAL COMPLIANCE* COMO CONDIÇÃO
NOS INSTITUTOS NEGOCIAIS

CURITIBA

2022

FERNANDA DA SILVA SOARES

**OS DESAFIOS DO *CRIMINAL COMPLIANCE* COMO CONDIÇÃO
NOS INSTITUTOS NEGOCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito à obtenção do título de mestre em Direito, área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, linha de pesquisa “Estado, Economia e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios

CURITIBA

2022

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

S676d
2022 Soares, Fernanda da Silva
Os desafios do criminal compliance com condição nos institutos negociais /
Fernanda da Silva Soares ; orientador: Rodrigo Sánchez Rios. – 2022.
181 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2022
Bibliografia: 162-181

1. Direito penal econômico. 2. Programas de compliance. 3. Direito e
economia. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade Católica
do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Dóris 3. ed. – 340

FERNANDA DA SILVA SOARES

**OS DESAFIOS DO *CRIMINAL COMPLIANCE* COMO CONDIÇÃO
NOS INSTITUTOS NEGOCIAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, com ênfase em Direito Econômico e Desenvolvimento.

COMISSÃO JULGADORA:

PROF. DR. RODRIGO SÁNCHEZ RIOS
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (orientador)

PROF. DR. VLADIMIR PASSOS DE FREITAS
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (membro interno)

PROF. DR. RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL
Centro Universitário Autônomo do Brasil [UNIBRASIL] (membro externo)

PROF. DR. LUIZ ALBERTO BLANCHET (Suplente)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (membro interno)

Curitiba, 29 de março de 2022.

Aos meus pais, meus pilares.
A Duda, por tudo!

AGRADECIMENTOS

“Sonho que se sonha só, é só um sonho que se sonha, só. Mas sonho que se sonha junto é realidade.” E, mais uma vez, essa música continua sendo a bússola que orienta minha vida!

Mais uma jornada que não foi fácil! Não foram poucos os momentos em que pensei em desistir, e, diversos motivos permeavam a minha cabeça, assim como: por vezes recaiam na árdua tarefa de ler e escrever por horas a fio, e depois simplesmente apagar tudo; ou pela síndrome da página em branco que diversas vezes insistia em se fazer presente, mas, principalmente, pelos momentos de convivência que, tal qual outrora, fui privada ao lado daqueles que amo (minhas amigas e amigos, meus pais, meu irmão e, em especial, minha “pequena”, Duda).

E, mais uma vez, vocês, mesmo penalizados com minha ausência fizeram-se presentes. Sem vocês, certamente, este momento não seria possível. E agora, faltam-se palavras para expressar toda minha gratidão.

Mas ainda assim, na tentativa de fazê-lo, agradeço aos meus pais, por todo amor, carinho, compreensão de sempre.

Agradeço a minha filha, Maria Eduarda, por todo apoio e inspiração. Confesso que a ver, tão jovem, estudando horas a fio para a concretização do seu sonho de estudar medicina foi minha maior inspiração! Obrigada por tudo! Obrigada por tanto!

Agradeço ainda, as minhas amigas, o que o faço na pessoa da Mariane. Mari, um anjo que Deus colocou em minha vida a quem eu tenho o privilégio de chamar de amiga! Meu maior presente do mestrado! E, responsável por compartilhar comigo desde os primeiros trabalhos, seminários, artigos, reflexões, aprendizados até os momentos de angústia, insegurança e pensamentos de desistência (que não foram poucos). Se tem alguém que foi fundamental neste processo foi você e você sabe disso! Minha mais sincera gratidão, amiga!

Agradeço ao Professor Dr. Rodrigo Sanchez Rios por toda orientação, dedicação, generosidade e pela paciência ímpar na condução deste trabalho/processo. Muito obrigada por todos os ensinamentos.

E por fim, especialmente, agradeço à Deus, que ciente de que eu sozinha jamais teria conseguido, ladeou-me com essas pessoas maravilhosas que, desde o início, compartilharam comigo este sonho, contribuindo de sobremaneira para torná-lo realidade.

Muito, muito obrigada!

RESUMO

A presente dissertação analisa o tema da justiça negocial como instrumento de promoção dos mecanismos de *criminal compliance* e estabelece como objetivo precípua: apresentar um diagnóstico sobre os desafios e as consequências do *criminal compliance*, entabulado como condição nos acordos celebrados no âmbito da criminalidade econômica empresarial. A problemática da pesquisa constituiu-se mediante o seguinte questionamento: quais as consequências decorrentes do *criminal compliance* entabulado como condição nos instrumentos de justiça negocial? Para alcançar o objetivo geral pretendido, estabeleceram-se objetivos específicos, cada um deles, desenvolvidos continuamente junto aos capítulos desta dissertação. Inicialmente, apresentam-se notas introdutórias a respeito da criminalidade econômica empresarial e da justiça negocial como estratégia ao seu enfrentamento. Indo adiante, no mesmo capítulo, examina-se como a referida estratégia aparece no ordenamento jurídico que tem inspirado o Brasil na temática, qual seja, o norte-americano. Em um segundo momento, descreve-se as considerações gerais sobre o *compliance* e como estas foram delineadas. Desse modo, ato contínuo deteve-se, mais especificamente, no objeto da presente dissertação, o *criminal compliance*. Sequencialmente, no terceiro capítulo, procede-se com uma análise da interlocução entre os acordos processuais penais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, que podem ser celebrados no âmbito da delinquência econômica empresarial e o *criminal compliance*. A fim de demonstrar que essa interseção entre os institutos é uma realidade no Brasil, bem como demonstrar como a matéria tem sido tratada, aproximando a academia da prática, procedeu-se com um estudo empírico. Para tanto, três casos de relevância nacional foram selecionados, adotando-se como postulado metodológico um viés explicativo e descritivo, o qual foi elaborado por meio de uma pesquisa empírica de cunho qualitativo, e, cuja coleta de dados realizou-se através de uma proposta metodológica da pesquisa de análise documental. A partir daí, discorreu-se sobre lacunas e consequências diagnosticadas, as quais, se não forem suprimidas e/ou mais bem delineadas, podem comprometer a estratégia em comento. Em relação a estas, propostas de soluções foram apresentadas. Em suma, espera-se a partir dessas contribuir para a consolidação do instrumento no ordenamento jurídico nacional.

Palavras- Chave: Justiça negocial. Direito penal econômico. Criminalidade econômica empresarial. Empresa. *Criminal compliance*. Análise econômica do direito.

ABSTRACT

The present dissertation analyzes the theme of negotiating justice as an instrument of promotion of the mechanisms of criminal compliance and establishes as its main objective: to present a diagnosis on the challenges and the consequences of criminal compliance, entered into as a condition in the agreements celebrated in the scope of corporate economic crime. The problematic of the research was constituted by means of the following questioning: what are the consequences resulting from criminal compliance entered into as a condition in the instruments of business justice? To achieve the intended general objective, specific objectives were established, each one of them, continuously developed along with the chapters of this dissertation. Initially, introductory notes are presented regarding corporate economic criminality and business justice as a strategy to face it. Further on, in the same chapter, it is examined how the referred strategy appears in the legal system that has inspired Brazil on the theme, namely, the North-American one. In a second moment, the general considerations on compliance are described and also how they were outlined. In this way, the object of the present dissertation, criminal compliance, was detained more specifically. Sequentially, in the third chapter, an analysis is made of the interlocution between the criminal procedural agreements foreseen in the Brazilian legal system, which may be celebrated in the ambit of corporate economic delinquency and criminal compliance. In order to demonstrate that this intersection between the institutes is a reality in Brazil, as well as to present how the matter has been treated, bringing academia and practice closer together, an empirical study was conducted. To this end, three cases of national relevance were selected, adopting as methodological postulate an explanatory and descriptive bias, which was elaborated through an empirical research of qualitative nature, and whose data collection was carried out through a methodological research proposal of document analysis. From that, the gaps were discussed and consequences diagnosed, which, if not eliminated and/or better delineated, may compromise the strategy in question. In relation to these, proposed solutions were presented. In short, it is hoped that the proposed solutions will contribute to the consolidation of the instrument in the national legal system.

Keywords: Business justice. Economic criminal law. Corporate economic crime. Company. Criminal compliance. Economic analysis of law.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 -	Beneficiado do acordo; condição entabulada; prazo para o início do cumprimento; apresentação do cronograma para a estruturação do <i>criminal compliance</i>	120
Quadro 2 -	Requisitos essenciais do programa de <i>criminal compliance</i> a ser implementado.....	122
Quadro 3 -	Monitoramento do programa por monitores externos e prazo de monitoramento	125
Quadro 4 -	Acompanhamento pelo Juiz e pelo Ministério Público e prazo de acompanhamento	127
Quadro 5 -	Cumprimento da condição e prazo para certificação do programa de <i>compliance</i> estruturado a partir do acordo	129
Quadro 6 -	Hipóteses de rescisão do acordo e prática de novo crime como critério de reconhecimento da ineficiência do programa de <i>compliance</i>	139

LISTA DE ABREVIATURAS

ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
CF	Constituição Federal
CGU	Controladoria-Geral da União
CPB	Código Penal Brasileiro
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro
Dir.	Diretor
DOJ	Department of Justice
DPA	Deferred Prosecution Agreement
ESG	Environmental, Social and Corporate Governance
EUA	Estados Unidos da América
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
ISO	International Organization for Standardization
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
NPA	Non-Prosecution Agreement
ONU	Organização das Nações Unidas
SFO	Serious Fraud Office
SOX	Sarbanes-Oxley Act
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UKBA	United Kingdom Bribery Act
USSC	United States Sentencing Commission
USSG	United States Guidelines

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 JUSTIÇA NEGOCIAL E A CRIMINALIDADE ECONÔMICA	19
1.1 A JUSTIÇA NEGOCIAL COMO ESTRATÉGIA DE ENFRENTAMENTO À CRIMINALIDADE ECONÔMICA: NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	19
1.2 A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE	31
1.3 CRÍTICAS E CONTROVÉRSIAS AOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS EUA.....	42
1.4 PERSPECTIVA BRASILEIRA: PRIMEIRAS IMPRESSÕES.....	48
1.4.1 Acordo de leniência.....	53
1.4.2 Colaboração premiada.....	54
1.4.3 Acordo de não persecução penal.....	58
1.4.4 Possibilidade de previsão da condição acessória em instrumentos negociais.....	60
2 COMPLIANCE	65
2.1 PRIMEIRAS LINHAS.....	65
2.2 INSTRUMENTOS NORMATIVOS ESSENCIAIS	71
2.2.1 FCPA - <i>Foreing Corrupt Practive Act</i>	72
2.2.2 <i>United States Sentencing Guidelines for Organizations</i>	73
2.2.3 <i>Sarbanes Oxley Act (SOX)</i>	73
2.2.4 <i>Dood- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act</i>	74
2.2.5 Ordenamento jurídico pátrio	75
2.3 MOMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO	76
2.4 EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>	81
2.5 <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i>	91
2.5.1 Como instrumento de prevenção à delinquência econômica	94
2.5.2 Função colaborativa <i>post factum</i>	99
3 A JUSTIÇA NEGOCIAL BRASILEIRA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DO <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i>	104
3.1 REFLEXÕES INICIAIS	104
3.2 METODOLOGIA	113
3.2.1 Os casos eleitos	117
3.3 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS.....	119

3.3.1 Condições gerais: prazos e cronogramas	120
3.3.2 Requisitos essenciais do programa de <i>criminal compliance</i> a ser implementado	122
3.3.3 Supervisores do criminal compliance	125
3.3.4 Acompanhamento pelo Juiz e pelo Ministério Público.....	127
3.3.5 Cumprimento da avença – efetividade do programa de <i>criminal compliance</i> como condição para o reconhecimento do adimplemento da avença	129
3.3.6 Novo delito durante o período de prova x reconhecimento da ineficiência do programa de <i>criminal compliance</i>	139
3.4 DISCUSSÃO GERAL	143
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	160
REFERÊNCIAS	162

INTRODUÇÃO

Na sociedade globalizada e pós-moderna, na qual o conceito de sociedade de risco¹ tem se desenvolvido, onde impera o dinamismo das relações sociais, não cabe mais a lentidão e a burocracia judicial de outrora.

Tal cenário tem contribuído para uma mudança de paradigma no âmbito da tutela penal, que tem se mostrado insuficiente e pouco resolutiva na solução dos atuais conflitos. De modo que, na busca pela celeridade e resultados mais eficientes, a expansão dos espaços de consenso no mundo todo, permeados pela possibilidade de convergência entre as partes, caracteriza uma opção à clássica solução penal.

E, no horizonte do processo penal brasileiro, não foi diferente. A justiça negocial² foi inaugurada com a previsão de um microsistema consensual a partir da edição da Lei nº 9.099/95 (composto pela composição civil, transação penal e a suspensão condicional do processo). No entanto, a ampliação significativa das soluções processuais, ocorreu por meio do acordo de leniência, com a colaboração premiada e mais, recentemente, com o acordo de não persecução penal, incluído no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019.

Negociações as quais possibilitaram que instrumentos reservados em momento anterior para a pequena criminalidade, configurassem, atualmente, uma alternativa para os mais diversos crimes.

As características da sociedade contemporânea contribuíram, igualmente, para a promoção do desenvolvimento substancial de uma delinquência de altíssima

¹ Conceito apresentado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, pelo qual expõe uma análise da sociedade contemporânea, apontando suas transformações e seus avanços tecnológicos que agora norteiam uma nova forma de organização social; uma sociedade em que os riscos são democráticos. Caracterizada, principalmente, pelo alta desenvolvimento tecnológico; sujeito passivo indeterminado; tutela de perigo; bem jurídico supraindividual e socialização da gestão dos riscos. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. [S. l.: s. n.], 2011.

² Consigna-se, desde logo, que não se desconhece que há doutrinadores que apresentam diferenças conceituais entre justiça negocial e consensual. Entretanto, na presente dissertação, tal qual Vinicius Gomes de Vasconcelos, serão utilizados como sinônimos os termos consensuais; barganha; negocial; negociada; premial; atuação colaborativa e processo colaborativo, no sentido de relação pautada em acordo entre o autor da conduta socialmente desviante e o Estado, para definição das condições a serem cumpridas por aquele, caracterizando uma alternativa à clássica solução penal, eminentemente retributiva. Tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020. p. 170-171.

potencialidade lesiva, qual seja, a criminalidade econômica. Delinquência esta, em um conceito de fácil compreensão, utilizado para nortear a presente dissertação, a compreender toda a conduta ilícita prejudicial à ordem econômica – praticada por pessoas de alto nível socioeconômico no exercício de sua atividade profissional³ e, ainda, no mesmo contexto, a criminalidade de empresa, aquela levada a efeito por intermédio de uma pessoa jurídica ou em seu benefício⁴.

Caracterizada por estratagemas que envolvem organizações e circulação de capitais em prol da obtenção de lucros exorbitantes⁵ e por sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mudanças sociais, tecnológicas e políticas, as quais as tornam quase impermeáveis as técnicas tradicionais de investigação. Configuram uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada pela dimensão dos danos materiais, sociais e morais por ela provocados⁶.

À vista disso, as políticas criminais globais reconheceram a necessidade de mudanças quanto às estratégias direcionadas ao enfrentamento dessa criminalidade, que de forma essencial deveriam priorizar a cooperação e a prevenção. Desse modo, sob essa ótica, ganha relevo a figura do *compliance* - mecanismo inicialmente desenvolvido como ferramenta auxiliar ao combate à corrupção e que, diante da sua reconhecida capacidade preventiva e repressiva de ilícitos, em especial a criminalidade econômica empresarial, se encontra atualmente difundido a nível mundial.

No Brasil, igualmente, estimulado pelos tratados internacionais dos quais o país é signatário, o *compliance* tem feito parte da agenda, encontrando-se em expansão. Neste contexto, a Lei nº 12.846/13 procura estimular, ainda que timidamente, a criação de programas de *compliance*, prevendo a concessão de alguns benefícios legais – tal qual, eventual abrandamento das sanções aplicadas em decorrência da prática de ilícito civil ou

³ “(...) lesivas del orden económico, cometidas por personas de alto nivel socioeconómico em el desarrollo de su actividad profesional”. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 29.

⁴ A qual não se confunde com a criminalidade da empresa (Betriebskriminalität), isto é, os crimes cometidos dentro ou contra a própria empresa. SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidade de empresa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 41, n. 2, p. 529-558, maio/ago. 1988. p. 529-531.

⁵ FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p. 37.

⁶ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Económico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 65.

administrativo – para entidades corporativas, nas quais um efetivo instrumento de *compliance* faça-se contemplado em sua estrutura.

Contudo, para além de inexistir previsão legal de benefícios criminais, os quais poderiam contribuir de sobremaneira para a confirmação e disseminação dessa ferramenta no ordenamento jurídico brasileiro, aqueles serão concedidos apenas em casos nos quais o instrumento preventivo for implementado antes da conduta ilícita.

Diante da incerteza, se os benefícios (legalmente previstos na Lei nº 12846/13), por si só, configuram um real e eficiente estímulo para os entes morais implementarem programas de *compliance*, tem-se reconhecido, nos mecanismos negociais de resolução de conflito, um ambiente propício para a disseminação dessa cultura.

Frente à conjuntura descrita, o Estado brasileiro voltou o olhar para o direito internacional e inspirou-se em práticas previamente adotadas, mais especificamente na sistemática empregada na experiência norte-americana (ordenamento jurídico caracterizado pela adoção de acordos, técnicas premiais e estímulo concomitante à implementação de programas de *compliance*).

Diante disso, nos últimos anos, tem-se verificado no Brasil, ainda que de forma embrionária, a utilização da justiça negocial no âmbito da criminalidade como forma de *law enforcement*⁷, e, concomitantemente, como meio de promoção do *compliance*. Trata-se de estratégia orientada, ainda, a romper com um histórico de leniência com a criminalidade mencionada, a qual, ao longo dos anos, tem sido beneficiada com interpretações casuísticas conferidas pelos tribunais.

Assim, o ponto sob o qual debruça-se a investigação desta dissertação centra-se na: previsão de programas de *compliance* como condição nos institutos inerentes ao processo penal negocial. Para tanto, mostra-se fundamental pontuar que, no contexto da presente dissertação, estar-se-á diante de um programa de *criminal compliance*, isto é, de um instrumento de política criminal de prevenção (aperfeiçoado em medidas de controle

⁷ Entendida como aplicação efetiva do direito. De acordo com Paulo de Sousa Mendes “nenhuma lei perfeita garante boa aplicação. É por isso que o conceito de aplicação efetiva não é redundante. MENDES, Paulo de Sousa. *Law Enforcement e Compliance*. In: PALMA, Mara Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Souza (org.). **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 14.

e vigilância de riscos⁸ os quais podem culminar na responsabilidade penal⁹) a previsão do aspecto em análise.

O instituto citado será estabelecido após a prática delitiva, objetivando, para além de cessar a atividade delitiva, promover o caráter preventivo, pois, ao implementar o programa de *criminal compliance*, a parte imputada comprometer-se-á a adotar procedimentos com a finalidade de evitar a repetição da conduta criminosa futuramente.

Porém, não se pode perder de vista que a busca pela efetividade da persecução penal, mediante a adoção de práticas oriundas de outros sistemas jurídicos, torna-se possível, desde que se encontre em harmonia como ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, tem-se a seguinte situação: se a política criminal é o fomento do *criminal compliance* através das soluções negociais, mostra-se imprescindível analisar como essa realizar-se-á.

A partir dessas premissas, estrutura-se a presente dissertação, cujo objetivo geral caracteriza-se por identificar os desafios e as consequências dessa prática recém incorporada ao arcabouço jurídico nacional. Neste caminho, a pergunta que se pretende responder é: (i) Quais as consequências decorrentes do *criminal compliance* estruturado a partir das ferramentas negociais processuais penais?

A preocupação por essa problemática justifica-se, não só pela sua atualidade, mas, sobretudo, pela novidade incidente sobre a matéria que, carente de regras estruturantes, é permeada por lacunas, as quais de modo eventual podem comprometer a estratégia.

Para demonstrar o desassossego aventado com as inúmeras inquietações que pairam sob a temática, tem-se como objetivos específicos: (i) apresentar a justiça negocial como estratégia no enfrentamento da criminalidade econômica; (ii) mapear os institutos da justiça penal negocial no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando sua significativa expansão; (iii) abordar o *criminal compliance*, aliado dessa estratégia; e (iv)

⁸ RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. *Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n.114, p. 341-375, maio/jun. 2015. p. 348. e ainda RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. *Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o fenômeno do whistleblowing*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 137, p. 89-123, 2017. p. 99. Rios e Antonietto advertem que o *criminal compliance* não se trata, de um tópico da dogmática penal, devendo a demanda da antecipação da responsabilidade ser considerada como critério de regulação, sendo a dogmática chamada apenas depois para solucionar questões relativas à imputação. RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. *Op. cit.*, p. 346.

⁹ ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, v. 49, n. 1, p. 1-11, jan. 2012. p. 4.

analisar a justiça negocial como instrumento de promoção e desenvolvimento de mecanismos de *criminal compliance* no Brasil, apresentando sugestões aptas a contribuir com a consolidação do instrumento no ordenamento jurídico nacional.

Ponderações estas a merecer análise e reflexão, trazendo para centro de reflexão debate recente à academia e, de suma, a importância para a almejada confirmação e disseminação da estratégia em comento.

A partir do cenário descrito, a hipótese inicial de investigação desta dissertação orienta-se no seguinte sentido: a possibilidade de previsão de implementação de um programa de *criminal compliance* como condição nos instrumentos negociais processuais penais celebrados com pessoa física pela prática de crime praticado a favor, ou ainda, em benefício da pessoa jurídica.

A questão cujo estudo se propõe, a princípio, apresenta a seguinte variável: impossibilidade de previsão do *criminal compliance* como cláusula nos instrumentos negociais processuais penais brasileiros diante da ausência de dogmática a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, exceto nos crimes ambientais.

Desse modo, com vistas a responder o questionamento apresentado, evidencia-se as lacunas identificadas e, ainda, as possíveis sugestões ao problema investigado. Assim, esta dissertação possui um viés explicativo e descritivo, realizado por meio de uma pesquisa empírica de cunho qualitativo, cuja coleta de dados foi realizada por meio do critério metodológico de análise documental.

Para tanto, optou-se por realizar a pesquisa em três capítulos. Posto isso, no primeiro capítulo, apresenta-se a contextualização da discussão, neste ponto, contemplam-se notas introdutórias sobre os instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que possibilitam o fomento do *criminal compliance*. Porém, antes, tecer-se-ão breves linhas sobre a criminalidade econômica e sua relação com a justiça negocial como estratégia ao seu enfrentamento, além de uma visão geral do modelo tido como inspiração ao ordenamento brasileiro na temática, qual seja, o norte americano.

Na continuidade, o segundo capítulo expõe a base investigativa para a resposta do problema apresentado, que perpassa necessariamente pelos programas de *compliance*. Cabe ressaltar que os programas de *compliance* são ferramentas de cooperação privada a favor da prevenção e repressão de ilícitos civis, criminais e administrativos na esfera corporativa, atentando-se de modo específico ao *criminal compliance*.

Sequencialmente, empenhar-se-á em analisar o *criminal compliance* como condição a ser fixada por ocasião dos mecanismos de consenso, bem como sua viabilidade, efetividade, seus efeitos e suas consequências. Para isso, será realizada uma análise comparativa de alguns casos práticos do direito brasileiro, nos quais restou clausulado a implementação dos programas de *criminal compliance*. O exame de casos não apenas evidencia o problema investigado, como aproxima a academia da vivência prática, tornando o estudo mais concreto.

Ao final, apresentar-se-ão algumas considerações gerais as quais, sem pretender esgotar o assunto, intentam contribuir para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa a partir dos programas de *criminal compliance*, estes implementados após a prática de delitiva, porquanto, a abordagem, aqui, trazida não foi tratada de modo suficiente pela doutrina pátria.

1 JUSTIÇA NEGOCIAL E A CRIMINALIDADE ECONÔMICA

1.1 A JUSTIÇA NEGOCIAL COMO ESTRATÉGIA DE ENFRENTAMENTO À CRIMINALIDADE ECONÔMICA: NOTAS INTRODUTÓRIAS

Não obstante a criminalidade econômica tenha sido impulsionada pela atual sociedade global, seus estudos mostram-se de longa data. Um dos precursores no exame dessa delinquência foi o sociólogo estadunidense Edwin Hardin Sutherland¹⁰, que, em 1939, apresentou estudos explicativos sobre essa criminalidade, até aquele momento desconsiderada pela justiça penal, a criminalidade de colarinho branco (*White Collar Crimes*)¹¹.

Criminalidade, na qual se inserem os delitos cometidos por pessoas de respeitabilidade e *status* social elevado, no curso de suas atividades profissionais¹². As quais, em virtude de serem intelectualmente privilegiadas, com elevado nível de formação acadêmica e/ou experiência de mercado, praticam condutas criminosas dotadas de maior sofisticação. Desenvolvida a partir de um *modus operandi* diverso daqueles empregados na prática dos delitos tradicionais, mais refinado e complexo. A somar, tem-se, ainda, suas privilegiadas posições: social, política e econômica.

Fatores responsáveis por beneficiar esses criminosos a furtarem-se à detenção e à condenação crimina¹³, porquanto, resolvidas noutras esferas jurídicas ou, ocasionalmente,

¹⁰ Aponta-se que Sutherland se inspirou na teoria da imitação de Gabriel Trade, para quem a criminalidade como fenômeno social que é, pode ser explicada, tal qual os demais fenômenos sociais pela imitação. “En Tarde puede encontrarse, también, apuntada una idea que desarrollará posteriormente Sutherland: la del delincuente como profesional que aprende su oficio. Según Tarde, asesinos, carteristas, ladrones y timadores son individuos que, como los médicos, abogados, etc., han tenido un largo período de aprendizaje, em una adecuada atmósfera criminal, rodeado de los colegas y camaradas idóneos”. MOLINA, Antonio García-Pablo de. **Tratado de criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 463.

¹¹ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução de Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 33-34.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, p. 33.

pela pouca disposição judicial em reconhecer como desonestos os indivíduos que comungam da mesma identidade cultural¹⁴.

À vista disso, Sutherland – norteado pela qualidade do autor da conduta criminosa como critério a respaldar seus estudos – formula as bases da teoria da associação diferencial, pela qual, o comportamento delinquente mostra-se como produto de um procedimento de aprendizagem, proveniente da interação com condutas transgressoras nas organizações nas quais o indivíduo encontra-se inserido¹⁶.

Aprendizagem que recai, inclusive, sobre as técnicas de cometimento, nas atitudes, nos motivos e na própria racionalidade quanto à prática da conduta desviada¹⁷. Desse modo, nas palavras do autor: “a pessoa em uma situação apropriada se engaja em um comportamento criminoso se, e somente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis¹⁸”.

Em uma ponderação racional, “cuja decisão de delinquir vem precedida de uma ponderação dos inconvenientes e vantagens que pode lhe trazer a conduta delitiva¹⁹”, assim como a probabilidade de sucesso da empreitada delitiva e de uma punição²⁰.

Frente ao processo interativo mencionado, o ambiente corporativo pode configurar um cenário favorável para o comportamento socialmente desviante²¹, propiciando a prática de condutas ilícitas, as quais, isoladamente, o indivíduo não praticaria. E diversos podem ser diversos os motivos para tanto.

¹⁴ MAÍLLO, Alfonso Serrano. El (sesgado) uso de los delitos de cuello blanco em los paradigmas antiempíricos. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 14, p. 235-280, 2004. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-14-5070>. Acesso em: 05 jun. 2021.

¹⁵ Nessa perspectiva, surge a denominada cifra negra da criminalidade: representada pelos crimes que não são de conhecimento do aparato estatal. De maneira que os níveis de criminalidade, na realidade, são maiores do que aqueles efetivamente registrados. SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 1-8.

¹⁶ *Ibid.*, p. 34.

¹⁷ *Ibid.*, p. 33-34.

¹⁸ *Ibid.*, p.351.

¹⁹ MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance*, Criminologia e Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 63.

²⁰ Parte da doutrina não mais enxerga o homem com esse olhar da teoria econômica, pela qual o homem seria um ser racional. Advogam que o homem não é tão racional assim, uma vez que sua percepção é limitada, não tendo compreensão do todo. Ademais, é carregado de viesés comportamentais os quais muitas vezes não tem origem no plano da consciência. De modo que há outros fatores que guiam suas decisões.

²¹ Expressão utilizada por Eduardo Saad-Diniz, a qual se pede vênua para ser replicada ao longo do presente estudo. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance* sob a perspectiva da criminalidade econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios do programa de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 167-191.

Aqui oportuno uns parênteses: desde logo, ressalta-se que não se está afirmando que as empresas são de *per si* criminosas, constituídas para a prática de ilícitos²², aliás, estas o são em sua minoria²³²⁴. Contudo, as observações, a seguir, apresentadas referem-se as constatações, mediante literatura revisada, nas quais, restaram diagnosticados os motivos pelos quais o ambiente corporativo²⁵ pode ser um facilitador para a prática de crimes.

Mostra-se importante destacar que o principal fator analisado, qual seja a influência do ambiente empresarial, ao tempo em que pode propiciar a prática delitiva (a depender das condutas e valores que se encontram inseridos), também configura o elemento dotada de capacidade de mudar e/ou prevenir esses comportamentos, consoante demonstrar-se-á no segundo capítulo da presente dissertação.

Dito isso, a partir da revisão bibliográfica, reconhece-se, como um dos principais fatores na contribuição da delinquência economia empresarial, a influência exercida pela cultura empresarial em seus funcionários, empregados e colaboradores. Isso, de acordo com Sutherland, deve-se ao fato de a parte decisiva do processo de aprendizagem ocorrer no âmbito das relações mais próximas²⁶.

Nesse referido contexto, o agente é tomado pela cultura corporativa. Assim, caso o comportamento supostamente ilegal encontre-se normalizado, constituindo parte da rotina empresarial, essa interação social é capaz de “erudir a capacidade do sujeito de

²² As empresas ilícitas são aquelas organizadas deliberadamente para a obtenção de lucro mediante meios ilícitos (prática de crimes). Hipótese a qual não se deterá, vez que a presente pesquisa não se ocupa das empresas constituídas e/ou comprometidas com a prática delitiva. As quais, na verdade, aproximam-se mais de verdadeiras organizações criminosas do que para empresas. O que, por conseguinte, faz com que aquelas sequer tenham interesse na estruturação de um programa de *compliance* – objeto central do presente, e, tampouco, este produziria os efeitos esperados, qual seja, a prevenção de ilícitos no ambiente corporativo. Para uma análise mais detalhada: ESTELITTA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 26.

²³ Como observa Scandelari, “se, na vida em sociedade, o crime é (felizmente) a exceção; não há razão para inverter essa lógica na vida nas (e das) empresas. SCANDELARI, Gustavo de Brita. As posições de garante na empresa e o criminal *compliance* no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 194. Paulo Silva Fernandes, por sua vez, entende que quem entidades corporativas cujo padrão operacional é a prática de crimes; facilitar ou encobrir sua execução configuram uma realidade contemporânea a corroborar para o fenômeno da multiplicação dessa delinquência. FERNANDES, Paulo Silva. Op. cit., p. 36-37.

²⁴ Entretanto, Heloisa Estelitta observa que frequentemente há identificação automática da criminalidade de empresa com a empresa ilícita. Com o que, observa, não se pode concordar, vez que naquela há inserção de condutas ilícitas no contexto de uma atividade lícita. Diferentemente desta, que desde sua origem já é destinada para a prática de ilícitos. ESTELITTA, Heloisa. Op. cit., p. 26.

²⁵ Atividade econômica desenvolvido para assunção de lucro mediante o exercício de atividades lícitas. *Ibid.*, p. 29.

²⁶ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 194-195.

percepção quanto aos elementos normativos do tipo ou da própria percepção da antijuridicidade”²⁷. De modo a oportunizar aos agentes empresariais a associação à conduta delituosa.

Nesse ponto, Fábio André Guaragni destaca que a preocupação criminológica de Sutherland caminha na mesma direção aos estudos psicológicos do modelo de aprendizagem social de Gustavo Le Bon²⁸. Pelo qual, segundo o autor, as multidões formam uma nova identidade psicológica, determinada pelo inconsciente coletivo (psicologia das multidões), o qual se mostra capaz de anular a capacidade individual. De maneira que o anonimato provocado por essa alma coletiva é o responsável pelo indivíduo, “ceder a institutos que, se estivesse sozinho, seria forçosamente reprimido”²⁹.

Contudo, como bem observado pelo autor, os estudos de Le Bon ativeram-se às reuniões episódicas, e não habituais como no ambiente empresarial. Dessa forma, a partir de um estudo relacional entre criminologia e sociologia, Guaragni salienta que essa interação permite compreender a unidade empresarial, a qual potencializa a encampação das técnicas de neutralização³⁰ – modelo apresentado por Sykes e Matza³¹ –, responsáveis por validarem o processo auto justificante da prática criminosa.

A prática descrita forja, portanto, um conjunto de valores que normaliza ou exculpa condutas desviantes a partir de tábuas oficiais valorativas e normatizadas, como resultante de um conflito entre as pretensões dela, assim como das barreiras apresentadas pela lei³².

Dentro desse contexto, explica-se a reprodução de comportamentos delitivos, em situações, nas quais se acoplam como parte da verdadeira cultura empresarial criminógena³³.

Logo, não por outro motivo, os estudos contemporâneos reconhecem ser essencial para o êxito da prevenção dessa criminalidade que o ambiente corporativo seja dotado de:

²⁷ SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. MonteVideo: BdeF, 2013. p. 230-231.

²⁸ GUARAGNI, Fábio André. Desvios Cognitivos e Volitivos nas atividades empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de *criminal compliance* como mecânica de controle. In: ARAUJO NETO, Feliz; GIACOIA, Gilberto; MAISONNAVE, Germán Alberto Aller. **Direito Penal e Constituição II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 208-209.

²⁹ *Ibid.*, p. 208-209.

³⁰ *Ibid.*

³¹ SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency. **American Sociology Review**, [S. l.], v. 22, n. 6, p. 664-670, dez. 1957. p. 667-669.

³² GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., p. 208-209.

³³ *Ibid.*, p. 208-209.

“medidas positivas de formação que possam não apenas neutralizar fatores culturais como também estimular dinâmicas de grupo de fidelidade ao direito”³⁴³⁵.

Para além disso, outro elemento contributivo às infrações normativas no ambiente empresarial recai na complexidade da estrutura organizacional, na qual as características, inerentes ao próprio arranjo corporativo - permeado pela descentralização da estrutura societária, bem como da delegação de deveres ³⁶e do profissionalismo empregado - propiciam a diluição da responsabilidade³⁷, dificultando a individualização da conduta, ao tempo, em que as torna “quase impermeáveis aos tradicionais meios repressivos”³⁸.

A dificuldade na produção probatória³⁹ pode ser agravada ainda, pelo elo de cumplicidade, confiança e laços de solidariedade estabelecidos nas relações entre os membros da empresa, os quais, algumas vezes, resultam mais fortes que o próprio respeito às normas⁴⁰. E, ainda, outras complicações encontram-se nas próprias estratégias de inteligência implementadas na prática delitiva pelo ente empresarial⁴¹, e mediante técnicas cada vez mais elaboradas, nas quais o elevado desenvolvimento tecnológico apresenta-se como um aliado a contribuir para que, dificilmente, essas ações possam ser descortinadas através das vias ordinárias de investigação⁴².

Portanto, não sem razão, técnicas diferenciadas de investigação são testadas frequentemente na tentativa de romper as barreiras criadas por essas estruturas

³⁴ SANCHEZ, Jesus Maria Silva. Deberes de vigilância y *compliance*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Compliance y teoría Del Derecho Penal*. 9 ed. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 100.

³⁵ Dentre as quais, inserem-se os programas de *compliance* a serem estudados no capítulo dois.

³⁶ HASNAS, John. **Trapped**: When acting ethically is Against the law. Washington: CATO, 2006. p. 45.

³⁷ HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**: Perspectivas de uma Moderna Política Criminal. 1. ed. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 83-97.

³⁸ MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1175-1208, set./dez. 2020. p. 1176. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/374/270>. Acesso em: 29 mar. 2021. No mesmo sentido: MARCÃO, Renato. Delação premiada. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 59, p.131-135, set. 2006/ago. 2007. p. 132.

³⁹ SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 346-350.

⁴⁰ MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance*, Criminologia e Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 64.

⁴¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance* sob a perspectiva da criminalidade econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Compliance*: perspectivas e desafios do programa de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 170.

⁴² FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhoz; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 256.

organizacionais. Entretanto, na maioria das vezes, ainda assim, essas mostram-se insuficientes.

Outro fator a corroborar para que esta delinquência permaneça à margem da lei, versa na ausência de vítimas individualizadas, uma vez que para além de validar o processo justificante da conduta delitiva⁴³, este motivo contribui para que, por vezes, estes crimes não sejam investigados.

Além disso, noutras, os órgãos de persecução penal sequer chegam a tomar ciência das violações normativas, praticadas por anos a fio, isso em virtude de uma aparente licitude que lhes são conferidas, tornando-os invisíveis, principalmente, quando realizados no universo dos negócios. Dessa maneira, estes entraves conspiram a favor dos autores da criminalidade, assim, tornando a investigação e a persecução dos delitos econômicos uma árdua tarefa.

À vista disso, parte da criminalidade econômica é realizada a partir do especializado ambiente empresarial, de modo racional e organizado. O que, segundo a revisão literária de Bajo e Bacigalupo, propicia o fenómeno espiral da criminalidade. Este pelo qual, o empresário criminoso beneficia-se de condutas ilícitas, causando distorções no mercado, e, por conseguinte, auferindo maiores habilidades competitivas do que de seus concorrentes⁴⁴.

Neste ambiente, estes aderem à conduta socialmente desviante, com intuito de garantir competitividade, dessa forma, normalizando sua prática. Além disso, cada participante passa a ser o eixo de uma nova ressaca⁴⁵.

Verifica-se, portanto, a contribuição para a expansão do significado da expressão delinquência econômica, que outrora considerava o autor da conduta lesiva como pilar dos estudos, atualmente, concerne-se na forma de atuação e objetivo de seus atos, logo, referindo-se também aos crimes praticados no contexto empresarial, independentemente de ter sido praticado por membro da elite⁴⁶.

⁴³ Seja orientado pelo reconhecimento mental de que “todo mundo faz”, seja pela convicção de que é mero executor, fazendo-o em virtude do medo gerado pela relação hierárquica. SANCHEZ, Jesús Maria Silva. *Op cit.*, p. 234.

⁴⁴ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 32.

⁴⁶ MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. Corrupção pública pelos olhos da criminologia: dano social e violação dos direitos humanos. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 70, p. 133-174, 2018. p. 144.

À luz dessas peculiaridades, a circundar a criminalidade econômica – as quais contribuem para a impunidade dos criminosos⁴⁷ e para o descrédito das instituições - legisladores, juristas e acadêmicos, atentos à necessidade de modernização reclamada por esta delinquência, muito se tem dedicado na busca por encontrar meios satisfatórios e eficazes de detectar, dissuadir e reprimir esses delitos e seus impactos negativos na sociedade⁴⁸.

Gracia Martín observa que:

A modernização do direito penal é a luta para se integrar ao discurso criminoso sobre a criminalidade material das classes sociais poderosas que puderam até agora excluir do primeiro graças à sua posição de poder de disposição absoluta sobre o princípio da legalidade criminal desde sua invenção pela ideologia política iluminada da burguesia capitalista⁴⁹. (tradução nossa).

Não foram necessárias muitas reflexões para concluir acerca da ineficiência do modelo clássico de investigação e de persecução penal – voltados para a tutela de bens individuais⁵⁰; permeado por medidas marcadamente reativas baseadas na individualidade do autor do crime e, impróprio para a prevenção de fraudes econômicas e danos ao erário⁵¹ - como resposta aos conflitos atuais inerentes à criminalidade contemporânea⁵².

À vista disso, imperativa fez-se a promoção de mudanças nas políticas criminais empregadas pelo Estado no enfrentamento da criminalidade moderna em substituição aos insuficientes meios tradicionais.

Na busca por um aparato teórico capaz de alcançar respostas adequadas - orientadas por resultados úteis e produtivos - a partir de uma perspectiva mais utilitarista do Direito, restou identificada a necessidade de superação da mentalidade penal

⁴⁷ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3.

⁴⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance* sob a perspectiva da criminalidade econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios do programa de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 170

⁴⁹ Modernización del derecho penal es la lucha por integrar en el discurso penal a la criminalidad material de las clases sociales poderosas que estas mismas han podido excluir hasta ahora de aquél gracias a su posición de poder de disposición absoluto sobre el principio de legalidad penal desde su invención por el ideário político ilustrado de la burguesía capitalista. MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 167.

⁵⁰ TURESSI, Flávio Eduardo. **Justiça Penal Negociada e Criminalidade Macroeconômica Organizada: O papel da política criminal na construção da ciência global do Direito Penal**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 75.

⁵¹ MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. *Op. cit.*, p. 1176.

⁵² *Ibid.*, p. 1177.

fundamentada de modo exclusivo na punição de um sistema penal voltado à prevenção⁵³. Diante de sua maior aptidão para gerenciamento dos novos riscos da sociedade atual⁵⁴.

Lado outro, detectou-se que, para esses criminosos, o aspecto econômico mostra-se fundamental a ponto de configurar um de seus pontos de vulnerabilidade. Motivo pelo qual se reconheceu essencial intensificar os riscos da atividade criminosa, assim, reduzindo as oportunidades que a tornam favoráveis⁵⁵. De maneira a evitar a fruição do produto do crime por seus autores, tornando-a, por conseguinte, menos atrativa.

Assim, diante do desafio que se fez presente, medidas assecuratórias patrimoniais; sanções pecuniárias; confiscos de bens e outras penas restritivas de direito – em detrimento da improvável imposição de penas privativas de liberdade -ladeadas por ferramentas que promovam a própria alteração da mentalidade criminosa, passaram a ser privilegiadas. Igualmente, o reconhecimento da informação privada proporcionada pelo próprio infrator como incremento da atividade persecutória.

Sobre o descrito, as ferramentas negociais ao conflito⁵⁶ – entendidas como, em apertada síntese, uma avença estabelecida entre as partes para que, a partir da barganha, entabulem determinadas condições mais benéficas do que uma pena a serem cumpridas pelo investigado, assim, caracterizando uma alternativa a clássica solução penal, eminentemente retributiva⁵⁷ – surgem como uma alternativa capaz de iluminar e compor todas estas ideias.

Ao tempo em que potencializa a almejada função preventiva do direito penal contemporâneo com a participação do autor do fato delituoso na construção da solução do caso⁵⁸, viabiliza a responsabilização penal, muitas vezes blindada pelas estruturas empresariais. Proporcionada tanto pela assunção de culpa do autor do fato criminoso, tanto por seu auxílio na identificação dos coautores, e, ainda, pela obtenção de elementos de prova na detecção de outros ilícitos correlatos, outrora inalcançáveis.

Trata-se de estratégia político criminal, aparentemente, capaz de oferecer uma resposta adequada e tempestiva, a qual encontra guarida nas diretrizes colaborativas

⁵³ DOMINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Lima: Ara, 2010. p. 33.

⁵⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meireles *et al.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 309.

⁵⁵ MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. *Op. cit.*, p. 1202.

⁵⁶ Nas quais, no presente estudo incluem-se o processo colaborativo.

⁵⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 57-60.

⁵⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. *Op. cit.*, p. 33.

pregadas à nível internacional, presente na Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção⁵⁹, como também na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional⁶⁰.

No sentido dito, Bajo e Bacigalupo destacam com propriedade que:

Um acordo tempestivo e adequado reforça a ideia de credibilidade e efetividade do sistema, o que torna mais fácil o fortalecimento dos vínculos de confiança entre os cidadãos e o Estado, incentivando a busca de justiça, dentro da legalidade e do sistema penal. Não há incentivo maior para as pessoas que confiar no Estado e em suas normas do que uma atuação efetiva proporcional⁶¹.

⁵⁹ Artigo 37 - 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção. 5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas contra a corrupção**. [S. l.], 29 set. 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁶⁰ Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As ligações, incluindo à escala internacional, com outros grupos criminosos organizados; 3 iii) As infracções que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou dos produtos do crime. 2 -Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infracção prevista na presente Convenção. 3 -Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infracção prevista na presente Convenção. 4 -A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do artigo 24.º da presente Convenção. 5 -Quando uma das pessoas referidas no n.º 1 do presente artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos números 2 e 3 do presente artigo.

Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_nu_criminalidade_organizada_transnacional.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁶¹ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Op. cit.*, p.49.

Desde logo, observa-se que, mediante esse novo modelo inaugurado para o enfrentamento da criminalidade econômica, “a ideia não é que o modelo consensual afaste o conflitivo, mas que eles coexistam e se completem, propiciando resultados positivos a todos os interessados”⁶².

Noutro vértice, trata-se de estratégia de resolução de conflito que não surgiu aleatoriamente, mas cuja inspiração adveio a partir do próprio perfil do criminoso outrora descrito. A partir do qual, a teoria da escolha racional⁶³ tem um alto valor explicativo⁶⁴.

A teoria da racionalidade do agente parte da formulação do princípio da utilidade (bem-estar) de Benthan, pelo qual, em uma breve síntese, não condizente com a importância desses ensinamentos, pode-se entender que entre a dor e o prazer, os homens tentarão buscar, em todas as suas ações, a felicidade, afastando-se do sofrimento⁶⁵. Isto posto, partindo de um comportamento racional, o homem procurará otimizar sua utilidade, condicionada aos custos e benefícios obtidos na escolha realizada⁶⁶.

A partir desses enunciados e reportando-se ainda, aos ensinamentos de Gary Becker, disciplinados na obra *Crime and Punishment: na Economic Approach*, na qual o autor teoriza que o sujeito criminoso se comporta como um agente econômico racional, uma vez que realiza uma análise de custo-benefício. A decisão entre dedicar-se ao crime

⁶² Replica-se, aqui, a ideia de Flávio Andrade da Silva cuja análise da justiça negocial foi elaborada em sentido amplo, para toda e qualquer criminalidade. ANDRADE, Flávio da Silva. Op. cit., p. 57.

⁶³ “A teoria funda-se no pressuposto de que os agentes na prática desses crimes são atores racionais e têm conhecimento e capacidade para avaliar os custos e benefícios das atividades potencialmente criminosas que praticam segundo uma análise de risco e foi desenvolvida pela ciência jurídica e econômica. De acordo com os seus postulados, a teoria fornece o cálculo racional que indica ‘sanção ótima’ para a violação da norma que é escolhida segundo a probabilidade de uma ofensa a ser detectada e de o agressor ser condenado. Partir deste pressuposto significa que os potenciais agentes da prática dos crimes operacionam as alterações de severidade das penas, sendo, pois, plausível admitir que a prisão, a mais grave das penas do sistema punitivo, tem efeitos preventivos. Embora o modelo de ator racional seja contestado a partir de várias perspectivas, suscitando dúvidas e críticas, aponta-se à teoria valor explicativo para o âmbito da criminalidade econômica, desde logo enfatizando-se que os seus agentes, na prática de crimes, são orientados pelos benefícios que eles esperam retirar”. RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal econômico: uma política criminal na era compliance**. Coimbra: Almedina, 2019.

⁶⁴ MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance, Criminologia e Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas*. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 68.

⁶⁵ BENTHAN, Jeremy. **Na introduction to the principles of morals and legislation**. New York: Oxford University Press, 1970. p. 11.

⁶⁶ Contrapondo, Scandelari pontua que “os seres humanos não são perfeitamente racionais, de modo que não tomam decisões sempre de forma absolutamente reflexiva e não fazem cálculos preditivos sobre cada uma das ações ou omissões que realizam”. SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil**. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 141.

ou a qualquer outra atividade não é uma atitude despropositada, pois esta dependerá do retorno esperado de cada uma das atividades⁶⁷ e da atitude frente ao risco.

Esses elementos, consoante a literatura revisada, parecem assentar-se na criminalidade econômica, conquanto, observa Adán Nieto Martín, a aversão ao risco mostra-se menor quando a decisão é tomada no marco de um contexto organizacional. Diante disso, a conduta delitativa parece ser a racional frente ao risco os quais ela implica⁶⁸.

Como consequência aos preceitos mencionados, a ponderação dos custos e benefícios associados à infração poderá configurar na dissuasão de sua prática, caso as oportunidades sejam menores e as possibilidades de detecção e sancionamento maiores⁶⁹. Para além disso, Jacob Oberg pondera que, muito mais do que a severidade da pena, do ponto de vista de um ator racional o efeito preventivo advém da celeridade na sua aplicação⁷⁰.

Assim, partindo-se dessas premissas, a justiça negocial parece configurar uma alternativa capaz de se alinhar a essa perspectiva lógico-racional, a qual permeia a criminalidade⁷² descrita.

Dado que, o agente, guiado pela busca da máxima utilidade⁷³, estrategicamente, procederá a uma avaliação quanto à severidade das sanções, bem como o real risco de

⁶⁷ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. **In The Journal of Political Economy**, [S. l.], v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./abr. 1968.

⁶⁸ MARTÍN, Adán Nieto. **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 44.

⁶⁹ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco** (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 175-178.

⁷⁰ OBERG, Jacob. Is it 'essencial' to imprison insider dealers to enforce insider dealing laws? **Journal of Corporate Law Studies**, v. 14, n. 1, p. 111-138, abr. 2014.

⁷¹ Contraindo-se a teoria da escolha racional a esta criminalidade, Eugene Soltes observa que as decisões racionais são muito menos frequentes na prática do que se pensa. De modo que, a menos que haja uma razão específica para conter o processo de tomada de decisão, em regra, é a intuição que orienta as ações. A conclusão é baseada em uma pesquisa empírica, na qual, durante o período de sete anos, entrevistou cinquenta executivos autores de crimes de colarinho branco, segundo os quais, suas ações não foram motivadas porque acreditavam que não seriam descobertos ou punidos, tampouco, porque anteciparam racionalmente os riscos e vantagens das condutas criminosas praticadas. Na verdade, de acordo com resultado do ensaio eles agiram intuitivamente e sequer avaliaram as possíveis consequências de suas ações. SOLTES, Eugene. **Why They do it: inside the mind of de White-collar criminal**. New York: Public affairs, 2016. *E-book*.

⁷² MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. *Op. cit.*, p. 1198. No mesmo sentido: FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. *Op. cit.*, p. 257.

⁷³ MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance*, Criminologia e Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. *In*: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 68.

punição; e, em sede de processo colaborativo nos possíveis incentivos e custos por estes gerados⁷⁴ – em um impasse próprio da análise econômica do direito.

Ponderação esta que ganha ainda maior relevância em sede de delito econômico empresarial, no qual, por vezes, encontra-se em jogo a própria existência e sobrevivência corporativa⁷⁵. Aqui, imprescindível considerar todos os custos para além de uma defesa técnica, monetários ou não.

De modo que, caberá ao beneficiário do acordo considerar igualmente a oportunidade de diminuir as incertezas de uma condenação; evitar condutas oportunistas de corrêus, e, ainda, uma eventual solução sistêmica englobando a responsabilidade penal, civil e administrativa.

À vista disso, evidencia-se uma dinâmica utilitarista, a partir da qual, enquanto os ganhos com a barganha superarem os custos e as consequências de um processo judicial, o empresário delinquente será estimulado a celebrá-lo⁷⁶.

Contrapondo-se oportunos os contributos de Bernd Schünemann – crítico da justiça negocial – que, em que pese reconheça o mecanismo específico de eficácia do Direito Penal consiste em estabelecer dispêndios muito superiores aos benefícios do delito⁷⁷, destaca que em sede de infrações econômicas as supostas expensas já se encontram inseridas pelos criminosos nos custos do crime:

O criminoso do colarinho-branco está protegido, na maioria das vezes, por uma empresa econômica próspera e lucrativa, de forma que poderá esperar tranquilo, caso tenha que responder a um processo, pois os custos para ele na maioria dos casos serão muito mais baixos do que o benefício total de sua atividade criminosa⁷⁸. (tradução nossa)

Tiedemann, apesar de comungar do pensamento que o criminoso econômico, freqüentemente motivado de forma racional, pode ser intimidado por riscos criminais

⁷⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. cit.*, p. 32.

⁷⁵ Silva Sánchez, em sentido contrário, entende que justamente nos ambientes corporativos, a escolha racional resta afastada com maior facilidade, haja vista que as limitações cognitivas (e também emocionais) tendem a se multiplicar por fatores de coesão coletiva. De maneira que grupos de colaboradores ou de diretores podem vir a compartilhar os mesmos desvios cognitivos em escalas de grande variação qualitativa e quantitativa. SANCHEZ, Jesús Maria Silva; VARELLA, Lorena. Responsabilidades individuales em estruturas de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. *In: SANCHEZ, Jesús Maria Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (coord.). Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 266-267.

⁷⁶ MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. *Op. cit.*, p. 1198.

⁷⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 101.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 64.

mais do que outros criminosos⁷⁹, pontua que a eficácia intimidatória das penas pecuniárias para esses agentes é muito baixa. E, somente a certeza de uma persecução penal com condenação a pena privativa de liberdade de curta duração, e que não permita a suspensão condicional, constitui um meio eficaz para dissuasão dessa delinquência⁸⁰.

Sem embargo, a solução negocial não implica necessariamente em ausência do cumprimento de pena privativa de liberdade. Pois, a depender do aparato colaborativo celebrado, a pena prisional será cumprida. Ainda que o seja por um período inferior ao que seria em caso de uma condenação. Logo, seria inapropriado excluir de antemão sua capacidade dissuasória.

De outro lado, a literatura de Willian Laufer chama atenção para o *déficit* de demonstração empírica de que essas soluções desaguam em uma reabilitação e/ou intimidação da empresa e/ou de seu corpo diretivo⁸¹. Segundo o mesmo autor, pontua-se, ainda, se esta, eventualmente, não contribuiria para a disseminação de uma ideia de relativização do Estado para com esses crimes⁸².

À vista de ausência de unanimidade, partir-se-á do reconhecimento da justiça negocial como uma realidade posta ao enfrentamento dessa criminalidade. Principalmente, pela necessidade do abreviamento das respostas estatais à criminalidade moderna⁸³.

Em suma, não sem razão que: as soluções negociais expandiram-se para quase toda totalidade dos ordenamentos ocidentais – Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Itália, Alemanha e, inclusive, em solo brasileiro.

1.2 A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE

⁷⁹ Observação emanada por ele em 1972 durante um congresso de juristas alemães, consoante consignado por Sieber. SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* em el derecho penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (coord.). **El derecho penal económico em la era de la compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 97.

⁸⁰ TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal económico** (comunitario, español, alemán). Barcelona: Promociones y Publicaciones, 1993. p. 273-274.

⁸¹ LAUFER, William S. A very special regulatory milestone. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, v. 20, n. 2, p. 329-428, 2017. p. 392.

⁸² *Ibid.*, p. 392.

⁸³ Neste sentido Bernd Schünemann. SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240;

A partir do contexto introdutório descrito, evidencia-se essencial analisar como a matéria tem sido abordada no ordenamento jurídico que tem seduzido o Brasil⁸⁴, não só a aplicar o consensualismo e cooperação como estratégia para o enfrentamento dessa delinquência, como, principalmente, conexionado com o *criminal compliance*, qual seja, o norte-americano⁸⁵.

Sistema de tradição jurídica abrigado no *common law* – que, de longa data, aplica a disponibilidade do processo penal mediante resolução negocial de conflitos na esfera criminal⁸⁶. O qual, nos últimos anos, tem referenciado globalmente o consensualismo penal como método de *enforcement* no âmbito da delinquência econômica.

Nesse contexto, não se pretende apresentar por ocasião da pesquisa uma digressão histórica⁸⁷, mas, sim, uma visão geral do processo consensual estadunidense, onde o Estado tem optado, por vezes, diante de determinadas situações, por não processar criminalmente a pessoa física ou jurídica envolvida nessa criminalidade em troca de auxílio; multas; monitoramento e reabilitação corporativa.

Compreender o panorama da justiça consensual do paradigmático ordenamento incrementará o estudo e auxiliará a própria concepção e aperfeiçoamento do cenário nacional, de modo a possibilitar a superação de eventuais lacunas e objeções

⁸⁴ Para críticas à importação dos institutos norte-americano pelo direito brasileiro *vide* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Processo Penal e a americanização à brasileira: resistência. In: KHALED JR., Salah H. (coord.). **Sistema Penal e Poder Punitivo**: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

⁸⁵ Eduardo Saad-Diniz aponta para a ausência de dados empíricos a respeito da tradição jurídica norte-americana e suas influências na configuração global da criminalidade das organizações. Assevera que as investigações se limitam a análises descritivas dos instrumentos normativos. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance* sob a perspectiva da criminalidade econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios do programa de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 179.

⁸⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. *Op. cit.*, p. 25.

⁸⁷ Para tanto, *Vide* George Fischer, em sua obra “Plea Bargaining’s Triumph” na qual esclarece como as sementes do sistema de negociação de pena foram plantadas, como cresceram e como culminaram no atual regime coercitivo norte-americano de procedimentos de confissão de culpa. FISHER, George. **Plea Bargaining’s Triumph**: A History of Plea Bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003.

diagnosticadas naquele⁸⁸. Sobre estas, desde logo, tem-se que, por si só, não implicam necessariamente na invalidação da estratégia no ordenamento brasileiro⁸⁹.

Aliás, tanto as lacunas quanto as objeções iluminam uma releitura compatibilizada com o sistema jurídico nacional, guardando estrita observância aos direitos e garantias constitucionais⁹⁰. De modo que o consenso e os instrumentos colaborativos, “não correspondam à uma redução do processo penal brasileiro ao paradigma atuarial, de gestão de riscos, eficientista ou de práticas de neutralização ou outros hábitos jurídicos existentes nos EUA”⁹¹.

Evidencia-se importante registrar que, em que pese diversos instrumentos de matriz negocial (se façam presente nos Estados Unidos⁹²), interessam para a presente dissertação aqueles inspirados, sobretudo, no contexto do FCPA⁹³ – (*Foreign Corrupt*

⁸⁸ Eduardo Saad- Diniz chama atenção para o fato de que “pouco se conhece a respeito da tradição jurídica norte-americana e suas influências na configuração global da criminalidade das organizações. Até mesmo estudos de priorização político-criminal são desconhecidos, limitando-se a investigação em ciências criminais, no mais das vezes, a análise descritiva dos instrumentos normativos”. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance* sob a perspectiva da criminalidade econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Compliance: perspectivas e desafios do programa de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 179.

⁸⁹ Sobre o tema Suxberger e Gomes Filho destacam que no ordenamento jurídico pátrio inexistem amplos espaços de conveniência e oportunidade ao Ministério Público, tal qual ocorre nos Estados Unidos, o que por si só, segundo os autores, nos diferencia do modelo estadunidense, marcado por ampla discricionariedade do órgão acusador, tornando descabidas a mera reprodução no Brasil de inúmeras críticas feitas a aquele sistema de barganha, notadamente no que concerne ao grau de coercibilidade das propostas. SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 376-394, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4097>. Acesso em: 09 fev. 2022. p. 390.

⁹⁰ VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Op. cit., p. 170-171.

⁹¹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias Gomes. Op. cit., p. 391-392.

⁹² Em apertada síntese, tem-se que os instrumentos negociais tradicionalmente conhecidos norte-americanos são: o *plea bargaining*, consiste em “negociação praticada entre acusação e defesa cujo objeto integra recíprocas concessões e na qual, em qualquer caso, o acordo contemplará a declaração de culpa do acusado”; o *nolo contendere* - ferramenta de solução negocial, pela qual, o beneficiado mediante autorização do Tribunal e anuência do órgão de persecução penal, opta por não contestar a prática delitiva, não reconhecer formalmente sua culpa, e ainda, a receber pena desde logo; o *approvalment* - meio pelo qual as autoridades negociam com o acusado sua impunidade em troca de um testemunho contra um corréu; e o *compounding*, ocorre quando o titular da ação penal privada renuncia à persecução penal em troca de um montante em dinheiro. ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negocial nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007. p. 13-19. No mesmo sentido DIEZ, Luis Alfredo de Diego. **Justicia Criminal Consensuada** (Algunos modelos del derecho comparado en los E.E.U.U., Italia y Portugal). Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 40. E ainda, BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 27.

⁹³ Lei de Práticas de Corrupção no Exterior, que contém disposições antissuborno e contábeis. Aplica-se a todas as pessoas jurídicas norte-americanas e a certos emissores estrangeiros de títulos, e ainda, a empresas e pessoas estrangeiras que, enquanto no território dos Estados Unidos, praticam atos em prol de um pagamento corrupto. Sua edição ocorreu após o conhecido escândalo de Watergate, em que mais de quatrocentas empresas norte-americanas admitiram pagamentos indevidos a funcionários público

Practice Act)⁹⁴, previstos em memorandos elaborados pelo Departamento de Justiça Norte-americano (DOJ) e que, atualmente, integram o U. S. Attorneys' Manual⁹⁵ – arcabouço normativo que condensa os princípios orientativos da atuação dos membros do DOJ na investigação, na acusação e na negociação de uma medida alternativa ao processo – não limitadas às violações do FCPA. Dentre os quais, mais especificamente os seguintes acordos: de colaboração, de confissão e de não persecução penal, o NPA (*Non Prosecution Agreement*) e no DPA (*Deferred Prosecutin Agreement*), pelos quais, as partes referenciadas em um processo negocial buscam um equilíbrio entre o pressuposto punitivo, o ressarcimento dos danos e, em sendo o autor da conduta, contrária à norma uma empresa, a manutenção da atividade⁹⁶.

Aqui, consigna-se, desde logo, que apesar do marco inicial desse modo de resolução negociada de conflitos ser descrito por muitos como sendo da década de 90⁹⁷, e, tendo como o mais famoso⁹⁸ acordo daquele período o DPA (*Deferred Prosecutin Agreement*), celebrado entre o Departamento de Justiça Norte-Americano e a empresa Prudential - por marketing fraudulento de um fundo de petróleo e gás para milhares de investidores, fazendo-os crer que estavam recebendo renda das sociedades, quando, estavam apenas recebendo de volta seu próprio investimento original⁹⁹ – sua aplicação efetiva não data desse período.

Os acordos de não persecução penal, principalmente aqueles envolvendo a criminalidade econômica corporativa, passaram a fazer parte da agenda do DOJ, a partir

estrangeiros. CARDOSO, Débora Motta. **A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

⁹⁴ UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Foreign Corrupt Practices Act**. 03 fev. 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁹⁵ UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Justice Manual: Title 9, Section 9-27.000 - Principles Of Federal Prosecution**. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution>. Acesso em: 07 jun. 2021.

⁹⁶ GOMES, Marlos Corrêa da Costa. Acordos de não persecução penal por infrações econômicas: análise do modelo consensual dos Estados Unidos. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.). **Estudos de Compliance Criminal**. Porto Alegre: Fi, 2020. p. 49-75.

⁹⁷ ARLEN, Jennifer; KAHAN, Marcel. Corporate governance regulation through non prosecution. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 84, n. 1, p. 323-387, 2017.

⁹⁸ Antes, há menções históricas a respeito do acordo celebrado com a Armor of America em dezembro de 1993. MCCONELL, Ryan D.; MARTIN, Jay; SIMON, Charlotte. Plan now or pay later: the role of *compliance* in criminal cases. **Houston Journal of Internacional Law**, [S. l.], v. 33, 2011.

⁹⁹ CORPORATE PROSECUTION REGISTRY. [20--]. Disponível em: <https://globalinvestigationsreview.com/guide/the-guide-monitorships/second-edition/article/introduction>. Acesso em: 04 abr. 2021.

dos anos 2000. Até então, por muitos anos, o Departamento de Justiça vivenciou o dilema entre processar os indivíduos ou as pessoas jurídicas envolvidas na prática delitiva, ou ainda, simplesmente arquivar¹⁰⁰.

A celeuma residia, consoante a literatura revisada, não só nos custos inerentes a um contencioso nos EUA, mas, principalmente, nas consequências advindas das iniciativas de *enforcement*¹⁰¹ e dos efeitos colaterais de uma condenação – tais como: o abalo reputacional; perda de valor de mercado; custo inerentes à reabilitação dos danos à imagem; exclusão de compras governamentais e dos contratos públicos; suspensão dos direitos ao exercício da atividade profissional, entre outros – os quais poderiam gerar danos irreparáveis não só às empresas, como também às vítimas, aos consumidores, aos funcionários e aos investidores inocentes¹⁰².

Preocupação essa que, segundo a procuradora dos Estados Unidos, em Manhattan, Mary Jo White fez-se presente em 1994, pois o medo de que a acusação pudesse tirar os 18.000 funcionários da empresa dos postos de trabalho e prejudicar ainda mais os investidores mostrou-se um fator considerado na celebração do processo adiado com a Prudential¹⁰³. A qual restou confirmada em 2002, com um dos casos mais emblemáticos já presenciados pelo direito norte-americano, o caso Enron e Arthur Andersen¹⁰⁴.

Naquele período, a Enron foi acusada pelo DOJ de fraudes multimilionárias e violações do FCPA. Ocorre que, ladeada à empresa do setor energético, encontrava-se a empresa de auditoria Arthur Andersen, acusada pelo DOJ por fraude contábil e obstrução à justiça, após a descoberta de evidências de que teria destruído provas relacionadas ao caso Enron. Ofertado um acordo pelo DOJ, a empresa de auditoria recusou-se,

¹⁰⁰ KOEHLER, Mike. Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. **U.C. Davis Law Review**, [S. l.], v. 49, n. 2, p. 497-565, dez. 2015. p. 497.

¹⁰¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance* sob a perspectiva da criminalidade econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios do programa de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 187.

¹⁰² CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargaining: resolução penal pactuada nos Estados Unidos**. 1 ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 95.

¹⁰³ PALTROW, Soct J. Prudential Firm Agrees to Strict Fraud Settlement. **Los Angeles Time**, New York, 28 out. 1994. Disponível em: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1994-10-28-mn-55889-story.html>. Acesso em: 23 abr. 2021.

¹⁰⁴ UNITED STATES. United States Court of Appeals, Seventh Circuit. **Roquet v. Arthur Andersen LLP**. 09 fev. 2005. Disponível em: <https://casetext.com/case/roquet-v-arthur-andersen-llp-2>. Acesso em: 30 abr. 2021.

principalmente, por considerar as condições exigidas na cooperação excessivamente onerosas¹⁰⁵.

Inobstante, em 2005, a Arthur Andersen ter sido absolvida pela Suprema Corte Norte-americana, em primeira instância fora condenada por um júri no Texas, tendo sido fixada por ocasião da sentença, dentre outras sanções, a cassação da licença para prestação de serviço de consultoria e auditoria de empresas listadas no mercado de capitais. Como consequência dessa decisão, vinte e oito mil profissionais foram demitidos e um pedido de recuperação judicial restou apresentado.

Situação essa que ensejou em intensos debates e severas críticas aos membros do DOJ. Críticas essas, responsáveis por reflexões sobre o modo de atuação na persecução da prática delitiva, especialmente em sede de crimes econômicos empresariais.

À vista para as maledicências deferidas ao DOJ, oportuna a observação proferida por John Coffee, entusiasta dos processos adiados em geral, para quem “não foram os membros do DOJ que mataram Andersen. Andersen, com suas condutas, que se matou”¹⁰⁶ (tradução nossa).

Após o colapso da empresa Arthur Andersen (diante das inúmeras dificuldades inerentes à persecução penal da criminalidade econômica outrora elencadas, como também aliada para a reconhecida necessidade de preservação da viabilidade comercial e financeira empresarial¹⁰⁷) e, frente a todos esses desafios, o DOJ reconheceu – a partir dos acordos – uma ferramenta notoriamente eficaz para promover o *enforcement*. Isto é, para a aplicação concreta da lei no âmbito da criminalidade econômica.

De modo que os promotores adaptaram as medidas de punição e remediação com mais precisão para satisfazer os princípios da acusação. Conjugando, dessa forma, a concretização do sistema de justiça estadunidense com a manutenção da saúde corporativa¹⁰⁸.

¹⁰⁵ SPIVACK, Peter; RAMAN, Sujit. Regulating the 'New Regulators': Current Trends in Deferred Prosecution Agreements. **American Criminal Law Review**, [S. l.], v. 45, n. 2, p. 159-193, 2008. p. 165. E ainda em: WILKINSON, Beth A.; OH, Alex Young K. The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective. **New York State Bar Association Inside**, v. 27, n. 2, p. 8-11, 2009. p. 9.

¹⁰⁶ CORPORATE CRIME REPORTER. **Professor Coffee**: Andersen committed suicide, not murdered by prosecutors. 19 Corporate Crime Reporter, 24 de agosto de 2005. Disponível em <https://www.corporatecrimereporter.com/coffee082405.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021.

¹⁰⁷ CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 145.

¹⁰⁸ BU, Qungxiu. The Viability of Deferred Prosecution Agreements (DPAs) In The UK: The Impact on Global Anti-Bribery *Compliance*. **European Business Organization Law Review**, [S. l.], v. 22, n. 1, mar. 2021. p. 173-201.

Fator responsável pela migração de uma postura adversarial e repressora para uma perspectiva mais colaborativa, com funções de produção probatória em prol da acusação, pautada no interesse público e na obtenção de eventuais benefícios previstos em lei¹⁰⁹. Apta a possibilitar, concomitantemente, interromper o ato criminoso, assim como responsabilizar seu autor, de forma a garantir as recuperações financeiras substanciais, e, ainda, no caso de delitos econômicos empresariais, a recuperação e a viabilidade empresarial¹¹⁰.

Aliado ao fato de propiciar uma alavancagem investigativa, uma vez que a cooperação do autor da conduta desviante possibilitará ao órgão de persecução penal construir um caso fundamentado em elementos probatórios sólidos em relação aos eventuais coautores e/ou autores de delitos conexos. E, por conseguinte, tornará possível a obtenção provas dos ilícitos a um custo reduzido, produzida pela própria empresa e sem as usuais travas¹¹¹.

Assim, em 2003, editou-se o memorando Thompson, denominado “*Principles Federal Prosecution of Business Organizations*”¹¹²¹¹³, cuja principal orientação, em complementariedade à análise de conveniência e oportunidade na tomada de decisão quanto ao ajuizamento de uma ação penal em face da pessoa jurídica disciplinadas no Memorando Holder¹¹⁴, consistia nas diretrizes a serem consideradas no processo colaborativo empresarial durante as investigações; critérios para aferição de efetividade dos programas de *compliance* a serem considerados para uma eventual redução de multas, bem como para negociar um acordo com as autoridades¹¹⁵.

¹⁰⁹ SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 10.

¹¹⁰ CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 95.

¹¹¹ FORD, Cristie L.; HESS, David. Can Corporate Monitorships Improve Corporate *Compliance*? **Journal of Corporation Law**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 679-737, 2009. p. 680-681.

¹¹² SPIVACK, Peter; RAMAN, Sujit. Op. cit., p. 165

¹¹³ UNITED STATES. **The Thompson Memorandum’s effect on the right to counsel in corporate investigations**. 12 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-109shrg34117/html/CHRG-109shrg34117.htm>. Acesso em: 07 jun. 2021.

¹¹⁴ As diretrizes iniciais foram estabelecidas no Memorando Holder emitido em 1999, designado “Federal Prosecution of Corporations”, que está na origem dos princípios do DOJ. UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Department Policy on Charging and Sentencing**. Attorney General: Washinton, 19 maio 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/holder-memo-charging-sentencing.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

¹¹⁵ Nos Estados Unidos da América, o Departamento de Justiça desde 1999, publica memorandos estabelecendo diretrizes a serem seguidas pelos promotores federais ao decidirem se devem ou não

Doravante, ao longo dos anos, diversos outros memorandos foram editados pelo DOJ, no sentido de estabelecer parâmetros às práticas preventivas e repressivas à criminalidade econômica. Destarte, incluindo a definição de fatores a serem considerados ao ser oferecido um acordo, dentre as quais: disposição e o valor da cooperação; participação da pessoa em relação ao delito ou delitos que estão sendo investigados ou processados; importância relativa ou não do caso contemplado; reparação do dano; voluntariedade na autodenúncia; existência e eficácia pré-existentes frente às ações corretivas da corporação; os esforços para implementar um programa eficaz de conformidade corporativa ou para melhorar um já existente; entre outros¹¹⁶.

Entretanto, foi a partir dos anos 2000 que os acordos de consensualidade, como estratégia de enfrentamento da criminalidade econômica começaram a multiplicar-se nos Estados Unidos (EUA)¹¹⁷, em complementariedade aos tradicionais *plea bargainings*¹¹⁸.

Uma dessas formas alternativas ao processo criminal tradicional é o *cooperation agrément* (acordo de colaboração), importante instrumento destinado principalmente à criminalidade de difícil elucidação, pois, ao tempo que o acusado se declara culpado, este concorda em cooperar com a promotoria na investigação.

A cooperação mencionada realiza-se das mais diversas formas, a saber: identificando demais autores; propiciando o desmantelamento do grupo delitivo; entregando material probatório, entre outros. De modo que o benefício a ser concedido dependerá da extensão e da importância da colaboração, e, portanto, este poderá ser realizado desde a mitigação da imputação até o compromisso da promotoria em peticionar em favor do acusado¹¹⁹.

O *plea agréments* (acordo de confissão) por sua vez, consiste em um instrumento negocial pelo qual a pessoa jurídica reconhece a culpa pelo fato delitivo praticado em troca de algumas condições, de modo a evitar os custos de um processo judicial e a redução de incertezas¹²⁰.

propor ações penais em face das pessoas jurídicas. O'SULLIVAN, Julie R. **Federal white collar crime: cases and materials**, 4th ed. New York: West Group, 2019. p. 192-194.

¹¹⁶ WILKINSON, Beth A.; OH, Alex Young K. Op. cit., p. 8.

¹¹⁷ GIUDICE, Lauren. Regulating corruption: analyzing uncertainty in current Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. **Boston University Law Review**, [S. l.], v. 91, p. 347-378, 2011. p. 347.

¹¹⁸ GOMES, Marlos Corrêa da Costa. Op. cit.

¹¹⁹ CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 94.

¹²⁰ ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A. The evolution of corporate criminal settlements: an empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution, and plea agreements. **American Criminal Law Review**, [S. l.], n. 52, p. 537-593, 2015. p. 544.

Para além desses, o NPA (*Non-Prosecution Agreement*) e o DPA (*Deferred Prosecution Agreement*) merecem destaque, dado que se referem a acordos de não persecução penal¹²¹, descritos como aqueles: “que inclusive podem resultar dos anteriores, pelos quais posterga-se ou suspende-se o processo judicial mediante o cumprimento de certas condições pelo beneficiado”¹²². Dessa forma, evitando-se, com isso, nos casos federais, o *indictment* pelo Grande Júri¹²³.

Ao celebrar um NPA (*Non-Prosecution Agreement*), o estado americano opta por não processar o autor do fato criminoso em troca de uma extraordinária colaboração, impossível de ser obtida de outra maneira¹²⁴, e que cumpra determinadas condições a serem estabelecidas por ocasião da barganha¹²⁵. Trata-se de avença a qual não implica em renúncia ao processo judicial pelo DOJ, de modo que, em caso de descumprimento, aquele fica preservado.

No DPA- *Deferred Prosecution Agreement*, por sua vez, as autoridades ajuízam medida contra o acusado¹²⁶, entretanto, solicitam imediatamente que a ação penal seja sobrestada¹²⁷. Dessa forma, tem-se por objetivo que o infrator cesse o comportamento ilícito; reconheça os atos praticados e concorde em auxiliar o DOJ.

Referente ao descrito, na maioria das vezes, exige-se o pagamento de multa¹²⁸. E, em sendo o autor delitivo um ente empresarial, para além dessas condições, faz-se

¹²¹ UNITED STATES. The United States Department of Justice. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 14 nov. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

¹²² CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 94. No mesmo sentido: SPIVACK, Peter; RAMAN, Sujit. Op. cit.

¹²³ A respeito do indictment *Vide* ISRAEL, Jerold H. *et al.* **Criminal Procedure and the Constitution 2012**: Leading Supreme Court Cases and Introductory Text. [S. l.]: West Academic, 2012. p. 820.

¹²⁴ CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 94.

¹²⁵ UNITED STATES. The United States Department of Justice. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2 ed. jul. 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹²⁶ Pode ser utilizado em benefício de pessoa física, mas sobretudo nos corporate criminal cases – delitos praticados por pessoas jurídicas. CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 94.

¹²⁷ UNITED STATES. The United States Department of Justice. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2 ed. jul. 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acesso em: 19 abr. 2021. p. 74.

¹²⁸ UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Foreign Corrupt Practices Act**. 03 fev. 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 11 abr. 2021.

necessário o comprometimento corporativo em promover uma mudança na forma como conduz seus negócios¹²⁹¹³⁰.

Cumpridas as obrigações pactuadas no prazo avençado, as autoridades de persecução retiram a acusação. Tal qual o NPA, não há que se falar em condenação, razão pela qual não gera reincidência. Contudo, caso o acusado descumpra com os termos do DPA, a promotoria tem a opção de prosseguir com o processo criminal o qual fora suspenso. Em tais casos, a admissão da culpa proferida quando da realização do DPA permitirá encerrar o processo criminal de forma antecipada¹³¹.

O universo de condições a serem clausuladas nos mecanismos alternativos de resolução consensual do conflito podem consistir no pagamento de multa, bem como na reparação do dano, na colaboração com o governo e na admissão de fatos relevantes. Em sendo o beneficiado uma pessoa jurídica – situação mais frequente em sede de NPA e DPA – pode ensejar na renúncia ao estatuto de limitações. Além, principalmente, do que interessa para a presente pesquisa, pode ensejar no desenvolvimento de uma política de remediação interna mediante a superação da deficiência moral de seus agentes, através de implementação ou aperfeiçoamento de programas de *compliance*¹³².

Portanto, a partir de “uma progressiva tomada de consciência de que litígios e sanções poderiam ser evitados”¹³³ e, diante do reconhecimento da possibilidade do aprimoramento da prevenção corporativa a partir de modelos de regulação responsiva¹³⁴¹³⁵, o Estado força o cumprimento de determinados padrões de

¹²⁹ KURKOWSKI, André; PRASERES, Julio Mariano Fernandes. **Lei Anticorrupção e FCPA, Comparativo de Efetividade**. Orlando: Ambra University Press, 2020. p. 47.

¹³⁰ Em que pese ad initio seu foco principal não eram as empresas, a partir do caso Arthur Andersen houve uma proliferação dos DPA nos Estados Unidos. Sobre o tema, SPIVACK e RAMAN observam que entre os anos de 2002 e 2005, o DOJ realizou duas vezes mais acordos dessa natureza com as empresas, do que nos dez anos seguintes juntos, sendo considerados standard das investigações criminais contra corporações. SPIVACK, Peter; RAMAN, Sujit. Op. cit.

¹³¹ CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 94-96.

¹³² KURKOWSKI, André; PRASERES, Julio Mariano Fernandes. Op. cit., p. 48.

¹³³ MENDES, Paulo de Sousa. Op. cit., p. 14-15.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 14.

¹³⁵ A atuação responsiva consiste numa ideia desenvolvida por Ian Ares e Braithwaite e se refere a regulação baseada em escalonamento de condutas e formas correlatas a autorregulação regulada. Para tanto, *Vide*: AIRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation**: transcending the regulation debate. New York: Oxford Press, 1992. p. 101 e ss.

comportamento e reforça as técnicas de controle¹³⁶, no intuito de garantir o *law enforcement* a partir de uma postura colaborativa.

Para tanto, nessas hipóteses, responsabiliza-se o ente corporativo pelo planejamento de um programa que esteja de acordo com os critérios estabelecidos no *Manual de Sentencing Commision* (parágrafo 8B2.1)¹³⁷ e de um cronograma de implementação.

Mais recentemente, como um dos pilares da política corporativa de fiscalização¹³⁸, incluiu-se, também, dentre as condições avançadas, a possibilidade de ser previsto um monitor responsável pelo acompanhamento e avaliação quanto ao cumprimento do pacto¹³⁹. Aquele, definido pelo DOJ como: “um terceiro independente que avalia e monitora a adesão de uma empresa ao requisito de conformidade de um acordo. Projetado para reduzir o risco de reincidência da má conduta empresarial¹⁴⁰”, assim como para evitar que postergue decisões referentes às denúncias de irregularidades em seu ambiente corporativo que lhe forem reportadas.

Observa-se que as condições passíveis de serem clausuladas pelos membros do DOJ alinham-se junto as estratégias contemporâneas, mediante a regulação jurídica de uma retórica preventiva e colaborativa. Materializada no incentivo de novas práticas empresariais¹⁴¹, por meio da implementação de medidas de autocontrole efetivas, aliadas às reformas corporativas substanciais, objetivando reduzir a probabilidade de reincidência.

¹³⁶ SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 5.

¹³⁷ UNITED STATES. United States Sentencing Commission. **Guidelines Manual**: §8B2.1 - Effective *Compliance* and Ethics Program. 01 nov. 1987. Disponível em: <https://guidelines.uscourts.gov/guidelines/8B2.1>. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹³⁸ WERNICK, Ephraim *et al.* Monitoring Corporate Monitors: DOJ Publishes List of *Compliance* Monitors, Improving Transparency and Accountability in the Monitorship Program. **Vinson & Elkins**, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.velaw.com/insights/monitoring-corporate-monitors-doj-publishes-list-of-compliance-monitors-improving-transparency-and-accountability-in-the-monitorship-program/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

¹³⁹ CARLI, Carla Veríssimo de. **Anticorrupção e compliance**: a incapacidade da Lei n. 12846/13 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de *compliance*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 160.

¹⁴⁰ UNITED STATES. The United States Department of Justice. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 14 nov. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

¹⁴¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 321.

Ao tempo em que comunica o reconhecimento pelo DOJ da influência do ambiente corporativo no padrão da conduta empresarial, sendo perceptível que este (preocupado em relação ao fato de como essas empresas operam atualmente e em como irão operar no futuro¹⁴²) tem direcionado esforços para a promoção da adequação dos sistemas de conformidade, considerando-o como fator na celebração do acordo ou como condição nele estabelecido¹⁴³.

De maneira que, atualmente, nos EUA:

[...] implementar e manter um programa de integridade de última geração não apenas ajuda a empresa a prevenir e detectar irregularidades criminais, mas também a posiciona melhor nas negociações como DOJ¹⁴⁴.

Sendo que essa alteração de perspectiva com ênfase na cooperação e na reabilitação corporativa, mediante implementação ou aperfeiçoamento dos programas de *compliance*, “impactaram significativamente o destino das empresas envolvidas em ilícitos, e ainda, promoveram aquele a um importante capítulo não só da justiça negocial norte-americana”¹⁴⁵, como também de todo o mundo.

1.3 CRÍTICAS E CONTROVÉRSIAS AOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS EUA

Nos últimos anos, a expansão dessas ferramentas alternativas ao processo penal em resposta aos crimes econômicos empresariais foi responsável - apenas no âmbito do FCPA -, pela recuperação de mais de treze bilhões de dólares aos cofres públicos estrangeiros; celebração de 125 acordos entre o DOJ e os entes corporativos; promoção de 43% de autodenúncias empresariais, e ainda, pela formalização de 74% de acordos nos delitos econômicos com atribuição de responsabilidade a pessoas físicas¹⁴⁶. Números

¹⁴² HENNING, Peter J. Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation. **American Criminal Law Review**, [S. l.], v. 46, p. 1417-1436, 2009. p. 315.

¹⁴³ WILKINSON, Beth A.; OH, Alex Young K. Op. cit., p. 9.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴⁵ LEITE FILHO, José Raimundo. **Corrupção Internacional, criminal compliance e investigações internas**: Limites à produção e valoração dos interrogatórios de empregados suspeitos realizados em investigações empresariais no âmbito da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013). 2017. 240 f. Dissertação (Mestrado em ciências jurídico-criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. p. 28.

¹⁴⁶ STANFORD LAW SCHOOL. **Key Statistics from 1977 to Present**. [20--]. Disponível em: <https://fcpa.stanford.edu/statistics-keys.html>. Acesso em: 28 abr. 2021.

estes os quais, muito provavelmente, justificaram a importação desse sistema de solução de conflito pelo Brasil.

Embora os resultados supracitados mostrem-se expressivos e, *a priori*, reflitam a efetividade e o sucesso da justiça negocial para o enfrentamento da delinquência econômica, estes não se revelam suficientes para isentá-la de críticas¹⁴⁷, as quais não servem para desacreditar o sistema como um todo. Em que pese, não caiba no presente uma análise detalhada destas e, tampouco, convém refutá-las, posto isto, reconhece-se a essencialidade de apresentação de uma visão geral para a compreensão da fotografia atual.

É fato que muitas das objeções apresentadas pela doutrina assemelham-se àquelas que há anos recaem sob o sistema do *plea bargaining*. A despontar pelas frequentes alegações de desvirtuamento ao processo penal, ante à ofensa envolvendo as garantias e os direitos constitucionais, principalmente em relação aos direitos à não autoincriminação, ao contraditório e ampla defesa¹⁴⁸. Outro ponto sensível e de objeção frequente diz respeito ao caráter extremamente utilitarista, supostamente evidenciado na busca pela solução do conflito a qualquer preço¹⁴⁹.

Outras recaem na inexistência de genuína voluntariedade por parte do beneficiado¹⁵⁰, pois, ou este aceita o acordo ou corre o risco de uma pena mais gravosa, ou ainda, a morte corporativa no caso de o autor da conduta contrária à norma ser um ente empresarial. Pressão essa intolerável em um Estado de Direito, segundo o jurista alemão Schünemann¹⁵¹¹⁵².

¹⁴⁷ SCHÜNEMANN Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. *In*: GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240-241.

¹⁴⁸ BISHOP, Keith Paul. The McNulty Memo-Continuing the Disappointment. **Chapman Law Rew**, [S. l.], v. 10, n. 3, p. 729-744, 2007.

¹⁴⁹ ALENCAR, Paulo Wunder de. **Justiça Penal Negociada: O processo penal pelas partes**. 2016. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

¹⁵⁰ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. *In*: DELMAS-MARTY, Mireilli (org.). **Processos Penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 271-273.

¹⁵¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., 2013, p. 253. No mesmo sentido FISHER, George. Op. cit., Press, 2003.

¹⁵² ARLEM, Jennifer H. Prosecuting beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements. **Journal of Legal Analysis**, v. 8, n. 1, p. 191-234, 2016. p. 221.

Ademais, a cooperação prevista inicialmente “tem sido sistematicamente substituída por técnicas coercitivas, desnaturando o que em tese se consubstancia uma regulação responsiva”¹⁵³.

A reboque, sustenta-se a violação do princípio de separação de poderes, uma vez que os acordos transformam os procuradores em juízes¹⁵⁴, assim, diminuindo sensivelmente os poderes destes. Especialmente, naqueles casos em que independem de homologação judicial, tal qual, o NPA (sendo que não se pode esquecer que o DOJ não justifica os motivos pelos quais ensejaram na escolha entre celebrar um NPA ou um DPA¹⁵⁵).

Noutro vértice, pontua-se a ausência de posições de igualdade à mesa de negociação, em virtude da arbitrariedade e desigualdade dos negociantes, principalmente por parte do membro do Ministério Público, o qual valendo-se de seus poderes na condução da persecução penal, muitas vezes, limita o acesso da defesa às provas. Noutras, afirma que tem mais elementos de provas do que efetivamente tem (*bluffing*)¹⁵⁶; imputa mais condutas delitivas do que apresentam as provas (*overcharging*)¹⁵⁷, ou ainda, atemoriza o réu com pena superior a abstratamente cominada (*overrecomendation*).

Neste ponto, aduz-se que ao Ministério Público são conferidos excessivos poderes, “estando estruturado para induzir ou forçar a declaração de culpa, daí porque tem que ser aprimorado para evitar abusos e arbitrariedades”¹⁵⁸.

As objeções não param por aí, uma vez que para além dessas interpela-se o fato de como essa estratégia não traduz um modismo retribucionista¹⁵⁹, cujo objetivo é a punição rigorosa das empresas e de seus gestores. Em contrapartida, questiona-se se não haveria uma excessiva preocupação salvacionista com os entes corporativos. Ou ainda,

¹⁵³ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance* sob a perspectiva da criminalidade econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Compliance: perspectivas e desafios do programa de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 188.

¹⁵⁴ ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A. *Op. cit.*, p. 538.

¹⁵⁵ ORLAND, Leonard. The Transformation os Corporate Criminal Law. *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 45-85, 2006. p. 76.

¹⁵⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal À luz da Lei 13964/2019*. Salvador: JusPodivm, 2020.

¹⁵⁷ A qual pode ser vertical -mediante uma acusação mais graves do que o conteúdo dos autos autorizam; ou horizontal, na qual, imputam-se fatos adicionais em relação aos quais não defluem os elementos de informação. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Op. cit.*, p. 118.

¹⁵⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁹ GOMES, Marlos Corrêa da Costa. *Op. cit.*

se não estar-se-ia privilegiando criminosos ricos e poderosos com medidas alternativas à prisão, enquanto os criminosos mais humildes ficariam reservados àquela¹⁶⁰.

O que, por conseguinte, desagua em inquietações a respeito de que: se eventualmente essas empresas não seriam grandes e influentes demais para serem condenadas (*too big to jail*), a ponto de justificar a celebração de acordos, ainda que vultuosos. Incurrendo em uma verdadeira mercantilização do processo penal.

A par disso, restou pontuado por Jesse Eisinger que os:

DPAs e outros acordos são um problema. Eles substituíram a aparência de responsabilidade [*accountability*] pela responsabilidade real. As empresas pagam os valores estipulados nos acordos e não há outras consequências significativas. Para elas é um custo de se fazer negócios. E os acordos não impedem crimes corporativos. Sabemos disso porque vemos corporações reincidentes que fazem vários acordos e continuam a infringir a lei e os regulamentos¹⁶¹.

E dentre outras ponderações, o autor sugere o retorno do foco do seguinte modo: “nos processos contra os indivíduos principais responsáveis pelos crimes pessoas do alto nível na estrutura empresarial. Não como uma medida coadjuvante, mas como missão fundamental do trabalho¹⁶²”.

À visto disso, chega-se a afirmar que os acordos representam uma vitória para as grandes corporações que, durante décadas, têm buscado enfraquecer ou eliminar a responsabilidade criminal corporativa¹⁶³.

Evento este a justificar, inclusive, o crescente número de autodenúncias, pois, objetivando eximirem-se da responsabilidade, e sob o pretexto de auxiliar o órgão de persecução penal, as empresas procuram-no, bem como compartilham material probatório de modo a imputar a autoria aos seus funcionários.

Neste aspecto, a literatura de Laufer chama atenção para uma transferência quase que integral da iniciativa privada de um ônus estatal, a saber: o investigativo, assim, livrando-o, por conseguinte, dos custos e riscos da persecução penal¹⁶⁴.

¹⁶⁰ JACOBS, Brian. Non-Prosecution Agreements: Reserved for VIPs? **Forbes**, 09 fev. 2016. Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/insider/2016/02/09/non-prosecution-agreements-reserved-for-vips/?sh=44d69c0772bd>. Acesso em: 05 jun. 2021.

¹⁶¹ CENTRO DE PESQUISA EM CRIMES EMPRESARIAIS E *COMPLIANCE*. **Entrevista com Jesse Eisinger**. ago. 2020. Disponível em: <http://www.cpj.m.ufrj.br/em-foco-entrevista-jesse-eisinger-portugues/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

¹⁶² CENTRO DE PESQUISA EM CRIMES EMPRESARIAIS E *COMPLIANCE*. Op. cit.

¹⁶³ CENTRO DE PESQUISA EM CRIMES EMPRESARIAIS E *COMPLIANCE*. Op. cit.

¹⁶⁴ LAUFER, William S. A. Op. cit., 2017. p. 392.

Outra objeção incide na ausência de publicidade referente às negociações, as quais ocorrem somente entre as partes. Dessa forma, não implicando na existência de informações nos sítios eletrônicos sobre os conteúdos e as condições entabuladas¹⁶⁵.

A discricionariedade dos membros do DOJ também não fica imune. Notabiliza-se que, o DOJ, ao estabelecer as condições a serem cumpridas nos acordos, extrapola os próprios poderes do Estado e estipula cláusulas sem relação com a atividade criminosa. Sobre isso, ou ainda, impõe reformas substanciais nas empresas, exercendo indiretamente uma função regulatória¹⁶⁶.

Lado outro, destaca-se os altos custos envolvidos na celebração dessas avenças¹⁶⁷, que compreendem não apenas as multas elevadas¹⁶⁸, mas, também, os montantes inerentes à implementação ou aperfeiçoamento dos programas de *compliance* e/ou financiamento dos monitores corporativos¹⁶⁹.

À vista disso, mais uma vez, Willian Laufer observa a existência de um estímulo à industrialização do *compliance*, e, para tanto, valores significativos são dispendidos pelas empresas sem que haja evidências empíricas de sua eficácia¹⁷⁰. E, tampouco, subsiste qualquer garantia de comportamento futuro efetivo, com a redução comprovada das infrações econômicas e da mudança comportamental do ente corporativo¹⁷¹.

Igualmente, os protestos incidem sobre a imprecisão dos instrumentos negociais a respeito do modelo de programa a ser implementado¹⁷². Modelos estes dotados de ausência de parâmetros regulatórios¹⁷³, ou ainda, carentes de diretrizes para o

¹⁶⁵ GOMES, Marlos Corrêa da Costa. Op. cit., p. 10.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶⁷ ARLEN, Jennifer; KAHAN, Marcel. Op. cit.

¹⁶⁸ DIAMANTIS, Mihailis E. Clockwork corporations: A character theory of corporate punishment. **Iowa Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 507-569, jan. 2018.

¹⁶⁹ Observações preliminares sobre o uso e supervisão do DOJ de processos diferidos e acordos de não-processo perante o Subcomitê. sobre Direito Comercial e Administrativo da H. Comm. sobre o Judiciário: UNITED STATES. United Sates Government Accountability Office. **Corporate Crime: Preliminary Observations on DOJ's Use and Oversight of Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements**. 25 jun. 2009. Disponível em: <http://www.gao.gov/new.items/d09636t.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2022. p. 28-29.

¹⁷⁰ LAUFER, William S. Where is the moral indignation over corporate crime? In: BRODOWSKI, Dominik; PARRA, Manuel Espinoza de los Monteros de la; TIEDEMANN, Klaus (org.). **Regulating corporate criminal liability**. Heidelberg: Springer, 2014. p. 27.

¹⁷¹ LAUFER, William S. Illusions of *compliance* and governance. **Corporate Governance**, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 239-249, 2006. p. 242 e ss.

¹⁷² *Ibid.*, p. 242 e ss. No mesmo sentido: MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 41-42.

¹⁷³ LAUFER, William S. Op. cit., 2006, p. 242 e ss.

aperfeiçoamento dos programas existentes¹⁷⁴, evidenciando lacunas as quais dificultam o adimplemento da avença.

A indicação dos monitores externos, da mesma maneira, não se mantém isenta de apreciação. Frente a esse aspecto, as imputações concernem-se, logo de início, se o uso de monitores corporativos atinge ou não os objetivos pretendidos. Para além disso, questiona-se a ausência de transparência em relação à nomeação daqueles¹⁷⁵, e ainda, o fato de que algumas vezes foram designados como monitores externos pessoas que, até recentemente, eram membros do DOJ, fator que implicaria, no mínimo, em um conflito ético.

O cenário descrito em momento anterior não é desconhecido do DOJ, o qual, tampouco, mostra-se avesso a essas ponderações. Desse modo, não sem razão, essas questões encontram-se inseridas e, por vezes, sanadas, nos memorandos por ele editados.

Apenas a título de exemplo, veja-se o memorando Mc Nulty, o qual objetivando garantir os direitos constitucionais, proibiu os promotores de buscarem informações protegidas pelo privilégio advogado-cliente, assim, sem estabelecer uma necessidade legítima¹⁷⁶.

Na temática dos programas de *compliance* e de monitores de conformidade corporativa, o Memorando de Benczkowski, por sua vez, enfatizou a necessidade de uma avaliação cuidadosa por parte dos membros do DOJ. Isso foi feito com intuito de saber se existe, efetivamente, a justificativa para essas previsões antes de buscar suas imposições através de um acordo criminal corporativo – principalmente em relação aos monitores¹⁷⁷¹⁷⁸.

¹⁷⁴ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 41-42.

¹⁷⁵ A legislação proposta recentemente visa promover a uniformidade no uso de NPAs e DPAs, e o que tais acordos devem conter. **Accountability in Deferred Prosecution Act of 2009**, H.R. 1947, 111th Open Congress, § 4, Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111hhrg50593/html/CHRG-111hhrg50593.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

¹⁷⁶ UNITED STATES. The United States Department of Justice. **The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations**. Deputy Attorney General: Washington, 12 dez. 2006. Disponível em: http://www.usdoj.gov/dag/speeches/2006/mcnulty_memo.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

¹⁷⁷ SULLIVAN & CROMWELL LLP. **DOJ Releases New Memorandum on Standards and Policies for Retention of Corporate Compliance Monitors**. 22 out. 2018. Disponível em: <https://fcpa.stanford.edu/research-reports/20181022-doj-releases-new-memorandum-on-standards-and-policies-for-retention-of-corporate-compliance-monitors.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

¹⁷⁸ WERNICK, Ephraim *et al.* Monitoring Corporate Monitors: DOJ Publishes List of *Compliance Monitors*, Improving Transparency and Accountability in the Monitorship Program. **Vinson & Elkins**, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.velaw.com/insights/monitoring-corporate-monitors-doj->

De qualquer maneira, a visão do DOJ permanece a mesma da diagnosticada por Beaton-Wells e Tran, os quais destacam que considerando que os benefícios - em termos de prevenção e repressão à criminalidade econômica e gerenciamento de riscos - do acordo superam os custos de implantação do *compliance*, sua exigência como condição necessária é completamente razoável¹⁷⁹, devendo somente ser justificada. O mesmo em relação aos monitores externos.

Para além disso, a fim de evitar os questionamentos que pairavam sobre estes, principalmente, no intuito de aprimorar a tão debatida questão da transparência, recentemente, o DOJ publicou uma lista de monitores de conformidade. Assim, ainda que permeado por intensos debates, verifica-se que o DOJ vem tentando construir normativas aptas a conferir legitimidade, e, por conseguinte, validar a expansão do modelo negocial.

1.4 PERSPECTIVA BRASILEIRA: PRIMEIRAS IMPRESSÕES

É de longa data a crise no sistema penal brasileiro, sendo seus principais motivos os baixos índices de resolutividade, neste quesito, associada a grande morosidade e às dificuldades logísticas de investigação. Em sede de delinquência econômica empresarial, estes fatores mostram-se agravados¹⁸⁰.

Nestas, para além das dificuldades que normalmente corroboram para que estes delitos fiquem à margem da persecução penal, tem-se a própria dificuldade da sociedade brasileira em responsabilizá-los.

A esse respeito, Luciano Timm¹⁸¹ apresenta interessantes argumentos norteados pelos ensinamentos de North, mais especificamente pela: “dependência da trajetória” (*path dependence*), a partir dos quais, entende-se que a sociedade brasileira é dependente de arranjos institucionais que corroboram para a leniência com criminalidade descrita.

E, a considerar que, em virtude dessa dependência, o resultado do passado, influencia as decisões do presente e, ainda, por conseguinte, podem influenciar as

publishes-list-of-compliance-monitors-improving-transparency-and-accountability-in-the-monitorship-program/. Acesso em: 07 jun. 2021.

¹⁷⁹ BEATON-WELLS, Caron; TRAN, Christopher. **Anti-cartel enforcement in a contemporary age**. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 192.

¹⁸⁰ MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. *Op. cit.*, p. 1192.

¹⁸¹ Em relação as quais não se tem a pretensão de tecer minúcias, contudo, diante da precisão da análise, a qual sugere ao final a aplicação da análise econômica para essa criminalidade, não poderiam deixar de ser aqui mencionadas.

decisões do futuro enquanto não houver mudanças institucionais, sobretudo, em relação às próprias regras informais que regem a sociedade brasileira, o enfrentamento a essa criminalidade não obterá êxito¹⁸². Isso ainda que, nos últimos anos, na busca pela efetividade da persecução penal, o Brasil tenha sido palco de alguns avanços que objetivam a substituição da impunidade pela responsabilidade do autor da conduta ilícita¹⁸³.

À luz do cenário descrito, no qual não faltam decisões singulares proferidas pelos Tribunais¹⁸⁴, não é de se ignorar o mérito da Ação Penal 470, conhecida como Mensalão¹⁸⁵ e a operação Lava Jato¹⁸⁶, tal como destacado pelo autor¹⁸⁷.

Sobre essas, ousa-se a afirmar que, seguindo tendências internacionais, e, na tentativa de romper a trajetória nacional, inauguraram uma nova fase na repressão da criminalidade econômica no ordenamento jurídico nacional. Orientada pelo pressuposto da superação do paradigma exclusivamente punitivista para incorporação de técnicas especiais de investigação e métodos alternativos de resolução de conflito¹⁸⁸, justificados pela própria capacidade de resistência à investigação dessa criminalidade.

É fato que o arquétipo da atitude colaborativa e da consensualidade no processo penal – responsável por viabilizar um acordo de vontade entre o autor do fato delitivo e o Estado – não configura uma novidade no direito brasileiro, em razão dos diversos institutos encampados pelos últimos três decênios.

¹⁸² No mesmo sentido Gustavo Senna: SENNA, Gustavo. *Compliance* criminal como forma de prevenção criminal: por uma atuação contemporânea do Ministério Público. In: SCNEIDER, Alexandre. ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova versão da gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 241-268.

¹⁸³ TIMM, Luciano Benetti. Uma reflexão sobre “colarinho branco”. **Estadão**, 07 jan. 2022. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/uma-reflexao-pragmatica-sobre-colarinho-branco/>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁸⁴ TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.*

¹⁸⁵ Ação penal na qual apurava-se um amplo esquema de corrupção, peculato, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e outras fraudes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 639**. Brasília, 17 a 19 dez. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo693.htm>. Acesso em: 31 maio 2021.

¹⁸⁶ A chamada “Operação Lava-jato” refere-se ao conjunto de investigações e ações penais sobre recursos desviados da Petrobrás com o envolvimento de empreiteiras. Os feitos versam sobre crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e outros, e tramitam no Supremo Tribunal Federal e, em primeira instância, nas seções judiciárias da Justiça Federal em Curitiba, Rio de Janeiro e Brasília. No âmbito da operação foram realizados 256 acordos de colaboração premiada e 22 acordos de leniência. Para maiores informações a respeito da Operação *Vide*: BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato**. [20--]. Disponível em: www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato. Acesso em: 27 maio 2021.

¹⁸⁷ TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.*

¹⁸⁸ MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. *Op. cit.*, p. 1178.

Os quais ao longo desse período superaram entraves que causaram resistência a sua utilização, principalmente, o causado pela suposta incompatibilidade entre o princípio da obrigatoriedade e as soluções negociais¹⁸⁹, pelo qual, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade deve o Ministério Público oferecer denúncia diante de uma conduta criminosa. Sendo-lhe vedada, a realização de qualquer tipo de juízo de oportunidade e conveniência ou a busca de soluções alternativas à propositura da acusação¹⁹⁰.

Contudo, diante do reconhecimento doutrinário e jurisprudencial de que o princípio da obrigatoriedade jamais foi e jamais poderá ser levado às últimas consequências, nos últimos anos procedeu-se uma releitura de modo a compatibilizá-lo com o direito penal contemporâneo.

À vista disso, a ideia atual da obrigatoriedade, segundo Rodrigo Leite Ferreira Cabral, “é que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta as investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder”¹⁹¹.

O que se alinha perfeitamente com a possibilidade de adoção da justiça negocial no âmbito criminal, dado que esta não implica em ausência de resposta estatal, ao contrário, possibilita, para além da responsabilização do autor do comportamento criminoso, a perda dos bens obtidos de forma ilícita; o ressarcimento dos danos e a previsão de medidas alternativas de caráter preventivo concreto, compatíveis com a reprovabilidade da conduta, que sejam efetivamente capazes de coibir a prática de novos ilícitos, mediante o incremento dos custos e riscos relacionados à atividade criminosa. O que, por sua vez, “não se verifica nos casos não denunciados, julgados improcedentes ou prescritos, os quais transmitem mensagem em sentido diametralmente oposto”¹⁹².

Dito isso, a novidade recai sobretudo, no reconhecimento da essencialidade da negociação para alavancagem investigativa, proporcionada pela aferição de informações relevantes sobre a infração, tal qual, a identificação dos demais envolvidos na empreitada

¹⁸⁹ A qual cita-se apenas porque pareceu ser conveniente a menção, sem a menor pretensão de apresentar a discussão que se orientou a respeito da temática.

¹⁹⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 54.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 33.

¹⁹² MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. Op. cit., p. 1200-1204.

criminosa e para a obtenção de provas¹⁹³. Ampliando, desta forma, os mecanismos estatais repressivos anteriormente existentes. E mais ainda, diante disso, configurando a consensualidade uma alternativa a proporcionar a efetividade da persecução penal dessa criminalidade.

Na temática, Flávio Turquesi, destaca que a adoção da justiça negocial para a criminalidade econômica é um caminho sem volta. Principalmente, em virtude da dificuldade de obtenção de prova, imputação e individualização de responsabilidade penal inerentes a essa criminalidade¹⁹⁴. E, para que seja “minimamente eficaz, pressupõe-se a ampliação dos espaços de consenso, como forma de política criminal, sem perder de vista a postulado da proporcionalidade, na sua faceta de vedação à proteção penal insuficiente”¹⁹⁵.

Partilhando do mesmo entendimento Suxberger e Gomes Filho, evidenciam que na atualidade, na busca pela concretização do direito penal no âmbito da criminalidade complexa e organizada, não há espaço para um processo penal burocrático, ineficiente e moroso, razão pela qual, reconhecem a essencialidade de “soluções eficientes e pragmáticas como a colaboração premiada e a barganha penal, sem implicar necessariamente o abandono da pena”¹⁹⁶.

Os referidos posicionamentos encontram eco nas observações de Mendes e Borges de Souza elaboradas a partir do reconhecimento de que a expansão do direito penal para tutelar novos bens jurídicos, mediante criminalização de condutas potencialmente lesivas a interesses supraindividuais, dentre eles a ordem econômica, se revelou insuficiente - seja por incompatibilidade dogmáticas, seja pela seletividade da justiça criminal¹⁹⁷.

Lamy¹⁹⁸, por sua vez, partindo da essencialidade em conferir efetividade à persecução penal, especialmente em sede de delito econômico empresarial, se empenha

¹⁹³ AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhoz; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.) **Lei Anticorrupção**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 240.

¹⁹⁴ TURESSI, Flávio Eduardo. *Op. cit.*, p. 278.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Op. cit.*, p. 387-391.

¹⁹⁷ MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. *Op. cit.*, p. 1200-1204.

¹⁹⁸ Cujas ponderações referem-se ao acordo de colaboração premiada - mesmo porque quando de sua tese de doutoramento inexistia no ordenamento jurídico pátrio o acordo de não persecução penal. Contudo, oportuno pontuar que em sua tese a autora defende o uso dos instrumentos colaborativos como meio de *enforcement* para a criminalidade econômica. LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **O Criminal Compliance como ferramenta de enforcement anticorrupção**. 2019. 271 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 183-199.

em analisar que o uso do processo não necessariamente reduz a incidência de ilícitos. Por essa razão, reconhece nos instrumentos processuais penais colaborativos uma alternativa ao processo e ao *enforcement* da lei.

Lado outro, como toda novidade, a alternativa em comento é permeada de controvérsias e discussões. Não faltando críticas a temática, as quais variam desde o modo como os acordos são celebrados, visto que muitas das vezes o beneficiado encontra-se preso até a ideia, equivocada, de relativização do Estado para com essa criminalidade, no sentido de que, socorre-se deste enredo para privilegiar e/ou evitar que empresas e pessoas físicas a ela relacionadas, reconhecidamente criminosas, se furtem à aplicação da lei penal⁵⁶⁹, inexistindo qualquer retribuição ao fato delituoso. O que não é verdade, pois, há a imposição de uma sanção, ainda que premial, em resposta aos crimes que se quer desencorajar.

De qualquer modo, ainda assim, o consensualismo segue em expansão.

Nesse cenário, no aprimoramento da atuação estatal, inicialmente no Brasil, em sede de criminalidade econômica, socorreu-se do instituto da colaboração premiada, o qual apesar de uma adoção inicialmente tímida no cenário nacional, popularizou-se com a operação Lava Jato, na qual, é sabido, a sanção premial foi um dos pontos-chaves.

Na sequência, outra mudança importante foi a incorporação do acordo de leniência ao direito pátrio. Contudo, em que pese sob este não recaia o foco principal do presente estudo, não há, pois, como dele se afastar, em virtude da relação umbilical que dele emerge com as tutelas penal e processual penal, de modo que seria imprudente não o abordar. Sobretudo, em virtude da múltipla incidência normativa que recai sobre o ilícito econômico, o qual, pode traduzir-se, concomitantemente em ilícito civil, penal e administrativo. Transversalidade esta, que, por conseguinte, exige uma uniformidade de tratamento pelos órgãos estatais, ao agente que, voluntariamente colabora com as investigações, em todas as searas do ordenamento¹⁹⁹.

Hodiernamente, o espectro negocial restou intensificado no arcabouço normativo penal brasileiro com o acordo de não persecução penal, inserido no ordenamento pátrio pela Lei nº 13964/19.

À vista do exposto, oportuno esclarecer, em apertada síntese, os referidos instrumentos de promoção da justiça consensual sem a menor pretensão de esgotá-los,

¹⁹⁹ TURESSI, Flávio Eduardo. *Op. cit.*, p. 233.

tampouco de tecer considerações críticas. Assim se procede apenas no intuito de apresentar as alternativas ao processo penal colaborativo previstos no ordenamento jurídico brasileiro, essenciais para o estudo.

1.4.1 Acordo de leniência

O acordo de leniência “é a terminologia jurídica utilizada para denominar o acordo que o investigado ou acusado realiza com o poder público, colaborando nas investigações de uma determinada infração, obtendo, em contrapartida, certos benefícios²⁰⁰”. Objetivamente, a partir do auxílio do próprio envolvido na conduta desviante, a efetividade na repressão de infrações de difícil detecção.

Assim, os motivos a justificar o destaque que o acordo de leniência auferiu nos últimos anos no Brasil são múltiplos: capacidade do instrumento propiciar a ciência de práticas ilícitas ou de robustecer investigações em curso; a obtenção de provas relevantes que proporciona; o incremento da eficiência e efetividade investigativas; a cessação da infração como exigência do acordo; a obtenção de reparação e de ressarcimento dos danos de forma célere; e, fora, o alcance dos demais infratores até então desconhecidos.

No Brasil, são diversos os diplomas²⁰¹ a disciplinar o acordo de leniência. Entretanto, nesta dissertação será somente considerado o mais famoso deles, o ajuste celebrado com base na Lei nº 12.846/13, o qual disciplina a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira²⁰². Nesta, cabe ressaltar que o acordo de leniência é

²⁰⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros *et al.* Aspectos controvertidos dos acordos de leniência no Direito brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 20, n. 31, p. 165-197, jan./jun. 2016. p. 185.

²⁰¹ Podendo ser celebrado pelo CADE em sede de direito concorrencial, pelo Banco Central e pela CVM nas infrações no âmbito financeiro.

²⁰² No Brasil, existem vários dispositivos legais que regulamentam o acordo de leniência previsto nas Leis n. 12.529/2011 e 12.846/2013, com seus reflexos na esfera penal. Pontua-se desde logo, que para o presente estudo, está a se referir ao acordo de leniência previsto no artigo 16 da Lei n. 12846/13. E não ao acordo de leniência previsto no artigo 86 da Lei n. 12529/11, pelo qual, é possibilitado ao CADE, celebrar acordo de leniência com pessoa física ou jurídica autoras de infração econômica, que colaborem com as investigações e processos administrativos.

Outrossim, oportuno consignar que a Lei n. 12.846 não previu o Ministério Público como parte legitimada para celebrar acordos de leniência. Mas, na prática estes tem-se verificado. E o são motivados pelo fato de que, eventualmente, o acordo de leniência celebrado com o Ministério Público poderá compreender ilícitos de corrupção e demais crimes eventualmente praticados pelos dirigentes da empresa. Situação inexistente quando a entidade celebrante não é o Ministério Público.

negociado entre a pessoa jurídica a qual praticou o ato ilícito e a autoridade máxima de cada órgão ou entidade – o que no âmbito da responsabilidade objetiva é mais apropriado²⁰³.

Para tanto, o artigo 16 e seguintes do referido diploma normativo estabelece ser imprescindível que o ente corporativo seja o primeiro a manifestar interesse em cooperar, fornecendo um evidente e seguro substrato probatório para detecção e repressão do ilícito. Além disso, reconheça seu envolvimento delitivo, cessando-o imediatamente; e ainda, que colabore, de maneira plena e permanente nas investigações e com o processo administrativo, identificando os demais envolvidos, quando houver e apresentando informações e documentos aptos a comprovar os fatos sob apuração. Subsistindo ainda, o dever de a empresa reparar integralmente o dano e de submeter-se à aplicação de determinadas sanções, as quais impõem uma forma de atuação responsável ao ente beneficiado pela leniência.

Em contrapartida, os benefícios estatais podem consistir em isenção das sanções de publicação extraordinária da decisão condenatória e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de entidades públicas e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, e ainda, na redução de até 2/3 (dois terços) da multa ou a sua remissão.

1.4.2 Colaboração premiada

Disponíveis em: BRASIL. **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 01 ago. 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm. Acesso em: 09 fev. 2022. e BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 30 nov. 2011. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12529.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

²⁰³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros *et al.* Op. cit., p. 176.

Outro instrumento importante no Brasil é a colaboração premiada²⁰⁴²⁰⁵, instituto que se insere no contexto do direito penal premial, e, pelo qual pessoas acusadas ou investigadas auxiliam de forma voluntária e efetiva na investigação ou no processo criminal. Isso sem reservas mentais, de forma a minimizar e elidir os efeitos e as consequências da conduta praticada em troca de benefícios²⁰⁶.

Trata-se, portanto, de técnica especial de investigação de caráter dúplice que, a um só tempo possibilita a confissão de modo qualificado e ainda, consiste em meio de obtenção de prova²⁰⁷, objetivando superar os obstáculos²⁰⁸, referentes tanto a materialidade quanto a autoria, de forma a identificar e punir aqueles integrantes da estrutura da organização criminosa²⁰⁹.

Para além disso, a revisão teórica chama atenção para o fato de constituir, “sobretudo uma ferramenta defensiva, um ‘recurso’ inerente à ampla defesa”²¹⁰. Neste ponto, objetivando reduzir as severas sanções, as quais seus constituintes, podem vir a sofrer, muitas vezes a iniciativa de propor ao Ministério Público os acordos de colaboração premiada é dos próprios defensores²¹¹.

²⁰⁴ Na presente pesquisa utilizar-se-á o termo colaboração premiada em sentido amplo e sob as diretrizes da Lei 12850/2013, em que pese o instituto também se faça presente em outras legislações nacionais: parágrafo único do art. 8o da Lei n. 8.072/1990, § 4.o do art. 159 do Código Penal (introduzido pela Lei n. 8072/90, posteriormente alterado pela Lei n. 9.269/1996), § 2.o do art. 25 da n. Lei 7.492 de 1986 (introduzido pela Lei n. 9.080 de 1995), art. 13 da Lei n. 9.807/1999, art. 41 da Lei n. 11.343/2006, § 5.o do art.1.o da Lei n. 9.613/1998, arts. 4.o a 7.o da Lei n. 12.850/2013.

²⁰⁵ Não se entrará no mérito da distinção doutrinária entre delação premiada ou colaboração premiada. Ou ainda, que a colaboração processual é gênero do qual são espécies a confissão, o chamamento do corréu, a delação premiada (que segundo Tiago Essado, pressupõe uma contribuição no sentido de identificação da autoria e materialidade do delito) e a colaboração processual (a qual, compreende toda e qualquer colaboração que resulte em benefício de cunho processual). ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 203-228, mar./abr. 2013. p. 204-205.

²⁰⁶ TURESSI, Flávio Eduardo. Op. cit., p. 225.

²⁰⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 154. No mesmo sentido Flávio Eduardo Turessi, para quem a colaboração premiada: “Surge, pois, como técnica especial de investigação, instrumento indispensável para o combate à criminalidade organizada e, em especial, à macrocriminalidade”, TURESSI, Flávio Eduardo. Op. cit., p. 226.

²⁰⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada - Legitimidade e Procedimento**: Aspectos Controvertidos do Instituto da Colaboração Premiada de Coautor de Delitos como Instrumento de Enfrentamento do Crime Organizado. Curitiba: Juruá, 2015. p. 41.

²⁰⁹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de Mello. A Voluntariedade da Colaboração Premiada e sua Relação com a Prisão Processual do Colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017.

²¹⁰ ARAS, Vladimir. Natureza dúplice da colaboração premiada: instrumento de acusação; ferramenta de defesa. **Blog do Vlad**, 12 maio 2015. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/05/12/natureza-duplica-da-colaboracao-premiada-instrumento-de-acusacao-ferramenta-de-defesa/>. Acesso em: 09 jun. 2021.

²¹¹ *Ibid.*

A relevância da colaboração prestada, por sua vez, será considerada para fins dos benefícios²¹² - quer dizer, para a mitigação da resposta estatal à conduta ilícita objeto de persecução - os quais compreendem o sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia ou suspensão do processo²¹³; o não oferecimento da inicial acusatória pelo Ministério Público desde que o colaborador não seja o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração; redução da pena privativa de liberdade; substituição por restritiva de direito ou ainda, a possibilidade de extinção da punibilidade pelo perdão judicial.

A normativa dos colaboradores condiciona a aplicação de qualquer uma destas medidas premiaias à verificação judicial dos pressupostos da colaboração²¹⁴ : voluntariedade, legalidade, regularidade e a efetiva da colaboração prestada²¹⁵, e ainda, a personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão do fato criminoso. Tornando de rigor, por conseguinte, o comprometimento amplo das partes, com observância plena e irrestrita da boa-fé e da confiança estabelecida.

A par disso, a medida descrita representa uma tendência para o enfrentamento da criminalidade organizada e dos demais delitos econômicos^{216,217}, visto que permite a

²¹² BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 53.

²¹³ Por seis meses, prorrogáveis por igual período, com a consequente suspensão da prescrição, consoante artigo 4 parágrafo 3 da Lei n. 12850/13. BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

²¹⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. Op. cit., p. 41.

²¹⁵ Considera-se efetiva a colaboração desde que desta advenha, ao menos uma dessas situações, nos termos do artigo 4 da Lei n. 12850/13: a identificação dos demais coautores ou partícipes, as infrações penais por eles praticadas; revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e/ou a localização da vítima com sua integridade física preservada. BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

²¹⁶ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 108.

²¹⁷ Contrapondo-se Bitencourt e Busato, destacam que: “Trata-se de instituto importado de outros países, independentemente da diversidade de peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o justificam. O fundamento invocado é a confessada falência do Estado para combater a dita “criminalidade organizada”, que é mais produto da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma “organização” ou “sofisticação” operacional da delinquência massificada” BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários a Lei de Organização Criminosa**: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105-106.

eficiência investigativa e a repressão aos delitos organizacionais, os quais, em virtude de sua complexidade e nível de organização, oferecem dificuldades ao deslinde da atuação do poder público”²¹⁸.

Na mesma linha, o ex-coordenador da força tarefa da Operação Lava Jato destaca que a colaboração premiada permite: “ao investigador espiar por cima do labirinto e descobrir quais são os melhores caminhos, isto é, aqueles com maior probabilidade de sucesso na angariação de provas”²¹⁹. E, segundo a mesma persona citada, completa, “funciona como um guia, catalisador, que otimiza o emprego de recursos públicos, direcionando-os para diligências investigatórias com maior perspectiva de sucesso”²²⁰.

Não se pode olvidar, que o agir colaborativo desestimula a prática de outros ilícitos, contribuindo para a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa. Pois, realizado o acordo, o agir ilicitamente não mais se sustenta²²¹. Afora a recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações penais praticadas no curso da atividade ilícita²²².

Contudo, à visto disso, não é imune às críticas, que variam desde restrições éticas²²³ às jurídicas; do excesso de utilitarismo do instituto ²²⁴ à falência do próprio Estado no controle da criminalidade²²⁵. As quais não se tecerão pormenores, visto que o

²¹⁸ FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. *Op. cit.*, p. 267.

²¹⁹ DALLAGNOL, Deltan. As luzes da delação premiada. *Época*, 04 jul. 2015. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>. Acesso em: 28 dez. 2021.

²²⁰ DALLAGNOL, Deltan. *Op. cit.*

²²¹ MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. *Op. cit.*, p. 1195.

²²² *Ibid.*

²²³ Em sentido crítico à postura do Estado em se valer da cooperação de um criminoso: ZAFFARONI, Raul Eugenio. Crime Organizado: uma categorização frustrada. *In*: BATISTA, Nilo (org.). **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. v. 1. ano 1. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 45-67.

²²⁴ Crítico ao instituto, Giacomelli observa: “(...) o processo penal não se destina a privilegiar os que dispõem de condições de pagar para não comparecer às audiências, para não responder ao processo criminal clássico, para não ser investigado e, em suma, para não ser condenado criminalmente. No processo penal estão em jogo os direitos fundamentais da pessoa, os quais correm o risco de fragilização com a participação cada vez maior de pessoas privadas (vítimas, associações) que buscam a satisfação de um interesse particular e não um interesse público. O processo penal não se destina a iniciativas que o consideram um market system, aniquiladoras do direito penal (FAIRÉM GUILLEN, 1992, p. 23) ou à comercialização da justiça criminal, como ocorre nas negociações da plea bargaining. GIACOMELLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São Jose da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 332.

²²⁵ “Trata-se de instituto importado de outros países, independentemente da diversidade de peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o justificam. O fundamento invocado é a confessada falência do Estado para combater a dita “criminalidade organizada”, que é mais produto da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma “organização” ou “sofisticação” operacional da delinquência massificada”. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*

presente não objetiva uma detida análise do instituto, a qual demandaria uma pesquisa própria.

Não obstante, seus benefícios são inquestionáveis, representando um notável instrumento de resposta estatal, do qual não se pode abrir mão na atualidade²²⁶.

1.4.3 Acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal²²⁷, mais recente instrumento conciliador do interesse estatal e privado para a resolução de conflitos, inseriu-se no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 13964/19, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”.

Conforme explica Leonardo Schmitt de Bem, trata-se de uma solução alternativa com o fim de proporcionar celeridade na resolução de casos de média gravidade a margem de uma sentença condenatória²²⁸. Pelo qual, vantagens recíprocas são estabelecidas, as quais concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, bem como elevam o senso de autorresponsabilidade e comprometimento²²⁹. Atributos estes que reforçam a confiança no seu cumprimento integral²³⁰.

²²⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. *Op. cit.*

²²⁷ Previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro, o qual dispõe que: Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Presidência da República: Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

²²⁸ BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Acordo de não persecução penal*. 1. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 171.

²²⁹ SOUZA, Renee Ó.; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. **Meu site jurídico**, 26 out. 2018. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/f257da7d-legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020. p. 8.

²³⁰ *Ibid.*

Os pressupostos para a formalização do acordo de não persecução penal entre o Ministério Público e o indiciado, à luz do artigo 28-A no Código de Processo Penal, em apertada síntese, consistem em: não ser caso de arquivamento; ter o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal cometida sem violência ou grave ameaça; caso pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos e, desde que, seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Para além desses critérios, tem-se ainda, os denominados requisitos negativos, quais sejam: não ser hipótese de transação penal; não ter sido o sujeito beneficiado nos últimos cinco anos com acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; não se tratar de crime envolvendo o âmbito da violência doméstica, ou, não tiver sido praticado crime contra a mulher por razões da condição de sexo feminino; e, ainda, que o indiciado não seja reincidente, nem tenha praticado atos criminosos de maneira habitual, reiterada ou profissionalmente.

De modo que, ao celebrar a avença o investigado voluntariamente confessa a prática delitiva e concorda em cumprir determinadas condições (reparação do dano, renúncia à bens e direitos, prestação de serviço à comunidade, pagamento de prestação pecuniária ou outra exigência proporcional e compatível com a infração penal aparentemente cometida)²³¹ em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e de pugnar pela extinção da punibilidade com o adimplemento do pactuado²³²²³³.

Ante a novidade que permeia sobre o acordo de não persecução penal, oportunas algumas observações exaradas pela literatura nacional a respeito de sua aplicabilidade no âmbito da criminalidade econômica. Em sua maioria, a qual mostra-se elegível para a celebração do ANPP, em virtude das penas mínimas abstratamente previstas que perfazerem montante inferiores a quatro anos (contabilizadas as causas de aumento e diminuição de pena) e a ausência de violência ou grave ameaça.

²³¹ CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal como instrumento de promoção de programas de *compliance*? **Boletim especial justiça penal negocial**, [S. l.], n. 344, ano 29, p. 23-25, jul. 2021. p. 24.

²³² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 84.

²³³ Artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Presidência da República: Rio de Janeiro, 03 out. 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

Rodrigo Leite Ferreira Cabral, por exemplo, preceitua que o novel aparato deve ser resguardado apenas para a pequena e média criminalidade, considerando, para tanto, não só a pena cominada, como também o dano causado²³⁴.

O autor sugere que o prejuízo ocasionado a ser considerado, não seja superior ao montante equivalente a vinte salários mínimos. Dessa forma, o teórico valida seu posicionamento na Resolução nº 181 do Conselho Superior do Ministério Público²³⁵ (primeiro dispositivo normativo a prever o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, e que, quando o fez, estabeleceu o referido patamar).

Ainda de acordo com o mesmo autor, o aludido comando legal ainda se encontra em vigor, e objetiva estabelecer diretrizes à discricionariedade dos membros do Ministério Público, devendo, pois, ser observado²³⁶.

Marlus Arns de Oliveira e Mariana N. Michelotto, por sua vez, ao legitimarem a temática, observam que o requisito legal de ‘impossibilidade de seu oferecimento nos casos nos quais há habitualidade da conduta e/ou prática reiterada ou profissional’, pode configurar um entrave ou ao menos limitará consideravelmente as hipóteses de oferecimento da avença para a criminalidade econômica. Haja vista, o Ministério Público descrever, na maioria dos requerimentos de medidas cautelares e pareceres investigativos, a possível prática do delito de organização criminosa. O fazendo, segundo os autores, de forma generalizada, sem qualquer individualização quanto a seus diversos acusados a respeito do que consistiria a habitualidade na prática delitiva. E, não porque necessariamente estes requisitos se façam presentes²³⁷.

De qualquer maneira, consoante o estudo empírico realizado, à vista de unanimidade, trata-se de instituto atualmente utilizado para o enfrentamento dessa criminalidade.

1.4.4 Possibilidade de previsão da condição acessória em instrumentos negociais

²³⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 54.

²³⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público: Brasília, 7 ago. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

²³⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 54.

²³⁷ OLIVEIRA, Marlus H. Arns de; MICHELOTTO, Mariana N. Acordo de não persecução penal. **Migalhas**, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318761/acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 06 fev. 2022.

Conforme comentado em momento anterior na presente dissertação, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal configuram instrumentos negociais pelos quais, em linhas gerais, as partes entabulam determinados direitos e obrigações.

Entretanto, cada qual, se orienta por propósitos distintos. Enquanto a colaboração premiada é técnica de investigação e meio de obtenção de prova, o ANPP objetiva, pela consensualidade, a evitação do conflito. No mesmo sentido, é o entendimento de Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

Isso porque o acordo de colaboração premiada é informado por um critério político-criminal voltado fundamentalmente à obtenção de provas e elementos de informação. Não há nenhum objetivo de alívio na carga de trabalho, de eleição de prioridades ou de redução de danos decorrentes da intervenção Estatal. Por isso que a lógica entre esses dois institutos é muito diversa e distinta deverá ser, também, a sua interpretação finalística, muito embora tanto a colaboração premiada quanto o acordo de não persecução sejam consubstanciados por um negócio jurídico (com requisitos objetivos, subjetivos e pressupostos de existência, validade e eficácia)²³⁸.

Apesar das referidas soluções negociais se orientarem por finalidades precípua distintas, mostra-se factível em ambas, para além das condições legais a serem fixadas por ocasião do acordo, a possibilidade de que se estabeleça, consensualmente, outras obrigações acessórias.

Cuida-se de uma condição aberta, a qual orienta-se pela concretização das finalidades da tutela penal contemporânea. Neste sentido, nos recorda Firmino que não se trata de uma novidade no ordenamento brasileiro, dado que o artigo 89 § 2º da Lei 9099/95, possibilita a previsão na suspensão condicional do processo de outras condições para além daquelas disciplinadas no referido diploma legal²³⁹.

Nesse aspecto, poder-se-ia apontar que, no instituto, as condições acessórias são fixadas pelo juízo, o que, difere das soluções negociais aqui apresentadas, nas quais, aquelas serão indicadas pelo Ministério Público e sujeitas a aceitação e negociação com o beneficiado. Contudo, como bem observado pelo citado autor, essa distinção quanto a legitimidade para a propositura da cláusula acessória não é suficiente para lhe conferir originalidade no arcabouço normativo brasileiro²⁴⁰.

²³⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 78.

²³⁹ FIRMINO, Adriano Godoy. **ANPP e Corrupção**. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 115.

²⁴⁰ *Ibid.*

À luz desse panorama, faz-se necessário pontuar, desde logo, algumas premissas sobre aquelas, essenciais para o estudo proposto. Inicialmente, não se pode perder de vista que em sendo práticas vinculadas a um sistema de justiça consensual, as condições e o conteúdo do acordo são livres e, portanto, estabelecidas em perfeito ajuste de vontades entre os envolvidos que se encontram inseridos no âmbito de sua liberdade e disponibilidade.

A despeito dessa discricionariedade, não se concebe, no entanto, que a escolha dessa condição seja subjetivista, tampouco, contra *legem* ou imposta. Badaró, vai adiante, pontuando ainda que, essa cláusula deve sempre preservar a dignidade do investigado, “não podendo ser vexatória, indigna, apta a causar menosprezo ao acusado”²⁴¹. De modo que, subsiste, para delimitação dessas, a necessidade de participação dos atores envolvidos para a identificação e delimitação da medida cabível, justificada em dados objetivos²⁴².

Diante dessas características e da voluntariedade norteadoras da delimitação da condição, tem-se que essa não configura uma sanção penal, mas como bem observado por Rodrigo Leite Ferreira Cabral ao corroborar com as ideias de Costa Andrade, configuram ‘equivalentes funcionais da pena’, visto a ausência da incidência da característica da imperatividade vigente na naquela ²⁴³. Desse modo, uma vez descumprida, não haverá uma imposição coercitiva ao autor da conduta contrária à norma, mas sim, o regular prosseguimento da ação penal²⁴⁴.

Para além disso, fundamental, que o encargo adicional proporcional ao crime praticado. Como bem observado por Tourinho Neto:

Há de existir uma proporcionalidade entre o crime praticado e as condições importas. (...) Há que existir uma gradação delitiva, os princípios da isonomia substancial e da proporcionalidade devem ser observados no momento de aplicação de pena alternativa²⁴⁵.

Outro fator de observância consiste na compatibilidade da condição entabulada com a infração penal praticada, levando-se em consideração as especificidades do caso

²⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 648.

²⁴² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 95-96.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Federais Cíveis e criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 701.

concreto e as condições fáticas e jurídicas. Ou seja, que mantenha vínculo com a gravidade do injusto e a culpabilidade do agente, devendo haver uma relação finalística entre o crime e a medida objeto de proposta²⁴⁶²⁴⁷.

A propósito, esse é o posicionamento de Vladimir Passos de Freitas ao analisar as condições passíveis de serem clausuladas em sede de suspensão condição do processo, o qual adere perfeitamente na presente:

É dizer, se ele polui um rio, a suspensão do processo terá como condição alguma atividade relacionada diretamente com a ação reprovável, por exemplo: prestar serviços em um parque. Não deverá ser imposto algo que não tenha a ver com o crime e que em nada auxilie na conscientização e recuperação do infrator, como a doação de cestas básicas²⁴⁸.

É neste momento que se descortina para o Ministério Público a possibilidade de realizar-se como protagonista dos acordos, exercendo uma função reguladora, utilizando-se daqueles para o fomento de políticas criminais dotadas de viés preventivo.

Dito isso, podem ser estabelecidas, dentre as cláusulas acessórias: a implementação de programas corretivos; mecanismos de *compliance*; financiamento de programas educativos e de assistência as vítimas ou de projetos e obras públicas relacionadas aos interesses lesados com a infração²⁴⁹; o afastamento do investigado da diretoria ou do controle empresarial²⁵⁰, dentre outras medidas.

Fixadas essas premissas, aliado ao reconhecimento de que a mudança de paradigma de uma atuação contenciosa para uma perspectiva preventiva é uma realidade posta no ordenamento pátrio, inclusive como estratégia ao enfrentamento da delinquência econômica empresarial, apresentar-se-á um confronto empírico de processos colaborativos outrora celebrados a fim de verificar como a temática têm refletido no

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 142.

²⁴⁷ No mesmo sentido são as orientações da Câmara Criminal do Ministério Público Federal, a qual acrescenta ainda, a ideia de impossibilidade de que as restrições sejam previstas por prazo indeterminado. BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta nº 1/2018**. Brasília, 23 maio 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

²⁴⁸ FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 220.

²⁴⁹ MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. Op. cit., p. 1200.

²⁵⁰ Orientação Conjunta n. 03/2018, Segunda, Quarta e Quinta Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta n. 03/2018**. 12 mar. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/Orientacao%20ANPP%20versao%2010-03-%202020%20-%20ampliada%20e%20revisada%20-%20assinada.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

Brasil. Mas não sem antes, contextualizarmos e identificarmos o principal elemento utilizado nessa estratégia, o *criminal compliance*.

2 COMPLIANCE

2.1 PRIMEIRAS LINHAS

Característica da pós-modernidade, o fenômeno da globalização mostrou-se paradoxal, dado que em fase inicial foi visto como um ideal, isto é, com inúmeros avanços tecnológicos, assim como com amplas possibilidades de autorregulação do mercado e da comunidade mundial. Logo, este demonstrou-se vulnerável aos novos riscos, os quais, do mesmo modo, passaram a ser globais.

A inabilidade do Estado em gerir sozinho as novas fontes de risco fizeram-se presente e ensejou um progressivo reconhecimento da necessidade da socialização de sua gestão, privatizando-os e democratizando-os²⁵¹. Nessa perspectiva, todos os produtores de risco são convidados a participar, a fim de evitá-los ou minimizá-los.

À vista disso, percebeu-se a importância dos entes corporativos, os quais não deveriam mais ser vistos apenas como: “meros agentes econômicos, mas como atores políticos e sociais, detentores de direitos e obrigações para com a sociedade²⁵²”. Devendo, pois, igualmente, serem chamados às falas.

Nessa conjuntura, tornou-se imperativo ao Estado a admissão de sua incapacidade regulatória²⁵³ frente às especificidades corporativas – tanto em virtude da ausência de recursos, quanto por não dispor de conhecimento suficiente para enfrentar os riscos

²⁵¹ Neste ponto, Bauman adverte a necessidade de cautela nessa democratização da gestão do risco, a qual não pode ser transferida completamente aos setores privados. BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 175-176.

²⁵² BRITO, Teresa Quintela. *Compliance*, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). **Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 66.

²⁵³ Para Coca Vila não se trata de uma admissão estatal de uma incapacidade de regular o mundo empresarial. Ao contrário, supõe-se uma melhoria qualitativa e quantitativa na intervenção estatal, na medida em que o Estado ao delegar uma parte de sua função regulatória pode promover uma regulação mais rigorosa, específica e eficaz”. VILA, Ivó Coca. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SANCHEZ, Jesús-Maria Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (coord). **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 46-47.

modernos derivados da inovação empresarial²⁵⁴ – abrindo-se espaço para a autorregulação regulada²⁵⁵²⁵⁶.

Modelo de intervenção pelo qual o Estado, reconhecendo no autopolicimento empresarial (desenvolvido mediante políticas de gestão corporativa) uma capacidade de otimizar a regulação²⁵⁷, celebra um enlace colaborativo e incorpora o ente privado em sua atividade regulatória. Para tanto, entrega-lhes tarefas que de forma tradicional lhe são próprias às empresas, porém, de modo subordinado aos seus interesses²⁵⁸.

Cabe ressaltar que não significa a ausência do Estado²⁵⁹, ao contrário, consiste na garantia de sua presença, mediante um alinhamento entre regulador, regulados e outros agentes sociais²⁶⁰, para uma intervenção mais eficaz²⁶¹. Intervenção esta ancorada na *expertise* empresarial, a partir da qual, acredita-se que ninguém melhor do que as próprias entidades corporativas para determinar os riscos decorrentes de suas atividades e propor soluções²⁶², sobretudo, em relação à prevenção da criminalidade²⁶³.

Pois, como observa Adán Nieto Martín, ao

[...] oferecer parâmetros gerais e dar liberdade aos destinatários para

²⁵⁴ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 253.

²⁵⁵ A autorregulação regulada alude, em conclusão, à atividade pública mediante a qual o Estado faz possível a autorregulação, configura as estruturas e estabelece os processos através dos quais esta deve desenvolver-se, com a pretensão de que, através da mesma, possam chegar a satisfazer-se concretos fins ou interesses públicos. JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **Autorregulación y sanciones**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2015. p. 32. “Sobre os modelos de autorregulação regulada propriamente dita, *vide* Ivó Coca Vila. VILA, Ivó Coca. *Op. cit.*, p. 51.

²⁵⁶ Espécie do gênero regulação responsiva, pela qual, em apertada síntese, de acordo com Braithwaite, os reguladores ao definirem a política de atuação, se mais ou menos intervencionista, devem avaliar sua real necessidade. Em regra, parte-se do princípio de que medidas de persuasão, baseadas no diálogo, devem ser usadas antes que medidas mais drásticas entrem em jogo, como estratégia inicial. Assim, desenvolvem uma pirâmide regulatória, na qual, há um leque de opções em ordem crescente de gravidade. Nesta, a persuasão, na qual se insere o *compliance*, encontra-se na base, devendo, portanto, ser usado como estratégia inicial antes das penalidades. BRAITHWAITE, John. **Regulatory capitalism: how it works, ideas for making it better**. Cheltenham: Edward Elder, 2008. p. 84-88.

²⁵⁷ Como leciona Sieber é possível distinguir três formas de regulação estatal dos espaços de liberdade econômica: ocupando os extremos, a *autorregulação privada* e a *regulação puramente estatal*, ou heterorregulação; e, no centro, ocupando um mais largo espectro, a *corregulação estatal e privada*. ‘Enquanto a pura ‘autorregulação’ deixa às empresas uma ampla discricionariedade, e a regulação estatal fixa todas as decisões determinantes, a *corregulação* se caracteriza pelo fato de que as disposições estatais criam preceitos mais ou menos detalhados ou criam estruturas que estimulam a autorregulação e/ou fazem vinculantes medidas de autorregulação.’ SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 73 e ss.

²⁵⁸ VILA, Ivó Coca. *Op. cit.*, p. 51.

²⁵⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. cit.*, p. 46.

²⁶⁰ MARTÍN, Adán Nieto. Responsabilidad social, Gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. **Política Criminal**, [S. l.], v. 3, n. 5, 2008. p. 3-4.

²⁶¹ VILA, Ivó Coca. *Op. cit.*, p. 44-45.

²⁶² *Ibid.*, p. 61

²⁶³ SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 71.

articular suas próprias soluções reduz os custos, elimina controle desnecessários e permite uma adaptação com independência do tamanho da empresa, setor que opera, etc”²⁶⁴.

Assim, o Estado a partir de um ‘intervencionismo à distância’²⁶⁵ socializa o risco, “deixando nas mãos das próprias empresas a decisão de, em função dos seus benefícios econômicos e das exigências do mercado, incorporar medidas de controle”²⁶⁶ – aptas a propiciar o desenvolvimento de uma atividade socialmente responsável²⁶⁷.

Aqui, faz-se um seguinte adendo: na atualidade, além do componente ético às práticas empresariais, busca-se algo ainda mais amplo. Neste contexto, a meta contemporânea mundial é um ente empresarial que, para além disso, respeita os fatores ESG (*Environmental, Social and Corporate Governance*, a título de tradução: investimento ambiental, social e de governança), com objetivo de promover o desenvolvimento corporativo sustentável. Contudo, não cabe, nesta seção, uma investigação mais detalhada a esse respeito.

As empresas (de sua parte), a partir dessa ideia de que o comportamento empresarial pode ser socialmente e sustentavelmente adequado²⁶⁸, assumem essa delegação colaborativa mediante a adoção de algumas medidas destinadas para orientar a direção de seus negócios. Estas moldadas a partir de suas peculiaridades e condizentes com seus riscos e seu perfil organizacional, dentre elas, os programas de *compliance*²⁶⁹.

Inicialmente, em virtude da vagueza e da imprecisão²⁷⁰ que padece o referido conceito, partir-se-á de uma análise de ordem semântica. Nesta lógica, o *compliance*

²⁶⁴ MARTÍN, Adán Nieto. Como avaliar a eficácia dos programas de cumprimento. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 7-28. p. 13.

²⁶⁵ MARTÍN, Adán Nieto. Responsabilidad social, Gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias em el derecho penal de la empresa. **Política Criminal**, [S. l.], v. 3, n. 5, 2008. p. 3-4.

²⁶⁶ VILA, Ivó Coca. Op. cit., p. 44-45.

²⁶⁷ CAVERO, Percy Garcia. **Criminal Compliance**. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 14.

²⁶⁸ BRAITHWAITE, Jonh, Criminological Theory and Organizational Crime. **Justice Quarterly**, [S. l.], v. 6, n. 3, set. 1989. p. 333-358. e AIRES, Ian; BRAITHWAITE, Jonh. Op. cit., p. 101 e ss.

²⁶⁹ COFFEE JR., John C. Do norms matter? A cross-country evaluation. **University of Pennsylvania Law Review**, [S. l.], v. 149, p. 2151-2177, 2001. p. 2156.

²⁷⁰ O *compliance* pode existir por autorregulação, ou seja, a partir de iniciativa da própria empresa. Ou, a partir de incentivo ou cobrança estatal, o qual, é o responsável por estabelecer as linhas gerais, cabendo as empresas as complementares. Interessa para a presente, este último aspecto.

²⁷⁰ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

consiste em um substantivo correspondente ao verbo ‘*to comply*’, cujo significado é obedecer/acatar²⁷¹.

Partindo desse ponto, Thomas Rotsch atribui ao termo *compliance* o significado de “*to be in compliance with the law*”²⁷², traduzido-o conforme a seguinte locução: “conformidade ao Direito”. À vista disso, o autor prossegue definindo-o, a partir do conceito elaborado por Hauschka, como sendo um instrumento de supervisão empresarial vocacionado a assegurar que as empresas e seus órgãos operem em harmonia com a legislação vigente²⁷³.

Prittwitz, de igual modo, sintetiza em ‘fazer o que é devido’, cerne do Estado de Direito²⁷⁴. O que comunica a ideia de *compliance* como cumprimento normativo preventivo e voluntário²⁷⁵.

Sob esse olhar, Sousa destaca que o conceito de *compliance* relaciona-se intrinsecamente com a aplicação efetiva do direito (law enforcement)²⁷⁶, a partir da qual existe uma relação cooperativa entre a atividade empresarial e o Estado. Apresentando-se como essencial para a prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais²⁷⁷.

Para contexto, trata-se de um instrumento que ganha especial destaque em ordenamentos jurídicos nos quais ocorre um excesso regulatório, responsável por dificultar a compreensão de quais são as obrigações empresariais. O que aumenta o risco da atividade²⁷⁸ e compromete a própria prevenção corporativa do ilícito²⁷⁹.

Na tentativa de fortalecer e contribuir para a efetividade dessa atuação público-privada, com base no modelo de autorregulação regulada, a literatura propõe a aplicação

²⁷¹ PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los *compliance* officers. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ GIMENO, Iñigo de Urbina (org.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 208.

²⁷² ROTSCHE, Thomas. Criminal *compliance*. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, v. 49, n. 1, p. 1-11, jan. 2012. p. 2.

²⁷³ *Ibid.*, p. 2.

²⁷⁴ PRITTWITZ, Cornelius. *Op. cit.*, p. 208.

²⁷⁵ MENDES, Paulo de Sousa. *Op. cit.*, p. 13.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 14.

²⁷⁷ SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 71.

²⁷⁸ No mesmo sentido, Sanchez Rios e Antonieto destacam que a “dificuldade do empresário em se adaptar a toda normativa (tributária, ambiental, laboral, administrativa, etc.) que rege sua atividade”, é um dos fatores de risco da atividade empresária a ser considerado. RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. *Op. cit.*, p. 351.

²⁷⁹ No mesmo sentido: COIMBRA, Marcelo Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (org). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. [S. l.]: Atlas, 2010. p. 2. BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p. 22.

dos conhecimentos de *enforcement* à prevenção corporativa de ilícito²⁸⁰. Destacando que esta não pode basear-se apenas no exercício de autoadministração empresarial, fazendo-se, pois, essencial que:

[...] entidades corporativas contem com poderes de regulamentação, supervisão, aplicação de sanções administrativas por parte das autoridades independentes, assim como as competências de investigação e acusação em matéria penal²⁸¹.

Implica-se assim, de maneira circunstanciada, no fato de que a própria entidade corporativa, como ator decisivo no campo econômico, desenvolva as medidas institucionais destinadas à prevenção, detecção e reação aos ilícitos e às irregularidades, praticados em face da entidade empresária, ou em favor desta. Albergando, assim, os interesses dos *stakeholders* internos e externos (sócios, diretores, consumidores, trabalhadores e da sociedade²⁸²²⁸³).

À vista de uma plêiade de possibilidades existentes para a efetivação dessas medidas, Nieto Martín compara os mecanismos de *compliance* a um grande rio abastecido por numerosos afluentes, de origens muito diferentes²⁸⁴.

O primeiro, segundo o autor, seria a influência derivada da legislação em áreas como prevenção de risco, proteção de dados, lavagem de dinheiro ou abuso de mercado,

²⁸⁰ Aqui destaca-se a literatura de Scandelari, que em sede de ordenamento jurídico brasileiro, propõe a edição de uma lei apta a conferir uma capacidade maior de autorregulação às empresas. Observa que não se trata de ampliar o espectro normativo brasileiro com mais legislações. Mas sim, a edição de uma lei que diminua o poder estatal na regulação, conferindo maior autonomia a atividade empresarial. De modo que a partir daí, a empresa tenha ciência exata de quais normas regem sua atividade. O que, facilitaria a gestão de riscos, segundo o autor. Defende inclusive, que para o sucesso dessa estratégia, a possibilidade de acionamento pelo Estado pela própria empresa interessada, a fim de que o Estado a direcione. O que, segundo o autor, contribuirá para a gestão do risco relacionado ao exercício da atividade empresária, vez que faz mais sentido o próprio Estado dizer quais são as exigências a serem cumpridas, do que as empresas tentarem adivinhar, correndo o risco ainda assim de errarem. SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p.86-90.

²⁸¹ MENDES, Paulo de Souza. Op. cit., p. 14.

²⁸² SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 71.

²⁸³ ROTSCHE, Thomas. Sobre las preguntas científicas y prácticas de criminal *compliance*. **Anuario de derecho penal económico y de la empresa**, Lima, n. 3, p. 13-30, jan. 2015. p. 15. No mesmo sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., p. 15 e ss.

²⁸⁴ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 26

entre outros. Regulamentos esses que impõem às empresas a obrigação de adotar controles internos, com propósito de prevenir certas violações regulatórias²⁸⁵.

O segundo afluente seria o governo corporativo, termo com uma definição tão ambígua quanto a de cumprimento, contudo, que representa um princípio constitucional dentro da empresa. Basicamente, a ideia de boa governança centra-se na lexia ‘lutar’ e na ação prática do vocábulo quanto ao lutar contra o abuso de poder dentro das corporações, gerando, desse modo, um sistema de freios e contrapesos, e, ainda, com ampla participação dos *stakeholders*²⁸⁶.

Referente ao terceiro, este consistiria na influência exercida pelos códigos éticos já existentes nas empresas, cujo corpo normativo envolveria todo o sistema do ente empresarial de *compliance*. Destarte, o quarto, auditoria interna e, por fim, a responsabilidade penal com a função de prevenir e detectar ilícitos²⁸⁷.

Dito isso, observa-se que seu objetivo é muito mais amplo do que “garantir o cumprimento das regras vigentes, relacionadas com a sua atividade, mas paira também, o respeito e disseminação dos princípios éticos e de integridade corporativa (...)”²⁸⁸.

Não obstante, não se pode confundir o mecanismo do *compliance* com outros programas de supervisão, delineados por objetivos voltados à promoção de valores éticos (*business ethics*), relacionados às atividades sociais das empresas (*corporate social responsibility*), ou mesmo, com programas sobre transparência na estrutura das sociedades comerciais (*corporate governance*); os quais, encontram-se voltados apenas à observância de diretrizes internas, códigos éticos de governança, disposições de *soft law* e entre outros²⁸⁹.

Aliás, é possível afirmar que o *compliance* configura um dos pilares da governança corporativa (*corporate governance*)²⁹⁰, contudo, com essa não se confunde. Enquanto a governança corporativa consiste no caminho para se construir uma imagem

²⁸⁵ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 26.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Op. cit., p. 342.

²⁸⁹ SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Compliance programs for the prevention of economic crimes: na empirical survey of german companies*. Berlin: Dunker e Humblot, 2014. p. 1-2.

²⁹⁰ Sistema pelo qual as empresas são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Conhecimento*. [20-]. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento>. Acesso em: 02 jun. 2021.

positiva empresarial e garantir sua longevidade e continuidade, devido ao zelo empregado na observância dos princípios que a norteiam – quais sejam, transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa²⁹¹, o *compliance*, como anteriormente afirmado, é um pressuposto dessa.

Tendo em vista que não existe como garantir que a empresa seja uma boa cidadã corporativa²⁹² (*good citizen corporate*)²⁹³ sem a observância dos valores e as normativas internas e externas. O que justifica, por sua vez, que o conjunto de diretrizes estabelecidas pelo *compliance* conduzem a organização de forma adequada no sentido de evitar, identificar e reagir às condutas empresariais impróprias, indo muito além das medidas de simples vigilância.

2.2 INSTRUMENTOS NORMATIVOS ESSENCIAIS

Por opção metodológica, faz-se aqui uma brevíssima introdução a respeito de alguns instrumentos normativos estadunidenses os quais contribuíram para o desenvolvimento dos programas de *compliance*. Porquanto, para além de ordenamento paradigma nesta dissertação, reconhece-se, desde logo, que foi a partir da experiência dos EUA que os instrumentos de *compliance* tornaram-se tendência internacional.

A partir dos diplomas selecionados²⁹⁴, perceber-se-á que a expansão dos mecanismos de *compliance* encontra-se norteada por eventos econômicos. E, não há razões para ser diferente, pois, foram a partir das crises econômicas – em sua maior parte

²⁹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança Corporativa**. [20--]. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 02 out. 2021.

²⁹² MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 159.

²⁹³ O termo “bom cidadão corporativo” foi extraído de um simpósio realizado em 1995, pela *United States Sentencing Commission*, cujo objetivo era analisar as formas de padrões governamentais e nos mecanismos de *enforcement* legislativo para estimular empresas a implementar mecanismos de autofiscalização e programas de *compliance*. Cf. GRUNER, Richard S.; BROWN, Louis M. Organizational Justice: Recognizing and Rewarding the Good Citizen Corporation. **Journal of Corporation Law**, [S. l.], v. 21, n. 4, p. 731-766, 1996. p. 732. William Laufer por sua vez refere-se a um movimento em meados da década de 1990, onde o governo propôs uma iniciativa público-privada setorial para combate ao crime corporativo. LAUFER, William S. A very special regulatory milestone. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, v. 20, n. 2, p. 329-428, 2017. p. 392.

²⁹⁴ Não se desconhece que se atribui a Security and Exchange Commission (SEC) a exigência às empresas do mercado de valores da implementação dos primeiros programas de controles internos. Contudo, consoante descrito, a pesquisadora optou por selecionar apenas alguns instrumentos normativos, os quais entende que exercem maior influência nos programas de *compliance* implementados no Brasil.

decorrente de escândalos corporativos, dentre os quais, a quebra da *Bolsa de Nova York*²⁹⁵, *Watergate*, *WorldCom* e *Lehman Brothers* – que se percebeu a necessidade de um fortalecimento regulatório, a fim de evitar reincidências e perdas ainda maiores quanto à confiança no mercado (as quais ainda assim ocorreram).

Em suma síntese, à vista da descrição realizada no presente tópico, arcabouços normativos permeados por dispositivos preventivos e por mecanismo para detecção de ilícitos foram editados²⁹⁶.

2.2.1 FCPA - *Foreing Corrupt Practive Act*

O pioneirismo legislativo de regulação dos mercados é atribuído pela literatura ao *Foreing Corrupt Practive Act* (FCPA – 1977), com edições em: 1988 e 1998. Que se refere a um importante estatuto, promulgado após o escândalo de *Watergate*, com o objetivo de prevenir atos de corrupção nas relações público-privadas, realizadas dentro e fora do território americano.

A criminalização de condutas empresariais pelo FCPA contribuiu para o incremento de rotinas preventivas no âmbito empresarial. E, atualmente, sua operacionalização para induzir o comportamento empresarial ampara-se na política de estímulos e desestímulos (“*carrots and sticks*”)²⁹⁷, com a concessão de benefícios à autodenúncia, à delação e à entrega de elementos de prova.

Portanto, sendo considerado fundamental para a propositura da ação penal Norteamericana, saber se a empresa foi tolerante com atos de corrupção, bem como quais foram as medidas adotadas para mitigar o dano, e ainda, se havia programa de *compliance* – ainda que inexistisse a obrigação formal às empresas de o desenvolverem previamente²⁹⁸.

²⁹⁵ Neste ponto, destaca que desde o pânico de 1907, indicativos históricos demonstram que o banqueiro J. P. Morgan chamava a atenção para a necessidade de mecanismos para recuperar a confiança e a transparência do mercado para evitar uma quebradeira ainda maior, dentre eles a necessidade das regras de *accountability*. *Vide*: CAROSSO, Vincent P. **The Morgans: Private International Bankers**. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

²⁹⁶ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 68.

²⁹⁷ KOEHLER, Mike. *Op. cit.*

²⁹⁸ UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Foreign Corrupt Practices Act**. 03 fev. 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 11 abr. 2021.

2.2.2 *United States Sentencing Guidelines for Organizations*

Em 1991, com as *United States Sentencing Guidelines for Organizations* – USSG²⁹⁹ e com a idealização da figura do bom cidadão corporativo – traduzida na ética empresarial e da cultura de respeito a norma³⁰⁰ – restou inaugurada a denominada “nova era do *compliance*”³⁰¹.

A relevância das USSG deve-se, principalmente, a previsão de diretrizes para a determinação da pena a ser aplicada aos entes corporativos dispostas no Capítulo 8³⁰². No qual encontra-se prevista a possibilidade de redução da pena corporativa a partir da existência de um efetivo programa de *compliance*³⁰³, também, da comunicação voluntária das irregularidades encontradas, assim como da cooperação nos atos de investigação, e, ainda, em virtude da assunção da responsabilidade decorrente do delito. Elementos esses que passaram a nortear as condutas empresariais.

Destarte, em que pese se tratar de instrumento normativo sem força de lei, a adequação empresarial às suas diretrizes faz-se bem-vistas pelas entidades reguladoras.

2.2.3 *Sarbanes Oxley Act (SOX)*

A par desses avanços legislativos, novos escândalos corporativos vieram à tona em 2002, com a empresa Enron, seguida do caso WorldCom³⁰⁴, dentre outros. Os quais,

²⁹⁹ Guia de aplicação das penas às pessoas jurídicas.

³⁰⁰ Díez, Carlos Gómez-Jara. Op. cit., p. 255 e ss.

³⁰¹ Cf NEWTON, Brent; SIDHU, Dawinder. The History of the Original United State Sentencing Commission, 1985-1987. *Hofstra Law Review*, [S. l.], v. 45, p. 1167-1308, set. 2017. p. 1167 e ss.

³⁰² Designadas *Organizational Sentencing Guidelines* (OSG) - subseção (f) do §8C2.5. UNITED STATES. United States Sentencing Commission. **Guidelines Manual**: §8C2.5 - Culpability Score. 01 nov. 1987. Disponível em: <https://guidelines.ussc.gov/gl/%C2%A78C2.5>. Acesso em: 01 ago. 2021.

³⁰³ Estabelece linhas gerais para um efetivo programa de *compliance*: a) promoção de uma cultura organizacional que incentive a conduta ética e um compromisso com o cumprimento da lei; (b) promova o engajamento explícito dos altos escalões no programa de conformidade, com responsabilidades específicas direcionadas à elaboração, implementação, vigilância e supervisão do programa, que deve dispor de recursos adequados; (c) comunicação efetiva do programa de *compliance* a todos os níveis de empregados; (d) treinamentos e capacitação periódicas; (e) avaliação periódica da eficácia do programa; (e) abertura de canais internos de denúncia que permitam o anonimato ou sigilo; (f) detectada a conduta criminosa, deve a empresa tomar medidas razoáveis para dar resposta adequada ao fato, inclusive mediante ajustes no programa de conformidade, de modo a prevenir futuras ocorrências. §8B2.1. UNITED STATES. United States Sentencing Commission. **Guidelines Manual**: §8B2.1 - Effective *Compliance* and Ethics Program. 01 nov. 1987. Disponível em: <https://guidelines.ussc.gov/gl/%C2%A78B2.1>. Acesso em: 01 ago. 2021.

³⁰⁴ Os escândalos foram responsáveis por uma desconfiança global nos trabalhos dos auditores. Na tentativa de recuperar a confiabilidade no trabalho por eles realizado, tal qual os Estados Unidos, no ordenamento

por sua vez, culminaram na elaboração da *Sarbanes Oxley Act (SOX)*. Normativa dotada de um caráter mais punitivista, a qual estabelece deveres gerais e especiais de organização³⁰⁵, com intensas mudanças regulatórias, de modo que controles, até então voluntários, passaram a ser obrigatórios³⁰⁶. Objetivando com isso, a proteção dos acionistas e a evitação de novas fraudes.

Dentre os controles previstos, merecem destaque a necessidade de reforçar os padrões de conduta, de qualidade, de ética e, ainda, o de aumento da exigência em divulgações a nível de informações financeiras, para todas as corporações Norte-americanas com negociações envolvendo títulos de forma pública e firmas de contabilidade³⁰⁷.

2.2.4 *Dood- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*

No final da crise financeira de 2008, os programas de *compliance* restaram ampliados pela edição do *Dood- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, em 2010. Diploma este orientado à promoção de uma reformulação da regulação em setores nos quais acreditava-se que teriam dada causa à citada crise, quais sejam, bancos, credores hipotecários e agências de classificação de crédito.

Intentou-se, através da incorporação de mudanças significativas, melhorar a transparência e aperfeiçoar o monitoramento, determinando estudos, avaliações e supervisões periódicas dos produtos financeiros arriscados, a fim de impulsionar uma adequada avaliação dos riscos a partir de novos padrões de vigilância e supervisão³⁰⁸.

jurídico brasileiro restou editada a norma NBC T 14 – atualmente NBC PA 11 - a qual passou a estabelecer a Revisão Externa de Qualidade – cujo objetivo é avaliar os trabalhos dos auditores. SOUZA, Débora Cardoso. **Revisão Externa de Qualidade dos Trabalhos de Auditoria Independente**: análise das pessoas físicas e jurídicas de Santa Catarina indicadas nos anos de 2012 a 2015. 2016. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Contábeis) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2016. p. 29-30.

³⁰⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 23.

³⁰⁶ DELOITTE TOUCHE TOHMATSU. **Lei Sarbanes-Oxley**: Guia para melhorar a governança corporativa através de eficazes controles internos. [S. L.:s.n.], 2003. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/sarbanes_oxley_portugues_delloite.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

³⁰⁷ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 74.

³⁰⁸ UNITED STATES. Congress. **Public Law 111-203**. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. 21 jul. 2010. Disponível em: <https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

2.2.5 Ordenamento jurídico pátrio

No Brasil, por sua vez, em consonância com o movimento global ditado pelos compromissos firmados perante organizações internacionais³⁰⁹, o *compliance* foi previsto pela primeira vez no ano de 1998, na Resolução 2554 do Conselho Monetário Nacional.

Após, fez-se presente na Lei nº 9613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro - com as alterações promovidas pela Lei nº 12683/2012 – única com previsão de implementação obrigatória para setores sensíveis, conforme extrai-se do artigo 10, inciso III) e, nas Resoluções do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF.

Seguindo conforme descrito, foi a partir de sua previsão na Lei Anticorrupção (Lei nº 12846/2013), que essa nova cultura colaborativa corporativa ganhou relevo a nível nacional, isso não só no ambiente corporativo, como também a nível acadêmico/científico.

Trata-se de novel, o qual, apesar de permeado por diversas medidas de natureza materialmente penal, tem cariz civil e administrativo, pelo qual, objetiva-se a repressão aos atos de corrupção, fraude à licitação, entre outras hipóteses de lesão à administração pública. Dentre os casos, cabe ressaltar, praticados por pessoa jurídica contra a Administração Pública nacional e estrangeira.

Para tanto, buscou-se incentivar a criação pelas sociedades empresárias de mecanismos de *compliance* em prol da prevenção e repressão aos atos de corrupção, ao disciplinar a possibilidade de redução de 1% a 4% do valor da multa fixada a título de sanção administrativa. Ou mesmo, de até 2/3 no caso de celebração de acordo de leniência pela prática de conduta ilícita, para as empresas que tiverem em seu corpo setor de *compliance*.

Convém evidenciar que, passados oito anos da edição legislativa, não é possível afirmar o alcance dos efeitos esperados³¹⁰, tendo em vista que os escândalos empresariais no Brasil continuaram a se fazer presentes.

³⁰⁹ O Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei 12846/13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 31.

³¹⁰ Scandelari observa no mesmo sentido de que ainda inexistente no Brasil uma preocupação das empresas com a cultura corporativa. E que quando o fazem, a motivação é muito mais norteada por uma obrigação

Oportuno observar que, desde a edição legislativa, a revisão da literatura já apontava para a probabilidade da expectativa estatal restar frustrada, não só pelos custos que envolvem a implementação dos instrumentos de *compliance*, mas, especialmente, pela ausência de previsão da responsabilidade penal empresarial, reconhecida constitucionalmente³¹¹ nos artigos 173, § 5º e 225 § 3º, limitando-se a legislação à previsão da responsabilidade administrativa corporativa, na contramão dos ordenamentos internacionais.

Recentemente, o arcabouço normativo pátrio - orientado pelo movimento colaborativo público-privado - foi ampliado com a edição da Lei nº 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais, e, ainda, pela nova Lei de Licitações (nº 14.133/2021)³¹².

2.3 MOMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO

Sem embargo, tema crucial para a pesquisa, diz respeito ao momento de adoção dos programas de *compliance* pelas empresas, pois, a depender do momento – se *ex ante* ou *ex post factum* – seus efeitos poderão ser diferentes.

O que significa dizer que: um programa de *compliance* – implementado antes de um ilícito e justamente para evitar qualquer infração normativa – mostra-se denominado para fins da presente de preventivo, isto é, *ex ante factum*.

legal ou uma ideia de *marketing* e maximização dos lucros. SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 54.

³¹¹ Não se desconhece a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a possibilidade de responsabilização penal do ente coletivo, todavia não é o objetivo da presente enfrentá-la. Mesmo porque parte-se da premissa de que esta é perfeitamente possível e, que o questionamento da atualidade sequer conquiste na possibilidade da responsabilização penal empresarial, mas sim, em como fazê-lo.

³¹² A título de exemplo, esta, evidenciou a previsão de programas de *compliance* em diversos dispositivos, dentre os quais, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, (art. 25, § 4º); assim, como, em caso de empate entre duas ou mais propostas, um dos critérios é justamente o desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, (art. 60, inciso IV); na aplicação de sanções aos responsáveis por infrações administrativas, considerar-se-á a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, (art. 156, § 1º, inciso V); para a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade, que aplicou a penalidade, exige-se a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável (art. 163, parágrafo único). BRASIL. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Presidência da República: Brasília, 10 jun. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.

Noutro vértice, a adoção de mecanismos de *compliance* pela empresa pode vir a ocorrer somente após a ocorrência de um ato contrário à norma³¹³. E diversos podem ser os motivos para o ente empresarial não o tê-lo adotado antes, dentre os quais, ausência de responsabilidade social, custos excessivos, entre outros. Neste contexto, para fins desta dissertação, estar-se-á diante de um mecanismo de *compliance* denominado repressivo, isto é, *post factum*.

Nada obstante, esclarece-se que quando aqui se reporta a ferramenta de *compliance* repressiva, refere-se, de forma exclusiva, ao momento de sua implementação (*post factum*), destacando-se, desde logo, a presença dos pilares preventivos. Não sem razão, que o mencionado instrumento objetiva justamente uma reprogramação cultural e, por conseguinte, prevenir a reincidência das infrações normativas.

Partindo da premissa de que os instrumentos de *compliance* materializam a autorregulação regulada e que dependem muito mais de um efetivo *enforcement* do que de uma escala de penalidades³¹⁴, para o Estado, estes deveriam ser adotados a partir de iniciativa própria do ente empresarial e, preferencialmente, *ex ante factum*.

A fim de influenciar as empresas a esse comportamento desejável, o Estado concede incentivos ou promessas de benefícios para as empresas estruturarem ou zelarem pela manutenção de programas de *compliance*. Os quais, não lhe retiram a iniciativa da empresa, ainda que a motivem.

Parte-se da seguinte ideia: um sistema de incentivos pode guiar os entes corporativos a adotarem amplamente as metas preventivas, principalmente aquelas norteadas em função da prevenção da criminalidade³¹⁵, favorecendo, ainda, a implementação de um programa fortemente comprometido com a colaboração da pessoa jurídica para com o Estado.

Tem-se que, a depender da normativa, os benefícios futuros relacionam-se com a mitigação de eventuais sanções civis, administrativas e penais, logo, podendo configurar atenuante genérica, ou mesmo, a isenção frente à responsabilidade.

Outrossim, o tratamento diferenciado a partir de incentivos justifica-se, pois, uma companhia que demonstre preocupação em ser socialmente responsável, compromissada

³¹³ Trata-se de hipótese que decorre, em regra, de sanção ou acordo realizado com a autoridade fiscalizatória, consoante será melhor delineado sequencialmente.

³¹⁴ BRAITHWAITE, John. **Regulatory capitalism**: how it works, ideas for making it better. Cheltenham: Edward Elder, 2008. p. 84-88.

³¹⁵ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 99.

em adotar medidas voltadas às colaborativas em prol da prevenção e gestão de riscos não merece o mesmo tratamento estatal dispensado àquela que lhe é indiferente. Aliás, na literatura encontram-se vozes direcionadas no sentido de que sob esta recaia reprimenda mais elevada³¹⁶, posto isto, estabelecendo sanções administrativas que deverão ser aplicadas em caso de descumprimento³¹⁷ (sancionando o *non-compliance*³¹⁸).

Sobre aqueles, a revisão de William Laufer observa que deveriam se relacionar diretamente com os objetivos do *compliance*, principalmente, a promoção de um bom comportamento corporativo. Contudo, consoante destacado pelo autor, esses estímulos parecem indiferentes à cultura empresarial, ou mesmo, à tomada de decisões corporativas, refletindo muito mais na indústria de *compliance* e da ética (cujo objetivo a pretensa proteção moral é efetivamente econômico³¹⁹).

Nada obstante, pontua-se que, se a proposição cunhada na mera ‘indústria do *compliance*’ fosse genuína, a simples existência formal de um programa ensejaria automaticamente na mitigação das sanções, o que não corresponde à verdade. Consoante, examinar-se-á sequencialmente qualquer benefício somente será validado naqueles casos, nos quais reste demonstrado que o ente moral se comprometeu de forma efetiva com a estrutura implantada.

Ainda, a justificar a concessão dos incentivos, estes podem ser analisados sob uma perspectiva econômica. Pois, a partir dos preceitos da análise econômica do direito³²⁰, as empresas – tal qual os indivíduos e consoante as ponderações apresentadas no capítulo

³¹⁶ PARKER, Christine. **The *compliance* trap**: the moral massage in responsive regulatory enforcement. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 3. No mesmo sentido: MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et al.* (coord.). **Temas de anticorrupção e *compliance***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 201.

³¹⁷ SCANDELARI, Gustavo Brita. ***Compliance e Law Enforcement***: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 32.

³¹⁸ Vide o Bribery Act – Legislação penal inglesa relacionada a previsão do suborno.

³¹⁹ LAUFER, William S. *O *compliance* game*. In SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOROSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza de (org.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo**: o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: LiberArts, 2015. p. 59.

³²⁰ Método de investigação que a partir da literatura econômica é capaz de fornecer arcabouço teórico para auxiliar a compreender como o ser humano reagirá a cada alteração de sua estrutura de incentivos e, em última instância, como o direito pode elaborar tal estrutura para alcançar maior bem-estar social. GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 25.

um – podem ser consideradas agentes racionais³²¹³²² maximizadores de suas preferências (lucro). Por conseguinte, estas determinam suas escolhas a partir de uma maior eficiência alocativa³²³, isto é, com a maximização da riqueza e à minimização dos custos.

Isto posto, mostra-se natural que para a tomada de decisões ponderem a respeito dos custos e benefícios³²⁴. Logo, dentro dessa lógica, o *compliance* constitui hipótese para a avaliação da racionalidade econômica na aplicação do Direito³²⁵.

Um programa de *compliance* impõe elevados custos de transação, pois, serão necessárias a adoção de diversas medidas preventivas, a variar de acordo com o tamanho e a sensibilidade do setor empresarial.

Além disso, mecanismos demasiadamente rigorosos podem, eventualmente, engessar a gestão empresarial e, ainda, elevar os custos de oportunidade³²⁶. De maneira que, na avaliação de riscos e na implementação da estrutura de *compliance* a visar uma alocação eficiente de recursos, a empresa proceda um exame de todas essas questões adequadamente.

Nestas ponderações, os custos de um *non-compliance* e, por conseguinte, de um eventual envolvimento em ilícitos com aplicação de penalidades pelo Estado, também, não podem ser desprezados. Dentre estes devem ser incluídos a depreciação reputacional, os custos de um acordo e/ou de um processo judicial, a probabilidade de responsabilização da empresa ou de seus diretores, a desvalorização de suas ações, entre outros.

³²¹ A teoria da escolha racional pretende explicar o processo de tomada de decisões a partir das ferramentas econômicas. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. Boston: Addison-Wesley, 2012. p. 18.

³²² Em sentido contrário: ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade**: porque mentimos para todo mundo, inclusive para nós mesmos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 44. No mesmo sentido, Silva Sanchez, *Vide* nota 70.

³²³ CARLI, Carla Veríssimo de. **Anticorrupção e compliance**: a incapacidade da Lei n. 12846/13 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de *compliance*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

³²⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. cit.*, p. 16-17.

³²⁵ Destaca-se que não se ignora a existência de correntes que desviam do modelo racional para apontar que a tomada de decisão é guiada por vieses cognitivos ou outros fatores não racionais, como é o caso da economia comportamental. No entanto, como bem apontam Wright e Ginsburg, os efeitos dos vieses tendem a desaparecer em situações sujeitas à disciplina do mercado, em que a tomada de decisão ocorre com muito mais reflexão e a avaliação de custos e benefícios visando ao lucro é mais precisa. WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. Behavioral Law and Economics: Its origins, fatal flaws, and implications for liberty. **Northwestern University Law Review**, v. 106, n. 3, p. 12-63, 2012. p. 12.

³²⁶ Eventualmente, a intervenção do *compliance* pode aumentar a burocracia ou levantar *red flags* que até serem diagnosticadas, a oportunidade de negócio pode não mais subsistir.

Em contrapartida, avaliar os benefícios de um programa de *compliance* é uma tarefa complexa³²⁷, principalmente porque não se resume aos benefícios econômicos. Incluindo, portanto: minimização de riscos, mais confiança entre as partes interessadas, vantagem de mercado, e assim por diante.

Na temática, Blanco Cordero, com propriedade, comenta:

É certo que o cumprimento dessas obrigações pode dificultar a maximização dos lucros, que é o que toda empresa busca. Mas também pode ser utilizado como forma de publicidade positiva, pois permite evitar a má imagem que pode ser derivada de possíveis violações, e compensar de alguma forma os custos dos seus investimentos.³²⁸ (tradução nossa).

Este complexo cenário permeado por inúmeros aspectos e por distintas naturezas a serem ponderadas pode, eventualmente, comprometer a eficácia da tomada de decisão, distanciando-se do que poderia ser considerado uma escolha racional^{329/330}.

Por essa razão, os defensores do modelo da economia comportamental – baseada no comportamento dos reguladores – tecem ponderações no sentido de que não só o receio de punição, como: atitudes pessoais e obrigações morais, de igual forma, deveriam ser objeto de análise por parte dos atores de *compliance*³³¹.

Principalmente, porque por vezes podem justificar o adimplemento normativo mesmo quando a análise custo e benefício conclua em sentido diverso³³². Seguindo, preocupado que a escolha racional não recaia na adoção de programas de *compliance* e que os estímulos e as promessas de recompensa, eventualmente, sejam insuficientes³³³; tem-se verificado a prática de políticas estatais direcionadas à estruturação de programas

³²⁷ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martínez. Desafios para efetividade dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 71-104. p. 80.

³²⁸ “Es cierto que el cumplimiento de tales obligaciones puede dificultar la maximización de beneficios, que es lo que persigue toda empresa. Pero también se puede utilizar como forma de publicidad positiva, pues permite eludir la mala imagen que se puede derivar de posibles incumplimientos, y compensar de alguna manera los costes de sus inversiones”. CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Alicante: Arazandi, 2009. p. 121.

³²⁹ ODED, Sharon. **Corporate compliance: new approaches to regulatory**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 45.

³³⁰ Afora eventuais vieses cognitivos mencionados no capítulo um. Os quais, por questões didáticas, deixam-se de replicá-los.

³³¹ ODED, Sharon. Op. cit., p. 49-50.

³³² *Ibid.*, p. 48-49.

³³³ Há estudos que concluíram que a legislação brasileira é ineficiente neste sentido. Para tanto, *Vide* CARLI, Carla Veríssimo de. **Anticorrupção e compliance: a incapacidade da Lei n. 12846/13 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

de *compliance* a partir de um ato contrário à norma. Sendo possível ser imposto por ocasião de decisões proferidas por autoridade, ou mesmo, em decorrência de acordos celebrados com órgãos de acusação.

Nos casos supracitados, estar-se-á diante de um instrumento *ex post*, pelo qual objetiva-se uma quebra de paradigma³³⁴. Porquanto, diante de conduta contrária ao ordenamento, aproveitar-se-á para promover uma reprogramação cultural. Ao tempo em que se propicia a sobrevivência da empresa, bem como dos empregos e a manutenção da atividade econômica por ela desenvolvida.

Cabe destacar, para o último item descrito no parágrafo anterior, que este é o programa que interessa a presente dissertação. Dito isso, observa-se, desde logo, que, a independer se *ex ante* ou *ex post*, faz-se necessário que o *compliance* seja efetivo, e não apenas algo proforma a servir de *marketing* empresarial.

2.4 EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

O tema elegido nesta seção inquieta e instiga o debate, uma vez que repousa justamente no que consiste um programa de *compliance* efetivo³³⁵, isto é, apto a permitir a concessão dos benefícios legais, dado a inexistência de padrões objetivos de mensuração tornar o problema desafiador³³⁶.

As inquietações recaem, sobretudo, na ausência de diretrizes para diagnosticar um programa de fachada, cujo objetivo é exclusivamente blindar a empresa e seus gestores. Ou ainda, programas deficientes – caracterizados por estruturas inadequadas – responsáveis, por vezes, justamente pelo aumento do risco que se pretende gerenciar.

³³⁴ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit., p. 186-190;

³³⁵ Há literatura a que advogue no sentido de que não é possível falar em efetividade de programas de *compliance*, mas sim idoneidade, pois não seria possível auferir empiricamente sua a capacidade preventiva. Neste sentido: SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

³³⁶ MARTÍN, Adán Nieto. *Compliance*, Criminologia e Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 73 - 85.

Noutro vértice, um mecanismo de *compliance* desacompanhado de certos procedimentos internos e, que garantam seu cumprimento, será apenas um conjunto de boas intenções³³⁷, mas não um instrumento voltado para a prevenção de ilícitos.

Assim, a literatura tem debruçado-se em estabelecer elementos estruturais básicos, sem os quais, acredita-se que os programas estarão fadados ao insucesso – resguardando-se a discricionariedade regulatória autônoma referente às especificidades corporativas.

Sieber descreve que uma arquitetura mínima de um programa de *compliance* deve conter:

1. Definição e comunicação das finalidades e valores a serem observados pela empresa, análise dos riscos específicos assim como as determinações e as advertências dos preceitos a serem observados e do procedimento para as empresas e seus empregados;
2. Fundamentação da responsabilidade do plano de direção mais elevado em relação aos objetivos, valores e procedimento para evitar a criminalidade de empresa; determinação das responsabilidades em relação ao plano intermediário da direção com a criação de uma seção especializada na empresa (seção *compliance*), assim como o esclarecimento e capacitação dos empregados da empresa;
3. Criação de um sistema de informação para a descoberta e esclarecimentos de delitos, especialmente para o controle interno e pessoal e material, deveres de informação, sistema de informante para a recepção de informações anônimas, determinação do canal de denúncias para casos suspeitos a serem esclarecidos e de adaptações em curso e desenvolvimento posterior dos programas de *compliance*;
4. Introdução de controladores externos e controles em relação aos elementos individuais dos programas de *compliance* e avaliação externa dos programas;
5. Estabelecimento de medidas sancionatórias internas em face de abusos;
6. Criação de estruturas efetivas de incentivo para a realização e desenvolvimento posterior das medidas anteriormente mencionadas³³⁸.

Estrutura essa corroborada por estudo empírico, desenvolvido pelo autor em parceria com Engelhart, – por intermédio do programa de pesquisa do Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law – no qual, os próprios empresários entrevistados destacaram ser essencial para a efetividade do programa o “tone at the top”³³⁹ e os padrões morais, seguidos da criação de referenciais éticos dentro da empresa; necessidade de comunicação dos empregados das normas legais e regulamentares e das possíveis sanções nos casos de violações; auditorias e controles internos; nomeação de *compliance officer* e a realização de treinamentos³⁴⁰.

³³⁷ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 25-39.

³³⁸ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 75-76.

³³⁹ Adesão da alta administração empresarial (tradução nossa).

³⁴⁰ No mesmo sentido, Adán Nieto para quem um programa de *compliance* deve garantir o desenvolvimento de uma cultura da legalidade com formação dos colaboradores; ter canais de denúncia efetivos; previsão de sanções disciplinares interna; monitoramento constante do programa e adaptação diante da

Após esses elementos, os empresários consideraram essenciais, ainda, a explicação das razões éticas as quais informam as regulações legais a serem seguidas, assim como as *hotlines*. No fim da lista, aparecem os treinamentos *online* (*compliance* como critério de bônus salarial, auditorias externas e os manuais³⁴¹).

Semelhantes são os indicadores desenvolvidos por Eugene Soltes, dentre os quais destacam-se: o exercício efetivo da liderança a inspirar comportamentos éticos, treinamento constante dos colaboradores, *hotlines*, medidas disciplinares redes contratuais, monitoramentos constantes do programa, análise de riscos, entre outros³⁴². Isso para quem, à vista de inexistir uma fórmula genérica, os elementos estruturais mínimos constatam-se essenciais para não se perder a consistência do *compliance*³⁴³.

Assim, apoiado em um certo consenso doutrinário³⁴⁴ e, guiado pela premissa de que os mecanismos de *compliance* constituem medida de autorregulação regulada, sob o Estado recai a atribuição de definir os requisitos mínimos que impeçam as empresas de implementar programas cosméticos. Enquanto, as empresas, ancoradas em ações

constatação de possíveis falhas, e ainda, normas de controle e análises de risco para assegurem sua eficácia. MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 25-39.

³⁴¹ SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. Op. cit., p. 124-127.

³⁴² SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate *compliance* programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. **New York University Journal of Law & Business**, New York, v. 14, n. 3, p. 965-1011, 2018.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ Contraindo-se à literatura, William Laufer, elabora um jogo de simulação de uma avaliação de efetividade de um programa, para destacar o risco de as autoridades não se darem por satisfeitas com os programas implementados e exigirem cada vez mais elementos: “os reguladores provocam o regulado com prescrições rudimentares para diligência que parece ter sido literalmente arrancada das páginas introdutórias livros didáticos de gestão e livros de aeroportos de negócios. Foco em cultura corporativa e na participação da alta cúpula. Certifique-se de que a liderança corporativa conduza a integridade organizacional. Seja proativo e reativo de forma adequada sobre ética. Dê aos denunciadores um meio de comunicação. Contrate oficiais de ética com reporte direto à alta administração e ao conselho de administração. E quando houver falhas de conformidade, aplique as violações internas dos códigos de ética com mecanismos disciplinares apropriados. Quando as empresas fizeram um investimento razoável em novos sistemas de conformidade, tecnologia e treinamento, e houve falhas, casos de fraude corporativa foram eliminados com multas criminais cada vez maiores e, por prescrição, compromissos para contratação e despesas adicionais de conformidade. A receita regulatória não poderia estar mais errada, mesmo na ausência de qualquer evidência. Mais e mais dos mesmos ingredientes de conformidade são requeridos. Nos últimos anos, e após décadas cozinhando com a mesma receita regulatória, os orçamentos de conformidade das maiores empresas para áreas individuais de risco legal, como lavagem de dinheiro, estão bem nos bilhões. Quando todas as áreas de risco são agregadas, o gasto regulatório para grandes instituições financeiras, por exemplo, é nada menos que astronômico. (tradução nossa). LAUFER, William S. A very special regulatory milestone. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, v. 20, n. 2, p. 329-428, 2017. p. 392.

norteadas a prevenir, identificar e corrigir irregularidades³⁴⁵, responsabilizam-se por promover uma individualização desses a partir de sua realidade e especificidade de atuação.

As *Guidelines Manual of United States Sentencing Commission*, por exemplo, consideram, nos termos de seu artigo §8B2.1, um efetivo programa de *compliance* apto a ensinar a atenuação das sanções aquele que compreende de forma resumida o exercício da *due diligence*, com o fim de prevenir e detectar: condutas criminosas, promoção de uma cultura organizacional que estimule condutas éticas, o compromisso com o cumprimento da lei³⁴⁶, e, ainda, o monitoramento constante do programa. Disposições estas as quais, juntamente com as disposições do DOJ, servem de orientação para as empresas que operam sob o manto da legislação estadunidense.

No Brasil, por sua vez, o artigo 42 do Decreto 8420/15 fixa os mesmos parâmetros tanto para avaliação quanto para aplicação do programa, abrangendo todos os componentes³⁴⁷ possíveis de um mecanismo de *compliance*, quais sejam:

Artigo 42 (I) comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; (II) padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; (III) padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; (IV) treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; (V) análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; (VI) registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; (VII) controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; (VIII) procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; (IX) independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; (X) canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; (XI) medidas

³⁴⁵ PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. Corporate *Compliance* Systems: could They make any difference? *Administration & Society*, [S. l.], v. 41, n. 1, p. 3-37, dez. 2008. p. 2.

³⁴⁶ UNITED STATES. United States Sentencing Commission. **Guidelines Manual**: §8B2.1 - Effective *Compliance* and Ethics Program. 01 nov. 1987. Disponível em: <https://guidelines.ussc.gov/gl/%C2%A78B2.1>. Acesso em: 01 ago. 2021.

³⁴⁷ Outro instrumento normativo a nos orientar, consistem nos Princípios de Ruggie. Arcabouço elaborado pela ONU e internalizado pelo ordenamento brasileiro, os quais apresentam parâmetros às empresas protegerem, respeitarem e repararem os direitos humanos. Princípios estes, os quais, devem fazer parte dos programas de *compliance*.

disciplinares em caso de violação do programa de integridade; (XII) procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; (XIII) diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; (XIV) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; (XV) monitoramento contínuo do programa visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei no 12.846, de 2013; e (XVI) transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos político³⁴⁸.

Contudo, o diploma normativo não apresenta clareza quanto ao que considera ‘efetividade’, confundindo, aparentemente, a existência de um programa com sua concretude.

Nada obstante, imperioso que os elementos básicos do instituto não sejam apenas um *check* normativo exigido pela lei ou pelo mercado, mas, sim, sejam reais, amplamente disseminados no ambiente corporativo, perfazendo uma verdadeira cultura organizacional, permeada por valores, atitudes e organização administrativas³⁴⁹. Dessa maneira, com a finalidade de que a partir dessas diretrizes ocorra o efetivo cumprimento normativo, e, ainda, diante de eventuais infrações, o respectivo sancionamento³⁵⁰.

Mesmo porque, consoante a bibliografia revisada, um programa efetivo permeado por esses elementos mostra-se capaz de contribuir de modo decisivo para evitar a ocorrência de ilícitos³⁵¹. Contudo, importante e necessário pontuar, conquanto o mecanismo de *compliance* implementado seja robusto, não há que se falar, necessariamente, em uma barreira intransponível à prática de infrações³⁵².

³⁴⁸ BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 18 mar. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 10 fev. 2022.

³⁴⁹ PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. Op. cit., p. 26.

³⁵⁰ KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de *compliance* y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (org.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 51.

³⁵¹ SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 67.

³⁵² CARLI, Carla Veríssimo de. **Anticorrupção e compliance**: a incapacidade da Lei n. 12846/13 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de *compliance*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Scandelari, de forma didática, observa que a verificação da efetividade de um programa de *compliance* seria algo como a avaliação de um colete de prova de balas, pois:

Feito o teste, se ele repelir o projétil, será efetivo. Se não repelir será inefetivo e, conseqüentemente inútil para o seu desiderato. (...) se ilícitos não forem evitados para sempre na empresa, o programa inevitavelmente será classificado em algum momento, como falho. Como não parece que atos ilícitos serão completamente erradicados da realidade corporativa mundial a partir da ferramenta, é só uma questão de tempo até todo o programa ser considerado inefetivo. Por outro prisma, os ilícitos que tenham sido evitados jamais são passíveis de registro, a final, nunca ocorreram³⁵³.

A partir da construção desse pensamento, o autor fundamenta a impropriedade em fazer referência a efetividade dos programas de *compliance*. Destacando a efetividade como algo indicativo da necessidade de verificabilidade empírica, exigindo que a prevenção seja provada como algo incontestável, o que: como descreveu, não é possível³⁵⁴.

Ao final de suas reflexões, propõe a alteração do foco de análise para identificação de fatores aptos a apontar para a potencialidade no tocante à prevenção do programa de *compliance*, em outras palavras, sua idoneidade. Essa a ser verificada a partir da capacidade do instrumento de *compliance* em evitar um ilícito e, também, não a evitação da conduta em si. O que segundo o autor pode ser medido objetivamente³⁵⁵.

Em semelhante posicionamento, Frazão e Medeiros destacam que: justamente por “constituir uma obrigação de meio, e não de resultado, não é possível a partir de sua mera violação, inferir ou declarar sua inefetividade”³⁵⁶.

À vista disso, o exame literário de Sieber propõe que a análise do instrumento de *compliance* seja realizada diante de um caso concreto, uma vez que se encontra umbilicalmente atrelada às particularidades de cada empresa. Particularidades essas responsáveis por ditar a avaliação de riscos e a direção dos esforços preventivos³⁵⁷.

³⁵³ SCANDELARI, Gustavo Brita. *Compliance e Law Enforcement*: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 55-57.

³⁵⁴ *Ibid.*, 55-57.

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. *Op. cit.*, p. 90.

³⁵⁷ SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 76.

Mas ainda assim, subsiste a seguinte questão: como a análise avaliativa deve ser elaborada no caso concreto? Desse modo, para guiar essa questão que repercuta diretamente no interesse pesquisado abordar-se-á diversas propostas doutrinárias.

A começar pela possibilidade de adoção de um modelo certificatório da efetividade do programa de prevenção e gestão de risco normativo³⁵⁸. Sistema legitimado em alguns ordenamentos jurídicos, tal qual, o Chile, consoante depreende-se da Lei nº 20393/09³⁵⁹.

O referido arcabouço normativo estabelece a possibilidade de os programas serem submetidos a uma certificação, a qual reconhece que a empresa conta com um modelo de prevenção de condutas contrária à norma e que esse contempla todos os requisitos estabelecidos na lei³⁶⁰.

Certificação essa a ser expedida por empresas de auditoria externa; sociedades classificadoras de risco, ou outras entidades registradas na superintendência de valores e seguros que possam desempenhar essa atividade³⁶¹.

Para tanto, o novel legislativo prevê algumas especificações sobre o que se espera dos programas de *compliance* a serem adotados pelos entes empresariais, a saber: criação de meios e recursos para que ele possa desempenhar sua função de modo autônomo; o estabelecimento de um complexo sistema de prevenção com regras e procedimentos voltados à identificação de riscos específicos, bem como sanções administrativas internas e mecanismos de denúncias³⁶².

Oportuno destacar que o diploma legal citado estabelece que o certificado emitido terá validade de dois anos, devendo, após esse período, a empresa submeter-se a uma nova análise. A definição de um prazo de validade demonstra o reconhecimento por

³⁵⁸ MARTÍN, Adán Nieto. Regulatory Capitalism y cumplimiento normativo. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal económico em la era *compliance***. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 25.

³⁵⁹ CHILE. **Ley 20393**. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas em los delitos que indica. Santiago, 25 nov. 2009. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668>. Acesso em: 15 ago. 2021.

³⁶⁰ ACUÑA, Jean Pierre Matus. La certificación de los programas de cumplimiento. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (coord.). **El derecho penal económico em la era *compliance***. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 146-147.

³⁶¹ Artigo 4º, 4, b. CHILE. **Ley 20393**. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas em los delitos que indica. Santiago, 25 nov. 2009. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668>. Acesso em: 15 ago. 2021.

³⁶² Art. 4º, 1, 2 e 3. CHILE. **Ley 20393**. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas em los delitos que indica. Santiago, 25 nov. 2009. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668>. Acesso em: 15 ago. 2021.

aquele ordenamento jurídico da necessidade dos programas de *compliance* serem constantemente reavaliados, a fim de que não se percam a sua capacidade preventiva³⁶³.

No Brasil, por sua vez, o “reconhecimento público das empresas que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude”³⁶⁴, pode ser diagnosticado através do selo *Pró-Ética* (desenvolvido no âmbito da Controladoria Geral da União).

Trata-se de certificação facultativa, emitida após a avaliação do comprometimento da alta cúpula e compromisso com a ética; políticas e procedimentos; comunicação e treinamento; canais de denúncia e remediação; análise de risco e monitoramento; transparência e responsabilidade social, entre outros³⁶⁵³⁶⁶.

A nível internacional, no intuito de contribuir para que as empresas possam constituir melhores processos organizacionais de integridade, a ISO – *International Organization for Standardization*³⁶⁷ editou, recentemente, a ISO nº 37301:2021³⁶⁸.

A citada normativa estabelece um padrão certificável de implementação e, além disso, um monitoramento de programas de *compliance* aplicável para toda e qualquer empresa, a independer do tamanho ou modelo de negócio.

Diferentemente do antigo *standart* (ISO nº 19.600:2014), o qual estabelecia apenas orientações para a implementação dos mecanismos de *compliance*, não sendo, portanto, certificável, a nova norma fornece requisitos e diretrizes para autorregulação empresarial, servindo de padrão internacional³⁶⁹.

³⁶³ Enfatizando a necessidade de que o programa seja permanentemente aprimorado para o atendimento das leis: CAVERO, Percy Garcia. Op. cit., p. 87-88.

³⁶⁴ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Empresa Pró-Ética**. [20--].Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 13 out. 2021.

³⁶⁵ Atualmente apenas vinte e seis empresas com atuação no território nacional detêm o selo de reconhecimento Pró-Ética 2018-2019. É verdade, que não há no sítio eletrônico informações de quantas entidades empresárias submeteram-se ao crivo da CGU neste período; razão pela qual, seria imprudente afirmar que apenas vinte e seis empresas detêm efetivo e eficiente programa de *compliance* no Brasil.

³⁶⁶ Para além disso, a CGU se ocupou de elaborar um guia intitulado “Programa de Integridade. Diretrizes para Empresas Privadas”, que descreve como o ente empresarial deve proceder para cumprir os requisitos descritos no Decreto n. 8420/15.

³⁶⁷ Organização não governamental cuja função é a de promover a normatização de produtos e serviços a nível global, a fim de que a qualidade dos mesmos seja frequentemente aperfeiçoada.

³⁶⁸ Em substituição a ISO nº 19.600:2014.

³⁶⁹ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO 37301:2021: Compliance management systems — Requirements with guidance for use**. 2021. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/75080.html>. Acesso em: 29 ago. 2021.

Sem embargo, a doutrina de Nieto Martín, observa a existência de alguns inconvenientes referente à certificação de um modo geral: a começar pelo fato de que a empresa assume o *status* de cliente da certificadora, o que é passível de gerar um conflito de interesses. Afora, o perigo em se criar um mercado interessado em oferecer certificados, com “a percepção por parte do ente corporativo de que aqueles correspondem a um reforço para um seguro antimultas”, estimulando, por conseguinte, os programas meramente cosméticos³⁷⁰.

Não se pode descartar, igualmente, o risco de, no momento da certificação, a empresa criar subterfúgios para fazer crer que adota uma cultura de integridade, quando na prática não se encontra realmente comprometida.

À vista dessas reflexões, a literatura defende que a eventual certificação pode contribuir na demonstração de que, ao menos, até a data de sua emissão, a empresa mostrou-se uma boa cidadã corporativa³⁷¹. Contudo, diante das observações apresentadas, a certificação, por si só, não pode ser decisiva a ponto de isentar a empresa de responsabilidade³⁷², tampouco, pode ensejar em uma presunção irrefutável de idoneidade do instituto de *compliance*³⁷³.

Uma segunda solução doutrinária, traduz-se em uma padronização setorial, definindo-se medidas comuns para determinados ramos empresariais. Neste ponto, de antemão, Nieto Martín, adverte quanto ao problema de legitimação, pois, “(...) é novamente o lobo que se constitui de pastor do rebanho”³⁷⁴ (tradução nossa). Visto que não só os requisitos como a própria avaliação ficariam a cargo do próprio setor empresarial. O que, eventualmente, pode comprometer a isenção quando da verificação.

Por fim, tem-se a ideia de terceirização pela qual a definição implantação ou, ao menos, a supervisão do programa de *compliance* sejam realizadas por terceiros

³⁷⁰ MARTÍN, Adán Nieto. Regulatory Capitalism y cumplimiento normativo. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal económico em la era *compliance***. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 25.

³⁷¹ ACUÑA, Jean Pierre Matus. *Op. cit.*, p. 151.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ MARTÍN, Adán Nieto. Regulatory Capitalism y cumplimiento normativo. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal económico em la era *compliance***. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 25.

³⁷⁴ “(...) es de nuevo el lobo el que se constituye como pastor del rebaño”. MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 43.

independentes³⁷⁵. Fator que evidenciaria a preocupação do ente empresarial com as boas práticas³⁷⁶. A qual pode ser realizada de várias maneiras, a título de exemplo, terceirização dos canais de denúncia – o que aumenta a confiança dos funcionários que têm um serviço de ouvidoria externa à empresa.

Independentemente do modelo adotado, a literatura revisada reconhece que a efetividade deve ser analisada diante do caso concreto e, a partir de *standards* legalmente estabelecidos, cabendo as cortes a análise do comprometimento da empresa, tanto antes quanto após a conduta contrária ao ordenamento jurídico³⁷⁷.

No cenário descrito, mais uma vez, tem-se os relevantes contributos de Nieto Martín, cuja proposta para a realização do juízo de efetividade, a partir de um julgamento de adequação sobre o programa de conformidade, abrange o exame de seus aspectos gerais. E, na sequência, a determinação da eficácia do programa de conformidade no evento específico que ocorreu, dessa forma, perfazendo um teste de adequação abstrato-concreto³⁷⁸.

A primeira parte do teste examina a eficácia no resumo de conformidade e sua implementação, neste, o juiz deve examinar, por exemplo, se há treinamento para os funcionários, se o canal de reclamações funciona, se são impostas sanções disciplinares por violações do código de ética, bem como se os procedimentos geralmente fazem-se aplicados, se existe revisão periódica e a adaptação do programa, entre outros. Isto é, tende a averiguar se os esforços pela gestão de empresa colocam-se como sérios e, se tem sido realizados para criar uma cultura de legalidade no estabelecimento de controles. Neste momento, a certificação, por exemplo, pode fazer-se útil para mostrar como a empresa manteve e/ou melhorou seus esforços preventivos ao longo do tempo³⁷⁹.

A segunda parte consiste em verificar a existência de medidas preventivas de eventos, semelhantes aos que ocorreram e explicar os motivos da falha no caso específico. As características desse teste dependem do grau de desenvolvimento e padronização das

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 42-43.

³⁷⁶ PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. Op. cit., p. 23-24.

³⁷⁷ SARCEDO, Leandro. **Compliance e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: Construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2014. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 258.

³⁷⁸ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 39-41.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 39-41.

medidas de prevenção de uma forma determinada de comportamento. Sendo que, os mecanismos serão considerados eficazes quando o autor do comportamento (socialmente reprovável) necessitou contornar qualquer um dos controles estabelecidos pela conformidade da empresa, ou mesmo, infringir obrigação específica existente nos regulamentos empresariais³⁸⁰.

As duas partes da avaliação mostram-se sequenciais, uma vez que não superada a primeira, torna-se possível reconhecer que a empresa tem um grau muito alto de culpa organizacional. A falta das estruturas básicas de *compliance* indica que a gestão corporativa tem estado completamente despreocupada em implantar uma cultura de legalidade empresarial. Mesmo porque não faz sentido falar de medidas específicas de prevenção quando ferramentas de gestão e procedimentos básicos não foram criados. Isto é o “básico” supõe uma condição para a eficácia do “específico”³⁸¹.

Ademais, são essas evidências diante de um caso concreto que podem realmente demonstrar a efetividade das medidas adotadas no instrumento de *compliance*. Logo, sendo essencial a correlação entre o programa, os fatores de risco num determinado período e, principalmente a temporalidade entre a implementação do *compliance* e a conduta ilícita ou o risco³⁸².

À vista de uma solução única, o essencial é ter em mente que um bom mecanismo de *compliance* não se perfaz em uma mera declaração empresarial de comprometimento. Faz-se necessário o diagnóstico de um conjunto de ações dos gestores administrativos de que estejam realmente comprometidos em prevenir, identificar e corrigir irregularidades³⁸³. Assim, o compromisso com a conformidade é mais importante do que o sistema de conformidade³⁸⁴.

2.5 CRIMINAL COMPLIANCE

³⁸⁰ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). *Compliance y Teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 39-41.

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² SHERMAN, Lawrence *et al.* Preventing crime: what works, what doesn't, what's promising. **National Institute of Justice Research in Brief**, [S. l.], jul. 1998. p. 2.

³⁸³ PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. Op. cit., p. 2.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 4.

Até aqui, teceram-se linhas gerais sobre os mecanismos de *compliance* em sentido amplo. No entanto, a literatura, a partir do ilícito que se quer prevenir, apresenta uma plêiade de perspectivas para o referido mecanismo, os quais vão desde o código de prevenção em matéria ambiental até instrumentos de prevenção de crimes³⁸⁵.

Na presente dissertação, interessa à pesquisa a perspectiva criminal – “última convidada para a festa da autorregulação”³⁸⁶. E, consoante observado por Sanchez Rios e Antonietto, “não poderia ser diferente, com a ressalva de não se tratar de um tópico de dogmática penal, mas sim de um instrumento de política-criminal de prevenção. Portanto, o convite oficial foi primeiro direcionado a esta última”³⁸⁷.

Dado esse pano de fundo, tem-se que o conceito de *criminal compliance* aos olhos de Thomas Rotsch compreende:

A totalidade das medidas necessárias, *ex ante* e *ex post*, não contrárias ao direito penal, aos regulamentos, instituições e técnicas de uma organização dirigidas aos seus membros, ao Estado ou ao público, quer para a) minimizar preventivamente o risco de que por meio da organização ou de um membro da organização seja cometido crime de direito penal econômico relacionado à organização contra o direito interno ou estrangeiro ou que se origine a correspondente suspeita inicial da referida comissão, ou b) aumentar repressivamente as possibilidades de influenciar positivamente, em consenso com o Ministério Público, a possibilidade de uma sanção penal em sentido amplo e, em consequência, finalmente c) valorizar a empresa³⁸⁸. (tradução nossa).

Assim, a partir do reconhecimento da empresa, como centro de riscos e suscetível a prática de crimes, o *compliance* é suplementado com uma série de medidas

³⁸⁵ SCHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. *Compliance* e direito penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 222, ano 18, maio 2011. p. 11.

³⁸⁶ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 29.

³⁸⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. *Op. cit.*, p. 351.

³⁸⁸ “Comprende la totalidad de las medidas, necesarias *ex ante* y *ex post* no contrarias a derecho penal, normativas, institucionales y técnicas de una organización que están dirigidas a sus miembros, el Estado o el público, ya sea para a) minimizar preventivamente el riesgo de que mediante la organización o un miembro de la organización se cometa un delito de derecho penal económico relacionado con la organización contra el derecho interno o extranjero o que la correspondiente sospecha inicial de dicha comisión llegue a originarse, o b) represivamente aumentar las posibilidades de influenciar positivamente, em consenso com la autoridade em matéria de persecución penal, la posibilidad de una sanción penal em sentido amplo y, com ello, finalmente c) aumentar el valor de la empresa”. ROTSCH, Thomas. Sobre las preguntas científicas y prácticas de *criminal compliance*. **Anuario de derecho penal económico y de la empresa**, Lima, n. 3, p. 13-30, jan. 2015. p. 20.

organizativas e de vigilância com objetivo preventivo de práticas ilícitas criminais³⁸⁹³⁹⁰ e da responsabilização penal da empresa e de seus dirigentes³⁹¹.

Para tanto, antecipa-se possíveis condutas delitivas e a responsabilidade penal mediante juízos hipotéticos, de forma a garantir que as decisões corporativas não guardem correspondência com formas de comportamento penalmente típicos³⁹².

É neste cenário, que o *criminal compliance* passa a ser reconhecido como um instrumento de política-criminal, pelo qual o poder público intervém na empresa. Porquanto norteada por diretrizes por ele emanadas, as quais vão além do direito penal tradicional³⁹³. Pois, enquanto a prática delitiva configura condição para a intervenção do direito penal, que se materializa mediante a ameaça de pena ou com a aplicação da pena propriamente dita³⁹⁴, o *criminal compliance*, orienta-se por uma atuação antes da incidência da própria norma penal e com o objetivo de evitá-la³⁹⁵.

O que implica no reconhecimento doutrinário de que a prevenção exercida pelos programas de *criminal compliance* é real³⁹⁶, produzindo efeitos mesmo antes de se cogitar a intervenção penal. Sendo, portanto, mais eficaz que aquele³⁹⁷, o qual exerce apenas uma prevenção simbólica³⁹⁸.

³⁸⁹ CAVERO, Percy Garcia. Op. cit., p.22.

³⁹⁰ “Não é apenas evitar a prática de crimes, mas cumprir normas pertinentes ao exercício correto da atividade empresarial”. SCANDELARI, Gustavo de Brita. As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 222

³⁹¹ BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p. 11.

³⁹² ROTSCHE, Thomas. *Criminal compliance*. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, v. 49, n. 1, p. 1-11, jan. 2012. p. 4-6.

³⁹³ *Ibid.*, p. 7.

³⁹⁴ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 28.

³⁹⁵ RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Op. cit. No mesmo sentido, Gionavi Saavedra: SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 218, ano 18, p. 11-12, jan. 2011. p.11. Busca promover novos padrões éticos no mundo empresarial – para além disso, deve promover por meio de padrão de controle, a evitação do ato lesivo.

³⁹⁶ SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 49.

³⁹⁷ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 66-67.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 83-86; No mesmo sentido: BRAITHWAITE, Jonh, *Criminological Theory and Organizational Crime*. **Justice Quarterly**, [S. l.], v. 6, n. 3, set. 1989. p. 333-358; AIRES, Ian; BRAITHWAITE, Jonh. Op. cit., p. 101 e ss; SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 49.

Destaca-se, aqui, o relevante apontamento de Scandelari, para quem a idoneidade do mecanismo de *criminal compliance* reforça um dos princípios norteadores do direito penal atual, qual seja, a intervenção mínima. Em suma, o autor destaca que o *criminal compliance* impede a intervenção penal em si, tornando-a realmente mínima, porquanto, mostra-se capaz de contribuir de forma decisiva na evitação do delito.

2.5.1 Como instrumento de prevenção à delinquência econômica

A partir de reconhecimento da real capacidade preventiva do mecanismo colaborativo e de supervisão empresarial³⁹⁹, tem-se identificado uma estratégia para o enfrentamento da delinquência econômica empresarial⁴⁰⁰.

A virtude como tal é atribuída às características inerentes a autorregulação, principalmente, a autofiscalização a qual por ser realizada pelos próprios atores do universo empresarial – detentores do domínio dos meios de gestão de risco – detém condições mais favoráveis para definir ações previamente sistematizadas, respeitando as peculiaridades da atividade⁴⁰¹. Ações essas, materializadas no desenvolvimento de sistema⁴⁰² de autoproteção técnica; nas sanções internas; bem como no treinamento de funcionários; nos deveres de informação e documentação de trabalhadores, nas medidas de controle de pessoal, nos canais de denúncia; procedimentos investigatórios internos⁴⁰³, entre outras. Assim, atribuindo início ao aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos criminais⁴⁰⁴.

³⁹⁹ CAVERO, Percy Garcia. Op. cit., p.22.

⁴⁰⁰ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 66-67.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 83-86.

⁴⁰² Sérgio Salomão Schecaira e Pedro Luiz Bueno de Andrade apresentam um arsenal de medidas que podem fazer parte de um *criminal compliance*, as quais contribuem para sua preventiva, observando desde logo, que muitas delas ainda não configuram uma realidade em nosso ordenamento: “Tais programas intraempresarias preveem exercícios permanentes de diligências para detectar condutas delitivas; promoção de instrumentos de cultura organizativa para incentivo de condutas éticas tendentes a cumprir compromissos com o direito; o controle na contratação de pessoal sem antecedentes éticos duvidosos (“fichas sujas”); a adoção de procedimentos padronizados propagados aos funcionários da empresa; a adoção de controles e auditorias permanentes; a punição dos envolvidos com práticas aéticas; e a adoção de medidas preventivas de cometimentos de novos delitos, quando um tenha sido eventualmente identificado”. SCHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. *Compliance e direito penal*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 222, ano 18, maio 2011. p. 2.

⁴⁰³ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 83-86.

⁴⁰⁴ SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 76.

Lado outro, a indicação do *criminal compliance* como instrumento ao enfrentamento da criminalidade econômica deve-se, ainda, para sua capacidade de influenciar o ambiente organizacional da empresa⁴⁰⁵.

Acerca do ponto mencionado, não se mostra inoportuno rememorar algumas premissas básicas apresentadas no primeiro capítulo. Inicialmente, recorda-se que o reconhecimento da potencialidade criminógena de certos grupos empresariais⁴⁰⁶ não se trata de constatação recente. Desde 1949, Sutherland já destacava que alguns ambientes corporativos não só são mais permissivos às práticas ilícitas do que outros, como também se fazem mais lenientes⁴⁰⁷.

Estudos teóricos complementares reconheceram, ainda, o delito de empresa como um crime estrutural, no sentido de que as próprias estruturas corporativas – orientadas que são pelo lucro e pela competitividade (no qual o interesse coletivo se sobrepõe ao individual) implicam em um maior risco de práticas criminosas⁴⁰⁸.

Partindo dessas diretrizes, a investigação criminológica dos delitos econômicos reconheceu que a criminalidade corporativa resulta, ou no mínimo sofre interferência do ambiente empresarial, sobre a conduta de seus colaboradores. Uma vez que o agente inserido na perspectiva de grupo, a qual os faz sublimar a uma série de justificativas para incorporar novos valores que contribuem para a prática delitiva⁴⁰⁹, aprende e é influenciado pelo comportamento dos demais atores⁴¹⁰.

Como observado por Roxin, as influências mostram-se diversas, dentre as quais destaca-se: a “tendência de adaptação” dos colaboradores que integram a estrutura organizacional- sensação de pertencimento; o “empenho excessivo” na execução de suas atividades, o temor referencial no sentido de “perda de posto”; “menosprezo pelos

⁴⁰⁵ SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 66-67.

⁴⁰⁶ SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. MonteVideo: BdeF, 2013. p. 171.

⁴⁰⁷ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 33-34.

⁴⁰⁸ MARTÍN, Adán Nieto. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: um modelo legislativo**. Madrid: Iustel, 2008. p. 38-42. No mesmo sentido: BUSATO, Paulo César. *Criminal compliance: relevância e riscos*. In: AGRA, Cândido da; TORRÃO, Fernando (org.). **Criminalidade Organizada e econômica: Perspectiva Jurídica, Política e criminológica**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018. p. 105.

⁴⁰⁹ MARTÍN, Adán Nieto. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: um modelo legislativo**. Madrid: Iustel, 2008. p. 38-42.

⁴¹⁰ Por questões metodológicas, os argumentos dispendidos no primeiro capítulo não serão repetidos.

colegas”; ou, crença na impunidade uma vez que a ordem foi dada por superior hierárquico”⁴¹¹.

Aliado a essas, tem-se as técnicas de neutralização de culpa⁴¹² no interior das engrenagens corporativas, “responsáveis pela conveniente racionalização e justificação da violação legal de superação das barreiras morais, que em regra, impediriam a prática criminosa”⁴¹³. Diante disso, o clima de erosão normativa pode instalar-se e, assim, a dificuldade em reconhecer a gravidade e as consequências do crime econômico passam a fazer parte da rotina⁴¹⁴.

À medida que se adota o programa de *criminal compliance* no cenário resgatado, diante da capacidade daquele em transformar o perfil empresarial a favor da fidelidade à norma⁴¹⁵, mediante a implementação de treinamentos e sessões voltadas a fixar valores e, assim, evitar interpretações equivocadas sobre estes⁴¹⁶, os vieses cognitivos vão sendo neutralizados⁴¹⁷.

Assim, a partir de novos estímulos e de uma reprogramação cultural, abrem-se espaços para irromper processos delitivos e “bloquear” as oportunidades de novas incidências criminais⁴¹⁸.

A estratégia alinha-se com a perspectiva: se um ambiente criminógeno influencia aqueles que dele participam, o inverso também é verdadeiro. De modo que um ambiente pautado por valores e cultura da ética, probidade e observância da regulação estatal (conforme pretendido pelo mecanismo de *criminal compliance*), com a mesma intensidade, tende a inspirar os atores do ente empresarial, concretizando um horizonte de novos ideais de efetividade e prevenção.

⁴¹¹ ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. **Revista de Estudios de la Justicia**, Santiago, n. 7, p. 11-22, 2006. p. 20.

⁴¹² Dentre as quais: a negação da responsabilidade, atribuição do dano a conduta da própria vítima; conveniência ou racionalidade de burlar a lei e a apelação a lealdades superiores. MARTÍN, Adán Nieto. Introducción. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal en la era de la compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 26.

⁴¹³ SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Op. cit., p. 664 e ss. (tradução nossa).

⁴¹⁴ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 83-86.

⁴¹⁵ SANCHEZ, Jesus Maria Silva. Deberes de vigilancia y compliance. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría Del Derecho Penal**. 9 ed. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 100.

⁴¹⁶ SANCHEZ, Jesús Maria Silva; VARELLA, Lorena. Op. cit., p. 266-267.

⁴¹⁷ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 83-86.

⁴¹⁸ CORDERO, Isidoro Blanco. La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (org.). **Serta**: in memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Ediciones Salamanca, 2004. p. 273. No mesmo sentido: SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 99-100.

Nada obstante, não bastam medidas isoladas, porque para o sucesso do instrumento de controle, faz-se substancial um contínuo esforço em prol de que todos os funcionários e colaboradores incorporem as práticas e diretrizes de conformidade, especialmente o corpo diretivo, o denominado “*tone from the top*” – cujo comprometimento consistirá em um exemplo aos demais membros.

Torna-se essencial – ainda, que a fiscalização dos códigos de ética e de conduta, programas de treinamento e monitoramento e as constantes revisões das políticas internas – não sejam utopia, tampouco, meramente de aparência.

Neste contexto, a figura do *compliance officer* (profissional responsável pela implementação, supervisão e manutenção dos programas de *criminal compliance*) ganha relevo. Afinal, é dele a atribuição do encargo quanto à fiscalização para atestar se os procedimentos de controle interno se mostram em conformidade com a lei e normas da empresa. Assim como assegurar que os valores corporativos foram internalizados por todos, além, ainda, de prevenir e investigar delitos relacionados a atividade empresarial⁴¹⁹.

O tema liga-se ao reconhecimento da definição das competências e atribuições como fundamental na previsão dos riscos corporativos. Na medida em que permite desvendar certas dinâmicas internas direcionadas aos comportamentos irregulares ou à construção de “cabeças de turco”⁴²⁰. Ou mesmo, diagnosticar se a pessoa que exerce a função contrária à norma compreende seu ato, ou, que este é parte de uma engrenagem criminosa. Ao tempo em que possibilita superar as dificuldades de imputação da responsabilidade penal, um dos mais relevantes problemas da criminalidade empresarial.

No entanto, apesar do *criminal compliance* permitir os diagnósticos anteriormente mencionados, não se deve tratá-lo como se sua finalidade precípua fosse uma espécie de cadeia de responsabilização penal, tampouco, deve-se garantir a isenção imediata da responsabilidade criminal⁴²¹. Do contrário, correr-se-ia o risco de sua finalidade

⁴¹⁹ CARDOSO, Débora Motta. Op. cit., p. 55

⁴²⁰ Expressão utilizada por Paulo César Busato para denominar aqueles indivíduos que arcam com a responsabilidade penal por delito empresarial independentemente de culpa. BUSATO, Paulo César. *Criminal compliance: relevância e riscos*. In: AGRA, Cândido da; TORRÃO, Fernando (org.). **Criminalidade Organizada e econômica: Perspectiva Jurídica, Política e criminológica**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018. p. 98.

⁴²¹ RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Op. cit., p. 347. MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 27.

preventiva restar desvirtuada⁴²². Tornando-se, facilmente, estratégias de fuga à responsabilidade⁴²³.

A esse respeito citado, mais uma vez, faz-se importante trazer à tona os esclarecimentos apresentados por Thomas Rotsch: na maioria dos casos, o objetivo do *criminal compliance* é circunscrito à evitação da responsabilidade num sentido pleno, levando-se em conta a empresa no seu conjunto, não confundida, portanto, com a simples transferência dessa responsabilidade para diretores e empregados subordinados⁴²⁴.

Não obstante diante das ponderações apresentadas, encontram-se narrativas doutrinárias⁴²⁵ orientadas por uma certa descrença na habilidade preventiva dos programas de *compliance*. Sobretudo, em sua capacidade de provocar mudanças efetivas em práticas escusas sedimentadas no mercado por uma cultura de integridade e transparência⁴²⁶.

Fundamentam na carência de estudos empíricos a demonstrar a maneira pela qual a cultura corporativa e as despesas, para com ela, afetam efetivamente o comportamento de toda a hierarquia empresarial a ponto de serem determinantes no processo decisório da prática de delitos econômicos⁴²⁷. Afirmando ainda, estar diante de uma superestimação dos programas, os quais seriam iluminados por um interesse exclusivamente econômico e, portanto, capitaneado pela busca desenfreada de melhores condições nas celebrações de negócios e a majoração dos lucros⁴²⁸.

⁴²² Ponderações estas que caminham no mesmo sentido das observações de Saavedra. Aliás, o autor vai mais adiante, afirmando que este tem sido o sentido que tem se atribuído aos programas de *criminal compliance* no Brasil. SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 218, ano 18, p. 11-12, jan. 2011. p. 11.

⁴²³ MARTÍN, Adán Nieto. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: um modelo legislativo**. Madrid: Iustel, 2008. p. 40.

⁴²⁴ ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, v. 49, n. 1, p. 1-11, jan. 2012. p. 3-6.

⁴²⁵ LAUFER, William S. *O compliance game*. In SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOROSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza de (org.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira**. São Paulo: LiberArts, 2015. p. 60-61. No mesmo sentido: SHERMAN, Lawrence *et al.* *Op. cit.*, p. 2.

⁴²⁶ WARREN, Danielle E.; GASPAR, Joseph P.; LAUFER, Willian S. Is formal ethics training merely cosmetic? A study of ethics training and ethical organization culture. **Business Ethics Quartely**, vol. 24, 2014, p. 86.

⁴²⁷ LAUFER, William S. A very special regulatory milestone. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, v. 20, n. 2, p. 329-428, 2017. p. 392. No mesmo sentido: SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance sob a perspectiva da criminalidade econômica*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios do programa de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p 173.

⁴²⁸ LOBATO, José Danilo Tavares. Considerações Críticas sobre *Criminal Compliance* e Corrupção. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). **Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 35.

Entretanto, à vista desses posicionamentos já comentados, para a presente dissertação, parte-se da premissa de capacidade preventiva dos programas de *criminal compliance*. Mesmo porque consoante será demonstrado no terceiro capítulo, essa foi a principal justificativa para serem clausulados por ocasião dos mecanismos alternativos de resolução de conflito.

2.5.2 Função colaborativa *post factum*

Outra importante função a corroborar ainda com seu reconhecimento como estratégia ao enfrentamento à delinquência econômica empresarial consiste no exercício da função colaborativa *post factum*. Porquanto, a partir do momento em que a prevenção se torne insuficiente, faz-se necessária uma postura empresarial ativa.

Assente nisso, cabe à empresa, atenta ao organograma funcional por ela eleito, neutralizar e apurar a prática criminosa⁴²⁹; compartilhando o material probatório com as autoridades de persecução⁴³⁰, e ainda, para tomar medidas para garantir a ausência de repetição de condutas ilícitas no futuro.

Oportuno rememorar que grande parte da doutrina reconhece no criminoso econômico um ser guiado por uma escolha racional⁴³¹, com base na qual, sopesa os custos e os benefícios da prática criminosa. Nos quais se inserem, inclusive, a probabilidade de a conduta contrária ao ordenamento penal ser descoberta, assim como o custo de não violar a lei e as vantagens com o descumprimento⁴³².

Assim, a “eleição do comportamento delitivo depende da valoração que o indivíduo faz da relação entre recompensas e castigos (utilidade esperada)”⁴³³. Nessa circunstância, a existência de um programa de prevenção de ilícito pode influenciar a tomada de decisão.

⁴²⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeicye Rodrigues. Op. cit., p. 99.

⁴³⁰ Não há unanimidade neste sentido.

⁴³¹ MARTÍN, Adán Nieto. Cumplimento normativo, criminologia y responsabilidad penal de personas jurídicas. In: MARTÍN, Adán Nieto (org.). **Manual de cumplimiento penal em la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 55.

⁴³² SIMPSON, Sally; PATERNOSTER, Raymond. A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In: In: CLARKE, Ronald V.; FELSON, Marcus. **Routine Activity and Rational Choice**. New Brunswick: Transaction Pub, 2008. p. 44.

⁴³³ MARTÍN, Adán Nieto. Cumplimento normativo, criminologia y responsabilidad penal de personas jurídicas. In: MARTÍN, Adán Nieto (org.). **Manual de cumplimiento penal em la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 55.

Dito de outro modo, a leitura realizada é a de que a partir de um cálculo utilitarista, o *criminal compliance* pode causar um efeito intimidativo, posto que a ameaça de sanção pode ser mais elevada do que o ganho potencial⁴³⁴.

A afirmação reside no fato de que, a partir das estruturas de autocontrole e autofiscalização, existe um aumento dos riscos da atividade criminosa diante da maior probabilidade de um delito empresarial tornar-se conhecido, reduzindo, por conseguinte, as oportunidades as quais tornam o delito favorável ao infrator⁴³⁵.

Neste contexto, determinados elementos estruturantes dos programas de *criminal compliance*, dentre os quais, o canal de denúncias, bem como os sistemas especiais para os informantes e as investigações privadas, são essenciais para ao êxito corporativo da empreitada⁴³⁶ descrita, e, mais ainda, para o Estado.

De modo a objetivar a superação quanto ao desafio quase intransponível de obtenção ao acesso às evidências acusatórias de irregularidades corporativas e dado a sofisticação dos meios empregados para sua consecução, este negocia algumas medidas de deferência pela divulgação voluntária de delitos empresariais⁴³⁷. Neste caso, observa-se que parcela da doutrina revisada relaciona essa cooperação aos preceitos do próprio *enforcement*, pelos quais a aplicação da lei não precisa ser realizada mediante atividade puramente repressora do Estado⁴³⁸.

Noutro sentido, tem-se, ainda, interpretações que conferem a essa cooperação empresarial como ferramenta adicional à persecução penal o *status* de um “verdadeiro processo de privatização da prevenção do delito e do controle da criminalidade econômica”⁴³⁹, visto serem realizadas internamente pelas empresas. Diante disso, o ente corporativo aporta provas fundamentais, trazendo consigo o culpado sem as tradicionais

⁴³⁴ SIMPSON, Sally; PATERNOSTER, Raymond. Op. cit., p. 37.

⁴³⁵ Consoante ensinamentos de Gary Becker. BECKER, Gary S. Op. cit.

⁴³⁶ MARTÍN, Adán Nieto. Fundamentos e estruturas de los programas de *compliance*. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 130.

⁴³⁷ LAUFER, William S. A very special regulatory milestone. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, v. 20, n. 2, p. 329-428, 2017. p. 390.

⁴³⁸ SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 76. MENDES, Paulo de Sousa. Op. cit.

⁴³⁹ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 65.

preocupações com as regras processuais penais de proibição e valoração de prova⁴⁴⁰, ao tempo em que suporta e internaliza a maior parte dos custos investigativos⁴⁴¹.

A este propósito, a preocupação recai na ampla discricionariedade empresarial ao executar tarefa tradicionalmente estatal, o que pode ensejar em problemas ligados à esfera penal, processual penal e constitucional. Especialmente, nos interrogatórios, ao uso das informações obtidas e nos tipos de provas admitidas⁴⁴².

A assertiva encontra guarida, principalmente, em virtude dessa apuração interna poder ensejar em conflitos de interesse. E isso ocorre pois, eventualmente, acarretará em uma responsabilidade penal, ou mesmo, na exclusão ou atenuação desta⁴⁴³⁴⁴⁴.

No cenário descrito, não se pode desprezar a preocupação de que essas investigações – realizadas à margem do órgão de persecução penal e tendo a própria empresa como juíza de si mesma⁴⁴⁵ – configurem um verdadeiro ‘caça às bruxas’ em relação aos funcionários. Os quais, geralmente, pertencentes aos quadros médios da companhia, são “servidos em bandejas de prata à persecução penal”⁴⁴⁶, no intuito de imputar responsabilidade penal a um ‘bode expiatório’⁴⁴⁷. Quando, na verdade, a responsabilidade deveria recair na organização, ou, a depender do modelo de imputação, estender-se a esta conjuntamente⁴⁴⁸.

Pelo motivo comentado, nota-se essencial que a autorregulação regulada impeça as empresas de esconderem-se atrás dos programas desenvolvidos como álibis, e para isso

⁴⁴⁰ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 47.

⁴⁴¹ LAUFER, William S. A very special regulatory milestone. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, v. 20, n. 2, p. 329-428, 2017. p. 390.

⁴⁴² MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: *Compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 240.

⁴⁴³ SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 100.

⁴⁴⁴ Não se desconhece a possibilidade de eventual responsabilização administrativa, todavia, a omissão desta refere-se ao fato de não ser objeto do presente.

⁴⁴⁵ BUSATO, Paulo César. Criminal *compliance*: relevância e riscos. *In*: AGRA, Cândido da; TORRÃO, Fernando (org.). **Criminalidade Organizada e econômica: Perspectiva Jurídica, Política e criminológica**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018. p. 98.

⁴⁴⁶ PRITTWITZ, Cornelius. *Op. cit.*, p. 207.

⁴⁴⁷ MARTÍN, Adán Nieto. Investigações Internas. *In*: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 303 e ss.

⁴⁴⁸ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 41-42.

sacrificando alguns trabalhadores⁴⁴⁹. Ou mesmo, de selecionar qual delito chegará ao conhecimento das autoridades de persecução penal e como de que forma este aparecerá, assim, construindo a realidade como *lhe convier*⁴⁵⁰.

A considerar-se as “investigações internas a antessala do processo penal, garantias similares devem ser oferecidas”⁴⁵¹. Desse modo, ao ser verificado que uma investigação corporativa possa ensejar em uma eventual imputação de responsabilidade penal, surge a necessidade de cautela na instrução probatória realizada interna *corporis*, uma vez que a ausência de normativa destas não pode legitimar um desrespeito ao direito dos trabalhadores⁴⁵².

A respeito do tratado, Sanchez Rios observa que:

Quanto à atuação de sujeitos e entidades submetidas às obrigações de colaboração na luta contra a criminalidade organizada, temos a destacar que a busca de um “equilibrado compromisso” depende de não assumir posturas extremadas de colaboração dos particulares, a ponto de flexibilizar valores individuais e coletivos inerentes ao Estado Constitucional⁴⁵³.

A revisão literária de Montiel, por seu turno, afirma que um bom programa de *criminal compliance*, no momento de sua implementação, deve prever regras específicas para o sucesso das investigações realizadas no ambiente corporativo, isto é, uma espécie de código de investigações internas⁴⁵⁴.

Não obstante, a partir dessas ponderações dadas as circunstâncias nas quais estes crimes ocorrem e os meios empregados, há que se reconhecer a colaboração corporativa

⁴⁴⁹ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 80-82.

⁴⁵⁰ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 48.

⁴⁵¹ MARTÍN, Adán Nieto. Investigações Internas. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 303 e ss.

⁴⁵² MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (coord.). **El derecho penal económico en la era compliance**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 139-140.

⁴⁵³ Observações proferidas pelo nobre Professor quando da análise das obrigações dos programas de *compliance* nas instituições sensíveis à lavagem de dinheiro, as quais, por adequarem-se perfeitamente no presente, pede-se vênica para replicá-las de modo realocado, de uma maneira mais ampla, vez que está a se referir as investigações internas realizadas em programas de *criminal compliance*, em sentido amplo. RIOS, Rodrigo Sánchez. **Direito Penal Econômico: Advocacia e lavagem de dinheiro: Questões de Dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53.

⁴⁵⁴ MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: *Compliance* programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 223.

como elemento fundamental à repressão dessa criminalidade. Visto diversos delitos empresariais sequer chegariam ao conhecimento das autoridades de persecução sem o auxílio da entidade corporativa.

3 A JUSTIÇA NEGOCIAL BRASILEIRA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DO *CRIMINAL COMPLIANCE*

3.1 REFLEXÕES INICIAIS

A partir da apresentação da justiça negocial e do *criminal compliance* como estratégias ao enfrentamento da criminalidade econômica, chega-se ao capítulo final, no qual se propõe a análise do *criminal compliance* como condição fixada nos mecanismos alternativos de resolução de conflito processuais penais no ordenamento brasileiro (seus desafios e suas consequências). A proposta central desta seção tem como fim a demonstração de que a correlação não só é possível, como configura uma realidade posta⁴⁵⁵, logo, a pesquisa foi realizada mediante um estudo empírico.

Para análise dos resultados encontrados, estruturou-se o presente capítulo em sete seções. As seis primeiras – norteadas a partir dos casos analisados – demonstraram como a matéria vem sendo aplicada no ordenamento jurídico, de modo a apresentar as lacunas identificadas, suas consequências e sugestões. Na sequência, ainda a recuperar e responder aos objetivos delineados na introdução, tem-se uma seção dedicada à discussão geral dos resultados obtidos. No entanto, ressalta-se que, antes, algumas linhas gerais fazem-se essenciais.

Consoante retratado nos capítulos anteriores, a delinquência econômica empresarial, intensificada no contexto da sociedade atual, é dotada de uma capacidade ímpar de resistência à responsabilização. Além de todas as particularidades que a circundam, no Brasil, beneficiam-se de interpretações casuísticas e formalísticas conferidas pelos tribunais⁴⁵⁶ as quais acabam por privilegiar poderosos em detrimento da lei. Em relação a essas, pouco pode ser feito, entretanto, em relação às primeiras, não faltam esforços para romper com o cenário citado.

Neste contexto, aliado aos atuais desafios que se apresentam na sociedade pós-moderna, identificou-se que a tutela penal não pode mais ser simbólica, prescindindo de

⁴⁵⁵ Resultado dos escândalos no âmbito da criminalidade econômica empresarial experimentados recentemente. Aliás, tal qual, o surgimento dessa estratégia no ordenamento referênciada, consoante exposto no capítulo um da presente.

⁴⁵⁶ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit.

modificações. Devendo, pois, ser orientada por um viés preventivo ao invés de um exclusivamente repressivo.

Em função disso, fez-se premente também a reformulação da atuação institucional do Ministério Público, de modo a compatibilizá-la com os novos tempos, nos quais, não cabe mais exercer suas funções como o fazia. Tampouco, a partir do mesmo perfil de outrora.

Aliás, sobre este, a Constituição Federal de 1988 lhe conferiu, em seu artigo 127, um perfil social, pelo qual, é devida a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais. De maneira que, para possibilitar a concretização de uma adequada persecução penal, sua atuação deve ser consentânea as novas demandas sociais.

Na linha citada, Senna pondera que:

Não cabe ao Ministério Público atuar desconsiderando a necessidade cada vez maior de se buscar uma atuação preventiva e resolutiva, inclusive na esfera criminal, que não pode ser mais olhada apenas sob o viés puramente repressivo e punitivista, como se o Ministério Público fosse um mero acusador sistemático e cego de tempos pretéritos e sombrios, ou um personagem que representa a encarnação do mal, como se vê na literatura⁴⁵⁷.

Dentre as soluções possíveis, uma delas consiste na utilização dos mecanismos negociais, orientados a partir de uma dinâmica colaborativa, também, para o enfrentamento da criminalidade econômica empresarial. Paradigma que se alinha com as práticas atuais exercidas no contexto global.

A par de críticas, identificou-se nos acordos, um caminho, a possibilitar uma resposta estatal capaz de concretizar os princípios constitucionais da supremacia do interesse público, da eficiência e da vedação da proteção penal insuficiente. Pois, se de um lado confere efetividade à prevenção delitiva com resultados mais eficientes com redução de custos (tempo e recursos públicos, os quais poderão ser direcionados para a investigação de outros delitos), por outro lado tem-se o indispensável atendimento da sanção, ainda que premial, para oferecer resposta aos crimes os quais se quer desencorajar. Contudo, a opção eleita não se resume a aplicação da justiça negocial.

Reconhecendo, ainda, que o direito penal sozinho não é mais capaz, se é que um dia foi, de prevenir os novos riscos que caracterizam a criminalidade atual, e, ainda,

⁴⁵⁷ SENNA, Gustavo. Op. cit., p. 244.

ambicionando dar concretude ao seu perfil social, o Ministério Público optou por uma estratégia que não restringisse sua atuação na esfera penal à responsabilização do autor do fato criminoso, mas, igualmente, se orientasse pela resolução do conflito social gerado pelo crime e sua prevenção⁴⁵⁸. O que somente é possível, a partir do ataque às suas origens, causas e formas de propagação.

Em sede de criminalidade econômica empresarial, essas, sabidamente, são corroboradas pelo ambiente corporativo. De maneira que, para alcançar aquela, essencial uma mudança de comportamento por parte das empresas, resgatando-se valores como a ética e a probidade. Mudanças essas a serem incentivadas mediante o poder do Ministério Público de realizar uma política-criminal.

Sobre este, oportunas as considerações de Busato para quem:

(...) a eleição de diretrizes político-criminais referentes à atuação do Ministério Público têm, necessariamente, grande influência nos rumos que seguirá o direito penal brasileiro, tanto no estudo da dogmática, da Política Criminal, como no desenvolvimento de uma necessária linguagem própria que corresponda aos objetivos visados pelo Estado com a aplicação das consequências jurídicas do delito. Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político-criminal cotidiana, ao decidir, a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnico-jurídico (...). Assim, é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do direito penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro filtro das questões que doravante tendem a ser postas em discussão⁴⁵⁹.

A partir deste diagnóstico, o órgão de persecução penal passou a priorizar a repressão e o fomento à prevenção a partir da reprogramação cultural. Desse modo, direcionou sua atenção de maneira a conferir coerência entre o que almeja e o que executa.

Assim, inspirado no modelo estadunidense e nos seus expressivos resultados, os quais são direcionados à resposta estatal, a recuperação de valores e a inserção de medidas de controle e prevenção, o Ministério Público passou a utilizar-se dos acordos para

⁴⁵⁸ No mesmo sentido: SENNA, Gustavo. Compliance criminal como forma de prevenção criminal: por uma atuação contemporânea do Ministério Público. *In*: SCNEIDER, Alexandre. ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord). **Temas atuais de compliance e Ministério Público**: uma nova versão da gestão e atuação institucional. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 241-268, p. 244.

⁴⁵⁹ BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 69-70.

veicular uma política-criminal preventiva, estipulando assim, dentre as obrigações negociais a serem cumpridas, a estruturação de programas de *criminal compliance*.

Estratégia a qual para além das considerações anteriormente exaradas, se fundamenta na reconhecida coincidência de objetivos preventivos e investigativos, inerentes aos acordos e ao *criminal compliance*, os quais representam uma ampliação da atuação estatal a partir da colaboração empresarial na prevenção delitiva⁴⁶⁰.

E que além disso, confere concretude à missão de agente colaborador do Ministério Público na indução de políticas criminais⁴⁶¹. Enredo este, o qual encontrou eco em posicionamentos recentes da doutrina brasileira.

Lamy, em importante estudo sobre *compliance e law enforcement*, identifica nas ferramentas alternativas ao processo penal um importante aliado na indução dessa prática. Nas palavras da autora:

Em um país em que não é habitual que empresas optem voluntariamente por investir em *compliance*, sua previsão como requisito de sanção premial pode alavancar a popularidade da ferramenta. (...) Nessa situação, a utilização do *compliance* como requisito de cumprimento do acordo fomenta sua introjeção como ferramenta de controle, ainda, serve como instrumento preventivo à consumação de ilícitos (...) servindo o Ministério Público como porta voz desse mecanismo⁴⁶².

Pensamento este que dialoga com o saber de Scandelari, para quem essa previsão consiste em um meio de fazer o que a lei não se propõe a fazer com maior proficuidade, visto que a essa, caberia este mister⁴⁶³.

Brandalise, com o mesmo entendimento, destaca que os objetivos inerentes ao *compliance* encontram, nas exigências de cessação do envolvimento em infrações penais

⁴⁶⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A colaboração premiada e o acordo de leniência como incentivos aos programas de *compliance*. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p.167.

⁴⁶¹ Previstas inclusive nos compromissos internacionais pelos quais o Brasil se comprometeu a incentivar o comportamento ético, probo e preventivo no ambiente empresarial, materializado nos programas de *compliance*. CARLI, Carla Veríssimo de. **Compliance, incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 341-342.

⁴⁶² LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit., p.189-190.

⁴⁶³ SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil**. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 52.

e administrativas dos acordos de colaboração premiada, e, do acordo de não persecução penal e de leniência, um importante instrumento para sua promoção⁴⁶⁴.

Assim, nos últimos anos, independentemente de vários desafios e reflexões a serem enfrentados⁴⁶⁵ (que decorrem da evidente necessidade de que a importação de soluções seja dirigida pela obediência à Constituição Federal⁴⁶⁶), a previsão de estruturação de programas de *criminal compliance* como cláusula nos processos colaborativos celebrados no âmbito da criminalidade empresarial tornou-se realidade.

Realidade evidenciada a partir dos acordos de leniência celebrados a contar da promulgação Lei nº 12846/13⁴⁶⁷, mais especificamente em sede da Operação Lava Jato⁴⁶⁸. E, a qual, desde então, propagou-se nacionalmente, inclusive nas avenças criminais, ainda que, de modo um pouco mais tímido.

A cautela na esfera penal pode ser atribuída a ausência de dogmática de responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil⁴⁶⁹, exceto para crimes ambientais, o que poderia configurar um aparente entrave⁴⁷⁰.

Explica-se: conforme outrora exposto, o encargo adicional deve ser proporcional e compatível com a infração penal praticada. Ou seja, deve manter vínculo com a

⁴⁶⁴ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Op. cit., p. 167.

⁴⁶⁵ AZEVEDO, Marcelo André. O Ministério Público e os Programas de *Compliance*. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 68.

⁴⁶⁶ A qual consoante bem observado por Rodrigo Chemin e Sarah Ribeiro, traz uma dupla baliza, a proibição do excesso e proibição da proteção insuficiente. RIBEIRO, Sarah; CHEMIM, Rodrigo. O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 835-872, maio/ago. 2020.

⁴⁶⁷ Não se desconhece o pioneirismo do CADE na junção dos acordos com programas de *compliance*. Entretanto, trata-se de acordo celebrado no âmbito da tutela concorrencial, que difere da temática abordada, razão pela qual não será abordado na presente pesquisa.

⁴⁶⁸ “Os resultados favoráveis da operação foram devidos não apenas a atuação ostensiva de vários órgãos de fiscalização, controle e repressão, mas também leis que eram novidades à época e surpreenderam a sociedade e seus investigados com sua eficácia” Lei 12849/13. SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 50.

⁴⁶⁹ A esse respeito tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 236/2012.

⁴⁷⁰ Canestraro e Januário, por exemplo, entendem nesse sentido. De modo que suas reflexões se referem exclusivamente ao ANPP nos delitos ambientais praticados por pessoa jurídica. CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Op. cit.

gravidade do injusto e a culpabilidade do agente, devendo haver uma relação finalística entre o crime e a medida objeto de proposta⁴⁷¹⁴⁷².

Lado outro, quando se reporta ao *criminal compliance*, sua relevância recai, sobretudo, como instrumento estratégico à delinquência cometida a partir de uma empresa. Pois, a finalidade que lhe direciona centra-se na evitação da reincidência⁴⁷³ a partir de uma reprogramação cultural⁴⁷⁴ e da restauração empresarial.

Não por outro motivo, trata-se de cláusula a qual faz todo sentido quando se pensa em prevenção, pois, mediante a introjeção de uma ferramenta de controle, reconhecida por sua real capacidade preventiva, destina-se ao mesmo delito cuja reincidência se quer evitar⁴⁷⁵. E, ainda, passível de gerar efeito dissuasório nas demais organizações empresariais, a fim de que também adotem as medidas necessárias à evitação de riscos e das práticas criminais.

Assim, assente nos objetivos e, de modo a guardar simetria entre a infração praticada e as cláusulas pactuadas em processo de matriz colaborativa, é de rigor que a conduta ilícita que se pretende remediar tenha sido praticada em benefício ou interesse da entidade empresarial.

À vista disso, poder-se-ia intuir que somente seria possível conexionar o *criminal compliance* nos delitos praticados pela própria pessoa jurídica. Aliás, como geralmente acontece no ordenamento referêncial. E, diante da ausência de dogmática desse sentido descrito no Brasil, afora em sede delitos ambientais⁴⁷⁶, restaria, pois, tal solução inviabilizada.

⁴⁷¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 142.

⁴⁷² No mesmo sentido são as orientações da Câmara Criminal do Ministério Público Federal, a qual acrescenta ainda, a ideia de impossibilidade de que as restrições sejam previstas por prazo indetermindado. BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta nº 1/2018**. Brasília, 23 maio 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴⁷³ ATHAYDE, Amanda; FRAZÃO, Ana. Leniência, *compliance* e o paradoxo do ovo ou da galinha: do *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 297-314. p. 309.

⁴⁷⁴ De modo que sua estrutura organizacional será pautada a partir de então, da delimitação de funções e competências, com o objetivo de se diminuir a possibilidade de uma irresponsabilidade coletiva. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A colaboração premiada e o acordo de leniência como incentivos aos programas de *compliance*. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p.164.

⁴⁷⁵ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit., p. 200.

⁴⁷⁶ Nesta temática, inclusive, Canestraro e Januário, defendem o ANPP como instrumento de promoção do *compliance*. Contudo, não deixam de questionar “se, em se tratando o réu de um grande agente

Contudo, este não é o entendimento apresentado no ordenamento jurídico brasileiro. No qual, tem-se reconhecido que nos ajustes processuais penais celebrados com pessoa física (em virtude de conduta criminosa praticada em nome ou em benefício da empresa) restaria possível, senão, recomendável, a fixação da implementação dos programas de *criminal compliance* como condição da avença.

Neste caminho, é a orientação conjunta nº 01/2018 exarada pelas Segunda e Quinta Câmaras Criminais de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal que estabelecem diretrizes para guiar a celebração do acordo de colaboração premiada⁴⁷⁷, conforme segue:

Artigo 32. Nos crimes perpetrados em benefício ou interesse de pessoa jurídica, o acordo de colaboração premiada poderá prever obrigações acessórias, como a interdição de direitos, adequadas ao caso concreto, a depender da situação societária ou da profissão do colaborador, vedada a imposição de restrições por prazo indeterminado e observada a proporcionalidade.

32.1 Nos casos em que o colaborador for o titular do controle societário de pessoa jurídica envolvida nos atos, é recomendável e podem ser incluídas nos acordos de colaboração, obrigações de governança corporativa e *compliance*, inclusive nas demais empresas por ele controladas direta ou indiretamente, emissão de relatórios periódicos de atividades, afastamento das atividades empresariais por período certo, assim como o monitoramento e auditorias externas aprovadas pelo Ministério Público Federal, às expensas do colaborador⁴⁷⁸. (grifos nossos).

Da análise do artigo citado é possível extrair uma preocupação com a legitimidade na celebração da avença. Não por acaso, a normativa mencionada reconhece a essencialidade que o agente (sob o qual imputa-se a conduta contrária à norma penal e, por conseguinte, beneficiado pela solução negocial) seja o titular do controle societário. Trabalha, portanto, na perspectiva da pessoa jurídica na qual o sujeito detém o poder diretivo e sobre a qual ele detém o controle e a vigilância.

econômico – tal como boa parte das pessoas jurídicas -, e a depender da gravidade dos danos causados pelo ilícito, o oferecimento do acordo seria necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, tal como exigido pelo Artigo 28-A do Código de Processo Penal. CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Op. cit.

⁴⁷⁷ Entendimento este, que por analogia, tem sido replicado na esfera dos acordos de não persecução penal, nos casos em que os requisitos do artigo 28-A do Código de Processo Penal se façam presentes.

⁴⁷⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta nº 1/2018**. Brasília, 23 maio 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

Para tanto, torna-se necessário determinar quem dentro da empresa tem capacidade para exercer os atos de gestão e atuar em nome desta perante terceiro⁴⁷⁹. Em regra, os habilitados são os empresários/administradores da sociedade sob os quais poderão recair os deveres originários de vigilância.

No sentido supracitado, observa-se que os garantidores originários de vigilância na entidade corporativa “serão os integrantes de órgãos de administração que tenham uma relação juridicamente fundada de controle, ainda que parcial, sobre a empresa e que o tenham assumido faticamente”⁴⁸⁰.

Com efeito, trata-se de uma situação de fácil constatação em uma Empresa Individual de Responsabilidade Ltda (EIRELI) pessoa jurídica, constituída por uma única pessoa e titular do capital social o qual lhe foi estipulado em cem salários mínimos vigentes à época da sua constituição e que limita a responsabilidade do titular⁴⁸¹.

Ou mesmo, numa sociedade por quotas de responsabilidade limitada – na qual, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social⁴⁸². Nestas a administração pode competir aos sócios ou não, sendo que suas decisões serão tomadas por maioria⁴⁸³. No caso de a administração ser exercida pelos sócios, diante de serem dotados do poder de gestão e da execução de suas atividades, seu feixe de deveres é mais amplo do que quando a administração é exercida por não sócio – assim, incumbindo a todos os exercícios de vigilância e supervisão recíproca⁴⁸⁴.

Entretanto, eventualmente, pode não ser da mesma forma, justamente, nas realidades societárias nas quais os mecanismos de *criminal compliance* figuram como

⁴⁷⁹ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedade anônimas limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 174.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p.134.

⁴⁸¹ Artigo 980 do Código Civil. Instituída por meio da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011. *Vide* GONÇALVES, Oksandro. EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP, tomo IV**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

⁴⁸² Artigo 1052 do Código Civil Brasileiro. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República: Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

⁴⁸³ Artigo 1013 do Código Civil Brasileiro. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República: Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

⁴⁸⁴ ESTELITTA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 230.

essenciais em virtude dos vultuosos empreendimentos que habitam essas estruturas, sobretudo, as sociedades anônimas⁴⁸⁵. Pois, nestas inexiste a figura do empresário individual, amplamente responsável, ou mesmo, de um órgão único a quem incumbe a administração⁴⁸⁶.

Em linhas gerais, na maioria das sociedades anônimas, existe uma dupla administração, a qual compete, em regime de cooperação, à diretoria e ao conselho da administração⁴⁸⁷. O que por si só, perfaz-se em desafios mais complexos e, por conseguinte, demandam uma análise mais profunda do que nas sociedades nas quais a administração incumbe tão somente a um órgão societário⁴⁸⁸.

A Lei das Sociedades Anônimas disciplina em seu artigo 144 que a responsabilidade pela gestão e representação da companhia cabe à diretoria. Atribuição essa que torna seus membros os garantidores originários de vigilância por excelência⁴⁸⁹.

O conselho de administração, por sua vez, trata-se de um órgão colegiado, cuja atuação é orientada para a estratégia geral da companhia, não se envolvendo na administração diária, tampouco, na gestão direta dos negócios empresariais⁴⁹⁰. Porquanto, seus poderes e atribuições dependerão em grande medida das disposições do estatuto.

A considerar que em virtude de ser um órgão colegiado, sua vontade resulta da conjunção dos conselheiros, inexistindo consenso quanto à possibilidade de que seus membros possam ocupar posição de garantidores⁴⁹¹. Contudo, regra geral, tem-se que os membros do conselho de administração são garantidores originários de vigilância e recebem competências diretamente atreladas ao cargo exercido dentro do órgão⁴⁹².

Apesar da Lei das Sociedades Anônimas disciplinar em linhas gerais, a atribuição da diretoria e do conselho de administração concede margem para a autorregulação empresarial. De maneira que, somente no caso concreto será possível a análise das

⁴⁸⁵ A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Artigo 1º da Lei das Sociedades Anônimas.

⁴⁸⁶ ESTELITTA, Heloisa. Op. cit., p. 230.

⁴⁸⁷ Artigo 138 da Lei das Sociedades Anônimas. Podendo também ser exercida exclusivamente pela diretoria, a depender do estatuto da empresa.

⁴⁸⁸ ESTELITTA, Heloisa. Op. cit., p. 176.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 177.

⁴⁹⁰ Artigo 14 da Lei das Sociedades Anônimas disciplina a competência do conselho de administração. BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Presidência da República: Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

⁴⁹¹ ESTELITTA, Heloisa. Op. cit., p. 181.

⁴⁹² *Ibid.*

consequências das funções atribuídas, a fim de verificar a quem incumbe efetivamente o dever originário de vigilância⁴⁹³.

Reconhecido o dever de vigilância e, em caso de celebração de processo colaborativo, faz-se necessário, ainda, examinar em que medida seu beneficiário detém poderes e prerrogativas para instituir um programa de *criminal compliance*.

Confia-se que, por se tratar de cláusula estabelecida em sede de atuação consensual, a qual pressupõe bilateralidade, voluntariedade, e negociação entre os celebrantes, o conteúdo daquela insere-se no âmbito da discricionariedade das partes, resguardados os limites previstos em lei⁴⁹⁴. Motivo pelo qual, não haveria impedimentos para a celebração da avença, ainda que ausente o poder diretivo para tanto, desde que ao ser clausulado, conte com a adesão da estrutura corporativa. De igual forma, em caso de extensão material do acordo para as demais sociedades do grupo controladas, direta ou indiretamente, pelo autor da conduta contrária à norma.

Com as apropriadas modificações, trata-se da mesma interpretação conferida por Rodrigo Leite Ferreira Cabral ao analisar o acordo de não persecução penal a ser celebrado com pessoa jurídica responsável por delito ambiental. O autor destaca a necessidade de que o representante legal tenha poderes específicos para a celebração da avença, com a finalidade de se evitar futuros questionamentos⁴⁹⁵.

Neste cenário, apresenta-se essencial a verificação do poder diretivo, não sendo facultado condicionar algo inalcançável – ciente da ausência de poder diretivo. À vista de tratar-se de um tema em ascensão no ordenamento jurídico pátrio, seu emprego exige maior responsabilidade dos operadores do direito, sendo defeso clausulá-lo apenas simbolicamente, subjugando-o sob pena da estratégia cair em descrédito⁴⁹⁶.

3.2 METODOLOGIA

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 174-179.

⁴⁹⁴ Para a análise, partiu-se do pressuposto que o negócio jurídico processual é orientado pelas garantias constitucionais. O que exclui muitas das críticas apresentadas no capítulo um ao ordenamento referência, no qual, aquelas recaem, sobretudo, nas elevadas penas e exacerbado poder do promotor, que diferentemente do modelo brasileiro, pode barganhar inclusive a imputação penal. Lado outro, por não fazer parte da presente pesquisa, as preocupações doutrinárias e jurisprudenciais que circundam a temática da prisão cautelar e sua eventual relação com a ausência de voluntariedade para a celebração de uma solução negocial, a qual demanda uma pesquisa própria, também não foram consideradas.

⁴⁹⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Op. cit.*, p. 192.

⁴⁹⁶ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. *Op. cit.*, p. 199- 205.

Estabelecida a interseção entre a justiça negocial e os programas de *compliance* torna-se possível pensar o problema proposto, qual seja, as consequências do *criminal compliance* entabulado como condição nos processos colaborativos.

Na tentativa de oferecer reflexões, sugestões e demonstrar como a temática está sendo tratada no ordenamento pátrio, no qual, inexistem diretrizes definidas, o método utilizado foi a pesquisa empírica. Para apuração e interpretação dos dados, optou-se pelo método qualitativo, no qual, o interesse da pesquisa recai na qualidade da variável, e não no número de vezes que ela aparece⁴⁹⁷.

Primeiramente, a pesquisa qualitativa iniciou-se com a delimitação do objeto. Para isso, os critérios eleitos foram: a criminalidade pesquisada, acordos celebrados com o Ministério Público, e, ainda, o *criminal compliance* entabulado como condição do processo penal colaborativo.

A criminalidade econômica empresarial restou escolhida a partir do interesse reflexivo da possibilidade da justiça negocial (em sentido amplo) configurar instrumento de fomento da cultura de *compliance*. Neste aspecto, diante da necessidade de que a condição facultativa entabulada resguarde a proporcionalidade, e mostrar-se necessária e suficiente à repressão da prática delitiva, não haveria sentido optar por outra delinquência. Aliás, em qualquer outra, correr-se-ia o risco de não guardar a pertinência e a necessária correlação temática.

Na sequência, partindo-se do primeiro critério e, diante da atribuição constitucional para o oferecimento da ação penal ser privativa do Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso I da Constituição Federal, limitou-se em avenças celebradas entre o investigado e o órgão de persecução penal.

À vista disso, poder-se-ia questionar quais os motivos que ensejaram na escolha do primeiro caso, pois, ainda que celebrado com o Ministério Público, trata-se de um acordo de leniência. A seleção justifica-se na íntima relação que o instituto tem com o processo penal, bem como em virtude da premissa de que aqueles inspiraram os processos colaborativos entabulados no âmbito criminal, conforme outrora mencionado no capítulo um da presente pesquisa.

⁴⁹⁷ MINAYO, Maria Cecília. **Pesquisa Social:** teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 26-32.

Por fim, de modo a observar o tema em estudo⁴⁹⁸, o terceiro critério estabelecido pautou-se nos mecanismos alternativos ao processo penal, nos quais, dentre as condições previstas, encontra-se o fomento a implementação de programa de *criminal compliance*⁴⁹⁹.

Assim, considerando a multiplicidade de instrumentos negociais previstos no ordenamento jurídico processual penal brasileiro⁵⁰⁰, optou-se por aqueles que preenchem os dois critérios anteriores, de modo que os selecionados foram a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal.

Nesse aspecto, entendeu-se que seria desproporcional imaginar a previsão de implementação de programas de *compliance* na composição civil⁵⁰¹ e/ou na transação penal⁵⁰². Pois, trata-se de institutos reservados a uma criminalidade de menor potencial ofensivo, nas quais a dificuldade em justificar proporcionalidade do *criminal compliance* estaria presente.

No que diz respeito à suspensão condicional do processo⁵⁰³, especificamente esta, restou-se excluída das unidades de observação eleitas em virtude de não se ter encontrado nenhuma denúncia, na qual se impute delito econômico empresarial, suspensa

⁴⁹⁸ Justiça negociada como instrumento de promoção dos mecanismos de *compliance*.

⁴⁹⁹ Não foram privilegiados casos nos quais a previsão consistiu no aperfeiçoamento de programas de *criminal compliance* já existentes. Observa-se que com isso, não se desmerece os acordos com esta cláusulas. Muito pelo contrário. Mesmo porque estes também partem da premissa de valorização dos programas de *compliance*. O recorte objetivou apenas estabelecer critérios essenciais à validade de uma pesquisa empírica qualitativa.

⁵⁰⁰ Composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada e acordo de não persecução penal.

⁵⁰¹ Art. 72 da Lei n. 9099/95 - Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

⁵⁰² Art. 76 da Lei n. 9099/95 - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

⁵⁰³ Artigo 89 da Lei n. 9099/95 - Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

condicionalmente, na qual o *criminal compliance* tenha sido previsto como condição, em que pese não seja vedado.

Para a delimitação do marco temporal, limitou-se os acordos celebrados após 2016 (ano do maior acordo em termos de valores que se tem notícia), junto do Ministério Público, no qual restou entabulado a implementação de programa de *compliance* até julho de 2021, período em que os casos selecionados começaram a ser analisados.

A base de dados, por sua vez, consistiu em pesquisas via *internet*. Todavia, mostra-se necessário destacar que a maioria dos autos, os quais os critérios definidos fazem-se presente foram encontrados sob sigilo judicial⁵⁰⁴. Barreira esta responsável por dificultar o processo de escolha das amostras⁵⁰⁵, de modo que o estudo somente foi possível, em virtude de matérias jornalísticas a respeito dos casos de maior relevância nacional.

Avançando na pesquisa, esta realizou-se mediante uma abordagem descritiva e explicativa, recaindo sob esta uma preocupação prática. Priorizando-se, ainda, além das considerações as quais abarcam a revisão da literatura, uma dinâmica de pesquisa capaz de proporcionar o conhecimento dos pormenores do objeto pesquisado, qual seja, o estudo de caso.

O objetivo consistiu em apresentar evidência para a pesquisa e utilizar de fontes variadas de informação⁵⁰⁶, dessa forma, três processos colaborativos celebrados com o Ministério Público e envolvendo ilícitos econômicos empresariais foram analisados. A opção por três tipos diferentes de acordo restou motivada pela multiplicidade de possibilidades existentes no ordenamento jurídico, aptas a configurar instrumento de promoção das ferramentas de cumprimento normativo e prevenção da criminalidade econômica, ao tempo em que possibilitou a revelação de diferentes pontos de vistas sob o objeto em estudo.

A técnica de pesquisa desenvolvida amparou-se na análise de cunho documental. Esta metodologia elencada detalhou as unidades de observação escolhidas, a qual seguiu o seguinte protocolo: delimitação das unidades-caso; coleta de dados; seleção, análise e

⁵⁰⁴ Sigilo este motivado pela própria alavancagem investigativa promovida pelos processos colaborativos, ou mesmo em decorrência do próprio acordo.

⁵⁰⁵ Ainda que para chegar nos processos analisados tenha-se utilizado da ferramenta “pesquisa avançada”, indicando os lapsos temporais anteriormente mencionados, com as palavras chaves de pesquisa: leniência - acordo de não persecução penal – *compliance* – processo colaborativo – colaboração premiada – criminalidade empresarial – criminalidade econômica,

⁵⁰⁶ VENTURA, Magda Maria. O estudo de caso como modalidade de pesquisa. **Rev SOCERJ**, [S. l.], v. 20, n. 5, p. 383-386, set./out. 2007.

interpretação dos dados; e elaboração do relatório⁵⁰⁷. Nessa etapa, de modo a objetivar uma padronização da extração de dados, os documentos foram tratados e segmentados para análise, sendo elaborada em uma tabela com diversos itens para reflexão e análise.

3.2.1 Os casos eleitos

No intuito de robustecer a pesquisa, sem a menor pretensão de ser exauriente, concentrou-se em casos de elevada representatividade, relevância nacional e o pioneirismo. De outro vértice, não se teve a intenção de proceder-se com uma investigação ampla dos pactos selecionados. A ideia centrou-se, apenas, em pinçar as partes relacionadas com a matéria examinada.

À vista do cenário relatado, dos três casos escolhidos, dois trataram-se de instrumentos consensuais celebrados no âmbito da operação Lava Jato. Haja vista o acordo de leniência e outro de colaboração premiada, além do reconhecimento das essencialidades dos instrumentos negociais para:

[...] a expansão das investigações e o desvelamento do maior esquema de corrupção já investigado no Brasil, os quais, possibilitaram, ainda, o ressarcimento de prejuízos causados aos cofres públicos em cifras recordes, que se encontram dentre as maiores em acordos da espécie no mundo”⁵⁰⁸

Em relação ao acordo de não persecução penal, por sua vez, esclarece-se, desde logo, que, no marco temporal previamente definido, não se encontrou qualquer ANPP estipulado em sede da referida operação. Contudo, a unidade de observação eleita guardou correspondência com a relevância, representatividade e pioneirismo observada na seleção dos outros dois casos selecionados.

Tecidos tais notoriedades essenciais, passa-se para a descrição das unidades de observação:

⁵⁰⁷ GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 58.

⁵⁰⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem**. 21 dez. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Caso 1 (Acordo de leniência celebrado no âmbito da operação Lava Jato com a empresa Odebrecht, devidamente homologado em dezembro 2016⁵⁰⁹). Como resultado do acordo, além das demais condições fixadas⁵¹⁰, as quais não cabem na presente descrição, a empresa comprometeu-se, consoante extraiu-se da cláusula 6^a, inciso VIII do termo de acordo, implementar⁵¹¹ programas de integridade nos termos dos artigos 41 e 42 do Decreto nº 8420/15, e, assim, propor atenção em prol de melhores práticas; a ser iniciado no prazo de noventa dias da homologação do acordo de leniência, cabendo à colaboradora apresentar ao Ministério Público Federal o cronograma de implementação do programa no prazo de cento e vinte dias.

Além disso, concordou em sujeitar-se, a partir da homologação da avença, a monitoramento independente pelo prazo de dois anos, realizado por profissional especializado, às custas da empresa e mediante supervisão do Ministério Público Federal.

Caso 2 (Acordo de colaboração premiada celebrado no âmbito da operação Lava Jato com o empreiteiro Ricardo Ribeiro Pessoa⁵¹²), no qual restou-se estabelecido, dentre outras condições, a implementação de um sistema de *compliance* e governança na UTC. Este a ser fiscalizado de forma semestral por empresa independente de auditoria externa, durante o período de cumprimento da pena, e, ainda, com acompanhamento e comunicação ao juízo e ao Ministério Público Federal pelo período de dois anos no mínimo, e, no máximo, de três anos⁵¹³.

⁵⁰⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem**. 21 dez. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>. Acesso em: 20 dez. 2020.

⁵¹⁰ Reconhecer os atos ilícitos, cessar a prática delitiva, adimplir com a multa estabelecida, a empresa arcará com o adimplemento do montante de R\$ 6,8 bilhões, dos quais aproximadamente R\$ 3 bilhões também serão destinados ao Brasil, para ressarcir vítimas. BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem**. 21 dez. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>. Acesso em: 20 dez. 2020.

⁵¹¹ “Ou aprimorar programa de integridade”. Aqui, desde logo, chama-se atenção para a natureza alternativa da condição avençada, em que pese, posteriormente os demais dados refiram-se à implementação do programa de *compliance* e não ao aperfeiçoamento de programa previamente existente. De modo a possibilitar a presunção que houve um equívoco na condição alternativa proposta.

⁵¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5624**. Requerente: Ministério Público Federal. Colaborador: Ricardo Ribeiro Pessoa. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/12/RPESSOA-1.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2020.

⁵¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5624**. Requerente: Ministério Público Federal. Colaborador: Ricardo Ribeiro Pessoa. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/12/RPESSOA-1.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2020.

Caso 3 (Acordo de não persecução penal celebrado pelo Ministério Público do Estado do Paraná com empresário/s⁵¹⁴), no qual estabeleceu-se, para além do recolhimento do valor de R\$ 4,5 milhões para obras sociais, o compromisso de implementação do programa de *compliance* na(s) empresa(s) envolvidas no ilícito. Restou-se entabulado, ainda, que aqueles teriam o prazo de até 2 (dois) anos, a contar da homologação realizada em meados de 2020, para obter a certificação ISO NBR 37001:2017 (Sistema de Gestão Antissuborno), a ser emitida por organismo acreditado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO)⁵¹⁵.

3.3 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Os casos analisados evidenciaram a importância social e a atualidade da temática, ao tempo que possibilitaram localizar similitudes e diferenças nas formas como foram disciplinados – bem como a maneira que tem sido incorporada à estratégia no ordenamento pátrio. Cabe ressaltar, contudo, que de modo a considerar as limitações de amostragem, destaca-se, desde logo, a impossibilidade de generalização dos resultados.

As unidades observadas foram interpretadas à luz da legislação e das doutrinas nacionais, ainda que a produção literária a respeito da interação entre *criminal compliance* e a justiça penal negocial se mostrasse escassa. Noutro vértice, o estudo comparado e o aparato teórico internacional alicerçaram o caminho sobre o problema de modo a possibilitar a elaboração de propostas de sugestões adequadas ao ordenamento jurídico pátrio.

Tecidas essas observações, tem-se que, no momento das primeiras leituras, a atenção voltou-se para a constatação de ampla assimetria informacional na delimitação

⁵¹⁴ A identidade da parte beneficiada não será divulgada neste trabalho, tendo em vista que se trata de feito em segredo de justiça. CURITIBA. Ministério Público do Paraná. **MPPR em Araucária garante acordo de R\$ 4,5 milhões para obras sociais**. 04 dez. 2020. Disponível em: https://mppr.mp.br/2020/12/23224,10/MPPR-em-Araucaria-garante-acordo-de-R-45-milhoes-para-obras-sociais.html?fbclid=IwAR2ZnbeGW1j9iorSpCRAYH04WMUyoWSxV5th3lyA704liDg2ILXez_Bk5yw. Acesso em: 05 jan. 2021.

⁵¹⁵ Autos em segredo de justiça. Informações obtidas a partir do site do Ministério Público do Estado do Paraná. CURITIBA. Ministério Público do Paraná. **MPPR em Araucária garante acordo de R\$ 4,5 milhões para obras sociais**. 04 dez. 2020. Disponível em: https://mppr.mp.br/2020/12/23224,10/MPPR-em-Araucaria-garante-acordo-de-R-45-milhoes-para-obras-sociais.html?fbclid=IwAR2ZnbeGW1j9iorSpCRAYH04WMUyoWSxV5th3lyA704liDg2ILXez_Bk5yw. Acesso em: 05 jan. 2021.

da cláusula de implementação do *criminal compliance*, a qual pode favorecer o oportunismo, assim como gerar insegurança e, por conseguinte, comprometer a credibilidade do instituto, desestimulando sua adoção mediante condição nos instrumentos negociais.

Por isso no intuito de constatar as inconsistências ou lacunas verificadas, decorrentes da inexperiência da estratégia, procedeu-se o mapeamento destas em um quadro comparativo, este fracionado nas seções a seguir:

3.3.1 Condições gerais: prazos e cronogramas

Quadro 1 - Beneficiado do acordo; condição entabulada; prazo para o início do cumprimento; apresentação do cronograma para a estruturação do *criminal compliance*

	Caso 1 –Leniência	Caso 2- Colaboração Premiada	Caso 3 – ANPP
Beneficiado	Pessoa jurídica (Odebrecht S.A)	Pessoa física	Pessoa física
Condição	Implementar ou aprimorar Programas de integridade (práticas de compliance)	Implementar programa de <i>compliance</i>	Implementar programa de <i>compliance</i>
Prazo para início de cumprimento	90 dias a contar da homologação do acordo	Prejudicada	Prejudicada
Apresentação de cronograma para implementação do programa	Deve ser apresentado em 120 dias a contar da homologação do acordo	Prejudicada	Prejudicada

Fonte: Elaborado pela própria autora.

Observou-se de forma preliminar nas condições entabuladas a utilização de ‘programa de integridade’ e ‘*compliance*’. Trata-se da constatação evidenciada no primeiro caso, no qual, no termo de acordo, ocorre a referência ao ‘programa de integridade’. Já enquanto, no parecer homologatório proferido pelo órgão de supervisão, existe apenas um parêntese após a expressão ‘programa de integridade’, no qual consta expressamente a terminologia ‘regras de *compliance*’.

Logo, o registro confirma que, no Brasil, os termos são considerados sinônimos, em que pese, academicamente não o sejam, consoante outrora observado. Dessa maneira,

à vista disso, percebeu-se, ainda, que apesar de inicialmente constar uma condição alternativa, qual seja, implementar ou aprimorar programas de integridade, verificou-se a hipótese de uma implementação do instituto, sendo as demais disposições neste mesmo sentido descrito.

Digno de nota, à vista dessa imprecisão inicial, nesta unidade a condição restou delineada de modo mais detalhado, com a previsão de que o cumprimento da avença deve iniciar no prazo de 90 dias a contar da homologação do acordo. Além disso, que, em 120 dias, o beneficiado necessite apresentar ao Ministério Público um cronograma com as etapas e prazos referentes à implementação do mecanismo – previsões ausentes nos feitos ns.2 e 3.

Nota-se importante destacar que não foram encontradas justificativas ou orientações a respeito da (des)necessidade desses prazos. Dessa forma, acredita-se que a riqueza de detalhamento na unidade de observação de número 1 (que se repetiu em todos os demais itens analisados) justifica-se pelo fato de que em se tratando de acordo de leniência, a Lei nº 12843/13 e o Decreto nº 8420/15 disciplinam diversos arranjos que o relacionam com a temática. Fator este que inexistente no âmbito da colaboração premiada e no acordo de não persecução penal; no entanto, a ausência de previsão legal, por si só, não justifica a omissão nos demais casos.

Ademais, trata-se de solução a qual se apresentaria com um simples dispositivo, sendo recomendável que as partes estabelecessem um prazo para o início de cumprimento e, dentro do possível, um cronograma de implementação. A importância recai, sobretudo, na influência que exerce nas demais questões a seguir analisadas, especialmente, porque tanto o termo inicial quanto o cronograma clarificarão os demais passos, como também a direção a ser tomada na estruturação de um programa de *criminal compliance*.

Registra-se, ainda, que nenhuma das unidades observadas estabeleceu a consequência do cumprimento extemporâneo. O que motivou a dúvida quanto: esta ensejar na prorrogação do acordo; na rescisão; assim como se será necessário aditivo para tanto, entre outras. Mais uma vez, trata-se de uma lacuna aparente do ponto de vista da irrelevância, contudo, passível de comprometer a avença.

Lado outro, identifica-se possível afirmar que os achados confirmam a hipótese de que a pesquisa corrobora com o estudo dogmático apresentado no item 3.1, no qual se

nota possível conezionar a estrutura de um programa de prevenção de ilícitos nos acordos processuais penais celebrados com pessoas físicas, titulares do controle societário.

3.3.2 Requisitos essenciais do programa de *criminal compliance* a ser implementado

Quadro 2 - Requisitos essenciais do programa de *criminal compliance* a ser implementado

	Caso 1 –Leniência	Caso 2- Colaboração Premiada	Caso 3 – ANPP
Requisitos do Programa	Artigos 41 e 42 do Decreto nº 8420/15	Prejudicada	Prejudicada

Fonte: Elaborado pela própria autora.

Das análises verificadas, somente no caso apreciado de número um, houve uma previsão expressa dos requisitos essenciais que o instrumento a ser implementado deveria conter, quais sejam: os previstos nos artigos 41 e 42 do Decreto nº 8420/15.

O que era esperado, visto o acordo de leniência ter sido orientado, consoante expressamente consignado nas primeiras linhas do seu termo de celebração, na Lei n. 12846/13 e no Decreto n. 8420/15.

Para além disso, oportuniza-se consignar que, no Apêndice 3 do negócio consensual em análise, acertadamente, as partes disciplinaram práticas especiais de ética, integridade e transparência; muito provavelmente, motivadas pela vagueza e imprecisão dos parâmetros estabelecidos no Decreto.

Noutro vértice, o silêncio em instrumentos processuais penais colaborativos ns. 2 e 3, quanto a um *standart de criminal compliance*, perfaz-se em mais uma lacuna que pode trazer grandes dificuldades para o adimplemento negocial.

A agravar tal situação, tem-se a ausência de decisões judiciais a respeito do tema, reflexo da novidade que o permeia, as quais casos existentes poderiam iluminar esse caminhar⁵¹⁶. Aliás, problema igualmente diagnosticado pela revisão literária de Marta Munõz de Morales Romero no ordenamento jurídico referência.

⁵¹⁶ Trata-se de observação exarada por Adán Nieto Martín ao analisar as decisões proferidas na justiça espanhola, a qual se aplica perfeitamente no ordenamento brasileiro. O autor esclarece ainda que as decisões emanadas dos tribunais norte-americanos, do mesmo modo, são bastante parcas, com

No qual, a autora observou que a inexistência de diretrizes para juízes e tribunais de quais elementos configuram um programa eficaz, ao tempo em que constitui um reflexo direto da técnica de autorregulação, colide com o princípio da segurança jurídica. Destacou, ainda, que a prática demonstra que os acordos pré-processuais, os DPAs e NPAs, são os novos ‘juízos’, nos quais, os juízes têm muito pouco para atuar, fazendo-se raros os casos em que há controle judicial sobre eles⁵¹⁷.

À vista disso, desde logo, destaca-se que não se defende um mecanismo padrão para todas as sociedades empresárias, mesmo porque isso não seria possível pelas próprias características da autorregulação regulada. Pelas quais, cabe ao Estado definir diretrizes gerais, cabendo às empresas – norteadas pelas particularidades e especificidades inerentes a sua área de atuação – elaborar o seu próprio programa de *criminal compliance*. Além de, eventualmente, comprometer a eficácia do instrumento e do próprio compromisso dos membros da sociedade empresária.

Identificar elementos mínimos não é sinônimo de que o órgão de persecução penal defina a empresa como esta deverá fazê-lo. Uma vez que essa prática compete a ela própria, de modo a considerar a sua realidade contextual.

Entretanto, a considerar que o instrumento engendrado *post facto* deve ser adequado a promover uma reformulação cultural e uma restauração na unidade empresária, de modo que este opte por medidas de monitoramento e controle adequados na prevenção da reincidência de comportamentos criminosos, bem como na promoção de uma gestão de riscos eficaz, entende-se pela necessidade de tornar a condição mais objetiva.

A conjuntura citada ocorre a partir da uniformização e identificação evidente dos elementos essenciais⁵¹⁸ os quais devem existir a independer da atividade desenvolvida. Dessa forma, evitando-se as distorções, discrepâncias e excessos em seu cumprimento.

indicações demasiada vagas a propósito do modelo organizacional necessário, e que há apenas três sentenças a respeito do FCPA, a despeito de mais de três décadas de vigência dessa lei. Destaca que assim também ocorreria na Itália, com uma única sentença sobre o tema. MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 41-42.

⁵¹⁷ ROMERO, Marta Muñoz de Morales. Programas de conformidade "eficazes" na experiência comparativa. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal em la era de la compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 228.

⁵¹⁸ Contudo, obviamente, sem tecer por menores. Consoante será abordado na seção 3.3.5.

Principalmente, porquanto a legislação doméstica não definiu até o momento os elementos essenciais de um *criminal compliance*. Acerca dessa temática norteadora, Scandelari discorre que:

Falta no Brasil uma lei sobre *compliance* com aplicação geral para todos os tipos de empresas privadas, que discipline todos os pontos principais dos programas e traga especialmente a inovação dos mecanismos de *law enforcement*. Cujo objetivo não é a prevenção específica de um ilícito, mas sim a prevenção corporativa regular de ilícitos em geral [...] que consolide de modo uniforme, assertivo reduzindo a insegurança e otimizando a prevenção corporativa de ilícitos⁵¹⁹.

No ordenamento referência, por exemplo, observou-se que, dentro do possível, ocorre a padronização⁵²⁰ dos requisitos mínimos a serem considerados em uma estrutura de *criminal compliance*, a ser implementado a partir dos acordos firmados com o DOJ⁵²¹. Cujos acordos, em regra geral, estabelecem a essencialidade de observância de medidas administrativas de prevenção⁵²² e de natureza criminal as quais interessem a investigação^{523 524}.

Para alicerçar este caminho teórico, no ordenamento jurídico nacional, poder-se-á partir dos elementos disciplinados na Lei nº 12846/17, no Decreto nº 8420/15 e nos princípios de *Ruggie*. Contudo, tendo em vista que esses arcabouços normativos regulamentam, sobretudo, o *compliance* na perspectiva anticorrupção, e, se a estratégia em comento objetiva a prevenção da criminalidade empresarial, nota-se essencial, para

⁵¹⁹ SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 149;

⁵²⁰ Diferentemente dos modelos de *compliance ex ante*, nos quais há ampla discricionariedade do DOJ quando da sua valoração.

⁵²¹ Dentre os quais, pode-se citar os mecanismos disciplinados nos acordos celebrados com o BGH e *Alstom Power, INC*. Para uma análise detalhada *Vide*: LEITE FILHO, José Raimundo. *Op. cit.*

⁵²² Existência de um código de conduta; código de ética; sistemas de treinamento de funcionários; engajamento do alto escalão; avaliações periódicas de risco; designação de executivo sênior como *compliance officer* com recursos próprios e com contato direto com o conselho de administração ou com o diretor executivo; processos disciplinares internos; procedimentos voltados a remediar o dano resultante do comportamento ilegal e a evitar sua reiteração; *due diligence* relativamente a parceiros comerciais; revisão periódica do programa, etc.

⁵²³ Tais como: implementação de um sistema interno de denúncias; sistema de proteção ao denunciante e o reporte do resultado dessas investigações ao DOJ. MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 33.

⁵²⁴ Para uma análise detalhada *vide*: ROMERO, Marta Muñoz de Morales. *Op. cit.*, p. 222-228.

fins do presente, a inserção de elementos que, tal qual no exemplo citado, conduzam a esta.

Em essencial, constata-se imprescindível a previsão de interação e cooperação entre os diferentes sistemas de regulação interna, bem como do sistema estadual de prevenção ao crime empresarial (medidas para canalizar relatórios de suspeitas, sistema especial para informantes, investigações internas, entre outras), além disso, *é facto*, das medidas administrativas⁵²⁵.

3.3.3 Supervisores do *criminal compliance*

Quadro 3 - Monitoramento do programa por monitores externos e prazo de monitoramento

	Caso 1 – Leniência	Caso 2- Colaboração Premiada	Caso 3 – ANPP
Monitoramento do programa por monitores externos	Monitoramento independente	Auditoria externa	Prejudicada
Prazo do monitoramento	Dois anos	Acompanhamento semestral pelo prazo mínimo de dois e máximo de três anos	Prejudicada

Fonte: Elaborado pela própria autora.

Com o intuito de acompanhar a estruturação dos mecanismos de *compliance*, as unidades de número um e dois previram uma figura externa à empresa, a qual tem por responsabilidade fazer recomendações para uma melhor estruturação e funcionamento do programa.

Neste caso, que consiste em monitorá-lo e, ainda, certificá-lo quanto ao fato de atendimento às obrigações por parte da companhia, a fim de reduzir riscos de reiteração do comportamento contrário à norma. Não obstante, “a responsabilidade de elaboração do programa de *compliance* continue sendo da entidade empresária”⁵²⁶.

No acordo de número 1, este acompanhamento será realizado por monitor independente pelo prazo de dois anos, a contar da homologação do negócio colaborativo.

⁵²⁵ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 96.

⁵²⁶ CARLI, Carla Veríssimo de. *Compliance, incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 341-342.

No apêndice de número 4, do termo de acordo, constam as descrições das atribuições do monitor e da sociedade empresária para com ele.

No caso de número 2, por sua vez, a incumbência restou-se atribuída a uma auditoria externa, responsável por realizar um acompanhamento semestral pelo prazo mínimo de dois e máximo de três anos. Inobstante, tenha se verificado a ausência de previsão das atribuições da auditoria externa, tampouco, os deveres da sociedade empresária para com aquela.

No terceiro caso, inexistente a previsão de um acompanhamento externo.

Referente ao tema, a revisão bibliográfica de Adán Nieto Martín destaca que a intervenção de terceiros na discussão, implementação e supervisão dos programas de *compliance* é a maneira mais idônea de conseguir um mecanismo efetivo. Desse modo, chama a atenção, inclusive, para uma fórmula que considera interessante, na qual são incluídos no processo os *stakeholders* (que se referem às organizações em defesa do consumidor, meio ambiente, anticorrupção, entre outras); e, os representantes dos trabalhadores⁵²⁷, de modo a conferir-lhes maior atenção aos interesses que são afetados pela atividade empresarial – o que pode contribuir para uma reconfiguração dos programas⁵²⁸.

O monitor externo trata-se de figura bastante comum nos acordos celebrados no ordenamento referênciado, consoante analisado no primeiro capítulo. Todavia, à vista de inúmeras críticas, decorrentes, sobretudo, dos excessivos dispêndios com essa figura, aliada à ausência inicial de critérios para sua escolha, atualmente, existem diretivas elaboradas pelo DOJ, com previsões mais completas que variam desde a escolha do monitor até suas obrigações⁵²⁹. Dentre as quais, merece destaque, a orientação de como o supervisor deverá proceder diante da descoberta de irregularidades. Devendo, segundo a normativa, comunicar: ao conselho geral da empresa, ao *compliance officer*; ao comitê de auditoria e ao DOJ.

⁵²⁷ MARTÍN, Adán Nieto. Regulatory Capitalism y cumplimiento normativo. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal económico em la era *compliance***. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 24-25.

⁵²⁸ MARTÍN, Adán Nieto. Como avaliar a eficácia dos programas de cumprimento. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de *compliance***. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 7-28. p. 13.

⁵²⁹ Dentre as quais, trabalhar de forma coordenada com os funcionários da sociedade empresarial; confeccionar relatórios de acompanhamento e, em sendo o caso, expedir recomendações destinadas a melhorar a eficácia do programa de *compliance*, entre outros. LEITE FILHO, José Raimundo. *Op. cit.*, p. 20-26.

Entretanto, a seu critério, caso o reporte à direção da empresa seja entendido como inapropriado, poderá fazê-lo direta e exclusivamente ao DOJ. Com quem, inclusive, reunirá após a elaboração de cada relatório⁵³⁰. Previsão esta, a qual se mostra essencial quando objetiva-se evitar a reincidência da criminalidade.

De outro lado, a sociedade empresária cabe cooperar com o monitoramento, facilitando o acesso irrestrito do supervisor aos documentos e recursos. Como, também, a todas as informações solicitadas, registros, instalações e empregados, além de ex-funcionários, fornecedores, agentes, consultores⁵³¹, entre outros.

Normativas estas, as quais, conforme os achados de pesquisa, mais uma vez, inexistem no âmbito nacional, tampouco, como é procedido o processo de escolha do monitor, denunciando incerteza e obscuridade, que contribuem para a incidência das mesmas críticas que outrora se fizeram presentes no ordenamento estadunidense⁵³².

Veja-se que não se está defendendo a importação das soluções apresentados naquele ordenamento, mesmo porque nosso sistema jurídico é diferente⁵³³, e aquelas devem guardar correspondência com nosso direito interno. Entretanto, se a temática em análise foi inspirada naquele, torna-se essencial revisitar os erros e acertos daquele ordenamento, a fim de não replicarmos no Brasil os mesmos equívocos. O que, diante da vagueza da condição analisada, o risco faz-se presente.

3.3.4 Acompanhamento pelo Juiz e pelo Ministério Público

Quadro 4 - Acompanhamento pelo Juiz e pelo Ministério Público e prazo de acompanhamento

	Caso 1 – Leniência	Caso 2- Colaboração Premiada	Caso 3 – ANPP
Acompanhamento pelo Juiz e pelo Ministério Público	Prevista supervisão pelo MPF	Previsto acompanhamento judicial e pelo MPF	Prejudicada

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² Exceto no acordo n.1, orientado pela Lei n. 12846/13 e pelo Decreto n. 8420/15 no qual o apêndice 4 descreve do algumas obrigações empresariais para com o supervisor externo.

⁵³³ Muito embora essa justificativa seja considerada, por Rodrigo Régnier Chemim Guimarães e Sarah Gonçalves Ribeiro, é um “erro teórico”. Em interessante estudo, os autores demonstram existir uma falsa dicotomia dos sistemas em acusatório e inquisitório. RIBEIRO, Sarah; CHEMIM, Rodrigo. Op. cit.

Prazo de acompanhamento pelo juízo/MP	Dois anos	Período mínimo de dois e máximo de três anos	Prejudicada
--	-----------	--	-------------

Fonte: Elaborado pela própria autora.

A partir da análise dos acordos, torna-se possível extrair que outro acompanhamento é possível, qual seja, aquele realizado pelo Ministério Público e/ou magistrado, os quais gozam da possibilidade de supervisionar a implementação das obrigações avençadas.

Em que pese nos casos em análise, não há especificações de como o descrito acompanhamento deverá ser realizado, pensa-se que o será mediante relatórios fornecidos pela empresa e/ou pelos supervisores externos. Nos quais, estes reclamam atenção à estrutura do programa, à influência da liderança, ao regime das informações, aos canais de denúncia, à análise de procedimentos e às rotinas empresariais.

Com base nos feitos objeto de estudo, tem-se a referida previsão apenas naquelas unidades as quais restou consignada a supervisão por figura externa e, exatamente, pelo mesmo prazo. De forma que, no caso de número 1, o acompanhamento será feito pelo Ministério Público no período de dois anos. Enquanto, na unidade 2, este será realizado tanto pelo juiz quanto pelo órgão de persecução penal com prazo mínimo de dois e máximo de três anos.

Nota-se que inexistente critério entabulado para orientar essa variação temporal. Acredita-se que, de certa forma, existe um paralelismo com o arcabouço normativo no qual encontra-se inserido o instituto da suspensão condicional do processo, o qual estabelece que a ação penal ficará suspensa pelo período de dois a quatro anos⁵³⁴. Contudo, no termo de deliberação da suspensão condicional do processo, já resta, pois, definida dentro da margem legal, qual será o prazo.

Isto é, as partes já têm ciência de forma prévia, durante a celebração da avença, quanto: quais serão exatamente as condições e em que prazo deverão cumpri-la. Situação essa que não foi verificada na segunda unidade observada.

⁵³⁴ Artigo 89 da Lei 9099/95. BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

Ademais, consoante anteriormente mencionado, tal qual no item 3.3.2, não restou entabulado quais serão os critérios a serem ponderados pelas partes celebrantes. Isso, para delimitar se o prazo será de dois ou três anos, ou mesmo, de um período intermediário.

Neste aspecto, partindo do pressuposto que quanto melhor delineadas as condições e requisitos a serem adimplidos, maiores serão as chances de êxito do acordo⁵³⁵, torna-se prudente delimitar não apenas o prazo de acompanhamento, como também a forma em que ele será realizado (se mediante entrevistas, relatórios, entre outros).

Dado que inexistem, tanto no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, quanto do Ministério Público Federal e do Conselho Nacional do Ministério Público, tampouco do Judiciário, orientações de como essas análises devem ser realizadas. E, ao que parece, o modo como fazê-lo ficará a cargo da autoridade fiscalizadora.

3.3.5 Cumprimento da avença – efetividade do programa de *criminal compliance* como condição para o reconhecimento do adimplemento da avença

Quadro 5 - Cumprimento da condição e prazo para certificação do programa de *compliance* estruturado a partir do acordo

	Caso 1 – Leniência	Caso 2 – Colaboração Premiada	Caso 3 – ANPP
Cumprimento da condição	Monitores independentes - relatório	Auditoria externa – relatório	Certificação ISO NBR 37001:2017 a ser emitida pelo INMETRO
Prazo para certificação	Ao final do período de acompanhamento – 2 (dois) anos	Ao final do período de acompanhamento – mín. 2 (dois) e máximo de 3 (três) anos	2 (dois) anos

Fonte: Elaborada pela própria autora.

Estruturado o mecanismo de *criminal compliance* cumpre saber qual a percepção do Judiciário e do Ministério Público para o reconhecimento do adimplemento desta condição a possibilitar a atribuição dos benefícios previstos no acordo⁵³⁶.

⁵³⁵ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit., p. 149.

⁵³⁶ Aqui um parênteses, nenhum dos acordos estabeleceu como condição somente a implementação dos programas de *criminal compliance*, outras cláusulas se fizeram presentes. De modo que, o acordo em si somente será considerado cumprido, quando todas essas forem satisfeitas. Mas estas não fazem parte do presente estudo. Deste modo, neste item somente se está a analisar o que cada solução negocial considerou como sendo “implementação de um programa de *compliance*”.

A partir da revisão teórica, oportuno ressaltar, desde logo, que não se deve extrair da simples estruturação do programa de *criminal compliance* o efeito automático de cumprimento da cláusula entabulada. Se assim o fosse, estar-se-ia estimulando mecanismos meramente formais. Porquanto, a parte beneficiada poderia simplesmente ‘comprar’ um programa de *criminal compliance*, sem que este seja estruturado respeitando suas peculiaridades. De modo que se assim o fizer, o instrumento não servirá para o fim pensado pelo órgão de persecução penal ao clausulá-lo, qual seja, estratégia de prevenção e repressão a criminalidade empresarial.

A propósito, o simples fato de ser um *criminal compliance* implementado mediante condição de uma solução negocial, o risco de sê-lo já se faz-se presente, consoante será abordado sequencialmente. Isto posto, faz-se necessário que o *criminal compliance* seja efetivo. Conceito que está a ser construído no ordenamento jurídico brasileiro e, sob o qual, pairam enormes dificuldades. E, justamente por esse motivo, faz-se essencial uma delimitação prévia.

No universo pesquisado, verificou-se que, nas unidades de observação de número 1 e 2, não existe disciplina sobre como a parte irá demonstrar que tem um programa apto a ser reconhecido como cumprimento da cláusula. Contudo, a considerar que nestes casos restou previsto o acompanhamento da estruturação do programa por supervisor independente (consoante exposto na seção 3.3.3 do presente) é possível concluir que o investigado, a partir dos relatórios elaborados por aquele, procederá uma autoavaliação acompanhada da documentação comprobatória, demonstrando que implementou um mecanismo permeado por treinamentos; canais de denúncia; aderência da alta administração; código de ética e conduta; entre outros. De modo que os relatórios produzidos por aqueles servirão para respaldar as declarações empresariais, as quais serão submetidas ao exame do órgão de persecução penal.

Aliás, concerne-se em entendimento o qual encontra eco nas ponderações de Veríssimo, para quem:

[...] o gozo dos benefícios previstos no acordo restará condicionado a estruturação de um programa efetivo, podendo tal análise ser elaborada pelos monitores, aos quais, incumbirão elaborar relatórios ao Ministério Público⁵³⁷.

⁵³⁷ CARLI, Carla Veríssimo de. *Compliance, incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 343.

No caso de número 3, por sua vez, restou-se entabulado que o reconhecimento do cumprimento da condição será realizado mediante a apresentação da certificação ISO NBR 37001:2017 a ser emitida pelo INMETRO. Cujo documento objetiva afirmar a solidez e efetividade do mecanismo implementado, neste caso, sendo concedido a parte o prazo de dois anos a contar da homologação da avença para que seja obtida.

Cabe, aqui, pontuar que, consoante bibliografia revisada, subsistem críticas à certificação, as quais por questões didáticas deixa-se de replicá-las. E, isso ocorre de modo que, eventualmente, poder-se-á considerar a certificação como um início de demonstração de que o *criminal compliance* estruturado será efetivo.

Contudo, não implicará em imunidade de apreciação a ser realizada por parte do órgão de persecução penal do que este entende por suficiente para o adimplemento da condição. Tal qual, nas unidades 1 e 2, destacam-se que essa avaliação se refere de forma exclusiva ao adimplemento da avença, para a fruição dos benefícios fixados no acordo.

No contexto citado, não significa reconhecer que se trata de um programa imune às práticas delitivas, tampouco, apto a isentar de responsabilidade penal em caso de nova prática criminosa. A esse respeito citado, abordar-se-á por ocasião da seção de discussão geral.

A independer disso, consiste-se em difícil tarefa a pressuposição quanto aos critérios e parâmetros objetivos do que se espera de um instituto efetivo. Sob pena de à vista de múltiplos atores participantes dos processos penais colaborativos⁵³⁸ verificar-se as discrepâncias avaliativas⁵³⁹ as quais podem, novamente, violar o postulado da segurança jurídica e, por conseguinte, ensejar em resistência à condição examinada.

Igualmente, são as preocupações de Marcelo André Azevedo, para quem a estruturação de um mecanismo de *criminal compliance* a partir dos instrumentos negociais sem saber ao certo quais os critérios de avaliação serão considerados, cria problemas futuros. Pois, diante da complexidade de determinados setores, nem sempre a autoridade responsável pelo ajuste terá aptidão para avaliar sua efetividade e, não

⁵³⁸ E aqui não se está a referir apenas ao fato de termos diversos Ministérios Públicos no âmbito estadual ou mesmo o Federal que poderá posicionar-se em sentido diverso daqueles. Mas no próprio fato de que dentro de uma única unidade ministerial é possível eventual atribuição concorrente de atribuições que poderá gerar dificuldades interpretativas e divergências de posicionamento.

⁵³⁹ Ainda que se norteie pelos parâmetros previstos no Decreto n. 8420/15, muitos daqueles são de índole subjetiva.

necessariamente, esta poderá buscar suporte em outros órgãos para realizar a avaliação referida em virtude de ausência de regramento neste sentido⁵⁴⁰.

No ordenamento referênciada, na tentativa de minimizar eventuais assimetrias informacionais, restou-se consolidado o entendimento sobre quais diretrizes deveriam ser consideradas pelos integrantes do DOJ, quando da análise dos instrumentos de *criminal compliance*⁵⁴¹. Orientações as quais, embora sejam destinadas aos membros do órgão de persecução penal reflexamente, servem como guia orientativo às empresas, vez que estas, cientes dos parâmetros a serem considerados por aquele, norteiam seus programas a partir dessas diretivas.

A propósito, constata-se quatro questionamentos a serem verificados por aqueles: o programa foi bem desenhado? Foi implementado de forma sincera e de boa-fé? Em outras palavras, foi estruturado de forma eficiente com alocação de recursos adequados? E, o programa é adequado e funciona na prática?

Ainda, em um esforço limitativo da subjetividade, o DOJ recomenda a observância de alguns aspectos, a saber: o membro deverá ponderar se houve a identificação dos riscos, se existem políticas e procedimentos devidamente comunicados, bem como canais de denúncia, de treinamentos, de sanções, de investigações, ou mesmo, de sindicância, compromissos, auditorias, autonomia e recursos, investimentos contínuos, gerenciamento de terceiros, entre outros⁵⁴².

Solução semelhante foi a encontrada no ordenamento pátrio pela Controladoria Geral da União que – à vista da Lei Anticorrupção atribuir a múltiplas autoridades a possibilidade de instauração e julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica (PAR), no qual, na maioria das vezes será fundamental a avaliação do programa de *compliance* anticorrupção- desenvolveu um manual e um questionário para otimizar e uniformizar as avaliações realizadas pelas diversas instituições⁵⁴³.

⁵⁴⁰ AZEVEDO, Marcelo André. Op. cit., p. 68-69.

⁵⁴¹ UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Evaluation of Corporate Compliance Programs**. jun. 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: 03 out. 2021. p. 1.

⁵⁴² UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Evaluation of Corporate Compliance Programs**. jun. 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: 03 out. 2021. p. 1. E ainda, LEITE FILHO, José Raimundo. Op. cit., p. 20-24.

⁵⁴³ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Empresa Pró-Ética**. [20--]. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 13 out. 2021.

Essencialmente, o guia disciplina que deve ser investigada a cultura organizacional de integridade, mecanismos políticos, procedimentos de integridade, e, ainda, a atuação da pessoa jurídica em relação ao ato lesivo. Neste item, prevê dois importantes pontos, a saber: imprescindibilidade de verificar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção ou remediação do ato lesivo (objeto do PAR), e se a pessoa jurídica implementou medidas para evitar a reincidência de atos semelhantes⁵⁴⁴.

Metodologia equivalente, porém, dotada de elementos essenciais a um *criminal compliance*, poder-se-ia ser elaborada no âmbito do Ministério Público à nível nacional para exame dos relatórios apresentados pela parte agraciada com a benesse processual penal para demonstrar que cumpriu a condição⁵⁴⁵⁵⁴⁶.

Ademais, a partir do fomento à implementação de estruturas de *criminal compliance*⁵⁴⁷, a necessidade de avaliar se medidas para evitar ou minimizar comportamentos criminosos foram previstas pela sociedade corporativa tornar-se-á cada vez mais frequente no exercício da atividade funcional, seja na modalidade de mecanismo de *criminal compliance ex ante* seja *ex post*. Logo, nota-se essencial que o órgão que os estimula saiba, em linhas gerais, como examiná-lo.

Brandalise destaca que o membro do Ministério Público deverá ter capacidade para, neste aspecto, compreender a empresa e o programa de *criminal compliance* a partir

⁵⁴⁴ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Empresa Pró-Ética**. [20--].Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 13 out. 2021.

⁵⁴⁵ Neste ponto, não se desconhece que a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal editou, recentemente, a Orientação n. 10/20, na qual, em seu artigo 25, inciso IV orienta que em sede de acordo de leniência, cabe ao Ministério Público verificar os parâmetros técnicos da ABNT ISO 37001:2017. Em que pese os parâmetros ali delineados refiram-se ao sistema de gestão antissuborno, os pilares estruturais em matéria administrativa, em muito se assemelham. O que eventualmente podem justificar essa orientação. Outrossim, estabeleceu que eventuais prazos de criação, avaliação e monitoramento estabelecidos no acordo sejam contados a partir da celebração do acordo. Contudo, a considerar que o objeto da presente é o *criminal compliance* entendeu-se que nesta matéria, estas diretrizes restariam insuficientes. BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação nº 10**. 09 nov. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-no-10-2020-anpc.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

⁵⁴⁶ Lamy, ao final de sua pesquisa, apresenta a proposta de um guia neste sentido. No qual, segundo a autora, destaca que “no guia do *compliance* na colaboração premiada também precisa mencionar as ferramentas que devem ser criadas: manual, realizações de treinamento; canal de denúncias; rotinas de diligências de terceiros, etc, e ainda, que deve esclarecer uqal a leitura que a autoridade fiscalizadora faz dos itens contidos no artigo 42 do Decreto n. 8420/15”. LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit., p. 236.

⁵⁴⁷ Conforme já observado no item 3.3.2.

de uma visão comercial das identificações, avaliações, definições de perfil de risco, grau de aproximação para a investigação, e responsabilidades dentro da hierarquia⁵⁴⁸.

A essa percepção, Marcelo André Azevedo acrescenta a necessidade de que o integrante do órgão de persecução penal tenha noção do que importa efetivamente na alteração do comportamento ético empresarial. De modo que órgão possa, a partir daí, ajustar seu foco de observação e saiba o que está a analisar⁵⁴⁹.

Diante dessas constatações, José Roberto Oliveira constata que o “Ministério Público necessitará de aperfeiçoamento e de capacitação de sua estrutura para manusear essa importante ferramenta”. Esforços os quais deverão, segundo o autor, integrar o Planejamento Estratégico do Ministério Público⁵⁵⁰⁵⁵¹.

O que combina, igualmente, com as ponderações de Lamy, para quem parece “ser irremediável, como tudo que é novo, que haja capacitação dos atores processuais para que aprendam a utilizar essa ferramenta alternativa, dando a ela a credibilidade e efetividade”⁵⁵². E, Lamy complementa, do contrário, “seria como utilizar um novo dispositivo eletrônico sem ler o manual e esperar que ele alcance a melhor performance”⁵⁵³.

Ponderações estas as quais não implicam na elaboração do programa de *criminal compliance* pelo órgão de persecução penal. Tampouco, que aquele opine ou sugira diretrizes na sua elaboração⁵⁵⁴. Seja porque vedado ao órgão ministerial exercer a função

⁵⁴⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A colaboração premiada e o acordo de leniência como incentivos aos programas de *compliance*. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de *compliance* e Ministério Público**: uma nova visão de gestão e atuação institucional. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 167.

⁵⁴⁹ AZEVEDO, Marcelo André. Op. cit., p. 72.

⁵⁵⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Avaliação de programas de integridade pelo Ministério Público no cumprimento da legislação de improbidade administrativa (Lei n. 8429/1992 e Lei n. 12846/2013). In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de *compliance* e Ministério Público**: uma nova visão de gestão e atuação institucional. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 80.

⁵⁵¹ No mesmo sentido, Marcelo André de Azevedo: “A adaptação e treinamento dos membros da instituição sobre o *compliance* e a criminalidade corporativa em muito poderá contribuir, sem se olvidar no desenvolvimento de projetos de pesquisa e extensão nas escolas e centros de estudos dos ramos e unidades do Ministério Público, inclusive no âmbito da ENCCLA, em especial quando se utiliza de gestão baseada em evidências científicas”. AZEVEDO, Marcelo André. Op. cit., p. 72.

⁵⁵² LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit., p. 220 e ss.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 200.

⁵⁵⁴ Como defende Anna Lamy, para quem o Ministério Público e o Judiciário devem participar ativamente da construção do programa opinando e sugerindo rotinas que considerem ideais, bem como, devem segundo a autora indicar quais os atos que consideram como limítrofes. *Ibid.*, p. 189.

consultiva, seja porque este não detém de capacidade técnica suficiente para elaborar um programa de *compliance* de acordo com as peculiaridades de cada corporação.

A definição dos critérios avaliativos de efetividade não caminha para a construção conjunta de um instrumento de prevenção corporativa de ilícitos. Do contrário, correr-se-ia, ainda, o risco de o órgão de persecução penal imiscuir-se na atividade empresarial, exigindo mecanismos insuficientes, ou mesmo, excessivamente complexos⁵⁵⁵. Cujas atividades poderiam, na prática, não encontrar eco na cultura corporativa e, por conseguinte, serem sistematicamente ignoradas pelos funcionários, empresários e demais trabalhadores⁵⁵⁶.

Seja dito, justamente essa é uma das críticas de William Laufer ao sistema norte-americano anteriormente apresentada no capítulo dois. No qual, por vezes, funcionários do governo – sem obrigação de definir o que significa ter um programa de conformidade eficaz – simplesmente, estabelecem requisitos pouco efetivos e ainda que demandam gastos excessivos⁵⁵⁷.

O fato de, nas hipóteses investigadas, existir uma conversação entre as partes, refere-se exclusivamente a respeito das condições de barganha como um todo, e não pode servir como justificativa para fundamentar que é devido ao Ministério Público tecer pormenores a respeito do programa de *criminal compliance*.

Para além disso, as comparações entre as unidades observadas confirmam que o ônus probatório da estruturação de um programa de *criminal compliance* efetivo é do investigado. Resguardado ao Ministério Público manifestar sua percepção para validar ou não o cumprimento da cláusula. Conclusão que segue a lógica imprimida em outras soluções negociais, tais como a transação penal ou a suspensão da condição do processo, nas quais cabe ao investigado (agraciado com a benesse processual) provar o adimplemento das condições.

Como reconhecimento no sentido descrito, encontramos embasamento na revisão literária de Paulo de Souza Mendes apresentada na análise de um programa *ex ante* a qual pelos mesmos fundamentos pode ser aqui replicada:

O investigado é quem tem o ônus de alegar e produzir prova no processo sobre

⁵⁵⁵ Aproximando-se de um *overcompliance*. AZEVEDO, Marcelo André. Op. cit., p. 69.

⁵⁵⁶ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafela Martinez. Op. cit., p. 91.

⁵⁵⁷ Consoante abordado no capítulo dois. *vide* LAUFER, William S. **A very special regulatory milestone**. U. Pa. J. Bus. L. 20 2017, p. 392.

os seguintes itens: i) existência de programa de *compliance*; ii) existência de sistemas efetivos de *compliance*; iii) identificação de medidas adequadas e realmente implementadas contra falhas organizacionais suscetíveis de originar a prática de infrações; iv) identificação, avaliação e controle dos riscos empresariais⁵⁵⁸⁵⁵⁹.

Retomando as unidades analisadas e conjugadas, as seções 3.3.1 e 3.3.5 podem indicar que, em regra, as autoridades de persecução penal acreditam que o prazo para a empresa ser capaz de implementar um programa de *criminal compliance* efetivo, alcançando, por conseguinte, a finalidade precípua da condição, qual seja, a alteração da cultura empresarial, é de dois anos, a contar da homologação do ajuste.

Trata-se de crença semelhante a existente no ordenamento jurídico paradigma, no qual, normalmente, a média de prazo estipulada nos acordos é essa. Nada obstante, desde logo, consigna-se que não foi encontrada nenhuma justificativa para o prazo e, tampouco, algum estudo empírico no sentido citado.

Diante disso, partindo da premissa de que uma coisa é a estruturação de um programa e, coisa distinta seria a sua efetividade, a reflexão que se propõe é: se essa situação é realmente possível. Neste contexto: dois anos apresenta-se como um prazo suficiente para que uma empresa possa mudar a cultura corporativa e vivenciar as novas medidas adotadas?

Fato é que se sabe muito pouco sobre isso. Pode ser que seja suficiente em uma empresa de pequeno ou médio porte, nas quais se consegue presumir que a média para implementação de todos os controles essenciais ao *criminal compliance* seja de um ano aproximadamente. Isso, desde que haja recursos, pois mudanças de rotas implicam em dispêndio de valores, além de influência efetiva da alta liderança. A qual, terá então, juntamente com o *compliance officer*, mais um ano após a estruturação do mecanismo para se comprometer e influenciar uma alteração comportamental.

Aqui, oportuno observar que a cultura corporativa é um processo construtivo, que não se concretiza da noite para o dia⁵⁶⁰. Primeiro, porque essa cultura precisa consolidar-

⁵⁵⁸ MENDES, Paulo de Sousa. Op. cit., p. 14.

⁵⁵⁹ No mesmo sentido é o posicionamento de OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 80.

⁵⁶⁰ ASSI, Marcos. Compliance, controles internos, conduta ética, gestão de risco. **Artigos**. 15 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.marcosassi.com.br/compliance-controles-internos-conduta-etica-e-gestao-de-riscos>. Acesso em: 24 fev. 2022.

se no âmbito da alta administração para, em momento posterior, refletir em toda a empresa⁵⁶¹.

Na mesma direção, posiciona-se Scandelari:

Não se pode simplesmente, de imediato instalar costumes e criar hábitos. A cultura da transparência e de cumprimento à lei é consequência de um processo de fomento cuja duração, a depender das condições da empresa, pode ser bastante longa⁵⁶².

Para além disso, quando o *compliance* é inserido na sociedade, existe um redirecionamento do modelo organizacional em favor de uma mudança climática no ambiente corporativo⁵⁶³, que pautado por princípios éticos, valores e cumprimento normativo deverá sensibilizar as pessoas para que, igualmente, caminhem neste novo sentido. Isso mesmo fora do campo de visão de um observador externo, o que à vista de não ser uma tarefa simples, demanda tempo⁵⁶⁴.

A agravar, Thomas Rotsch nos recorda que o *compliance* é uma iniciativa espontânea das empresas⁵⁶⁵, é autorregulação⁵⁶⁶, e nas hipóteses objeto de análise, o instrumento decorre de uma condicionante. Pela qual, adota-se o programa muito mais para resguardar a pessoa física (celebrante da avença) e a própria pessoa jurídica de eventuais efeitos secundários decorrentes da responsabilização penal da primeira – do que, necessariamente, motivada pela efetiva vontade de ‘fazer o que é certo’ e, assim, transformar o ambiente corporativo.

Situação esta, a qual pode ser incompatível com os fins que se objetivam ao se fixar a condição em comento e que se alinham com as preocupações de Marcelo André Azevedo, uma vez que, segundo o autor, cabe ao Ministério Público:

⁵⁶¹ GARCIA, Emerson. “Tone from the top” e o processo de escolha do Procurador- Geral de Justiça. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 289.

⁵⁶² SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil**. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

⁵⁶³ MAEDA, Bruno Carneiro. Op. cit., p. 201.

⁵⁶⁴ UIR, Ian. **The Tone from the Top: How Behavior Trumps Strategy**. New York: Routledge, 2016. p. 118.

⁵⁶⁵ ROTSCHE, Thomas. Criminal *compliance*. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, v. 49, n. 1, p. 1-11, jan. 2012. p. 3-4.

⁵⁶⁶ Ainda que no presente estudo seja na espécie autorregulação regulada, conforme revisão apresetada no capítulo dois.

[...] visualizar que programa de *compliance* empurrado pode se tornar um instrumento vazio, ineficaz e contraproducente, razão pela qual se mostra necessário que seus integrantes entendam a espada de dois gumes dos programas obrigados⁵⁶⁷.

Dito de outro modo, reconhece-se a possibilidade de que a organização empresarial, querendo, permita que valores sociais permeiem suas atividades. Podendo ser persuadidas, portanto, a fazer o certo⁵⁶⁸. No entanto, não se pode perder de vista que, por de trás de uma entidade corporativa, existe toda uma história responsável por conferir dinâmica às suas relações. E, as empresas, tal qual os indivíduos, têm a tendência de repetir comportamentos que lhe são habituais e que se encontram sedimentados, havendo, portanto, uma demora natural para a alteração comportamental.

Se essa mudança comportamental é construída de forma lenta e diuturnamente quando a vontade para tanto é inerente, quiçá quando decorrer de um acordo celebrado em virtude de conduta ilícita de sócio e/ou membro da diretoria.

De modo que não seria possível garantir, que neste cenário e no prazo fixado, haverá “o comprometimento do alto corpo empresarial em agir eticamente, essencial para uma alteração cultural”⁵⁶⁹. O que poderia contribuir para a “proliferação de programas de *compliance* com pouco potencial para efetivamente mudar as práticas e a cultura corporativa das empresas afetadas”⁵⁷⁰.

Contrariando essas observações, os achados de pesquisa permitem afirmar que nos casos analisados, os quais em virtude da limitação de amostras não são passíveis de generalização, foi possível uma alteração da cultura empresarial no prazo de dois anos.

A confirmação baseou-se no fato de que não existem notícias recentes de que as empresas envolvidas nos casos números 1 e 2 tenham praticados novos ilícitos, tampouco seus agentes⁵⁷¹. Em relação à primeira, inclusive, há informações que em novembro de 2020, esta recebeu a certificação ISO NBR 37001:2017⁵⁷².

⁵⁶⁷ AZEVEDO, Marcelo André. Op. cit., p. 69.

⁵⁶⁸ PARKER, Christine. **The Open Corporation**: effective self-regulation and democracy. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 28 e ss.

⁵⁶⁹ ATHAYDE, Amanda; FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 303.

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ Empresa de Ricardo Pessoa na qual foi implementado programa de *compliance* consoante acordo de colaboração premiada analisado na unidade de observação n.2.

⁵⁷² Certificação requisito de acordo celebrado com a CGU em 2018 por fatos datados de período anterior a dezembro de 2016, data do acordo de leniência celebrado com o MPF e unidade de análise número 1 da presente. LANÇA, Daniel. Empresas da Odebrecht recebem certificação antissuborno. **Veja**, 30 maio

No caso 3, por sua vez, ainda não houve o decurso do prazo estipulado para a estruturação do programa de *criminal compliance*, razão pela qual a análise resta prejudicada.

3.3.6 Novo delito durante o período de prova x reconhecimento da ineficiência do programa de *criminal compliance*

Quadro 6 - Hipóteses de rescisão do acordo e prática de novo crime como critério de reconhecimento da ineficiência do programa de *compliance*

	Caso 1 – Leniência	Caso 2 – Colaboração Premiada	Caso 3 – ANPP
Rescisão do acordo	Condição genérica	Condição genérica	Condição genérica
Prática de novo crime considera o programa ineficiente	Prejudicada	Prejudicada	Prejudicada

Fonte: Elaborado pela própria autora.

Da análise completa das unidades de observação pesquisadas, verificou-se em todas elas a cláusula genérica, isto é: “o descumprimento de qualquer das condições ensejará na revogação do benefício”.

A partir daí alguns questionamentos fizeram-se possíveis, contudo, antes, oportuna-se delimitar algumas premissas extraídas, até aqui, dos achados da pesquisa:

i) Uma das condições negociais consiste em implementar um programa de *criminal compliance* no prazo de dois anos, a contar da homologação do processo penal negocial no qual a cláusula foi entabulada;

ii) A mera implementação por si só não enseja no cumprimento da cláusula, sob pena de estimular programa de prateleira⁵⁷³. Posto isto, a efetividade do *criminal compliance* deve ser comprovada pela parte beneficiária da avença e submetida a apreciação do órgão de persecução penal e/ou magistrado; e

2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/matheus-leitao/empresas-da-odebrecht-recebem-certificacao-antissuborno/>. Acesso em: 31 out. 2021.

⁵⁷³ Expressão utilizada pela doutrina para denominar programas de *compliance* inadequados ao fim a que se destinam. Seja porque não foi elaborado de acordo com as especificidades empresariais, seja, porque o foi apenas formalmente.

iii) A revisão bibliográfica apresentada no segundo capítulo reconhece que um programa de *criminal compliance*, ainda que efetivo, não configura uma barreira intransponível à prática delitiva⁵⁷⁴. Na verdade, é a reação ao comportamento criminoso que constituirá um indicativo da efetividade do programa e do comprometimento empresarial com o respeito às normas legais e aos parâmetros éticos⁵⁷⁵.

Fixadas essas premissas, a controvérsia centra-se em saber o seguinte: em sendo praticado um crime empresarial, após a implementação do mecanismo, isso implicará no reconhecimento da ineficiência do programa e, por conseguinte, na revogação negocial⁵⁷⁶? Em caso positivo, para tanto, a conduta criminosa deverá ser praticada em quanto tempo após a implementação de um programa de *criminal compliance*? Mas, a estruturação do mecanismo de *criminal compliance* já não enseja no reconhecimento da extinção de punibilidade, razão pela qual não poder-se-ia falar em revogação? Em quais hipóteses que em sendo praticado um crime o acordo será revogado?

Primeiramente, oportuno lembrar que o *criminal compliance* não é a única condição entabulada. Logo, não necessariamente todas as cláusulas serão cumpridas concomitantemente e, somente após o adimplemento de todas é que o acordo será considerado adimplido.

Em segundo lugar, não se pode esquecer que a depender do acordo, satisfeitas as cláusulas no prazo entabulado, haverá realmente o reconhecimento da extinção de punibilidade, no entanto, a depender do instrumento negocial não ocorrerá necessariamente. Aliás, a barganha processual penal pode, inclusive, realizar-se em sede de execução de pena⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ Em sentido contrário, Busato destaca que “se o objetivo do sistema de *compliance* é precisamente gerar cumprimento normativo, a própria ocorrência do evento delitivo é o atestado empírico ou de sua irrelevância ou de sua ineficácia. BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). **Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 7.

⁵⁷⁵ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Op. cit., p. 92.

⁵⁷⁶ Veja-se que não se está a analisar o descumprimento do acordo como um todo, o qual, por exemplo, em sede de leniência há previsão legal de que o descumprimento do referido acordo ensejará na impossibilidade de novo acordo pelo período de três anos. E sim, o descumprimento apenas de uma cláusula do instituto negocial celebrado.

⁵⁷⁷ Refere-se aqui exclusivamente a colaboração premiada. Em relação ao acordo de não persecução penal a previsão legal é de que somente pode ser oferecido antes da denúncia. Salvo para aqueles crimes praticados antes da edição legislativa, em relação aos quais pairam divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Vide: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., e ainda, BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. Op. cit.

Considerando que nenhum dos acordos examinados previu resposta às inquietações apresentadas. Sugere-se que para responder aos questionamentos levantados, mais uma vez, socorra-se por analogia dos dispositivos referentes à suspensão condicional do processo, de modo que é possível fixar um período de prova, no qual, ocorrendo um comportamento criminoso, poder-se-á aventar a revogação da avença.

No cenário desenhado, de antemão dever-se-á verificar se está diante de uma falha pontual do programa ou não, e, sequencialmente, identificar o autor da conduta criminosa. A depender das imputações e do contexto, entende-se que diferentes soluções se apresentam.

Diagnosticada falha pontual, não necessariamente, implica em se falar em revogação do benefício, mas, sim, em uma eventual prorrogação do período de prova. Neste ponto, consoante outrora exposto, dever-se-á ainda ocupar-se do agente o qual praticou o ato criminoso. Caso o sujeito ativo do delito seja o beneficiário do acordo ou alguém da alta direção o instrumento negocial deverá, certamente, ser revogado.

A justificativa para tanto encontra guarida no reconhecimento doutrinário, apresentado na revisão literária do segundo capítulo, pela qual uma reestruturação cultural a partir dos programas de *criminal compliance* somente faz-se possível mediante adesão do *tone of the top*, e, cuja assunção de um papel de liderança na promoção do *criminal compliance* mostra-se essencial. Comprometimento este o qual deve ser visível, explícito e ir além da mera conformidade regulatória, incluindo os valores do negócio, a fim de inspirar os demais funcionários a agir de forma semelhante⁵⁷⁸.

A partir do cenário descrito, se alguém da própria cúpula empresarial e/ou beneficiário da barganha ignora as regras de *criminal compliance* e pratica novos comportamentos criminosos, resta claro que o mecanismo é ineficiente. Pois, “contamina completamente o programa, porque falta o requisito de comprometimento da alta gestão, com o que a mensagem não passa aos níveis inferiores”⁵⁷⁹. E, mais ainda, demonstra que “o esforço de estar em *compliance* não era sério, mas apenas uma fachada, para funcionar como um seguro contra uma responsabilização”⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ SCHROEDER, Doris. Ethics from the top: top management and ethical business. **Business Ethics: A European Review**, v. 11, n. 3, jul. 2002. p. 260-267.

⁵⁷⁹ CARLI, Carla Veríssimo de. **Compliance, incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 338.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 338-339.

Frente à hipótese mencionada, o programa deverá ser considerado inexistente de fato. Além disso, “poderá servir como um elemento de convicção da autoridade competente para avaliar a prova de autoridade do fato, de sua materialidade ou o fundamento de um recrudescimento de sanção”⁵⁸¹⁵⁸².

Entretanto, em não sendo alguém do alto escalão, poder-se-á – a depender do comportamento empresarial frente ao crime – prorrogar-se o período de monitoramento e o próprio acordo em si, isso ao invés de apenas revogá-lo.

Por outro lado, em não sendo uma falha pontual, dever-se-á revogar o acordo em virtude do descumprimento da cláusula fixada, pois, significa que não houve uma reprogramação cultural como pretendido com a cláusula de estruturação do programa de *criminal compliance*.

Lamy defende, inclusive, que tal situação deve restar consignada expressamente no acordo, pois “se alguém da diretoria, em plena execução de um acordo, inobserva as regras de *compliance*, parece inviável dizer que exista efetividade”⁵⁸³.

De qualquer modo, diante de um delito dever-se-á garantir o contraditório ao investigado agraciado com a benesse processual. Oportunizando a demonstração de como a empresa operou diante da prática delitativa, e, o que fez para remediar, bem como quem o praticou, entre outros pontos.

Noutro vértice, à vista da possibilidade de revogação da avença, não se pode descartar a eventual tentativa de disfarce quanto ao comportamento criminoso por parte da empresa. Ou mesmo, de que o instrumento seja utilizado como álibi, sacrificando alguns trabalhadores. Neste caso, sendo imprescindível, portanto, verificar se o programa detém medidas extrajudiciais efetivas, desenvolvidas em todos os níveis de proteção até a prevenção por meio de sistemas de sanções internas da empresa⁵⁸⁴.

Não se pode desprezar, ainda, o eventual receio do reporte da autodenúncia por parte da empresa ao órgão de persecução penal. Justamente por, diante dos

⁵⁸¹ SCANDELARI, Gustavo Brita. *Compliance e Law Enforcement*: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 136.

⁵⁸² Décio Franco David, por sua vez, entende que os programas de *compliance* não devem servir para o recrudescimento da pena, pela própria natureza do instituto. DAVID, Décio Franco. *Compliance e Corrupção Privada*. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 228.

⁵⁸³ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. *Op. cit.*, p. 236.

⁵⁸⁴ SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 103.

questionamentos outrora apresentado, não saber como o ato criminoso será interpretado pelo Estado.

Predominando as incertezas, corre-se o risco de um ‘aparente *compliance*’, ou mesmo, a fuga de sua estruturação⁵⁸⁵. De maneira que, para o sucesso e eficácia da estratégia dependa-se muito de como as questões diagnosticadas no estudo empírico serão tratadas pela doutrina e jurisprudência.

3.4 DISCUSSÃO GERAL

Ao longo da presente pesquisa, com base nos estudos parciais de casos, se pretendeu compreender a realidade que se está a estimular e suas consequências, ainda que estas não estejam totalmente estabilizadas.

A bibliografia revisada e os achados de pesquisa demonstram que os mecanismos negociais penais de resolução de conflito, sob um enfoque pragmático, são instrumentos mais céleres e potencialmente mais efetivos no enfrentamento da criminalidade econômica. E ainda, que o *criminal compliance* apresenta-se como um importante aliado, a justificar a estratégia ministerial de fomentá-lo.

Sem embargo, consoante pontuado nas seis seções que a essa antecederam, o resultado empírico possibilitou o reconhecimento de que para o sucesso dessa aliança uma série de aperfeiçoamentos se fazem necessários. Os quais decorrem, especialmente, da divergência de tratamento na definição e interpretação da cláusula em comento.

A incoerência na moldura valorativa por parte das autoridades celebrantes, por vezes antagônicas, restou-se diagnosticada de modo principal nas: i) condições gerais (prazos e cronogramas); ii) requisitos essenciais do programa de *criminal compliance* a ser implementado; iii) supervisores externos; iv) acompanhamento pelo juiz e pelo Ministério Público; v) efetividade do *criminal compliance* como condição para o reconhecimento do adimplemento da avença; e vi) em novo delito durante o período de prova e o reconhecimento da ineficiência do programa.

Poder-se-ia afirmar, em uma análise apressada, que inexistente relevância nas arestas e divergências constatadas, visto que se fazem validadas pela colaboração e consenso que orientam a alternativa. Entretanto, ainda que não se discorde que a livre manifestação de

⁵⁸⁵ ROTSCHE, Thomas. *Criminal compliance*. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, v. 49, n. 1, p. 4-5, jan. 2012.

vontade deva ser respeitada, entende-se inarredável que os acordos sejam subordinados ao princípio da segurança jurídica.

A análise dos acordos demonstra que não há clareza e que alguns dos itens pontuados exigem um forte grau de discricionariedade e subjetivismo, o que possibilita soluções díspares em situações semelhantes e interpretações elásticas.

A permanecer ao panorama, abrir-se-ão espaços passíveis de comprometer os acordos e/ou judicializá-los, bem como desacreditar-se-á a relação público-privada voltada a prevenção da criminalidade a qual se pretende estimular. Aliás, tal qual ocorrera no ordenamento paradigma.

Se compararmos a trajetória dos acordos no direito norte-americano, verificar-se-á que o cenário atual brasileiro, caminha no mesmo sentido a desaguar nas críticas que se fizeram presentes naquele. À vista disso, a construção de diretivas e capacitação no âmbito do órgão de persecução penal, de maneira a conferir, a partir de um mesmo modelo de atuação, segurança e transparência⁵⁶⁸, faz-se essencial.

Nesse contexto, a revisão teórica e a pesquisa comparada propiciaram, sem a menor pretensão de ser assertiva, apenas para contribuir com a debate e para o desenvolvimento da estratégia em construção, apresentar soluções nas seções anteriores. As quais, em síntese recaem na proposta de uma certa padronização na elaboração de diretrizes essenciais, cabendo as partes envolvidas complementá-las de modo adequado ao caso concreto.

Lado outro, há que se atentar para que os instrumentos negociais não sejam utilizados como uma solução de oportunidade. Tal qual, diagnosticado por Schünemann⁵⁸⁶ e, que se concerne, justamente, no fato de que o criminoso econômico se encontra protegido por uma empresa próspera e lucrativa, sob a qual recai o ônus financeiro do ilícito praticado. O que contribui para que a atividade criminosa continue sendo rentável⁵⁸⁷.

Dito de outra maneira, percebeu-se que, não raras vezes, o indivíduo agraciado com a benesse tem seu patrimônio pessoal protegido, não obstante, seu enriquecimento tenha origem na conduta contrária à norma. O que acontece porque o ônus financeiro decorrente da prática delitiva acaba sendo custeado exclusivamente pela empresa ao

⁵⁸⁶ E abordado no capítulo um.

⁵⁸⁷ Igualmente é o pensamento de Anna Carolina Canestraro e Túlio Felipe Xavier Januário. CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Op. cit., p. 24.

dispender recursos com o programa de *criminal compliance*. Isso sem mencionar as hipóteses nas quais a pessoa jurídica responsabiliza-se também pelo ressarcimento do dano.

A fim de evitar que a conduta criminosa continue a ser rentável ao agente, evidencia-se fundamental que a condição avençada não se limite apenas a estruturação de um programa de *compliance*. Devendo, pois, ser conexionado às outras cláusulas de forma cumulativa.

Além disso, conforme os objetivos da presente dissertação, importante reflexão consiste em entender o que significa a presença dessa arquitetura implementada mediante a política dos acordos processuais penais e de suas consequências no âmbito do direito penal empresarial. Dado que, a partir do momento no qual se incentiva o *criminal compliance*, reflexamente outras questões também o serão formuladas.

A partir do cenário tratado, questão fundamental diz respeito a eventual consideração do *criminal compliance* originário a partir de uma solução negocial como critério relacionado à responsabilidade penal.

Aqui um parêntese pode ser feito, ater-se-á de modo específico a responsabilidade do empresário, outrora beneficiado com o acordo. Trata-se, portanto, de uma dada situação distinta daquela descrita no item 3.3.6. Hipótese em que se sustenta a seguinte indagação: reconhecido o adimplemento contratual, caso futuramente haja um novo crime, como o mecanismo será considerado para fins de delimitação da responsabilidade penal em relação ao empresário?

Primeiramente, oportuno destacar que não se pode confundir o *criminal compliance* com uma lei penal corporativa apta a permitir a isenção de responsabilidade de um empresário, de modo geral e irrestrito, pelo simples fato de ter sido o responsável por estruturar um programa a partir de uma solução negocial.

Ou melhor, trata-se de hipótese a qual se quer deveria ser ventilada sob pena de passar uma mensagem equivocada e, assim, estimular mecanismos de *criminal compliance* cujo objetivo consiste na blindagem diante de um crime, ou ainda, na redução dos riscos de sua responsabilização⁵⁸⁸, e não de uma reprogramação da cultura empresarial. Ao tempo em que, transmitir-se-ia a ideia de que o comportamento contrário

⁵⁸⁸ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas**. Valência: Tirant lo blanch, 2019. p. 114.

à norma é tolerado, influenciando negativamente todo o ambiente empresarial⁵⁸⁹ – justamente o que se quer evitar.

Por certo, a “existência do mecanismo de *criminal compliance* não deve ser desprezada, posto tratar-se de uma boa prática”⁵⁹⁰. Contudo, constata-se distinto admitir a sua interferência na imputação das pessoas físicas.

Como bem observado por Busato, “seria um desequilíbrio a favor dos poderosos”⁵⁹¹, (...) um privilégio que pessoas comuns não teriam⁵⁹². E, mais, “se transformaria num instrumento na mão dos administradores para aumentar seu poder nas empresas”⁵⁹³.

Dito de outra maneira, e partindo de um exemplo desenvolvido pelo citado autor, o qual desde logo, pede-se vênia para uma releitura aqui necessária, do mesmo modo que a realização de cursos de reabilitação para condutores decorrente de condição estipulada em ambiente de matriz penal negocial em virtude da prática de crime de trânsito, não permite que diante de nova conduta criminosa, seu autor tenha a responsabilidade penal excluída⁵⁹⁴ ou que este figure como impeditivo de uma ação penal, assim, também deve ser em relação aos delitos empresariais. Não havendo sentido excluir a responsabilidade penal previamente.

Outra perspectiva a causar reflexão, partindo da premissa de que não é comum a prática de novo delito pelo sujeito agraciado com a benesse, refere-se à responsabilidade daquele por omissão, ou mesmo, de sua exclusão.

A partir da literatura revisada e, respeitados os posicionamentos em sentido contrário⁵⁹⁵, a instituição do programa de *criminal compliance*, ainda que decorrente de uma solução processual penal negocial, não tem o condão de afastar previamente a

⁵⁸⁹ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Op. cit., p. 99.

⁵⁹⁰ BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). **Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 50.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² *Ibid.*, p. 51.

⁵⁹³ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 67.

⁵⁹⁴ BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). **Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 46-47.

⁵⁹⁵ Desde logo, destaca-se que diversas teorias se ocupam de tratar da responsabilidade penal por omissão no contexto do *criminal compliance*. Contudo, não cabe no presente uma análise destas. Para tanto: ESTELITTA, Heloisa. Op. cit., 2017.

“responsabilidade criminal do empresário que não fez o que lhe era exigível, para evitar a execução de um ato criminoso praticado por um subordinado⁵⁹⁶”.

A base dogmática, para tentar equacionar essa questão, encontra-se no artigo 13 parágrafo 2º, alínea ‘c’ do Código Penal⁵⁹⁷, pelo qual:

[...] a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem(...): c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado⁵⁹⁸.

Em apertada síntese⁵⁹⁹, a presente reflexão norteia-se pelas seguintes diretrizes:

- a) Necessidade inerente da empresa gerir os riscos que produz;
- b) Uma das principais responsabilidades do empresário (administrador/dirigente, entre outros) reside nos deveres de supervisão e vigilância;
- c) O empresário encontra-se em uma posição de garante dos desvios executados por seus subordinados⁶⁰⁰;
- d) A existência do instrumento de *criminal compliance*, principalmente quando estruturado a partir de um acordo, serve para reforçar os ideais de conduta, ainda que certos deveres sejam delegados.

Assim, no contexto examinado, adota-se o entendimento a partir do qual o reconhecimento da figura do garante recai sob aquele que – fazendo o uso de seu direito fundamental do livre exercício da atividade econômica⁶⁰¹ – cria riscos e, por ele, deve ser responsável. Sejam eles produzidos pelas próprias pessoas físicas ou jurídicas, interna ou

⁵⁹⁶ RAMOS, Enrique Penaranda. Sobre la responsabilidad en la empresa (y en otras organizacionales). In: VILLAREJO, Julio Díaz-Maroto. **Derecho y justicia penal em el siglo XXI**: liber amicorum in homenaje al profesor Antonio Gonzales. Madrid: Colex, 2006. p. 413-430.

⁵⁹⁷ Diversas são as teorias sobre a função do garante. Entretanto, por não ser o objeto principal da presente estas não serão abordadas.

⁵⁹⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Presidência da República: Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

⁵⁹⁹ Vez que o presente estudo não tem a pretensão de se imiscuir nesta complexa questão. Sob a qual paira grande divergência doutrinária.

⁶⁰⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 68.

⁶⁰¹ Artigo 174 da Constituição Federal.

externamente à atividade empresarial, ante o domínio sobre as fontes de perigo da atividade econômica.

Lado outro, quando se desenha um programa de *criminal compliance*, sobretudo, em razão da reinvenção estrutural e organizativa da atividade empresarial, aliada à relação entre vigilância e *criminal compliance*, alguns deveres do empresário são delegados⁶⁰². O que poderia levar de modo equivocado para a conclusão de que a função de garante também o é. Nada obstante, a delegação no ambiente empresarial carece ser analisada a partir de dois efeitos: o fenômeno de transferência e da transformação⁶⁰³.

A partir do fenômeno da transferência, o sujeito delegado fica responsável por controlar os riscos⁶⁰⁴ – atribuição originária do delegante. O que, por conseguinte, faz com que o dever de evitar o resultado a ele seja transferido.

Mas não é só, pois, a considerar que nem todos os deveres podem ser delegados, em virtude de serem legalmente inerentes aos detentores da atividade econômica (leia-se lei das S/A, Código Civil, e ainda, dos direitos e deveres decorrentes do estatuto e dos contratos, os quais podem conter deveres intransferíveis), tem-se a presença do segundo fenômeno a orientar a leitura da delegação no ente corporativo, qual seja, a transformação.

Assente na temática citada, o que se verifica são os deveres do delegante que se transformam em um dever de vigilância e supervisão⁶⁰⁵ – pelos quais, “ao delegante incumbirá um dever residual de bem eleger o delegado, como de garantir estrutura para que este cumpra sua função, além de vigiar razoavelmente suas atividades”⁶⁰⁶. O que, por sua vez, desaguará no dever de interferir quando da constatação de que o sujeito delegado extrapolou os limites do risco⁶⁰⁷.

Interferência a ser exercida dentro de um espaço de:

[...] razoabilidade, de forma que qualquer ato externo ao âmbito de controle do

⁶⁰² Neste ponto, Fernández afirma que “a vigilância e o controle de funcionamento do sistema de gestão de cumprimento form para da direção da empresa, embora esta tenha delegado sua execução”. FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. La estandarización alemana de los sistemas de Gestión de cumplimiento. In: SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (org.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 156.

⁶⁰³ SANCHEZ, Jesús Maria Silva. Deberes de los miembros de un Consejo de Administración. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 2, 2011. p. 157.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.* No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁶⁰⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 301.

⁶⁰⁷ SANCHEZ, Jesús Maria Silva. Deberes de los miembros de un Consejo de Administración. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 2, 2011. p. 158.

delegante que não seria perceptível sob por uma prognose objetiva posterior, é estranha à sua capacidade de controle, e a omissão não será relevante”⁶⁰⁸.

Percebe-se, então, que a delegação do dever de controle dos riscos a terceiros não exaure, mas, sim, transforma os deveres do empresário, subsistindo a ele os deveres residuais⁶⁰⁹. A partir dos quais, este deverá velar, agora de “forma diferenciada”⁶¹⁰, pelo controle dos riscos gerados pela atividade empresarial.

A considerar que a transferência não exonera os administradores, a quem subsistem os deveres de supervisão e vigilância (do contrário, verificar-se-ia o efeito do deslizamento da responsabilidade penal para baixo “*top to down*”⁶¹¹) pode-se entender que a delegação da gestão de risco, ainda que a partir de um programa de *criminal compliance*, não tem o condão de exonerar o delegante desde logo.

Soma-se a isso que, enquanto o direito penal orienta-se pelo princípio da confiança⁶¹² – “pelo qual, numa atividade compartilhada, o campo de organização e cuidados de um agente e a execução de seu papel social delimitam-se pelo campo de organização e cuidados incumbido a cada um dos intervenientes”⁶¹³ – a doutrina moderna defende, em sede de direito econômico empresarial, que aquele encontra-se mitigado pelo princípio da desconfiança. A partir do qual, o empresário presume que ocorrem falhas comportamentais por parte de seus subordinados⁶¹⁴ (potencializados pelo ambiente empresarial)⁶¹⁵, as quais demonstram a necessidade de a todo tempo ter que buscar

⁶⁰⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 279.

⁶⁰⁹ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva**. Madrid: Editorial Reus, 2007. p.194-197.

⁶¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 277.

⁶¹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Op. cit.*, p. 68.

⁶¹² Trata-se de princípio cujas origens remontam a jurisprudência alemã, a partir de crimes culposos de trânsito. Atualmente, transcende o campo citado. Dentro os diversos papéis que ocupa no direito penal, um deles, recai no auxílio dos crimes omissivos, sejam eles dolosos ou culposos. Para uma análise detalhada, *Vide*: JESCHECK, Hans-Heirich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. v. 2. Barcelona: Bosch, 1981. p. 801.

⁶¹³ GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-94. p. 80.

⁶¹⁴ Desvios cognitivos mencionados nos capítulos um e dois.

⁶¹⁵ “Derivados do anonimato, concepções erradas de lealdade e solidariedade, cegueira quanto às consequências quando se trata de execução de ordens. SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. MonteVideo: BdeF, 2013. p. 170-171.

neutralizá-las, adotando uma postura mais ativa de modo a procurar frequentemente os indícios daquelas⁶¹⁶.

A justificativa é ancorada no fato de o empresário ser remunerado pelo risco. Em contrapartida à liberdade exercida mediante o estabelecimento da empresa, seus deveres não podem ser igualados aos dos demais trabalhadores⁶¹⁷. Isso faz com que sob ele recaia um dever de vigilância sobre quem vai realizar as atividades, mesmo que o programa de *criminal compliance* objetive restabelecer aquela.

Constata-se que as ideias citadas se afinam com o pensamento de Guaragni:

Ao invés de valerem-se de um princípio de confiança quanto aos empregados que desempenham tarefas na empresa, devem trocá-los por um princípio da desconfiança. Afinal, para além de auferirem lucro com a geração de riscos para terceiros, tem-se que tais riscos são reforçados por afetarem a autorresponsabilidade do executor de cada papel na empresa. Daí avultarem os papéis de controle e vigilância dos órgãos empresariais em posição de comando⁶¹⁸.

À medida que se adota o um programa de *criminal compliance* de modo minimamente seguro, os vieses cognitivos vão sendo neutralizados e, por conseguinte, a confiança passa a ser restaurada de forma gradativa⁶¹⁹.

Não obstante, para a restauração da confiança a partir do programa de *criminal compliance*, Guaragni adverte a necessidade da presença de diversas condições, dentre as quais, essencialmente contemplam-se: que o programa não faça pesar sobre terceiros encargos definidos pelo marco regulatório externo à empresa como exclusivos dos órgãos em posição de vértice da organização; que o empresário realize certa vigilância residual sobre o próprio programa de *compliance* por ele instituído, verificando seu

⁶¹⁶ SCANDELARI, Gustavo de Brita. As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 178.

⁶¹⁷ PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento (“*compliance officer*”) ante el derecho penal. In: SANCHEZ, Jesús Maria Silva; FERNANDEZ, Raquel Montaner (org.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier: 2013. p. 322.

⁶¹⁸ GUARAGNI, Fábio André. Desvios Cognitivos e Volitivos nas atividades empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de *criminal compliance* como mecânica de controle. In: ARAUJO NETO, Feliz; GIACOIA, Gilberto; MAISONNAVE, Germán Alberto Aller. **Direito Penal e Constituição II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 219.

⁶¹⁹ SCANDELARI, Gustavo de Brita. As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 178. No mesmo sentido: SANCHEZ, Jesus Maria Silva. Deberes de vigilância y *compliance*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría Del Derecho Penal**. 9 ed. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 103.

funcionamento periodicamente; que o empresário não deposite a confiança no funcionamento do programa quando evidências concretas patentearem sua ineficácia; e, uma vez detectadas práticas de ilícito penal, o ambiente corporativo reaja neutralizando-os⁶²⁰.

À vista disso, não se trata de afirmar que o empresário deve figurar de forma obrigatória no polo passivo. Na verdade, quando o programa é gerido e atualizado corretamente, é provável que o empresário consiga demonstrar ter tomado todos os cuidados necessários ao encarregar seu representante delegado de tarefas, desde o processo de sua seleção até o seu treinamento contínuo⁶²¹. De modo que ele pode se eximir de responsabilidade, diante da própria inexistência de uma situação típica que lhe impusesse o dever de agir, ou se beneficiar de menor reprovabilidade⁶²².

O que não se entende como possível, ante as ponderações apresentadas, é conferir ao *criminal compliance* – por ter sido elaborado a partir de um acordo com o Ministério Público – o caráter de preservar o empresário concedendo-lhe, previamente, de modo amplo e irrestrito uma isenção de responsabilidade.

Ademais, não existe margem de negociação para tanto nos acordos. Do contrário, passar-se-ia um cheque em branco aos empresários, estimulando sua estruturação “pura e simplesmente por não sofrer consequência alguma se viesse a praticar algum ilícito”⁶²³.

Em sentido contrário, pode-se destacar, mais uma vez, a contribuição de Lamy⁶²⁴ para quem o programa de *criminal compliance* estruturado a partir de solução negocial deve ser considerado uma condição negativa de procedibilidade, afetando, por conseguinte, diretamente a própria admissibilidade da ação penal⁶²⁵.

Fundamenta que, se um dos membros da empresa praticar um crime, o Ministério Público não pode investigá-la, tampouco seu administrador, como faria com alguém que

⁶²⁰ GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-94. p. 87-91.

⁶²¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., p. 277.

⁶²² CAVERO, Percy Garcia. Op. cit., p. 64.

⁶²³ SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 152.

⁶²⁴ Observa-se que embora outros autores nacionais tenham sido citados ao longo da pesquisa como defensores dessa estratégia no ordenamento brasileiro. Não se encontrou nenhuma literatura destes a respeito de como a condição deve ser redigida, os desafios e as consequências, a não ser, os estudos de Anna Lamy. LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 189.

não teve esforço de estruturar um programa. E, que se assim o fizesse, trairia a avença desenvolvida e, por conseguinte, desestimularia a consolidação da ferramenta⁶²⁶.

Não processar o empresário, segundo o entendimento da autora:

É tratar de valorizá-lo, criar vantagens ao gestor que investe em *compliance*, bem como entender que a existência de tal ferramenta interna deve interferir no órgão acusatório de instaurar ações penais em face do gestor e da organização (aqui já se pensando no momento em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se consolidar no sistema jurídico brasileiro⁶²⁷.

Observa de igual forma, que não se trata de dizer que: "o simples diálogo promovido entre o Ministério Público e o beneficiário do acordo para a formatação do *compliance* justifica o afastamento"⁶²⁸. Mas, sim, que o "efetivo comprometimento do gestor com as rotinas estabelecidas no programa deve ser suficiente para evitar que ele sofra qualquer afetação em razão do desvio"⁶²⁹.

Nesse ponto, destaca a omissão legislativa de como deve ser constatado o comprometimento da alta administração, pontuando a dificuldade em se fazê-lo. Sugerindo a elaboração de um guia para avaliação do compromisso da alta direção a ser avaliado a partir de sua participação nos treinamentos; da aposição de um compromisso escrito e que está proibido qualquer desvio seja praticado por um membro da diretoria⁶³⁰.

Entretanto, de modo respeitoso diante do caráter descritivo da presente dissertação, mostra-se necessário estabelecer um contraponto. O referido posicionamento, "lida com um fator de difícil verificação empírica: o nível de compromisso da empresa e dos empresários com a prevenção do ilícito"⁶³¹. Desse modo, um compromisso escrito neste sentido, por si só, não garante efetividade no exercício da função.

Aliás, conforme a literatura revisada no capítulo dois, para tal, faz-se necessário um conjunto de ações que o demonstrem. De modo que, para o propósito do instituto, é essencial que estas sejam sentidas e constatadas por todos no ambiente empresarial em

⁶²⁶ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Op. cit., p. 189.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 185.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 189.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 190.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 190.

⁶³¹ SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement**: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 136.

que os gestores estão realmente comprometidos na prevenção, identificação e correção das irregularidades⁶³².

Outrossim, consoante abordado em outro local de fala, não há pois, como usar dogmaticamente o uso do *criminal compliance* como eixo para justificar a isenção de responsabilidade, tampouco, reconhecer como uma condição negativa de procedibilidade, pelo fato do Ministério Público supostamente ter participado da estruturação do programa de *compliance*, mesmo porque isso não harmoniza com os propósitos da estratégia em comento.

Conforme exposto e à vista de ser repetitiva, a negociação recai de forma exclusiva no delineamento da condição fixada, e não na estruturação do programa em si. Esta, consoante abordado na seção 3.5, deve ser reservada a quem detém *expertise* para tanto, isto é, ao próprio ente corporativo, devendo ser mapeada de acordo com as peculiaridades de cada pessoa jurídica. Pois, estar em *compliance*, implica no compromisso da empresa em criar um sistema complexo de políticas, controles internos e procedimentos, os quais demonstrem que se está buscando “garantir”, e, que se mantenha neste estado de *compliance*⁶³³. Em outros dizeres, é a possibilidade que esta antevêja os riscos de suas atividades, e, assim, oriente-se de modo a obstá-los.

Diga-se de passagem, trata-se inclusive de uma das motivações estatais para o incentivo da autorregulação regulada. Logo, uma coisa é a delimitação da condição (na qual, deve conter prazo de cumprimento; eventual prorrogação do período; acompanhamento por monitores externos ou não; requisitos essenciais; certificação ou não, quais os critérios serão considerados para fins de avaliar a efetividade; causas de revogação; compartilhamento de investigações futuras; entre outros), e outra, é a estruturação do programa, de maneira que não existe, pois, como afirmar que a responsabilização eventual ‘seria trair a avença outrora fixada’.

Aliás, com a devida vênia, corroborar com tal posicionamento é conferir tratamento distinto ao aplicado a outras condições entabuladas. Explica-se: quando o Ministério Público condiciona o adimplemento negocial a prestação de serviço à comunidade, por exemplo, apenas fixa o período de cumprimento e, por vezes, sugere que seja cumprido em estabelecimento que, de algum modo, relacione-se com a

⁶³² PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. Op. cit., p. 2.

⁶³³ SAAVEDRA, Giovanni A. *Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual*. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, [S. l.], v. 8, n. 15, p. 239-256, maio/ago. 2016. p. 242.

prevenção delitiva⁶³⁴. Entretanto, ainda que, eventualmente indique o local de prestação do serviço, não disciplina qual o serviço que será executado pelo indiciado. Nem mesmo o magistrado o faz.

Transpondo-se este pensamento para a matéria examinada, para além dos motivos já elencados, não caberia ao Ministério Público disciplinar como deve ser o programa de *compliance*. Se não o faz em outras condições, porque motivo deveria fazê-lo quando se trata de programa de *criminal compliance*?

Ademais, a considerar que os marcos regulatórios variam de acordo com o segmento econômico, do mesmo modo, variará o programa de *criminal compliance* a ser estruturado. Logo, seria inviável, por absoluta ausência de *expertise* para tanto, o Ministério Público, por exemplo, elaborar a análise de risco de determinada empresa, um dos pilares fundamentais de um mecanismo de *compliance*, cuja:

[...] falha em sua identificação expõe não apenas a empresa e seus colaboradores, como terceiros, e, potencialmente toda a sociedade [...] e que exige profundo conhecimento de todas as especificidades do negócio em si e as técnicas de controle mais atuais relativas ao risco econômico explorado pela empresa⁶³⁵.

O importante é restar delimitado, na ferramenta alternativa, a resolução do conflito como será validado o programa de *compliance* para fins de adimplemento da condição (caso mediante certificação, relatório realizado por monitores externos, entre outros). Situação distinta centra-se em atribuir a responsabilidade ao órgão de persecução penal e em definir como deve ser o instrumento de *criminal compliance* de cada empresa da qual a estruturação daquele faça parte da solução negocial. Isso implicaria em interferir no livre exercício na atividade empresarial, o que não é devido.

Lado outro, tampouco, poder-se-ia justificar a ausência de condição de procedibilidade no fato de que o Ministério Público ao reconhecer o adimplemento da solução negocial considerou o programa de *criminal compliance* efetivo, nos termos da seção 3.5. Logo, diante de um mecanismo de *compliance* reconhecidamente efetivo, o empresário deveria, desde logo, ter sua responsabilidade penal excluída.

⁶³⁴ Por exemplo, num crime de lesão corporal culposa, pode é possível sugerir que a prestação de serviço seja cumprida num pronto atendimento.

⁶³⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p. 21-23.

Entretanto, do mesmo modo essa ideia não pode prosperar e, o fundamento, para tanto, é extraído dos recentes ensinamentos de Adán Nieto Martín, apresentados em análise de situação semelhante a que aqui se apresenta. Contudo, o fez em sede de responsabilidade penal da pessoa jurídica e que, com a devidas adaptações, podem ser aplicadas aqui⁶³⁶.

Entende o autor que: a “valoração de eficácia de um programa é uma atividade que apresenta distinto conteúdo”⁶³⁷: em uma apertada síntese, para fins de adimplemento da condição negocial, a análise do instrumento de *compliance* é prospectiva, isto é, mais ampla e cujo olhar direciona-se para a totalidade do programa, assim, orientando-se para o futuro⁶³⁸.

Diversamente, diante de um ilícito criminoso, a avaliação agora passa a orientar-se por uma visão retrospectiva, refere-se ao momento dos fatos. E, com o fim descrito, valora-se se o programa dispunha de controles eficazes para evitar o delito na ocasião em que os fatos foram praticados⁶³⁹.

A partir disso, tem-se que quando o programa de *criminal compliance* foi valorado pelo Ministério Público, este foi formulado para fins de reconhecimento do cumprimento da avença. De modo que o foi, porque naquele momento apresentava elementos que, *a priori*, pareciam ser dotados de capacidade de evitar condutas criminosas. A partir do momento em que essas ocorrem, devem ser procedidas uma nova análise e, assim, guiada por direção oposta.

Dessa forma, não há, pois, como reconhecer previamente que um programa de *compliance* – implementado a partir de solução negocial – ensejará, por conseguinte, na exclusão direta de responsabilidade do empresário. Dessa forma, entender de modo diverso pode, inclusive, implicar em uma ausência de revisão constante e periódica do programa.

Outra consequência que se relaciona de modo fundamental ao fomento dos mecanismos de *criminal compliance* a partir dos institutos processuais penais diz respeito

⁶³⁶ MARTÍN, Adán Nieto. Como avaliar a eficácia dos programas de cumprimento. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 7-28. p. 8-10.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 8.

⁶³⁸ MARTÍN, Adán Nieto. Como avaliar a eficácia dos programas de cumprimento. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 8-10.

⁶³⁹ *Ibid.*

a: “uma atuação estatal em prol da persecução penal, inclusive para o futuro”⁶⁴⁰. Uma vez que possibilitará uma maior participação privada na investigação dos delitos empresariais. E, neste ponto, não se está a referir de modo exclusivo aos crimes praticados em benefício da empresa, mas, igualmente, aqueles praticados dentro de sua estrutura, independentemente se econômicos ou não.

Vivenciada a cultura do *criminal compliance*, diante de uma conduta contrária à norma, “a considerar que o *compliance* não é só prevenção de risco, mas também a reação as violações existentes”⁶⁴¹, surge a necessidade de apuração por parte da sociedade empresária e o compartilhamento das informações levantadas com o Estado⁶⁴². As quais terão destacada relevância para subsidiar eventual inquérito policial ou de procedimento investigatório criminal.

Trata-se da temática, que carente de regulação, propicia diversos questionamentos. Dentre os quais, parte considerável materializa-se, sobretudo, em como aproveitar as provas produzidas no âmbito da investigação privada que está norteada pelos deveres trabalhistas, no seio de uma ação penal, repleta de garantias constitucionais, e, ainda, no dever ou não de comunicação dessas investigações às autoridades de persecução penal.

Por reclamar-se do estudo aprofundado o qual foge aos limites da pesquisa, não cabe retornar a essas discussões na presente dissertação, merecendo nossa atenção apenas o que se relaciona diretamente ao objeto investigado. Em outras palavras, o dever ou não do compartilhamento do resultado dessas investigações com o Ministério Público. Previsão esta que não constou em nenhuma das unidades observadas e que, à vista das divergências doutrinárias, mostra-se de fundamental importância.

Neste ponto, a considerar que estamos diante de um *criminal compliance ex post* conexionado em uma solução negocial, a possibilidade de “preparar não apenas os termos

⁶⁴⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A colaboração premiada e o acordo de leniência como incentivos aos programas de *compliance*. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 166.

⁶⁴¹ CARLI, Carla Verissimo de. **Compliance, incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 350.

⁶⁴² Ainda não há unanimidade doutrinária a respeito de ser uma faculdade ou um dever da sociedade empresária o compartilhamento das investigações. Dentre aqueles que corroboram com a necessidade de compartilhamento cita-se: *Ibid.*, p. 91; SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil**. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 52.

de sua condição, mas, igualmente, de estabelecer uma mais larga e vasta atuação estatal em prol da repressão e da prevenção em si”⁶⁴³ faz-se presente. Principalmente, porque antes do fato:

[...] as normas de *compliance* consubstanciam-se em regras de conduta, valores, princípios, capacitação, treinamento, denúncias, etc. (...). E, após aquele, elas passam a se referir a consequência do *compliance* como investigação⁶⁴⁴.

Diante disso e de modo a avançar na fronteira do conhecimento, entende-se que na celebração da avença, é essencial para garantir a aplicação efetiva do direito que se objetiva a partir dos programas de *criminal compliance*, estabelecer a necessidade do compartilhamento das futuras investigações relacionadas aos ilícitos criminais, bem como à identificação precisa das investigações as quais devem ser levadas ao conhecimento da autoridade.

Trata-se de consequência natural dessa articulação público-privada que se objetiva com os programas de *compliance*, a qual evidenciará a real intenção colaborativa e de mudança corporativa⁶⁴⁵.

Por fim, à vista de não se pretender exaurir todos os contornos relevantes, mesmo porque sabe-se muito pouco ou quase nada sobre os reais impactos dos programas de *criminal compliance* no ordenamento brasileiro, deixa-se uma última reflexão: há que se ponderar, se a partir dessa estratégia não estar-se-á sufocando a ideia de uma possível responsabilização penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Posto que, a partir daquela, limitar-se-á a uma responsabilização individual e, por conseguinte, a apenas uma responsabilização financeira da pessoa jurídica.

Incentivar o *criminal compliance* é importante. Mas a considerar que o êxito no combate a delinquência empresarial pressupõe a construção de um padrão de *enforcement* para a pessoa jurídica, não dever-se-ia concentrar esforços neste sentido? Ainda mais que,

⁶⁴³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A colaboração premiada e o acordo de leniência como incentivos aos programas de *compliance*. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de *compliance* e Ministério Público**: uma nova visão de gestão e atuação institucional. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 168.

⁶⁴⁴ SCANDELARI, Gustavo Brita. ***Compliance e Law Enforcement***: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 52.

⁶⁴⁵ SCANDELARI, Gustavo Brita. ***Compliance e Law Enforcement***: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 115.

“a exclusiva punição do indivíduo não faz desaparecer a periculosidade do ente coletivo nem protege suficientemente os bens jurídicos em risco”⁶⁴⁶.

Afora isso, mostra-se possível afirmar que, a partir da elaboração de uma dogmática de responsabilidade penal da pessoa jurídica, o *criminal compliance* torna-se de forma natural pauta nas empresas. Pois, ao implementar um programa de *criminal compliance*, esta celebra com o Estado um enlace colaborativo público-privado, pelo qual, compromete-se ao agir em função da prevenção, detecção e apuração dos delitos que desenvolvam, ou que, possam vir a sê-lo dentro de sua estrutura organizacional⁶⁴⁷.

Em contrapartida, é possível ao Estado conferir certos incentivos, e, o instituto poderá funcionar como atenuante genérica por ocasião na medição da pena. E, ainda, como causa de exclusão da culpabilidade, isentando a responsabilidade penal da pessoa jurídica empresária⁶⁴⁸ – responsável pelo fato delituoso⁶⁴⁹⁶⁵⁰.

É certo que esta não deve ser a finalidade precípua da empresa. Mas, sim, que o faça motivada pelo cumprimento de diferentes normas e regulações diante da prevenção de ilícitos. Contudo, à vista da possibilidade de se valer dos programas de prevenção e repressão à criminalidade (como meio de defesa apto a minimizar uma sanção), não se pode ignorar que as empresas sentir-se-ão motivadas a adotá-lo⁶⁵¹.

Reconhecimento este o qual, de certa forma, encontra eco na literatura de Adán Nieto Martín, para quem a ameaça de sanção à empresa é um estímulo aos programas de

⁶⁴⁶ CUEVA, Lorenzo Morillas. **Sistema de Derecho Penal: Parte General**. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2015. p. 195.

⁶⁴⁷ SCHÜTT, Júlia Flores. *Compliance* criminal como instrumento da privatização da tutela penal. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 325-341. p. 335.

⁶⁴⁸ Com o que não se concorda. Mas, não cabe no presente uma análise a esse respeito.

⁶⁴⁹ Trata-se de situação identificada em diversos ordenamentos jurídicos. Na Inglaterra, por exemplo, os programas de *compliance* são importantes para evitar a responsabilização criminal. A existência de um programa de *compliance* será um fator a ser considerado para possibilidade de suspensão da ação penal. UNITED KINGDOM. Crime and Courts Act 2013: Chapter 22. 2013. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/pdfs/ukpga_20130022_en.pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

⁶⁵⁰ Contudo, não se desconhece que mesmo com o reconhecimento da legislação brasileira da responsabilidade penal da pessoa jurídica em delitos ambientais, não há ainda uma previsão relacionada à possível repercussão de um programa de *compliance* no apenamento do ente coletivo. SCHÜTT, Júlia Flores. Op. cit., p. 335.

⁶⁵¹ Vide: ENGELHART, Marc. **The nature and basic problems of compliance regimes**. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018.

compliance, os quais podem ser mais do que uma intervenção do departamento de marketing⁶⁵².

Em suma, por outro lado, seria anacrônico, no momento em que a democratização gestão de risco faz-se extremamente cotidiana, o órgão de persecução penal abdicar dessa cláusula a qual pode contribuir para a construção de um novo cenário empresarial no ordenamento pátrio. Logo, de qualquer modo, a resposta a esse questionamento tão caro à agenda de direito penal corporativo somente o tempo dirá.

⁶⁵² MARTÍN, Adán Nieto. **La responsabilidade penal de las personas jurídicas: um modelo legislativo.** Madrid: Iustel, 2008. p. 62.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos achados de pesquisa, a hipótese inicial de investigação restou confirmada, de modo que é possível a previsão de implementação de um programa de *criminal compliance* como condição nos instrumentos negociais processuais penais celebrados com pessoa física pela prática de crime praticado a favor ou em benefício da pessoa jurídica.

Aqueles, permitiram perceber ainda, que sabemos relativamente pouco ou quase nada sobre os reais impactos dessa estratégia político criminal diante de seu caráter recente no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo possível, neste momento, concluir que:

- a) O enfrentamento da criminalidade econômica empresarial deve ser orientado de modo diverso da criminalidade tradicional, exigindo, em virtude de sua capacidade de resistência à investigação e persecução penal, adaptações dogmáticas e políticos criminais. Neste cenário, a justiça negocial figura com uma alternativa;
- b) O *criminal compliance* é um instrumento de relevo para a prevenção criminal, visto que mais efetivo para a mitigação dos riscos e evitação de novas condutas delitivas quando comparado a prevenção estatal;
- c) É possível clausular a estruturação do programa de *criminal compliance* em acordos celebrados com pessoa física, em virtude de conduta criminosa praticada em nome ou em benefício da empresa. Fazendo-se necessário que o beneficiado pela solução negocial seja o titular do controle societário e/ou detentor do poder diretivo e de vigilância.
- d) A interseção com o *criminal compliance* parece ser uma ideia promissora, posto que materializa a mudança de paradigma de atuação jurídica contenciosa para o campo preventivo, propiciando um resultado resolutivo e responsivo. Ao tempo em que propicia o fomento dos programas de *criminal compliance*.
- e) A inexperiência na temática, aliada à ampla discricionariedade das partes carente de balizas, é responsável por situações semelhantes serem contempladas com soluções díspares, o que pode comprometer o sucesso da estratégia. Razão pela qual, evidencia-se essencial a elaboração de diretrizes

no âmbito do órgão de persecução penal, não só em relação à redação da cláusula em comento, mas principalmente no que diz respeito ao modo de interpretação dos programas, a fim de propiciar confiabilidade ao avençado;

f) Não é possível considerar o programa de *criminal compliance* estruturado a partir dos acordos processuais penais para fins de isenção ou exclusão prévia de responsabilidade do empresário por delitos praticados por seus subordinados;

g) O fomento do *criminal compliance* reflexamente ensejará no aumento das investigações corporativas, cujo compartilhamento pode ser previamente avençado por ocasião da celebração do acordo; e

h) Existem, ainda, outras consequências possíveis a partir da condição avençada, contudo, não foram passíveis de diagnóstico em virtude do pouco lapso temporal de adoção da estratégia no ordenamento brasileiro. Dentre as quais, merece destaque a impossibilidade de verificação do ‘efeito ressaca’ no mercado, isto é, de que, eventualmente, e por própria exigência do mercado, outras empresas sintam-se incentivadas a implementar o programa de *criminal compliance*.

À vista das considerações articuladas e contempladas na presente dissertação, nota-se importante salientar que o *criminal compliance*, bem como o resultado final da pesquisa que amparou este texto, tratam-se de novos saberes no ordenamento pátrio a proporcionar um campo fértil para a academia científica, os quais encontram no decurso do tempo, um importante aliado.

REFERÊNCIAS

ACUÑA, Jean Pierre Matus. La certificación de los programas de cumplimiento. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (coord.). **El derecho penal económico em la era compliance**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

AIRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation**: transcending the regulation debate. New York: Oxford Press, 1992.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negocial nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007. p. 13-19.

ALENCAR, Paulo Wunder de. **Justiça Penal Negociada**: O processo penal pelas partes. 2016. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A. The evolution of corporate criminal settlements: an empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution, and plea agreements. **American Criminal Law Review**, [S. l.], n. 52, p. 537-593, 2015.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2018.

ARAS, Vladimir. Natureza dúplice da colaboração premiada: instrumento de acusação; ferramenta de defesa. **Blog do Vlad**, 12 maio 2015. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/05/12/natureza-duplica-da-colaboracao-premiada-instrumento-de-acusacao-ferramenta-de-defesa/>. Acesso em: 09 jun. 2021.

ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade**: porque mentimos para todo mundo, inclusive para nós mesmos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 44.

ARLEM, Jennifer H. Prosecuting beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements. **Journal of Legal Analysis**, v. 8, n. 1, p. 191-234, 2016. p. 221.

ARLEN, Jennifer; KAHAN, Marcel. Corporate governance regulation through non prosecution. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 84, n. 1, p. 323-387, 2017.

ASSI, Marcos. Compliance, controles internos, conduta ética, gestão de risco. **Artigos**. 15 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.marcosassi.com.br/compliance-controles-internos-conduta-etica-e-gestao-de-riscos>. Acesso em: 24 fev. 2022.

ATHAYDE, Amanda; FRAZÃO, Ana. Leniência, compliance e o paradoxo do ovo ou da galinha: do compliance como instrumento de autorregulação empresarial. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 297-314.

- AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhoz; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.) **Lei Anticorrupção**. Salvador: JusPodivm, 2015.
- AZEVEDO, Marcelo André. O Ministério Público e os Programas de Compliance. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BEATON-WELLS, Caron; TRAN, Christopher. **Anti-cartel enforcement in a contemporary age**. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. [S. l.: s. n.], 2011.
- BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. In **The Journal of Political Economy**, [S. l.], v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./abr. 1968.
- BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 1. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.
- BENTHAN, Jeremy. **Na introduction to the principles of morals and legislation**. New York: Oxford University Press, 1970.
- BISHOP, Keith Paul. The McNulty Memo-Continuing the Disappointment. **Chapman Law Rew**, [S. l.], v. 10, n. 3, p. 729-744, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários a Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- BRAITHWAITE, John. **Regulatory capitalism: how it works, ideas for making it better**. Cheltenham: Edward Elder, 2008.

BRAITHWAITE, Jonh, Criminological Theory and Organizational Crime. **Justice Quarterly**, [S. l.], v. 6, n. 3, set. 1989.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. A colaboração premiada e o acordo de leniência como incentivos aos programas de compliance. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público: Brasília, 7 ago. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Empresa Pró-Ética**. [20--].Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 18 mar. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Presidência da República: Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 fev. 2022

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Presidência da República: Rio de Janeiro, 03 out. 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 30 nov. 2011. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em:

BRASIL. **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração

pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 01 ago. 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Presidência da República: Brasília, 10 jun. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República: Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Presidência da República: Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato**. [20--]. Disponível em: www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem**. 21 dez. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta n. 03/2018**. 12 mar. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/Orientacao%20ANPP%20versao%2010-03-%202020%20-%20ampliada%20e%20revisada%20-%20assinada.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta nº 1/2018**. Brasília, 23 maio 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação n° 10**. 09 nov. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-no-10-2020-anpc.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n° 639**. Brasília, 17 a 19 dez. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo693.htm>. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5624**. Requerente: Ministério Público Federal. Colaborador: Ricardo Ribeiro Pessoa. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/12/RPESSOA-1.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRITO, Teresa Quintela. Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). **Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2018.

BU, Qunghxiu. The Viability of Deferred Prosecution Agreements (DPAs) In The UK: The Impact on Global Anti-Bribery Compliance. **European Business Organization Law Review**, [S. l.], v. 22, n. 1, mar. 2021.

BUSATO, Paulo César. Criminal compliance: relevância e riscos. In: AGRA, Cândida; TORRÃO, Fernando (org.). **Criminalidade Organizada e econômica: Perspectiva Jurídica, Política e criminológica**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018.

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

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad de personas jurídicas**. Valência: Tirant lo blanch, 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal À luz da Lei 13964/2019**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal como instrumento de promoção de programas de compliance? **Boletim especial justiça penal negocial**, [S. l.], n. 344, ano 29, p. 23-25, jul. 2021.

CARDOSO, Débora Motta. **A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Anticorrupção e compliance: a incapacidade da Lei n. 12846/13 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Compliance, incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAROSSO, Vincent P. **The Morgans: Private International Bankers**. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12846/13**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargaining: resolução penal pactuada nos Estados Unidos**. 1 ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

CAVERO, Percy Garcia. **Criminal Compliance**. Lima: Palestra Editores, 2014.

CENTRO DE PESQUISA EM CRIMES EMPRESARIAIS E COMPLIANCE. **Entrevista com Jesse Eisinger**. ago. 2020. Disponível em: <http://www.cpjm.uerj.br/em-foco-entrevista-jesse-eisinger-portugues/>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CHILE. **Ley 20393**. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas em los delitos que indica. Santiago, 25 nov. 2009. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668>. Acesso em: 15 ago. 2021.

COFFEE JR., John C. Do norms matter? A cross-country evaluation. **University of Pennsylvania Law Review**, [S. l.], v. 149, p. 2151-2177, 2001.

COIMBRA, Marcelo Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (org). **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. [S. l.]: Atlas, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. Boston: Addison-Wesley, 2012.

CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Alicante: Arazandi, 2009.

CORDERO, Isidoro Blanco. La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional. *In*: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (org.). **Serta: in memoriam Alexandri Baratta**. Salamanca: Ediciones Salamanca, 2004.

CORPORATE CRIME REPORTER. **Professor Coffee: Andersen committed suicide, not murdered by prosecutors**. 19 Corporate Crime Reporter, 24 de agosto de 2005.

Disponível em: <https://www.corporatecrimereporter.com/coffee082405.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Processo Penal e a americanização à brasileira: resistência. *In*: KHALED JR., Salah H. (coord.). **Sistema Penal e Poder Punitivo**: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CUEVA, Lorenzo Morillas. **Sistema de Derecho Penal**: Parte General. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2015.

CURITIBA. Ministério Público do Paraná. **MPPR em Araucária garante acordo de R\$ 4,5 milhões para obras sociais**. 04 dez. 2020. Disponível em: https://mppr.mp.br/2020/12/23224,10/MPPR-em-Araucaria-garante-acordo-de-R-45-milhoes-para-obras-sociais.html?fbclid=IwAR2ZnbeGW1j9iorSpCRAYH04WMUyoWSxV5th3lyA704liDg2lLXez_Bk5yw. Acesso em: 05 jan. 2021.

DALLAGNOL, Deltan. As luzes da delação premiada. **Época**, 04 jul. 2015. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>. Acesso em: 28 dez. 2021.

DAVID, Décio Franco. Compliance e Corrupção Privada. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco (org.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

DELOITTE TOUCHE TOHMATSU. **Lei Sarbanes-Oxley**: Guia para melhorar a governança corporativa através de eficazes controles internos. [S. L.:s.n.], 2003. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/sarbanes_oxley_portugues_delloite.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

DIAMANTIS, Mihailis E. Clockwork corporations: A character theory of corporate punishment. **Iowa Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 507-569, jan. 2018.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. *In*: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

DÍEZ, Luis Alfredo de Diego. **Justicia Criminal Consensuada** (Algunos modelos del derecho comparado en los E.E.U.U., Italia y Portugal). Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DOMINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Lima: Ara, 2010.

- ENGELHART, Marc. **The nature and basic problems of compliance regimes**. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018.
- ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 203-228, mar./abr. 2013.
- ESTELITTA, Heloisa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedade anônimas limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. La estandarización alemana de los sistemas de Gestión de cumplimiento. *In*: SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva; FERNANDEZ, Raquel Montaner (org.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier, 2013.
- FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na Lei de Combate à Corrupção. *In*: SOUZA, Jorge Munhoz; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: JusPodivm, 2015.
- FIRMINO, Adriano Godoy. **ANPP e Corrupção**. São Paulo: LiberArs, 2021.
- FISHER, George. **Plea Bargaining’s Triumph**: A History of Plea Bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003.
- FORD, Cristie L.; HESS, David. Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance? **Journal of Corporation Law**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 679-737, 2009.
- FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para efetividade dos programas de compliance. *In*: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 71-104.
- FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GARCIA, Emerson. “Tone from the top” e o processo de escolha do Procurador- Geral de Justiça. *In*: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público**: uma nova visão de gestão e atuação institucional. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- GIACOMELLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São Jose da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GIUDICE, Lauren. Regulating corruption: analyzing uncertainty in current Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. **Boston University Law Review**, [S. l.], v. 91, p. 347-378, 2011.

GOMES, Marlos Corrêa da Costa. Acordos de não persecução penal por infrações econômicas: análise do modelo consensual dos Estados Unidos. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.). **Estudos de Compliance Criminal**. Porto Alegre: Fi, 2020, p. 49-75.

GONÇALVES, Oksandro. EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. In: COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP, tomo IV**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

GRUNER, Richard S.; BROWN, Louis M. Organizational Justice: Recognizing and Rewarding the Good Citizen Corporation. **Journal of Corporation Law**, [S. l.], v. 21, n. 4, p. 731-766, 1996.

GUARAGNI, Fábio André. Desvios Cognitivos e Volitivos nas atividades empresariais como fatores criminógenos: aspectos etiológicos e programas de *criminal compliance* como mecânica de controle. In: ARAUJO NETO, Feliz; GIACOIA, Gilberto; MAISONNAVE, Germán Alberto Aller. **Direito Penal e Constituição II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-94.

HASNAS, John. **Trapped**: When acting ethically is Against the law. Washington: CATO, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Tradução de Adriana Beckman Meireles *et al.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**: Perspectivas de uma Moderna Política Criminal. 1. ed. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HENNING, Peter J. Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation. **American Criminal Law Review**, [S. l.], v. 46, p. 1417-1436, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Conhecimento**. [20--]. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento>. Acesso em: 02 jun. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança Corporativa**. [20--]. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 02 out. 2021.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO 37301:2021**: Compliance management systems — Requirements with guidance for use. 2021. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/75080.html>. Acesso em: 29 ago. 2021.

ISRAEL, Jerold H. *et al.* **Criminal Procedure and the Constitution 2012**: Leading Supreme Court Cases and Introductory Text. [S. l.]: West Academic, 2012.

JACOBS, Brian. Non-Prosecution Agreements: Reserved for VIPs? **Forbes**, 09 fev. 2016. Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/insider/2016/02/09/non-prosecution-agreements-reserved-for-vips/?sh=44d69c0772bd>. Acesso em: 05 jun. 2021.

JESCHECK, Hans-Heirich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. v. 2. Barcelona: Bosch, 1981.

JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **Autorregulación y sanciones**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2015.

KOEHLER, Mike. Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. **U.C. Davis Law Review**, [S. l.], v. 49, n. 2, p. 497-565, dez. 2015.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (org.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

KURKOWSKI, André; PRASERES, Julio Mariano Fernandes. **Lei Anticorrupção e FCPA, Comparativo de Efetividade**. Orlando: Ambra University Press, 2020.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **O Criminal Compliance como ferramenta de enforcement anticorrupção**. 2019. 271 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

LANÇA, Daniel. Empresas da Odebrecht recebem certificação antissuborno. **Veja**, 30 maio 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/matheus-leitao/empresas-da-odebrecht-recebem-certificacao-antissuborno/>. Acesso em: 31 out. 2021.

LAUFER, William S. A very special regulatory milestone. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, v. 20, n. 2, p. 329-428, 2017.

LAUFER, William S. Illusions of compliance and governance. **Corporate Governance**, [S. l.], v. 6, n. 3, p. 239-249, 2006.

LAUFER, William S. O compliance game. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOROSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza de (org.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo**: o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: LiberArts, 2015.

LAUFER, William S. Where is the moral indignation over corporate crime? *In*: BRODOWSKI, Dominik; PARRA, Manuel Espinoza de los Monteros de la; TIEDEMANN, Klaus (org.). **Regulating corporate criminal liability**. Heidelberg: Springer, 2014.

LEITE FILHO, José Raimundo. **Corrupção Internacional, criminal compliance e investigações internas**: Limites à produção e valoração dos interrogatórios de empregados suspeitos realizados em investigações empresariais no âmbito da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013). 2017. 240 f. Dissertação (Mestrado em ciências jurídico-criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

LOBATO, José Danilo Tavares. Considerações Críticas sobre Criminal Compliance e Corrupção. *In*: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). **Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2020.

MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. Corrupção pública pelos olhos da criminologia: dano social e violação dos direitos humanos. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 70, p. 133-174, 2018.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. *In*: DEL DEBBIO, Alessandra *et al.* (coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MAIÍLLO, Alfonso Serrano. El (sesgado) uso de los delitos de cuello blanco em los paradigmas antiempíricos. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 14, p. 235-280, 2004. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-14-5070>. Acesso em: 05 jun. 2021.

MARCÃO, Renato. Delação premiada. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 59, p.131-135, set. 2006/ago. 2007.

MARTÍN, Adán Nieto. Como avaliar a eficácia dos programas de cumprimento. *In*: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 7-28.

MARTÍN, Adán Nieto. Compliance, Criminologia e Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. *In*: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

MARTÍN, Adán Nieto. Cumplimento normativo, criminologia y responsabilidade penal de personas jurídicas. *In*: MARTÍN, Adán Nieto (org.). **Manual de cumplimiento penal em la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MARTÍN, Adán Nieto. Fundamentos e estruturas de los programas de compliance. *In*: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.).

Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

MARTÍN, Adán Nieto. Introducción. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal em la era de la compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MARTÍN, Adán Nieto. Investigações Internas. *In*: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

MARTÍN, Adán Nieto. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: um modelo legislativo.** Madrid: Iustel, 2008.

MARTÍN, Adán Nieto. **Manual de cumplimiento penal en la empresa.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

MARTÍN, Adán Nieto. Regulatory Capitalism y cumplimiento normativo. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal económico em la era compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MARTÍN, Adán Nieto. Responsabilidad social, Gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias em el derecho penal de la empresa. **Política Criminal**, [S. l.], v. 3, n. 5, 2008.

MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado.** 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

MCCONELL, Ryan D.; MARTIN, Jay; SIMON, Charlotte. Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases. **Houston Journal of Internacional Law**, [S. l.], v. 33, 2011.

MENDES, Paulo de Sousa. Law Enforcement e Compliance. *In*: PALMA, Mara Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Souza (org.). **Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal.** Coimbra: Almedina, 2018.

MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p.

1175-1208, set./dez. 2020. Disponível em:
<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/374/270>. Acesso em:
29 mar. 2021.

MINAYO, Maria Cecília. **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 1996.

MOLINA, Antonio García-Pablo de. **Tratado de criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: Compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (coord.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (coord.). **El derecho penal económico em la era compliance**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

NEWTON, Brent; SIDHU, Dawinder. The History of the Original United State Sentencing Comission, 1985-1987. **Hofstra Law Review**, [S. l.], v. 45, p. 1167-1308, set. 2017.

O'SULLIVAN, Julie R. **Federal white collar crime: cases and materials**, 4th ed. New York: West Group, 2019.

OBBERG, Jacob. Is it 'essencial' to imprisonment insider dealers to enforce insider dealing laws? **Journal of Corporate Law Studies**, v. 14, n. 1, p. 111-138, abr. 2014.

ODED, Sharon. **Corporate compliance: new approaches to regulatory**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Avaliação de programas de integridade pelo Ministério Público no cumprimento da legislação de improbidade administrativa (Lei n. 8429/1992 e Lei n. 12846/2013). *In*: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

OLIVEIRA, Marlus H. Arns de; MICHELOTTO, Mariana N. Acordo de não persecução penal. **Migalhas**, 23 jan. 2020. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/318761/acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas contra a corrupção**. [S. l.], 29 set. 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

- ORLAND, Leonard. The Transformation os Corporate Criminal Law. **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 45-85, 2006.
- PALTROW, Soct J. Prudential Firm Agrees to Strict Fraud Settlement. **Los Angeles Time**, New York, 28 out. 1994. Disponível em: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1994-10-28-mn-55889-story.html>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- PARKER, Christine. **The compliance trap: the moral massage in responsive regulatory enforcement**. Cambridge: Cambridge Press, 2002.
- PARKER, Christine. **The Open Corporation: effective self-regulation and democracy**. Cambridge: Cambridge Press, 2002.
- PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. Corporate Compliance Systems: could They make any difference? **Administration & Society**, [S. l.], v. 41, n. 1, p. 3-37, dez. 2008.
- PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada - Legitimidade e Procedimento: Aspectos Controvertidos do Instituto da Colaboração Premiada de Coautor de Delitos como Instrumento de Enfrentamento do Crime Organizado**. Curitiba: Juruá, 2015.
- PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento (“*compliance officer*”) ante el derecho penal. In: SANCHEZ, Jesús Maria Silva; FERNANDEZ, Raquel Montaner (org.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier: 2013.
- PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ GIMENO, Iñigo de Urbina (org.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- RAMOS, Enrique Penaranda. Sobre la responsabilidade em la empresa (y em otras organizacionais). In: VILLAREJO, Julio Díaz-Maroto. **Derecho y justicia penal em el siglo XXI: liber amicorum in homenaje al profesor Antonio Gonzales**. Madrid: Colex, 2006. p. 413-430.
- RIBEIRO, Sarah; CHEMIM, Rodrigo. O caso das Bruxas de Salem e a origem do *plea bargaining* norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 835-872, maio/ago. 2020.
- RIOS, Rodrigo Sánchez. **Direito Penal Econômico: Advocacia e lavagem de dinheiro: Questões de Dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n.114, p. 341-375, maio/jun. 2015.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal: o

fenômeno do whistleblowing. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 137, p. 89-123, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal econômico**: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019.

ROMERO, Marta Muñoz de Morales. Programas de conformidade "eficazes" na experiência comparativa. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal em la era de la compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, v. 49, n. 1, p. 4-5, jan. 2012.

ROTSCH, Thomas. Sobre las preguntas científicas y prácticas de criminal compliance. **Anuario de derecho penal económico y de la empresa**, Lima, n. 3, p. 13-30, jan. 2015.

ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. **Revista de Estudios de la Justicia**, Santiago, n. 7, p. 11-22, 2006.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance sob a perspectiva da criminalidade econômica. *In*: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios do programa de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SAAVEDRA, Giovani A. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 8, n. 15, p. 239-256, mai./ago. 2016.

SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 218, ano 18, p. 11-12, jan. 2011.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva**. Madrid: Editorial Reus, 2007.

SANCHEZ, Jesús Maria Silva. Deberes de los miembros de um Consejo de Administración. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 2, 2011.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. Deberes de vigilância y compliance. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría Del Derecho Penal**. 9 ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. Montevideo: BdeF, 2013.

SANCHEZ, Jesús Maria Silva; VARELLA, Lorena. Responsabilidades individuales em estruturas de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinâmicas de grupo. *In*: SANCHEZ, Jesús Maria Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (coord.). **Criminalidad de empresa y Compliance**: Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa.** 2014. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SCANDELARI, Gustavo Brita. **Compliance e Law Enforcement: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil.** 2021. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

SCANDELARI, Gustavo de Brita. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. **Compliance e direito penal.** São Paulo: Atlas, 2015.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e direito penal. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, n. 222, ano 18, maio 2011.

SCHROEDER, Doris. Ethics from the top: top management and ethical business. **Business Ethics: A European Review,** v. 11, n. 3, jul. 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidade de empresa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales,** Madrid, v. 41, n. 2, p. 529-558, maio/ago. 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio.** Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. *In*: GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜTT, Júlia Flores. Compliance criminal como instrumento da privatização da tutela penal. *In*: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 325-341.

SENNA, Gustavo. Compliance criminal como forma de prevenção criminal: por uma atuação contemporânea do Ministério Público. *In*: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova versão da gestão e atuação institucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 241-268.

SHERMAN, Lawrence *et al.* Preventing crime: what works, what doesn't, what's promising. **National Institute of Justice Research in Brief,** [S. l.], jul. 1998.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance em el derecho penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (coord.). **El derecho penal económico em la era de la compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. **Compliance programs for the prevention of economic crimes: na empirical survey of german companies**. Berlin: Dunker e Humblot, 2014.

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

SIMPSON, Sally; PATERNOSTER, Raymond. A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In: CLARKE, Ronald V.; FELSON, Marcus. **Routine Activy and Rational Choice**. New Brundswick: Transaction Pub, 2008.

SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. **New York University Journal of Law & Business**, New York, v. 14, n. 3, p. 965-1011, 2018.

SOLTES, Eugene. **Why They do it: inside the mind of de White-collar criminal**. New York: Public affairs, 2016. *E-book*.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros *et al.* Aspectos controvertidos dos acordos de leniência no Direito brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 20, n. 31, p. 165-197, jan./jun. 2016.

SOUZA, Débora Cardoso. **Revisão Externa de Qualidade dos Trabalhos de Auditoria Independente: análise das pessoas físicas e jurídicas de Santa Catarina indicadas nos anos de 2012 a 2015**. 2016. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Contábeis) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2016.

SOUZA, Renee Ó.; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. **Meu site jurídico**, 26 out. 2018. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/f257da7d-legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

SPIVACK, Peter; RAMAN, Sujit. Regulating the 'New Regulators': Current Trends in Deferred Prosecution Agreements. **American Criminal Law Review**, [*S. l.*], v. 45, n. 2, p. 159-193, 2008.

STANDFORD LAW SCHOOL. **Key Statistics from 1977 to Present**. [20--]. Disponível em: <https://fcpa.stanford.edu/statistics-keys.html>. Acesso em: 28 abr. 2021.

SULLIVAN & CROMWELL LLP. **DOJ Releases New Memorandum on Standards and Policies for Retention of Corporate Compliance Monitors**. 22 out. 2018. Disponível em: <https://fcpa.stanford.edu/research-reports/20181022-doj-releases-new-memorandum-on-standards-and-policies-for-retention-of-corporate-compliance-monitors.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução de Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 376-394, 2016.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de Mello. A Voluntariedade da Colaboração Premiada e sua Relação com a Prisão Processual do Colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017.

SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency. **American Sociology Review**, [S. l.], v. 22, n. 6, p. 664-670, dez. 1957.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal económico** (comunitario, español, alemán). Barcelona: Promociones y Publicaciones, 1993.

TIMM, Luciano Benetti. Uma reflexão sobre “colarinho branco”. **Estadão**, 07 jan. 2022. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/uma-reflexao-pragmatica-sobre-colarinho-branco/>. Acesso em: 11 jan. 2022.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Federais Cíveis e criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireilli (org.). **Processos Penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Justiça Penal Negociada e Criminalidade Macroeconômica Organizada**: O papel da política criminal na construção da ciência global do Direito Penal. Salvador: JusPodivm, 2019.

UIR, Ian. **The Tone from the Top**: How Behavior Trumps Strategy. New York: Routledge, 2016.

UNITED KINGDOM. Crime and Courts Act 2013: Chapter 22. 2013. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/pdfs/ukpga_20130022_en.pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

UNITED STATES. **Accountability in Deferred Prosecution Act of 2009**. H.R. 1947, 111th Open Congress, § 4. Disponível em: <http://www.opencongress.org/bill/111-h1947/text>. Acesso em: 03 abr. 2021.

UNITED STATES. Congress. **Public Law 111-203**. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. 21 jul. 2010. Disponível em:

<https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

UNITED STATES. **The Thompson Memorandum's effect on the right to counsel in corporate investigations**. 12 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-109shrg34117/html/CHRG-109shrg34117.htm>. Acesso em: 07 jun. 2021.

UNITED STATES. The United States Department of Justice. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 14 nov. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

UNITED STATES. The United States Department of Justice. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. 2 ed. jul. 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acesso em: 19 abr. 2021.

UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Department Policy on Charging and Sentencing**. Attorney General: Washinton, 19 maio 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/holder-memo-charging-sentencing.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Evaluation of Corporate Compliance Programs**. jun. 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: 03 out. 2021.

UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Foreign Corrupt Practices Act**. 03 fev. 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 11 abr. 2021.

UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Justice Manual: Title 9, Section 9-27.000 - Principles Of Federal Prosecution**. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution>. Acesso em: 07 jun. 2021.

UNITED STATES. The United States Department of Justice. **The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations**. Deputy Attorney General: Washington, 12 dez. 2006. Disponível em: http://www.usdoj.gov/dag/speeches/2006/mcnulty_memo.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

UNITED STATES. United States Government Accountability Office. **Corporate Crime: Preliminary Observations on DOJ's Use and Oversight of Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements**. 25 jun. 2009. Disponível em: <http://www.gao.gov/new.items/d09636t.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2022.

UNITED STATES. United States Court of Appeals, Seventh Circuit. **Roquet v. Arthur Andersen LLP**. 09 fev. 2005. Disponível em: <https://casetext.com/case/roquet-v-arthur-andersen-llp-2>. Acesso em: 30 abr. 2021.

UNITED STATES. United States Sentencing Commission. **Guidelines Manual**: §8B2.1 - Effective Compliance and Ethics Program. 01 nov. 1987. Disponível em: <https://guidelines.ussc.gov/gl/%C2%A78B2.1>. Acesso em: 01 ago. 2021.

UNITED STATES. United States Sentencing Commission. **Guidelines Manual**: §8C2.5 - Culpability Score. 01 nov. 1987. Disponível em: <https://guidelines.ussc.gov/gl/%C2%A78C2.5>. Acesso em: 01 ago. 2021.

UNITED STATES. United States Sentencing Commission. **Guidelines Manual**: §8B2.1 - Effective Compliance and Ethics Program. 01 nov. 1987. Disponível em: <https://guidelines.ussc.gov/gl/%C2%A78B2.1>. Acesso em: 07 jun. 2021.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020.

VENTURA, Magda Maria. O estudo de caso como modalidade de pesquisa. **Rev SOCERJ**, [S. l.], v. 20, n. 5, p. 383-386, set./out. 2007.

VILA, Ivó Coca. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In*: SANCHEZ, Jesús-Maria Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

WARREN, Danielle E.; GASPAR, Joseph P.; LAUFER, Willian S. Is formal ethics training merely cosmetic? A study of ethics training and ethical organization culture. **Business Ethics Quartely**, [S. l.], v. 24, n. 1, p. 85-117, jan. 2014.

WERNICK, Ephraim *et al.* Monitoring Corporate Monitors: DOJ Publishes List of Compliance Monitors, Improving Transparency and Accountability in the Monitorship Program. **Vinson & Elkins**, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.velaw.com/insights/monitoring-corporate-monitors-doj-publishes-list-of-compliance-monitors-improving-transparency-and-accountability-in-the-monitorship-program/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

WILKINSON, Beth A.; OH, Alex Young K. The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective. **New York State Bar Association Inside**, v. 27, n. 2, p. 8-11, 2009.

WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. Behavioral Law and Economics: Its origins, fatal flaws, and implications for liberty. **Northwestern University Law Review**, v. 106, n. 3, p. 12-63, 2012.

ZAFFARONI, Raul Eugenio. Crime Organizado: uma categorização frustrada. *In*: BATISTA, Nilo (org.). **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. v. 1. ano 1. Rio de Janeiro: Revan, 1996.