



Desdobramentos jurídicos dos programas de *compliance* na imputação penal: uma análise sob a ótica do garantismo penal

Legal effects of compliance programs in criminal imputation: an analysis from the perspective of criminal guarantee

Bruno de Souza Martins Baptista

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Lisboa, Portugal.

Promotor de Justiça e Coordenador do Núcleo de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado de Alagoas.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9332994945094141>

Sophia de Moura Zin

Mestranda em Direito e Ciência Jurídica, na especialidade de Direitos Fundamentais, pela Universidade de Lisboa, Portugal. Advogada.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9517463274064600>

Resumo: O presente artigo busca analisar eventual violação do garantismo penal e de seus axiomas diante da transferência de parte da responsabilidade pela investigação penal para os entes coletivos. Para tanto, faz-se uma análise do fenômeno da expansão do Direito Penal, da tutela penal do risco e da chamada privatização da prevenção criminal, revelando algumas de suas repercussões na forma de se tutelar determinados bens jurídico-penais, sobretudo os normalmente violados pelas ações praticadas por entes coletivos. Após tal recorte, busca-se avaliar as implicações dos modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema de imputação penal, considerando os programas de cumprimento normativo como principais vetores instrumentalizadores de tal mudança. Por fim, partindo do garantismo penal como método jurídico de racionalização da intervenção penal e diante dos seus reflexos na imputação penal, busca-se analisar exemplos de atividades investigativas realizadas por entes coletivos que, num contexto de formação de elementos de informação, podem revelar ofensas às

garantias fundamentais. Neste sentido, propõe-se um equilíbrio entre os efeitos jurídicos da privatização do processo penal e a necessidade de se observarem direitos e garantias fundamentais de investigados, ainda que em sede de investigações privadas.

Palavras-chave: imputação penal; garantismo penal; *compliance* criminal; investigações internas.

Abstract: This article seeks to analyze the possible violation of criminal guarantorism and its axioms in the face of the transfer of part of the responsibility for criminal investigations to collective entities. To this end, an analysis is made of the phenomenon of the expansion of criminal law, the criminal protection of risk and the so-called “privatization” of criminal prevention, revealing some of its repercussions on the way certain criminal-legal assets are protected, especially those normally violated by actions carried out by collective entities. After this, the aim is to assess the implications of the models of criminal liability of legal entities on the system of criminal imputation, placing compliance programs as the main instrumental vectors of this change. Finally, based on criminal guarantorism as a legal method for rationalizing criminal intervention and its effects on criminal imputation, the aim is to analyse examples of investigative activities carried out by legal entities which, in a context of gathering information, can reveal offences against fundamental guarantees. In this sense, a balance is proposed between the legal effects of the privatization of the criminal process and the need to observe the fundamental rights and guarantees of those being investigated, even in private investigations.

Keywords: criminal liability; criminal guarantee; criminal compliance; internal investigations.

1 Introdução

Os programas de *compliance* (e toda a dogmática e técnica jurídica que os envolvem) têm ganhado cada vez mais importância e relevo nos ordenamentos jurídicos, gerando uma série de efeitos decorrentes de sua adoção.

Isso porque o surgimento de novos riscos, geradores de danos cada vez mais amplos e irreversíveis, desafia o Estado (e as suas formas de controle social) a repensar as ferramentas do Direito Penal e seus elementos teóricos clássicos, a fim de configurar um sistema preventivo e repressivo capaz de tutelar adequadamente

também bens e direitos supraindividuais violados, sobretudo por meio de ações praticadas por/em nome de entes coletivos.

Neste sentido, ganhou relevo também no campo penal o estudo da utilização dos programas de *compliance* como modelos de prevenção de ilícitos criminais no bojo dos entes coletivos, com efeitos diretos na configuração dos modelos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Tal movimento jurídico, reflexo direto da chamada expansão do direito penal e do volume e alcance das atividades econômicas, parte da constatação da incapacidade estatal no controle dos riscos decorrentes destas atividades, gerando um modelo de compartilhamento de responsabilidade com os particulares na função de prevenção de ilícitos criminais.

Esta nova faceta do Direito Penal, que envolve a transferência de reponsabilidades para os atores privados, incumbindo-os de elaborar programas de cumprimento normativo que eliminem (ou minimizem) os riscos decorrentes das suas atividades, acaba por mitigar a tradicional lógica estatal de monopólio da regulação (normatização e fiscalização) e da atividade de investigação, o que gera um sem-número de questões jurídicas que merecem um novo olhar, a exemplo das implicações na imputação penal do ente coletivo e na natureza jurídica (e valor probatório) dos elementos de investigação produzidos pelos entes coletivos para o processo penal.

Este trabalho busca responder às seguintes indagações: a transferência de parte da responsabilidade pela investigação penal para os entes coletivos viola, de alguma forma, o garantismo penal e seus axiomas? As atividades investigativas realizadas pelos entes

coletivos e sua ingerência na esfera individual de funcionários e *whistleblowers*, através do seu setor de *compliance*, devem observar necessariamente as garantias processual-penais fundamentais? Qual a natureza jurídica dos elementos de informação colhidos em sede de investigações privadas?

Num primeiro momento, faz-se uma análise do fenômeno da expansão do Direito Penal, da tutela penal do risco e da chamada privatização da prevenção criminal, revelando algumas de suas repercussões na forma de se tutelar determinados bens jurídico-penais, sobretudo os normalmente violados pelas ações praticadas por entes coletivos. É que os programas de *compliance* passam a configurar o principal instrumental jurídico na função de prevenção criminal de ilícitos corporativos, mitigando a lógica de monopólio estatal da regulação e investigação penal.

Após tal recorte, busca-se avaliar as implicações dos modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema de imputação penal, considerando os programas de cumprimento normativo como principais vetores instrumentalizadores de tal mudança, já que a forma de imputação pode variar a depender da natureza jurídica a eles conferida no modelo de responsabilização do ente coletivo.

Por fim, partindo do garantismo penal como método jurídico de racionalização da intervenção penal e diante dos seus reflexos na imputação penal, analisam-se exemplos de atividades investigativas realizadas por entes coletivos que, em um contexto de formação de elementos de informação, podem revelar ofensas às garantias fundamentais.

O *compliance* desempenha cada vez mais um papel crucial na prevenção de crimes corporativos e na responsabilização de empresas e indivíduos. No entanto, é essencial que os programas de integridade (e seus desdobramentos na imputação penal) sejam compatibilizados com os princípios do garantismo penal, a fim de proteger os direitos fundamentais dos acusados.

O desafio reside em encontrar um ponto de equilíbrio que permita a eficácia do *compliance* na prevenção de crimes, ao tempo que respeita os direitos dos acusados e de outros atores. Em última análise, busca-se um sistema que promova a conformidade legal sem comprometer a justiça. Esse é um objetivo importante no campo do Direito Penal e do garantismo jurídico.

2 *Compliance* como instrumento de prevenção de ilícitos criminais: sobre o direito penal do risco

A partir da existência de um cenário histórico, cultural e socioeconômico em formação nas últimas décadas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, em que as empresas se tornaram atores globais e geradoras de riscos com alto potencial de dano a uma série de bens e direitos de uma coletividade, passou-se a questionar a utilidade, a adequação e a eficácia das ferramentas do direito penal clássico para tutelar – dentro de seu espectro de intervenção – os conflitos decorrentes da execução de tais atividades.

Ganhou relevo também no campo penal o estudo da utilização dos programas de *compliance* como modelos de

prevenção de ilícitos criminais¹ no bojo dos entes coletivos, com efeitos diretos na configuração dos modelos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, já que o interesse pelos sistemas de cumprimento normativo “tem aparecido justamente depois de progressivamente se passarem a adotar medidas penais de imputação de responsabilidade às pessoas jurídicas” (Busato, 2018, p. 21).

O surgimento de novos riscos, geradores de danos cada vez mais amplos e irreversíveis, desafia o Estado (e as suas formas de controle social) a repensar as ferramentas do direito penal e seus elementos teóricos clássicos, a fim de configurar um sistema repressivo capaz de tutelar adequadamente também bens e direitos supraindividuais (meio ambiente, proibidade administrativa, ordem fiscal e econômica etc.).

Dentro dessa ideia de um Direito Penal de tutela dos riscos, decorre uma tendência à tutela de bens universais, utilizando uma técnica de incriminação adiantada, como a criação de mais crimes de perigo abstrato e a maior tipificação de delitos omissivos, estes que se tornam cada vez mais frequentes nos ordenamentos jurídico-penais.

Esse movimento jurídico-penal de antecipação da intervenção penal evidencia a necessidade de tal sistema punitivo conferir um maior desvalor à ação do que ao resultado, porquanto passa a incidir sobre condutas (comissivas ou omissivas) que simplesmente

¹ Para alguns autores, a exemplo de Paulo Busato, não há que se falar propriamente em um *criminal compliance*, mas sim em uma “coordenação de mecanismos, em certa medida bastante antigos, vistos através das lentes do Direito Penal” (Cf. Busato, 2018, p. 21). De fato, falar de *compliance* criminal nada mais é do que analisar as consequências jurídico-criminais da adoção dos programas de cumprimento normativo pelos entes coletivos.

colocam em risco (efetivo ou potencial) um determinado bem jurídico. Tais criminalizações antecipadas de condutas “emergem com a finalidade de ampliar a capacidade de resposta penal e a eficácia do controle de condutas, com a diminuição dos requisitos de punibilidade e o aumento do alcance do instrumento penal” (Machado, 2005, p. 134).

No entanto, embora esse movimento jurídico-penal tenha se incorporado, em maior ou menor grau, em diplomas legislativos penais de inúmeros ordenamentos jurídicos, tal fato não o isentou de receber severas críticas.

Hassemer, por exemplo, ao analisar este fenômeno de política criminal contemporânea, afirma que “el Derecho Penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad” (Hassemer, 1993, p. 635).

Ademais, ao ressaltar a perda da característica de *ultima ratio* do Direito Penal com essa antecipação de sua incidência, destaca que “las ventajas que el Derecho Penal clásico ofrecían las reacciones jurídicopenales, el distanciamiento igualitario y retribución justa del mismo, se pone el acento en la prevención de delito futuro o de futuras perturbaciones de gran magnitud”. Por fim, afirma que de “forma gráfica, en el Derecho Penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro” (Hassemer, 1993, p. 636).

Tal movimento jurídico, reflexo direto da chamada expansão do direito penal (Sánchez, 2013, p. 35-36) e do volume e alcance das atividades econômicas, parte da constatação da incapacidade estatal no controle dos riscos decorrentes destas atividades (Coca

Vila, 2013, p. 43-76), gerando um modelo de compartilhamento de responsabilidade com os particulares na função de prevenção de ilícitos criminais (Teixeira; Rios, 2018, p. 103).

Sobre este fenômeno, Judith van Erp faz a seguinte afirmação:

A crescente globalização e complexidade técnica dos processos industriais, juntamente com a diminuição de orçamentos, capacidade de inspeção e expertise científica das autoridades de regulação, conduz a uma monitorização menos rigorosa das empresas por parte das autoridades públicas, associada ao risco crescente de não deteção das infrações cometidas pelas empresas. Por isso, o papel dos privados na deteção, denúncia e revelação das infrações das empresas é de crescente importância. (ERP, 2018, p. 131).

Reside neste ponto a grande mudança de paradigma. Isso porque o legislador do direito penal liberal possui, até então, a lógica e a técnica legislativas para proibir condutas determinadas com a ameaça de uma sanção penal, ou seja, a técnica sempre consistiu em se olhar para o passado, mediante uma norma penal que, ainda que tivesse reflexamente uma função de prevenção (geral ou especial), sempre teve como foco reprimir condutas que já tivessem violado o bem jurídico a ser protegido pela norma penal.

Já esta nova fase ou paradigma do Direito Penal constrói uma lógica paralela – a partir da já mencionada insuficiência do Estado em proteger bens jurídicos de natureza supraindividual por meio do modelo clássico (instrumentalizado sob o viés da repressão) –, trazendo maior protagonismo à sua função preventiva, na medida em que passa a dirigir aos cidadãos e às pessoas coletivas alguns deveres prévios – deveres de colaboração dos particulares na prevenção de crimes corporativos.

No âmbito corporativo, este novo modo de se olhar o Direito Penal implica gerar deveres positivos para dificultar (e não somente impedir) que a atividade das empresas concretize determinados riscos, a partir da implementação de um eficiente sistema de prevenção de riscos, o que levou Silva Sánchez a afirmar o novo papel do direito penal como um “instrumento de condução socioeconômica” (Sánchez, 2013, p. 218).

O que se pode verificar, a partir destas primeiras reflexões e na esteira deste movimento de expansão do direito penal contemporâneo, é que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas passa, a partir da aceitação dos programas de *compliance* como elementos quase essenciais à função de prevenção de ilícitos pelos entes coletivos, a ganhar maior aporte instrumental (teórico e prático) com a proliferação dos modelos de autorregulação regulada (*enforced self-regulation*) (Nieto Martín, 2008, p. 3-4).

Através dos modelos de autorregulação regulada, que se contrapõem a um tradicional modelo de regulação somente pelo Estado (heterorregulação), o ente estatal passa a impor medidas internas a serem adotadas pelas empresas, fixando seus elementos gerais, cabendo-lhes individualizar o seu sistema de prevenção de riscos em atenção às peculiaridades de natureza finalística, organizacional, operacional e orçamentária, entre outras.

Ante uma criminalidade econômica cada vez mais complexa, organizada e transnacional:

[...] os regulamentos das próprias empresas afetadas têm melhores condições de avaliar as especificidades técnicas e econômicas da realidade moderna, em comparação com os regulamentos administrativos ou penais gerais (Weiblen, 2023, p. 124).

Entende-se que diante desta criminalidade econômica complexa, que demanda conhecimento de determinados setores muito específicos da atividade empresarial, os regulamentos dos próprios entes coletivos, aliados à capacidade de ingerência das empresas em face dos próprios funcionários, possuem maior aptidão para uma conformação adequada dos comportamentos corporativos, instrumentalizando um modelo de prevenção de ilícitos penais mais atual e efetivo.

Há, no entanto, quem defenda que este conceito de autorregulação regulada que tem sido amplamente difundido seria uma “*contradictio in adjeto*”, pois pretende vincular o Estado à iniciativa das empresas na vinculação de programas de *compliance*” (Mendes, 2018, p. 13), de forma que a autorregulação deve fundamentar-se na iniciativa espontânea das empresas.

Esta nova estratégia estatal de controle social, embora não isenta de críticas², através de um direito penal de prevenção de riscos, reforça o sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica e aposta no *compliance* como um instrumental apto a reduzir os fatores criminógenos no seio empresarial, estimulando uma cultura de integridade e minimizando (ou eliminando) determinados

² Alguns autores se referem ao *compliance* como um fenômeno que não seria absolutamente novo, mas um certo modismo, coberto de distorções técnicas e terminológicas, que pode ter como real função conferir um escudo à empresa em face de potencial responsabilização criminal e, ainda, criar centros de responsabilização (a exemplo dos *compliance officers*) que protejam sócios e diretores (Cf. Kuhlen, 2014, p. 89-91). No mesmo sentido, afirma Paulo Busato em: Busato, 2018, p. 23. Numa postura contrária às práticas de autorregulação, Shünemann afirma que tal prática poderia expor a risco bens jurídicos protegidos pelo direito penal, sob o argumento de que a própria empresa regulamenta as medidas que podem ser adotadas quanto aos riscos que ela mesmo cria ou incrementa em decorrência de sua atividade (Cf. Schünemann, 1994, p. 319).

riscos, através de uma melhoria na detecção e na responsabilização de comportamentos desviantes.

Esta nova configuração ou modelo de tutela penal de determinados bens jurídicos acaba por gerar um maior entrelaçamento entre o direito penal e o direito administrativo sancionador³, com reflexos inclusive em outros ramos do direito, como o financeiro e o trabalhista, fazendo com que seja necessário se pensar na construção de princípios e regras comuns, integradoras e harmonizadoras, que não gerem contradições dentro do ordenamento jurídico, quando demandado a atuar neste novo modelo interdisciplinar.

Basta se pensar, por exemplo, na problemática de transferência de elementos de informação produzidos em processos administrativos decorrentes de determinada infração ao mercado financeiro para o processo penal, quando o fato apurado também constitua crime. Seria possível considerar tais elementos de informação como provas válidas no bojo do processo criminal, quando não puderem ser repetidas em juízo ou não puderem ser obtidas pelo Ministério Público através dos meios tradicionais de obtenção de prova? Há como se resguardar os direitos e garantias fundamentais dos investigados, sobretudo o contraditório e a ampla defesa, na validação desta prova obtida em sede administrativa?

Trata-se de questões específicas que servem tão somente para materializar os novos desafios deste direito penal que avança para a tutela de riscos, tendo como um de seus instrumentos a

³ “A expressão ‘administrativização do direito penal’ é uma designação doutrinal utilizada para significar que o rumo que o direito penal tem seguido é o da ocupação de espaços tradicionalmente pertencentes à esfera do direito administrativo” (Santos, 2022, p. 58).

chamada privatização da prevenção criminal, cuja principal ferramenta consiste no estímulo (em alguns casos, imposição) à elaboração de programas de cumprimento normativo pelos entes coletivos, transformando-os, pelo menos formalmente, em mais um importante agente de controle social.

Esta nova faceta do direito penal, que envolve a transferência de reponsabilidades para os atores privados, incumbindo-os de elaborar programas de cumprimento normativo que eliminem (ou minimizem) os riscos decorrentes das suas atividades, acaba por mitigar a tradicional lógica estatal de monopólio da regulação (normatização e fiscalização) e da atividade de investigação, o que gera um sem-número de questões jurídicas que merecem um novo olhar, à luz de um direito sancionatório comum que ganha cada vez mais força.

Um dos aspectos jurídicos decorrentes desta mudança de paradigma do direito penal – já anunciado nos parágrafos anteriores – refere-se às repercussões deste compartilhamento da função de prevenção de ilícitos criminais com os entes privados na atividade investigativa (que agora pode/deve ser realizada pelo ente coletivo) e na imputação penal, o que será analisado no próximo capítulo.

3 Os programas de cumprimento normativo e a responsabilização do ente coletivo: desdobramentos jurídicos em face da imputação penal

Conforme anunciado no capítulo anterior, a chamada expansão do direito penal, evidenciada pela assunção, por este ramo do direito, da tarefa de antecipação de sua incidência para o

controle de riscos decorrentes do exercício da atividade empresarial, gerou uma premente necessidade de se reformular (ou reinterpretar) os seus elementos dogmáticos penais clássicos, a fim de compatibilizar seu instrumental teórico com esta nova tarefa de inibir o risco da atividade das empresas através de imposição de deveres positivos de controle e gerenciamento de riscos pelos próprios entes.

Nessa “transição do modelo de repressão – corporizado pela sociedade do risco e pela pós-modernidade industrial – para o modelo de cooperação” (Santos, 2022, p. 61), e sendo a responsabilização penal da pessoa jurídica uma das principais bases teóricas que tornaram o *compliance* a principal ferramenta concretizadora da prevenção do risco pelos entes coletivos, torna-se indispensável avaliar se os critérios dogmáticos tradicionais, criados para as pessoas físicas, seriam suficientes para fundamentar a imputação penal dos entes coletivos.

Partindo deste ponto, os principais problemas normalmente abordados referem-se à capacidade de ação da pessoa jurídica como ente autônomo, à aferição de sua vontade (Magalhães, 2015, p. 146-149) e, principalmente, à formação de uma culpabilidade própria⁴.

As soluções que vêm sendo construídas passam desde a adequação e reformulação dos elementos clássicos da teoria do crime (voltados, repita-se, às pessoas físicas) à formatação das pessoas jurídicas, até a elaboração de um modelo próprio de imputação penal dos entes coletivos, com critérios próprios e distintos das pessoas físicas. Quanto a este último ponto, cita-se o

⁴ Acerca das teorias da formação de uma culpabilidade das pessoas jurídicas: Tangerino, 2010, p. 48-54; ROCHA, 2015, p. 80 e ss.

modelo de David Baigún (2000) e a “teoria da ação significativa” de Tomás Salvador Vives Antón (2011) que, entre outras propostas, buscam afirmar/justificar um modelo específico de imputação penal aos entes coletivos.

Sobre o cerne desta discussão jurídica, Paulo Busato questiona se se trata de “de uma responsabilidade das mesmas pessoas jurídicas ou de uma transferência de responsabilidade de pessoas físicas para jurídicas, inspirada pelas fórmulas pragmáticas do direito anglo-saxão”. Ademais, questiona se “seria possível dizer que realmente se assume uma responsabilidade própria, exclusiva das pessoas jurídicas” (2018, p. 29).

Neste mesmo sentido, vale mencionar a contradição apontada por Susana Aires Sousa, quando afirma: “se na determinação da pena parece valer uma culpa da pessoa coletiva, na determinação do fato criminoso vale a culpa da pessoa singular – aqui se identificando o primeiro desvio introduzido pela lógica de *carrot and stick approach*” (2021, p. 32), característica dos programas de cumprimento normativo.

A análise do modelo adequado à imputação penal da pessoa jurídica passou, então, a ter como elemento teórico fundamental para a definição do tipo de responsabilidade deste ente coletivo: seria um modelo de autorresponsabilidade ou de heterorresponsabilidade?

Os modelos de heterorresponsabilidade possuem como elemento teórico⁵ justificante da responsabilidade penal da pessoa jurídica unicamente a ação ou conduta praticada pela pessoa física,

⁵ Pode-se identificar a origem deste modelo nos EUA, através de uma construção jurisprudencial, sendo denominada de *vicarious liability*, responsabilidade por ricochete ou por substituição.

havendo uma transferência da responsabilização desta para aquela (Brito, 2013, p. 1.227-1.228). O ente coletivo é, portanto, considerado responsável, também para fins penais, pelas ações e omissões de seus agentes e órgãos, quando agem em nome e no interesse da própria entidade. Através de um elemento normativo de extensão, não apenas a culpa, mas o fato também é estendido ao ente coletivo, sem uma análise independente do grau de censura deste.

Do ponto de vista dogmático, as principais críticas a este modelo consistem na complexidade da transferência do elemento subjetivo nos casos de pluralidades de agentes, sobretudo diante da estrutura hierárquica da empresa e da divisão de funções (decisões colegiadas e escalonadas); a problemática dos atos desviantes da pessoa física, sem ingerência ou conhecimento do ente coletivo; e a formatação de uma espécie de responsabilização objetiva, tendo em vista o modelo de responsabilização por transferência que, para o Direito Penal, implica a violação de inúmeros princípios penais, como a personalidade e a culpabilidade.

Já o modelo penal da autorresponsabilidade, por outro lado, fundamenta a imputação penal a partir de um fato tido como próprio pela pessoa jurídica e analisa os elementos do crime a partir de sua própria ação. A conduta da pessoa jurídica, objeto da imputação penal, se dá a partir do chamado defeito de organização, revelado por uma gestão falha dos riscos da atividade exercida (inefetividade ou inexistência de um programa de cumprimento normativo).

Nessa ideia, a conduta (em seu aspecto material) da pessoa física serviria tão somente como elemento indiciário da desorganização estrutural do ente ou, ainda, da falha na sua gestão

de riscos. A punição se dá, portanto, de forma autônoma e independente, através de um fato próprio da pessoa jurídica.

Se a má organização da empresa é um fato gerador da imputação penal por eventual ilícito penal cometido, uma boa organização só poderia ser evidenciada pelo cumprimento efetivo das normas, normalmente realizado e demonstrado por meio dos programas de *compliance* do ente coletivo. Daí a enorme importância do *compliance* para a aferição da existência do ilícito criminal cometido pela pessoa jurídica – decorrente do seu fato próprio – e, por consequência, da configuração da sua responsabilidade penal.

Sobre este modelo de responsabilização baseado exclusivamente no fato próprio do ente coletivo pairam algumas críticas, entre as quais: a configuração da falha organizacional evidenciada apenas pelo ilícito penal cometido pela pessoa física pode levar a uma responsabilização objetiva da pessoa jurídica, já que caberia a ela, e não ao Ministério Público, comprovar a eficácia de seu programa de cumprimento normativo; a configuração da responsabilidade do ente coletivo por este fato coletivo ou por esta ação própria, desvinculada da conduta da pessoa física, seria um conceito absolutamente indeterminado, sobretudo diante das nuances e da complexidade inerentes ao exercício das atividades das empresas (Brito, 2013, p. 1.227-1.228). Por fim, a inadequação dos conceitos de dolo e culpa em relação à ação coletiva conduziriam a uma dificuldade de imputação de crimes dolosos, em virtude da dificuldade da sua configuração em face da deficiência na organização empresarial.

Há autores que se propõem à construção de um modelo misto (Gomez-Jara Díez, 2012, p. 62), em que, em síntese, a responsabilidade da pessoa jurídica, decorrente de um fato coletivo (e, portanto, próprio) se alia à conduta da pessoa física como um ponto de conexão.

O que se pretende afirmar com a exposição destes modelos de responsabilização é que a opção pela autorregulação ou pela heterorregulação influencia diretamente na natureza jurídica de um adequado eficaz programa de *compliance* dentro da teoria do crime e, ainda, no ônus da prova referente à comprovação deste cumprimento normativo eficaz.

Caso se analise a opção por um modelo de autorresponsabilidade, a existência de um efetivo programa de cumprimento normativo pela empresa afasta, quase automaticamente, a aferição de um defeito em sua organização, o que ocasiona a inexistência de responsabilidade, afastando a imputação penal.

Há de se ressaltar, todavia, que por não ser objeto deste trabalho, não serão abordadas as importantes repercussões do tipo de modelo adotado pelos distintos ordenamentos jurídicos e seus desdobramentos sobre o ônus da prova do ilícito do ente coletivo e, ainda, da natureza jurídica do efetivo programa de cumprimento normativo na teoria do crime (atipicidade, excludente da culpabilidade, causa de isenção de pena etc.).

Dito isso, retoma-se a ideia já anunciada de que, adotadas previamente medidas efetivas de prevenção criminal direcionadas ao comportamento das pessoas físicas, estar-se-ia diante de uma atipicidade da ação (ou omissão) do ente coletivo, já que inexistiria,

assim, uma organização deficiente. Seriam exemplos de ordenamentos que albergaram esta hipótese o modelo australiano e o suíço (Nieto Martín, 2016, p. 46).

Esta possibilidade de utilização do *compliance* como escudo da empresa em face da persecução penal gera (ou pelo menos deveria gerar) um compromisso dos entes corporativos em implementarem (ou aprimorarem) os seus programas de cumprimento normativo, de forma que, sob o ponto de vista da imputação penal (objeto deste trabalho), as investigações internas passam a ser elementos fundamentais para a responsabilidade penal do ente e, ainda, um meio importantíssimo de prova.

A partir desta perspectiva, e considerando este novo modelo penal de compartilhamento de responsabilidades preventivas (privatização da prevenção penal), passa-se a questionar: qual a validade dos elementos de informação produzidos pela empresa, através do setor de *compliance*, para os órgãos de persecução penal e para o Judiciário? Estando a investigação interna sujeita aos regramentos da própria empresa, e não a normas de ordem pública, há requisitos a serem observados pela empresa nos meios de investigação em face de seus funcionários e/ou *whistleblowers*? Esta transferência da responsabilidade investigativa não transformaria a empresa numa juíza de si mesma, fazendo-a decidir quando e o que comunicar às autoridades, de acordo com seu interesse corporativo? Os modelos de ingerência das empresas na esfera de intimidade dos seus funcionários são compatíveis com os princípios e as garantias fundamentais do processo penal?

Outro ponto que merece uma análise crítica é que esta transferência de responsabilidades investigativas (pelo menos de

parte delas) para a empresa pode gerar uma perigosa manipulação das informações, já que “quem investiga sempre tem mais possibilidades de construir a realidade tal como lhe convém” (Nieto Martín, 2013, p. 48).

Desta forma, uma transferência à empresa, sem controle, da atividade investigativa empresarial pode legitimar uma série de abusos em face de funcionários e *whistleblowers*, transformando o *compliance* num escudo ilegítimo das ações empresariais ilícitas.

Para tanto, é necessário compatibilizar as consequências da aceitação do *compliance* como parte da investigação criminal com os ditames constitucionais e processuais penais que asseguram e conferem razoabilidade a qualquer tipo de intervenção penal, o que será desenvolvido a seguir.

4 Garantismo penal e seus desdobramentos quando da imputação penal no contexto dos programas de *compliance*

Na esteira do que fora desenvolvido nos capítulos anteriores, a chamada privatização da investigação penal – instrumentalizada pela adoção (compulsória), pelos entes coletivos, dos programas de cumprimento normativo como medida de prevenção criminal – gerou um importante fenômeno jurídico em que as investigações internas passaram a ser elementos fundamentais para a responsabilidade penal do ente e, ainda, um meio importantíssimo de formação da *opinio delicti*.

Sob esta ótica, importando a “linguagem dura do direito punitivo e do correspondente processo penal”, pode-se dizer que

“*compliance* consiste hoje em detectar, denunciar, investigar, punir e até dar publicidade à punição (*shaming*)” (Sousa, 2021, p. 37).

Neste novo modelo penal de compartilhamento de responsabilidades preventivas, passa-se a questionar os limites constitucionais e processual-penais do desenvolvimento da atividade investigativa da empresa e, ainda, os limites à sua intervenção na esfera de outros particulares e de eventuais denunciantes. Isso porque a opção por um sistema penal de compartilhamento de responsabilidades com os entes privados na prevenção penal não implica (e não pode implicar) o abandono de estruturas e garantias fundamentais que aqui funcionam como proteção do indivíduo não só em face do Estado, mas inclusive do enorme poder das grandes empresas.

Nessa perspectiva, a incorporação dos programas de integridade ao âmbito da persecução penal não pode ser compreendida como fenômeno neutro. Ao contrário, a transferência — ainda que parcial — de funções tradicionalmente atribuídas ao Estado para entes privados, especialmente no que se refere à apuração interna de ilícitos e à produção de elementos informativos, projeta relevantes tensões com o modelo garantista. Conforme assinala Ana Cláudia Bastos de Pinho, o garantismo parte da premissa de que todo poder tende ao abuso, razão pela qual qualquer exercício de poder que interfira na esfera de direitos fundamentais deve estar submetido a limites jurídicos rigorosos, sob pena de comprometimento da própria lógica democrática do sistema penal (Pinho, 2025, p. 10).

Sobre este novo papel das empresas (e demais entes coletivos) no processo penal, cumpre mencionar Hugo Luz dos Santos, para quem:

A sociedade da Era *Compliance* – que antecede a sociedade da ditadura digital da inteligência artificial e do governo único mundial, assumiu a derrota no combate contra a criminalidade da empresa e inaugurou, coerentemente, um modelo de cooperação – que assenta em uma pletora de medidas premiais – que valoriza os contributos probatórios activos (como a identificação, por parte da pessoa coletiva arguida, dos responsáveis pela prática do crime no contexto empresarial) e posterga – minoriza – a investigação criminal realizada no inquérito pelo Ministério Público. (Santos, 2022, p. 68).

Neste ponto, não havendo dúvidas de que os entes coletivos passam a exercer autêntica atividade investigativa com aptidão para influenciar na *opinio delicti* e na imputação penal e, ainda, que sua atividade investigativa pode gerar a transferência da responsabilidade criminal do ente para seus funcionários e/ou *whistleblowers*, não é razoável se pensar que tal atividade deve estar desobrigada a observar as garantias fundamentais que decorrem do garantismo penal.

Sob outra perspectiva, havendo esta mesma atividade investigativa privada com o propósito de excluir ou minorar (a depender do ordenamento jurídico) a responsabilidade penal do ente coletivo em face da persecução penal iniciada pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público, a não observância de garantias processuais penais nas investigações internas coloca em xeque a paridade de armas, já que o Ministério Público deve obedecer a um rol de direitos e garantias fundamentais na sua atividade investigativa.

Sob esta perspectiva, se o Ministério Público, a Polícia Judiciária ou outro órgão público com capacidade investigativa deve, de forma categórica, observar todos os direitos e garantias fundamentais (materiais e processuais) no bojo de sua atividade investigativa, sob pena de invalidação dos elementos de informação produzidos, a não observância de tais garantias (ou de pelo menos algumas delas) por parte da empresa pode gerar um desequilíbrio em favor desta, visto que pode dirigir sua investigação sem regras básicas de construção e validação dos fatos investigados.

Aqui se encontra, portanto, o ponto de interseção entre *compliance*, imputação penal do ente coletivo e o garantismo penal. Isso porque o garantismo penal surge dentro de um importante contexto jurídico, social e filosófico: a necessidade de garantia do indivíduo, através de *standards* ou escudos protetivos, em face da ingerência do Estado e de sua violência legítima na esfera individual dos cidadãos.

Nesse contexto, a análise dos programas de *compliance* sob a ótica do garantismo penal exige a superação de uma leitura meramente instrumental desses mecanismos, para compreendê-los como fenômenos que incidem diretamente sobre a estrutura da imputação penal e, por consequência, sobre o sistema de garantias fundamentais que conforma o Estado Democrático de Direito. O garantismo penal, conforme concebido por Luigi Ferrajoli, não se limita a uma técnica de contenção do poder punitivo estatal, mas constitui verdadeiro modelo normativo de racionalização da intervenção penal, fundado na legalidade estrita, na taxatividade, na culpabilidade e na centralidade dos direitos fundamentais como limites intransponíveis ao exercício do poder sancionador.

Sobre esta ideia, o referido autor adverte que o garantismo é um sistema de estrita legalidade que:

[...] se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. (2014, p. 785-786).

No entanto, a expansão do direito penal para a tutela das atividades de risco dos entes coletivos e todos os desdobramentos jurídicos dessa nova forma de compartilhamento da função de prevenção criminal por parte das empresas (como exposto nos capítulos anteriores) levam obrigatoriamente a fazer uma releitura do garantismo penal, porquanto as empresas passam a constituir verdadeiros aparatos de poder (capacidade econômica, ascensão sobre os funcionários e ausência de limites legais à investigação interna), já que podem investigar e produzir elementos de informação que serão preponderantes para a delimitação da direção e extensão da imputação penal.

Outro ponto a se destacar consiste no fato de que “as grandes estruturas empresariais, envolvidas em complexos, imbricados e difusos laços de interdependência funcional e em estruturas hierárquicas pouco claras” acaba por dificultar ou tornar impossível “a individualização do agente físico responsável pela prática do crime – trabalhador comum ou pessoa que desempenhe função de liderança”, o que evidencia mais um elemento indicador da necessidade de extensão dos direitos e garantias fundamentais para dentro das investigações privadas (Santos, 2022, p. 66).

A partir desse marco teórico, torna-se possível compreender que os programas de *compliance*, embora concebidos como

instrumentos de prevenção e autorregulação, não podem operar como espaços de flexibilização das garantias penais.

A expansão do Direito Penal e a ascensão de modelos preventivos de controle do risco — fenômeno amplamente diagnosticado pela doutrina contemporânea — conduzem, não raras vezes, à naturalização de práticas investigativas privadas que reproduzem, sem os freios institucionais adequados, atividades típicas da persecução penal estatal.

Como advertem Ramos e Chaves, a responsabilização penal no contexto corporativo somente se legitima quando respeitados os postulados clássicos da imputação subjetiva, sendo inadmissível qualquer forma de responsabilização automática fundada na posição hierárquica ou no simples descumprimento de deveres organizacionais (Ramos e Chaves, 2020, p. 116).

Nesse ponto, o diálogo entre garantismo penal e *compliance* revela sua maior complexidade: se, por um lado, os programas de integridade podem contribuir para a prevenção de ilícitos e para o fortalecimento da cultura de legalidade, por outro, não podem servir como fundamento para a mitigação de garantias fundamentais, sob pena de conversão do Direito Penal em instrumento de gestão de riscos. A doutrina crítica (Resende e Ferreira, 2023, p. 25) tem advertido que a expansão acrítica desses mecanismos pode conduzir à relativização de princípios estruturantes, como a presunção de inocência, o direito ao silêncio e a vedação à autoincriminação, sobretudo quando os resultados de investigações internas passam a influenciar diretamente a persecução penal estatal.

Aqui se pode invocar, ainda, como reforço argumentativo, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já consagrada, por exemplo, pela doutrina (Sarlet, 2015) e jurisprudência brasileiras⁶, também para o âmbito da investigação privada, haja vista que se tal atividade investigativa empresarial impacta em direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos, determinadas regras ou princípios de natureza pública também ali devem incidir.

Outro ponto que merece destaque é que a análise crítica das investigações internas empresariais evidencia que a sua crescente utilização no âmbito dos programas de *compliance* impõe relevantes desafios à dogmática processual penal, sobretudo no que diz respeito à preservação da cadeia de custódia da prova e à confiabilidade dos elementos informativos produzidos fora do aparato estatal.

Conforme destaca Túlio Felipe Xavier Januário, embora tais investigações se insiram no contexto da chamada autorregulação regulada, elas são conduzidas em ambiente privado, sem contraditório e sem os controles típicos da persecução penal pública, o que impõe sérias reservas quanto à sua posterior utilização no processo penal.

O autor ressalta que a ausência de parâmetros rígidos quanto à coleta, preservação e documentação da prova pode comprometer a sua autenticidade e integridade, abrindo espaço para distorções, direcionamentos indevidos e violações a garantias fundamentais,

⁶ Neste sentido, vide o Recurso Extraordinário 201.819 RJ, julgado pela segunda turma do STF em 11/10/2025. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 16 mai. 2024.

como o *nemo tenetur se detegere* e o devido processo legal. Assim, sob a ótica do garantismo penal, a eventual utilização de elementos oriundos de investigações internas somente se legitima quando submetida a criteriosa filtragem judicial, com rigorosa verificação da regularidade de sua obtenção, sob pena de se admitir uma perigosa privatização da atividade probatória e, por consequência, a mitigação das garantias que estruturam o processo penal democrático (Januário, 2021, p. 1.502).

Desta forma, partindo desta construção teórica, apontam-se duas perspectivas igualmente importantes que se referem à necessidade da observância de *standards* garantistas na imputação penal de pessoas jurídicas (a repercutirem inexoravelmente na esfera de seus funcionários).

A primeira delas se refere à eventual necessidade de proteção do *nemo tenetur se ipsum accusare* na relação Estado e empresa. Isso porque uma obrigação irrestrita da empresa para fornecer todos os elementos de informação que produz em suas investigações internas pode revelar outros ilícitos eventualmente por ela cometidos e que não sejam alvo da imputação.

A segunda, mais relevante para o objetivo deste trabalho, refere-se à existência de limites à intervenção da empresa em face de seus funcionários, quando do exercício de sua investigação interna.

As investigações internas consistem em procedimentos internos de um ente coletivo, normalmente realizado no bojo de um programa (de maior ou menor extensão) de *compliance*, cujo objetivo é identificar e delimitar uma infração às regras daquele programa de cumprimento normativo. No entanto, a disciplina da

formatação de tais investigações se restringe às regras de natureza privada de cada programa específico de cumprimento normativo, que devem seguir normas técnicas internacionais sobre os requisitos e elementos dos programas de *compliance*.

A ausência de um regramento jurídico com o fim limitador das atividades investigativas da empresa, amoldando tais atividades num espectro garantista de proteção do indivíduo investigado, favorece uma “caça às bruxas” dentro da empresa, cujo objetivo não mais consistirá em “corroborar ou descartar suspeitas de um concreto delito”, mas sim “com o fim de proteção do patrimônio da empresa ou para controle dos empregados”, através de um direcionamento da investigação e da imunização da alta cúpula da empresa (Pablo Montiel, 2013, p. 259).

Meios de investigação e controle laborais como o monitoramento/vigilância por vídeo, acesso ao *e-mail* corporativo do trabalhador e às chamadas telefônicas, entre outros, muitas vezes legitimados pelo Direito do Trabalho, podem, quando usados para fins de formação de uma investigação interna com viés criminal, revelar ofensas a um modelo de *criminal compliance* com conformação constitucional e garantista.

As entrevistas realizadas com funcionários no bojo das investigações internas, quando em jogo um fato de natureza criminal, podem revelar autênticos interrogatórios em que o funcionário se torna o centro da atividade investigativa, sem que tenha sido a ele conferido o respeito às suas garantias fundamentais.

Caso se considere a vulnerabilidade fática do funcionário em face do seu empregador, com o natural receio de que a sua versão

possa levá-lo ao desligamento da empresa, o seu depoimento tende a confirmar a versão a ser construída pelo ente coletivo em sua defesa perante as instituições de persecução penal.

Mais do que isso, uma versão dada pelo empregado ao seu empregador, diante de todas as circunstâncias acima mencionadas, e inobservadas as suas garantias fundamentais, pode gerar um viés de confirmação quando de sua oitiva (futura) pelas autoridades públicas. Isso porque é lógico se pensar que o funcionário irá se apegar à primeira versão dos fatos que tenha apresentado, sendo tarefa difícil, pelas circunstâncias da relação empregado/empregador, que essa versão seja desconstituída num segundo momento de investigação ou processo de natureza pública.

O ente coletivo, portanto, possuindo a obrigação (ou privilégio?) de primeiro investigar, pode construir a versão (num cenário probatório complexo que envolve a responsabilização de fatos ocorridos no seio da empresa) que mais lhe convenha e que proporcione uma fuga da responsabilidade corporativa, direcionando a espada do direito penal para os seus funcionários.

Os programas de *compliance* e, em particular, as investigações internas, “podem constituir uma arma decisiva a ser usada pela própria pessoa coletiva como forma de se desresponsabilizar” (Pais, 2017, p. 668) e, ainda, de construir um arcabouço investigativo e informacional que a proteja e responsabilize seus funcionários sem que lhes tenha sido garantidos direitos fundamentais de natureza processual penal dirigidos aos investigados.

Não há como negar que “o poder do investigador empresarial é superior ao estatal” (Nieto Martín, 2013, p. 47). Mais do que isso, o

empregador possui um enorme poder em face dos empregados, uma ascendência notória que faz com que o empregado tenda a colaborar com a empresa, diante da vulnerabilidade que sua condição evidencia, até mesmo pelo receio das consequências de eventual ação que não atenda aos interesses de seu empregador.

Afirma com razão Ana Pais que nessas situações, “a prova que é levada ao processo penal da pessoa coletiva pode ter origem numa estratégia de defesa pessoal” em que a empresa funciona não como “um colaborador externo do Ministério Público, mas como um verdadeiro interessado na prossecução do processo penal contra a pessoa singular” (Pais, 2017, p. 668).

À referida autora assiste razão, ainda, ao fazer a seguinte ponderação:

O incremento da cooperação da empresa no processo penal traz vantagens para a empresa e evidentes proveitos para a própria investigação. Contudo, introduz enormes riscos, sobretudo para as garantias de defesa do arguido, consagradas no sistema processual penal. O risco inerente à utilização, no processo penal, dos elementos probatórios recolhidos em sede de investigação interna, na esfera de uma empresa, advém do fato de se tratar de prova recolhida em circunstâncias desconhecidas ou, pelo menos, não controladas, por operadores não judiciários. (Pais, 2017, p. 671).

Alguns podem afirmar, acertadamente, que a investigação privada (e os elementos de informação nela produzidos) não impedem o trabalho investigativo da Polícia Judiciária e do Ministério Público, que possuem prerrogativas investigativas inerentes às suas atribuições constitucionais e legais.

Ocorre que, para além da violação da paridade de armas (já mencionada em parágrafos anteriores) entre o investigador público e o privado, pela ausência de regras limitadoras da atividade

investigativa desse último, o poderio econômico das grandes empresas, a possibilidade de construir sua versão sem critérios limitadores e a condição de vulnerabilidade de seus empregados fazem com que estes entes assumam um protagonismo injustificado na produção de elementos de formação, o que pode influenciar indevidamente na *opinio delicti* e gerar uma enorme dificuldade de construção de uma contraversão dos fatos pelas autoridades públicas.

Num processo penal ou numa fase de investigação pública, todos os atos investigativos que tenham o condão de afetar direitos e garantias individuais devem ser autorizados ou ratificados por um juiz, o que não se exige nas investigações internas empresariais.

Na busca de uma solução para a problemática, Adán Nieto Martín defende, em síntese, a necessidade de incorporação às investigações internas de garantias básicas e rígidas do processo penal, bem como a aceitação, no direito e processo penal, de elementos de informação de investigação internas desde que tenham sido obtidos em respeito a tais direitos (Nieto Martín, 2018, p. 293-334).

Adotando uma posição intermediária, Montiel defende “um sistema de garantias de rigor intermédio” (Pablo Montiel, 2013, p. 506), haja vista que ainda que as investigações internas possam versar (no todo ou em parte) sobre fatos com repercussões criminais, não se trata de processos de natureza pública.

A nosso ver, de fato o garantismo penal deve ser revisitado para criar modelos de intervenção penal adequados às investigações internas, considerando tudo que foi exposto ao longo deste artigo. Isso porque, conforme já dito, a não observância de

direitos e garantias fundamentais pode criar uma facilidade da empresa para transferir a responsabilidade às pessoas físicas e criar um escudo de imunidade para o ente coletivo (e os principais dirigentes).

A investigação interna, caso seja realizada antes da persecução penal, pode criar vieses de confirmação das principais testemunhas e dificultar a investigação pública a ser realizada posteriormente. A empresa pode e irá construir sua verdade processual. Os elementos produzidos em sede de investigação interna poderiam gerar a contaminação dos demais elementos probatórios, no sentido de reorientar a investigação num sentido favorável a quem investigou.

Deve-se compreender, assim, que o *compliance* não é instrumento de investigação criminal, embora seus elementos produzidos em investigação possam servir para eventualmente influenciar na imputação e na responsabilidade penal da empresa. Para tanto, deveria haver mudança legislativa para aplicação às investigações internas com repercussões criminais dos mesmos deveres impostos às autoridades públicas. Por outro lado, cabe observar que o processo penal precisa melhorar seus meios de gestão de eficiência sem depender tanto de tais investigações.

A nosso ver, deve haver a criação de um *standard* garantista de produção de elementos de informação em investigações internas que equilibre a natureza privada da investigação com a sua eventual utilização no processo penal.

A título de exemplo, sugere-se:

A) a incorporação, nas normas técnicas internacionais que servem de referência para os programas de cumprimento normativo,

de regras mais rígidas e garantistas sobre as oitivas de funcionários no bojo das investigações internas;

B) a elaboração de regra processual penal que preveja garantias para os entrevistados em sede de investigações corporativas internas, anunciando determinados direitos fundamentais a serem observados;

C) a inserção nos códigos de processo penal de cláusulas que impeçam a avaliação e a consideração, pelo Judiciário e pelo Ministério Público (este quando da formação da *opinio delicti*), de quaisquer elementos de informação produzidos sem a observância das garantias fundamentais mencionadas no item anterior;

D) a previsão da impossibilidade de o magistrado determinar o arquivamento da investigação ou até mesmo a rejeição da peça acusatória em face do ente coletivo sem que se pronuncie de forma específica e pormenorizada sobre a legalidade dos elementos de informação produzidos nas investigações internas.

Se a investigação privada pretende ser avaliada judicialmente como forma de exclusão da tipicidade ou diminuição de pena, deve haver uma análise judicial prévia da legalidade dos elementos de informação produzidos.

As investigações internas “devem ser justas, eficientes e profissionais” (Moosmayer, 2013, p. 138). Não se pode correr o risco de que o processo penal se converta numa mera formalização, *a posteriori*, das investigações internas empresariais. O Ministério Público e o Poder Judiciário devem estar cientes dos perigos da criação de um ambiente processual em que tais instituições se limitam a apenas corroborar, e não aferir, determinadas condutas criminosas praticadas no seio empresarial.

Este artigo não pretende afirmar que todas as investigações internas são ilegais e que todas devam observar o garantismo penal, com respeito a determinados direitos fundamentais de natureza processual penal. O que se defende aqui é a criação de um ponto de encontro entre as investigações internas, regidas por normas privadas, e as garantias processuais penais, quando esta investigação possuir em seu conteúdo, ainda que de forma tangencial, fatos com repercussão criminal.

Isso porque uma visão eminentemente econômica acaba moldando o direito e o processo penal e pode fazer com que os interesses tutelados no sistema penal enfraqueçam sua função de proteção do interesse social e o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

5 Considerações finais

O chamado Direito Penal do risco, nova faceta do Direito Penal que implica a transferência de reponsabilidades para os atores privados, incumbindo-os de elaborar programas de cumprimento normativo que eliminem (ou minimizem) os riscos decorrentes das suas atividades, acabou por mitigar a tradicional lógica estatal de monopólio da regulação (normatização e fiscalização) e da atividade de investigação. Isso gera um sem-número de questões jurídicas que merecem um novo olhar, a exemplo das implicações na imputação penal do ente coletivo e na natureza jurídica, e da necessidade de observância de direitos e garantias fundamentais no bojo de investigações internas empresariais.

Neste ponto, não havendo dúvidas de que os entes coletivos passam a exercer autêntica atividade investigativa com aptidão para influenciar na *opinio delicti* e a imputação penal e, ainda, que sua atividade investigativa pode gerar a transferência da responsabilidade criminal do ente para seus funcionários e/ou *whistleblowers*, não é razoável se pensar que tal atividade deve estar desobrigada de observar as garantias fundamentais que decorrem do garantismo penal.

Ademais, sob outra perspectiva, havendo esta mesma atividade investigativa privada com o propósito de excluir ou minorar (a depender do ordenamento jurídico) a responsabilidade penal do ente coletivo em face da persecução penal iniciada pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público, a não observância de garantias processuais penais nas investigações internas coloca em xeque a paridade de armas, já que o Ministério Público deve obedecer a um rol de direitos e garantias fundamentais na sua atividade investigativa.

Os programas de *compliance* transformaram as empresas em interlocutores privilegiados dentro do sistema de persecução penal, o que justifica uma maior atenção e rigor nas formalidades que envolvem a sua atividade investigativa interna.

A observância de garantias fundamentais do processo penal na atividade investigativa da empresa evita que a privatização da investigação penal gere uma ofensa à paridade de armas entre o ente coletivo e o Ministério Público, ou, ainda, entre estes dois e os eventuais funcionários investigados.

Neste sentido, a ampliação de espaços de investigação privada — como ocorre nos programas de *compliance* — deve ser

analisada com extrema cautela, sob pena de se permitir a constituição de zonas de exercício de poder desprovidas de controle jurídico adequado, comprometendo a legalidade, a presunção de inocência e o devido processo legal.

Ademais, seguindo mais uma vez o que preleciona Ana Cláudia Bastos de Pinho, o deslocamento de funções típicas do Estado para entes privados, sem a correspondente submissão aos freios garantistas, representa um risco concreto de erosão das bases do Estado Democrático de Direito, sobretudo quando tais práticas passam a influenciar a persecução penal formal (Pinho, 2024, p. 25).

Torna-se imprescindível a incorporação, nas normas técnicas que disciplinem (em caráter genérico) os programas de cumprimento normativo e em normas processuais penais, de regras que determinem a observância determinados direitos e garantias fundamentais dos entrevistados/investigados, bem como de regras processuais de validação judicial prévia dos elementos informativos decorrentes destas investigações como condicionantes à sua apreciação pelo Ministério Público, na formação da *opinio delicti*, ou do Judiciário, para a análise de eventuais decisões de índole processual ou meritória.

O processo penal deve refletir o modelo de Estado e a forma de intervenção do direito punitivo sobre a vida das pessoas. “A era do *compliance* recentrou o debate na cooperação dialética entre Estado-Juiz e as empresas” (Santos, 2022, p. 64). Por isso, não se pode dar tratamento distinto à investigação privada em face da pública (repleta de formalidades e garantias), sob pena de ofensa à paridade de armas e da conversão do *compliance* numa “estratégia avançada de defesa criminal” (Sousa, 2021, p. 31).

Referências

BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas** (Ensayo de un nuevo modelo teórico). Buenos Aires: Depalma, 2000.

BRITO, Teresa Quintela de. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contraordenacional e penal de entes coletivos. *In*: ANDRADE, Manuel da Costa (Org.). **Direito Penal: fundamentos dogmáticos e políticos-criminais**. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre *criminal compliance*. *In*: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). **Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 21-55.

COCA VILA, Ivó. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In*: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. Atelier: Barcelona, 2013. p. 43-76.

ERP, Judith van. **O papel dos atores privados na regulação e aplicação das normas contra o dano ambiental causado pelas empresas**. *In*: Revista Electrónica de Direito. Volume 15, nº 1, fevereiro, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

GOMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español. *In*: SÁNCHEZ, Jesús María Silva (Org.). **El nuevo Código Penal. Comentários a la reforma**. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. *In*: Actualidade Penal. nº 43/22. 1993. p. 635-646.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. **Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades,**

exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 1453–1510, maio/ago. 2021.

KUHLEN, Lothar. Compliance y Derecho penal en Alemania. *In*: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Victor Gómez. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance.** Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, 2014.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis *et al.* **Sociedade de risco e direito penal:** uma avaliação de novas tendências político-criminais. Monografias IBCCRIM, 34. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAGALHÃES, Tiago Coelho. **Modelos de imputação do facto à pessoa coletiva em Direito Penal:** uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo. *In*: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. nº 25, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa. **Law Enforcement & Compliance.** *In*: Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2020.

MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. *In*: ARROYO, Luís; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *El Derecho Penal Económico em la Era Compliance.* Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Investigações internas. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 293-334.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el Derecho Penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (Org.). **Compliance y teoría del Derecho Penal Marcial Pons.** Madrid: 2013. p. 21-50.

NIETO MARTÍN, Adán. **Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación:** sus influencias en el derecho penal de la empresa. *In*: Política Criminal. nº 5. 2008. p. 3-4. Disponível

em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712397.
Acesso em: 14 fev. 2024.

PABLO MONTIEL, Juan. **Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa**. In: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL. Chile: 2013. p. 251-277.

PAIS, Ana. Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada” e o princípio *nemo tenetur se ipsum Accusare*. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. Volume II. Universidade de Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 2017.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Luigi Ferrajoli e os 35 anos de Diritto e Ragione: uma pequena homenagem a um grande autor e a uma grande obra**. *Boletim IBCCRIM*, ano 33, n. 392, jul. 2025, p. 9–13.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **O Ministério Público como instituição de garantias e o controle externo da atividade policial**. *Boletim IBCCRIM*, ano 32, n. 385, dez. 2024, p. 22–25.

RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. **O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. *Direito.UnB*, v. 4, n. 1, 2020, p. 102–120.

RESENDE, Gabriela Emanuele de; FERREIRA, Mariana Colucci Goulart Martins. **A expansão do Direito Penal e a delimitação da responsabilidade penal do compliance officer**. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 18, n. 2, 2023, p. 20–32.

ROCHA, Jorge Bheron. **A (in)transmissibilidade da responsabilidade penal da pessoa coletiva**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Hugo Luz dos. **Processo penal na era compliance**. AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHÜNEMANN, Berdn. **Las reglas de la técnica em Derecho penal**. *In*: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 47. 1994. p. 319. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46462>. Acesso em: 14 fev. 2024.

SOUSA, Susana Aires de. As diferentes faces dos programas de *compliance*. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Legitimidade e efetividade dos programas de compliance**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 29-38.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica**. *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Volume 86, 2010.

TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. **Criminal compliance, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle**. *In*: Revista de Criminologias e Políticas Criminais. Volume 4, nº 1. 2018. p. 98-113.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WEIBLEN, Fabrício Pinto. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: aplicabilidade e função no direito português, à luz do direito comparado**. *In*: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. nº 88, abr./jun. 2023.



Este artigo está licenciado sob uma [Licença Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)