

## Acordos de não persecução penal por infrações econômicas: análise do modelo consensual dos Estados Unidos

Marlos Corrêa da Costa Gomes <sup>1</sup>

### 1. Introdução

O modelo tradicional de *enforcement* criminal contra as infrações econômicas, pelos membros do DOJ (*Department of justice*), em especial da FCPA (*Foreign corrupt practice act*), se pautou pela via binária entre denunciar ou arquivar acusações contra indivíduos ou corporações por mais de um século<sup>2</sup>. No entanto, a partir dos anos 2000, esse modelo histórico passou a considerar uma terceira via para aplicar a legislação, qual seja, a utilização de acordos de resolução extrajudiciais. Dentre estes destacam-se dois<sup>3</sup>, o NPA (*non prosecution agreement*) e o DPA

---

<sup>1</sup> Associado Sênior de Compliance e Investigação do escritório Trench Rossi Watanabe Advogados. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes/RJ. LLM em Direito Societário e Mercado de Capitais pelo IBMEC/RJ. Certificado internacional pela *Professional Evaluation and Certification Board* (PECB) na ISO 37001 (*Anti-bribery Management Systems*). Bolsista do *Summer Academy Latin America* da IACA (*International Anticorruption Academy*). Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

<sup>2</sup> Koehler, Mike. "Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement." *UCDL Rev.* 49 (2015): 497.

<sup>3</sup> "[...]Under a non-prosecution agreement, or an NPA as it is commonly known, DOJ maintains the right to file charges but refrains from doing so to allow the company to demonstrate its good conduct during the term of the NPA. Unlike a DPA, an NPA is not filed with a court but is instead maintained by the parties. [...]Under a deferred prosecution agreement, or a DPA as it is commonly known, DOJ files a charging document with the court,<sup>379</sup> but it simultaneously requests that the prosecution be deferred, that is, postponed for the purpose of allowing the company to demonstrate its good conduct. DPAs generally require a defendant to agree to pay a monetary penalty, waive the statute of limitations, cooperate with the government, admit the relevant facts, and enter into certain compliance and remediation commitments, potentially including a corporate compliance monitor.[...]" Disponível

(deferred prosecution agreement), cuja característica principal é estabelecer um processo negocial entre as autoridades e as empresas buscando um equilíbrio entre o pressuposto punitivo (incluindo a reabilitação através de reformas corporativas estruturais), o ressarcimento pelos danos causados e a manutenção da atividade econômica.

Esse novo modelo de aplicação da legislação ganhou rapidamente defensores, dentre eles o DOJ que, com a sua necessária, mas não limitada, atuação voltada para o combate da corrupção (*lato sensu*), passou a utilizar com certa frequência tais instrumentos sob o argumento de que uma condenação pela via tradicional do judiciário provocaria danos irreparáveis às empresas e principalmente as vítimas.

Essa narrativa é fruto do pensamento do mundo pós Enron<sup>4</sup>, caso paradigmático que promoveu uma série de debates em torno dos efeitos colaterais de condenações criminais de grandes organizações. Era preciso (re) pensar o padrão de responsabilização das pessoas jurídicas em decorrência da prática de infrações econômicas.

Neste contexto surgem estes novos instrumentos que, em complemento aos tradicionais *plea bargainings*, dispensam o reconhecimento de culpa pelas empresas e combinam um sistema punitivo centralizado na restituição, nas multas, em reformas no sistema de governança corporativa e de compliance das empresas, no confisco, dentre outras obrigações. Importante destacar que tais inovações não foram desenvolvidas através de alterações legais, mas antes de mudanças na prática do exercício da autoridade de *enforcement* (DOJ) por meio de *guidelines*.

Para se ter uma idéia deste universo, a partir de 2004 o órgão (DOJ) celebrou nada menos que 125 acordos<sup>5</sup> entre NPA (*Non Prosecution*

---

em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>> Acesso em: 19 de Março de 2020.

<sup>4</sup> Wray, Christopher A., and Robert K. Hur. "Corporate criminal prosecution in a post-Enron world: The Thompson memo in theory and practice." *Am. Crim. L. Rev.* 43 (2006): 1095.

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html>> Acesso em: 15 de Novembro de 2019.

*Agreement*) e DPA (Deferred Prosecution Agreement), uma média de 8.3 por ano. Numa comparação quantitativa com o modelo Brasileiro de *enforcement* anticorrupção, a CGU (Controladoria geral da União), no âmbito da União, desde 2014 - data de início da vigência da lei n. 12.846/2013 - celebrou nove acordos de leniência.

A importância de tais instrumentos vai muito além da simples resolução de um caso que envolva a prática de infrações econômicas, abrange a imposição de multas elevadas<sup>6</sup>, muitas vezes consideradas exageradas, assim como dispensam o reconhecimento da culpa<sup>7</sup> - requisito típico dos *plea agreements* - e promovem reformas nas estruturas de governança corporativa das empresas, sanções muitas vezes sequer previstas na legislação. Esse tipo de justiça consensual que ganhou forma no início dos anos 2000 vem sendo objeto de críticas por parte da doutrina, em especial a norte americana, em que pese causar uma sensação de punição das empresas e resgatar o sentimento de justiça por parte da sociedade.

No entanto, sob o argumento da necessidade de punição exemplar e de concretização do sistema de justiça penal dos Estados Unidos, viu-se nas últimas duas décadas uma expansão na utilização de acordos de resolução, muitos deslocados do poder judiciário. Esse movimento somente foi possível a partir da publicação de memorandas, a inclusão do capítulo oitavo na *sentencing of organizations (US sentencing guidelines)* e a inclusão de novos dispositivos no manual para atuação dos membros do DOJ (*principles of federal Prosecution of Business organizations*).

As críticas da doutrina em relação ao emprego desses instrumentos passa pelos custos excessivos para celebração de tais acordos<sup>8</sup>, a ausência

---

<sup>6</sup> Diamantis, Mihailis E. "Clockwork corporations: A character theory of corporate punishment." *Iowa L. Rev.* 103 (2017): 507.

<sup>7</sup> Brandon L. Garrett, Collaborative Organizational Prosecution, in PROSECUTORS IN THE BOARDROOM: USING CRIMINAL LAW TO REGULATE CORPORATE CONDUCT 154, 157 (Anthony S. Barkow & Rachel E. Barkow eds., 2011)

<sup>8</sup> Benjamin M. Greenblum, Note, What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements, 105 COLUM. L. REV. 1863, 1885 (2005)

de verificação científica quanto a sua eficácia<sup>9</sup>, potenciais violações do Estado de Direito<sup>10</sup>, a regulação indireta<sup>11</sup> através de acordos resolutivos, assim como a discricionariedade ampla conferida aos membros do DOJ para impor obrigações não previstas em lei. Há alguns que sugerem a impunidade e o confronto com o dilema de se promover condenações de grandes corporações<sup>12</sup>.

Este cenário de negociação poderia implicar no sentimento negativo de privilégio desmesurado dos grandes grupos econômicos, que dificilmente seriam condenados, salvo pela via do judiciário. Considerando a ampliação cada vez maior do escopo de responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção, é preciso compreender de que maneira seria possível conferir legitimidade a legislação penal sem frustrar o pensamento coletivo por justiça<sup>13</sup>.

A proposta do presente artigo científico se justifica diante do cenário brasileiro, que também sofre dos mesmos problemas e críticas do modelo norte americano, sendo necessário compreender os aspectos histórico/teórico, visando traçar um paralelo propositivo em busca de soluções sancionatórias inovadoras que de fato realizem a punição (especialmente os elementos da reabilitação e intimidação), sem deixar de lado a necessária transformação da cultura corporativa através de estímulos regulatórios (push ou nudge<sup>14</sup>, expressões da economia comportamental).

O artigo se estrutura em três partes complementares. A primeira parte apresentará o contexto histórico do consensualismo penal nos Estados Unidos e as mudanças regulatórias promovidas no tempo. A

---

<sup>9</sup> Laufer, William S. "A very special regulatory milestone." *U. Pa. J. Bus. L.* 20 (2018): 392.

<sup>10</sup> Jennifer Arlen, Prosecuting beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements, 8 *J Legal Analysis* 191, 221 (2016).

<sup>11</sup> Arlen, Jennifer, and Marcel Kahan. "Corporate governance regulation through nonprosecution." *U. Chi. L. Rev.* 84 (2017): 323.

<sup>12</sup> Brandon, Garrett. *Too big to Jail*. Harvard University Press, 2014.

<sup>13</sup> Darryl K. Brown, Street Crime, Corporate Crime, and the Contingency of Criminal Liability, 149 *U. PA. L. REV.* 1295, 1334-35 (2001)

<sup>14</sup> Thaler, Richard H., and Cass R. Sunstein. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Penguin, 2009.

segunda parte se propõe compreender os requisitos e os fatores levados em consideração pelas autoridades para a celebração dos acordos, assim como potenciais violações de direitos constitucionais. A terceira e última parte pretende analisar as críticas da doutrina ao modelo atual de *enforcement* adotado pelos membros do DOJ, com recorte para o modelo sancionatório baseado nos acordos de não persecução penal com as grandes corporações, propondo correlacionar as mesmas ao modelo brasileiro de aplicação da lei anticorrupção.

Considerando que o modelo brasileiro de responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção (*Lato Sensu*) foi influenciado pelos norte-americanos, modelo de justiça consensual que tem sido compartilhado, no âmbito federal, pelas autoridades da CGU (Controladoria Geral da União), da AGU (Advocacia Geral da União) e do MPF (Ministério Público Federal), encontra-se a justificativa para analisar as críticas direcionadas à atuação discricionária dos membros do DOJ.

No Brasil, já foram celebrados alguns acordos de leniência que envolveram aproximadamente 13 bilhões<sup>15</sup> de reais, dentre multas, restituições e enriquecimento ilícito, sem contudo haver estudos que evidenciem cientificamente o resultado das medidas sancionatórias centralizadas em multas e restituição integral do dano. Não se tem claro ainda qual é o resultado deste modelo que baseia e se sustenta no viés punitivista, pautado no discurso moralista de efetividade do sistema de justiça e de punição rigorosa das corporações.

Contudo, assim como nos Estados Unidos, não são considerados os demais custos assumidos pelas empresas a título das obrigações de fazer (ex. investigações internas, contratação de uma equipe de compliance, aquisição de tecnologia, aumento do orçamento da área responsável etc.), assim como do investimento realizado após os acordos para

---

<sup>15</sup> Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>> Acesso em: 20 de Novembro de 2019

supostamente garantir a redução das infrações econômicas e promover mudanças de comportamentos.

Tal situação tem gerado um aumento nos custos de compliance das corporações após a celebração dos acordos de não persecução, sem contudo encontrar amparo dos mesmos investimentos pelo Estado - resultando na distribuição desigual da responsabilidade pela prevenção da corrupção.

Diante do cenário atual de utilização em massa de acordos de não persecução extrajudiciais por atos de corrupção, não é possível confirmar o resultado de reabilitação e intimidação das corporações, com a consequente redução dos crimes corporativos, ao revés, tem promovido desincentivos às empresas, que tem receio de produzir provas e se autoincriminar, sem encontrar do lado do Estado uma verdadeira parceria no controle das infrações econômicas.

## **2. Acordos de não persecução: origem e fundamento**

O modelo de justiça criminal consensual dos Estados Unidos, especialmente a partir dos anos 2000, priorizou a responsabilização das pessoas jurídicas por infrações econômicas, em nível federal, renunciando aos direitos e garantias constitucionais das empresas. A atuação das autoridades de *enforcement* da lei, em particular da FCPA, se desenvolveu, desde a década de 1970, à margem da lei e ordenada por guias orientativos (*guidelines*) que serão aprofundados no tópico seguinte.

O presente capítulo apresentará a evolução dos instrumentos de *soft law*, quase regulatórios, publicados pelo DOJ, com a finalidade de direcionar as investigações, estabelecer os processos de negociação de acordos, definir os fatores para a avaliação da concessão de benefícios, assim como as estratégias adotadas, de maneira oposta ao oferecimento de denúncias ao poder judiciário.

Na sequência, serão apresentados alguns direitos constitucionais destinados às empresas que, apesar da pouca aplicabilidade ou restrição

conferida pela jurisprudência norte-americana, vivem o dilema de decidir entre negociar um acordo de resolução (inclusive extrajudicial) e ter encerrado um caso envolvendo atos de corrupção, ou se defender em juízo, servindo-se de todos os direitos e garantias constitucionais outorgados às empresas, mas correndo o risco de ter as suas atividades econômicas extirpadas em decorrência de uma sentença penal condenatória considerada de “morte”.

## 2.1 A sequência orientativa dos memorandos

### 2.1.1 Memorando Holder

O ano de 1994<sup>16</sup> determinou o marco inicial para a utilização dos acordos de resolução com as pessoas jurídicas por infrações econômicas, tendo a celebração de um DPA (*deferred prosecution agreement*) pelo DOJ com a seguradora Prudential se tornado um referencial histórico. Tal acordo é considerando um dos primeiros a envolver uma grande empresa<sup>17</sup> que, para evitar sanções impostas no âmbito de um processo penal regular, se comprometeu com obrigações de fazer consistentes em reformas internas<sup>18</sup>. Naquela época, não havia qualquer dispositivo que regulasse a adoção de tais instrumentos negociais, pelo contrário, os membros do DOJ se valiam de um poder discricionário, sem amparo legal, para, ao mesmo tempo, punir a empresa e evitar uma condenação via judiciário.

Nesse sentido, era preciso estabelecer os fatores que deveriam ser levados em consideração pelos membros do DOJ para decidir entre pro-

---

<sup>16</sup> Mary Jo White, *Corporate Criminal Liability: What Has Gone Wrong?*, in 2 37TH ANNUAL INSTITUTE ON SECURITIES REGULATION 815, 818 (PLI Corp. Law & Practice, Course Handbook Ser. No. B-1517, 2005). Koehler, M. (2015). *Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement*. UCCL Rev., 49, 497. E Arlen, Jennifer, and Marcel Kahan. "Corporate governance regulation through nonprosecution." U. Chi. L. Rev. 84 (2017): 323.

<sup>17</sup> ALEXANDER, Cindy R.; MARK A. Cohen. *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements*. In: Rev. 52, Am. Crim. L., p. 537, 2015.

<sup>18</sup> Disponível em: <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/prudential.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2019.

cessar formalmente uma empresa ou propor um acordo de não persecução penal. Foi assim que, no dia 16 de junho de 1999, o governo norte-americano divulgou o *memorandum Holder*, documento destinado a todos os membros do DOJ, responsável por estabelecer as diretrizes e critérios para a avaliação da oportunidade e conveniência em se trazer acusações contra as pessoas jurídicas.

Um dos princípios estruturantes do documento é a responsabilização penal das empresas por infrações econômicas, centralizado nas teorias da dissuasão e retribuição. Apesar de passados mais de 20 anos da promulgação da FCPA (*Foreign Corrupt Practice Act*), em 1977, poucos foram os casos registrados envolvendo empresas condenadas formalmente por crimes.

O documento adotou algumas premissas, aparentemente equivocadas, de que a realização de acusações formais contra empresas promoveria a intimidação de indivíduos e mudanças de comportamento no ambiente corporativo. Este referencial elaborado pelo DOJ reforçou a ideia de imputação da conduta do agente à pessoa jurídica, fruto da teoria *respondeat superior*, que atribui a responsabilidade da pessoa jurídica desde que o ato tenha sido praticado por pessoa com poderes no âmbito das suas atribuições (estatutárias ou contratuais) e que tenha sido em benefício (direto ou indireto) da empresa. Desde a guerra civil, as cortes norte-americanas depositaram na teoria vicariante a atribuição da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas pelos atos dos seus agentes<sup>19</sup>.

Para decidir entre a formalização de uma acusação (denúncia) contra as empresas e a negociação de um acordo de resolução, os membros do DOJ deveriam levar em consideração, além dos fatores típicos considerados para as pessoas físicas, quais sejam, a suficiência das evidências, a probabilidade de êxito no julgamento, as prováveis dissuasões, reabili-

---

19 N.Y. Cent. & Hudson River R.R. Co. v. United States, 212 U.S. 481, 494-96; see also JAMES P. COX & THOMAS LEE HAZEN, TREATISE ON THE LAW OF CORPORATIONS § 8:21 (3d ed. 2010)

tações, outros oito fatores<sup>20</sup>. Tais fatores ampliaram, em certa medida, os poderes conferidos aos promotores, especialmente com relação à atribuição de responsabilidade às empresas. Percebe-se uma forte justificativa para a responsabilização das pessoas jurídicas como fator de garantia contra a impunidade e de promoção de punições severas, marca da expressão dos teóricos retributivistas.

O documento, apesar de não prever expressamente no seu corpo as expressões NPA e DPA, sinalizou aos promotores a necessária avaliação das condutas corporativas pré-acusatórias, reconhecidas por intermédio da cooperação das empresas com as investigações, das denúncias voluntárias, das ações imediatas de remediação, na linha do compromisso implícito (*good corporate citizenship*) sinalizado pelo governo à iniciativa privada no início da década de 1990. Tal compromisso se refletiu de variadas formas, por meio da publicação de documentos (manuais ou guias orientativos), os quais ofereceriam incentivos para uma parceria das empresas com a administração pública na prevenção da corrupção.

A despeito dessa parceria tácita, merece destaque a crítica de Willian Laufer<sup>21</sup>, da Universidade da Pensilvânia, em relação ao desequilíbrio na distribuição de responsabilidade pelo *enforcement* da lei e da transferência quase que integral para a iniciativa privada do ônus investigativo. O resultado dessa suposta parceria teria estimulado o desenvolvimento da indústria de *compliance*, ampliando demasiadamente o custo para estar

---

20 "1. The nature and seriousness of the offense, including the risk of harm to the public, and applicable policies and priorities, if any, governing the prosecution of corporations for particular categories of crime (see section III, *infra*); 2. The pervasiveness of wrongdoing within the corporation, including the complicity in, or condonation of, the wrongdoing by corporate management (see section IV, *infra*); 3. The corporation's history of similar conduct, including prior criminal, civil, and regulatory enforcement actions against it (see section V, *infra*); 4. The corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing and its willingness to cooperate in the investigation of its agents, including, if necessary, the waiver of the corporate attorney-client and work product privileges (see section VI, *infra*); 5. The existence and adequacy of the corporation's compliance program (see section VII, *infra*); 6. The corporation's remedial actions, including any efforts to implement an effective corporate compliance program or to improve an existing one, to replace responsible management, to discipline or terminate wrongdoers, to pay restitution, and to cooperate with the relevant government agencies (see section VIII, *infra*); 7. Collateral consequences, including disproportionate harm to shareholders and employees not proven personally culpable (see section IX, *infra*); and 8. The adequacy of non-criminal remedies, such as civil or regulatory enforcement actions (see section X, *infra*)" Disponível em: < <https://www.friedfrank.com/files/QTam/holdermemo.pdf> > Acesso em: 19 de Março de 2020

21 LAUFER, William S. *A very special regulatory milestone*. In: *U. Pa. J. Bus. L.* 20 , p. 392, 2018.

em *compliance* pelas empresas, sem quaisquer parâmetros regulatórios aceitáveis para a necessária verificação científica dos programas de *compliance*.

Após alguns anos da publicação do guia de orientação aos promotores do DOJ, os americanos foram alvejados com um novo escândalo corporativo, na sequência de eventos criminosos corporativos, desde a renúncia de Richard Nixon na década de 1970, dessa vez, envolvendo a empresa de energia Enron. A companhia, sediada em Houston, com faturamento anual na época de, aproximadamente, 100 bilhões de dólares, se viu implicada em gravíssimas acusações de fraude e violações da FCPA. Na esteira do caso Enron, encontrava-se a auditoria Arthur Andersen LLP, considerada uma das cinco maiores empresas de auditoria do mundo, que foi formalmente acusada pelo DOJ por obstrução da justiça<sup>22</sup> após evidências de que a empresa incentivou a destruição de provas relacionadas a auditoria da Enron<sup>23</sup>.

O caso ganhou contornos dramáticos, após o sócio da empresa de auditoria recusar um acordo de resolução (DPA) com as autoridades norte-americanas, ocasionando a sua condenação por um júri<sup>24</sup> – sob a acusação de “persuadir consciente e corruptamente outra pessoa, com a intenção de causar ou induzir qualquer pessoa a reter documentos ou alterar, destruir ou mutilar documentos para uso em um processo oficial” – e a posterior sentença condenatória que, dentre as sanções impostas, determinou a cassação da licença para prestação de serviços de consultoria e auditoria de empresas listadas no mercado de capitais.

O resultado quase natural de uma decisão que retira da empresa o direito de exercer a sua atividade econômica só poderia ser um, a demissão em massa de aproximadamente 28 mil profissionais, além da instauração de um processo de recuperação judicial diante do estado pré-

---

22 Disponível em: <https://casetext.com/case/roquet-v-arthur-andersen-llp-2>. Acesso em : 4 dez. 2019.

23 Peter Spivack & Sujit Raman, Regulating the „New Regulators“: Current Trends in Deferred Prosecution Agreements, 45 AM. CRIM. L. REV. 159, 160 (2008)

24 Uma análise mais detalhada do caso envolvendo a empresa de auditoria pode ser verificado em: GARRETT, Brandon. *Too big to Jail*. Harvard University Press, 2014.

falimentar da empresa - confirmando o que alguns chamam de “sentença de morte”<sup>25</sup>.

A partir daquele momento, passou-se a discutir novas maneiras de realização do sistema de justiça penal nos Estado Unidos, em especial para se combater as infrações econômicas, uma realidade enfrentada pelo mundo pós-industrial, provocando reflexões acerca do modelo sancionatório adotado pelo DOJ. Os promotores passaram a priorizar a reabilitação das empresas em detrimento das acusações formais pela via do processo judicial, estabelecendo novas metas de efetivação da justiça, alicerçadas no padrão consensual.

Proveniente desse contexto, o “mundo pós-Enron” viu emergir a culpabilidade pela falha do dever de vigilância<sup>26</sup> dos chamados *gatekeepers*, cuja atribuição de responsabilidade decorreria, por exemplo, da causalidade omissiva<sup>27</sup>. Mas tais profissionais, exercentes de funções de verificação, análise e avaliação de informações relevantes do mercado de capitais, também falharam no dever de garantir a conformidade dos processos de prevenção contra as infrações econômicas<sup>28</sup>.

Os membros do DOJ passaram a sofrer críticas constantes em virtude da super criminalização das pessoas jurídicas e indivíduos, cujo resultado após as acusações e o processo judicial, culminaria em prejuízos para os terceiros interessados (empregados, acionistas etc.). De certa maneira, essa perspectiva de prejuízo para terceiros, vítimas das condutas praticadas no ambiente corporativo, se tornou um gatilho para o governo resolver os casos de corrupção por meio de acordos de resolução.

Nesse sentido, o governo norte-americano passou a considerar principalmente os efeitos colaterais resultantes de condenações judiciais,

---

25 Carrie Johnson, Ruling Won't Deter Prosecution of Fraud, WASH. POST, June 1, 2005.

26 WEISSMAN, Andrew; WEISSMAN, Andrew. *Rethinking criminal corporate liability*. In: *Ind. LJ* 82 p. 441, 2007

27 SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: *Compliance*. Belo Horizonte: Fórum (2018). p.1

28 COFFEE Jr.; John C. *Gatekeeper failure and reform: The challenge of fashioning relevant reforms*. In: *BUL Rev.* 84, p. 301, 2004.

como a proibição de contratar com a administração pública e a suspensão dos direitos de exercício da atividade profissional (auditoria, advocacia etc.). No entanto, sob o manto da moralidade punitivista e a retórica da integridade corporativa, ainda carecem de um maior aprofundamento teórico os impactos que a indústria do *compliance* ocasionou e que será abordado a seguir.

### **2.1.2 Memorando Thompson**

Para responder às críticas feitas ao DOJ, no mundo pós-Enron, foi publicado em 2003 o memorando *Thompson*<sup>29</sup>, documento orientativo denominado “*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*”. O foco principal do documento era estabelecer parâmetros mínimos para a avaliação da cooperação das organizações em processos de investigação, assim como a aferição da efetividade dos programas de *compliance* como condição para receber reduções de multas e se habilitar para negociar um acordo com as autoridades.

A avaliação dos programas de *compliance*, como elemento a ser considerado no processo de negociação passa, definitivamente, a ser um critério de ponderação para apreciação das autoridades que, combinado com a colaboração das empresas, poderiam “premiar” boas práticas.

Contudo, ainda que o documento tenha sido divulgado com a intenção de estabelecer as balizas para a atuação das autoridades, o suposto incentivo à produção de provas, a realização de investigações internas corporativas e a cooperação irrestrita das empresas, acabou propiciando um ambiente favorável para o cometimento de uma série de violações de direitos individuais<sup>30</sup> no campo das novas técnicas de investigação.

O voluntarismo inicialmente traçado pelo documento, fruto da cooperação a partir da manifestação livre da vontade do indivíduo (ou

---

29 Disponível em: [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20\\_privwaiv\\_dojthomp.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20_privwaiv_dojthomp.authcheckdam.pdf). Acesso em: 27 nov. 2019

30 Eduardo Saad Diniz. Ética negocial e *compliance*, p. 128.

empresa), foi substituído pelas práticas coercitivas, ameaçadoras e sustentadas justamente nas provas produzidas pelas empresas.

Um caso real que marcou esse período diz respeito a *Big Four* KPMG, uma das maiores auditorias do mundo, que esteve envolvida em supostas práticas ilícitas na virada do século<sup>31</sup>. Alguns dos seus empregados e sócios seniores, acusados de participação no "esquema" de corrupção (*lato sensu*), haviam avocado o direito de serem defendidos por advogados, cujo custeio dos honorários deveria ser antecipado pela empresa.

No entanto, sob o argumento de que os membros do DOJ pressionaram a empresa a renunciar tal direito, proibindo o custeio das despesas de honorários para a defesa em juízo dos seus empregados, a KPMG informou a todos que não cumpriria com esta obrigação, pois do contrário não conseguiria celebrar o seu acordo de resolução com o DOJ e ter reduzida as sanções impostas (especialmente a multa).

O caso foi parar na justiça<sup>32</sup>, tendo a corte do distrito Sul de Nova Iorque entendido que o dispositivo do Memorando Thompson que exige das empresas a renúncia aos direitos, alguns constitucionais, visa em última análise obter condenações e a imposição de sanções aos indivíduos a qualquer custo. Contudo, segundo a decisão, esta não deveria ser a finalidade precípua das autoridades, muito pelo contrário, deveria estar inserida na sua missão alcançar a justiça, que não é realizada a partir de coações ou ameaças pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei.

Aceitar que as autoridades possam negociar direitos individuais, sem a participação dos seus titulares, e ainda restringindo o acesso a justiça ao recusar o custeio dos honorários dos defensores, viola direitos fundamentais, cuja defesa deveria ser um pilar na atividade das autoridades de enforcement. Neste sentido a corte reconheceu que a conduta dos agentes do DOJ violou a quinta e sexta emendas constitucionais, que

---

<sup>31</sup> Disponível em: < <https://www.sec.gov/news/press/2003-16.htm> > Acesso em: 16 de Março de 2020.

<sup>32</sup> Disponível em: < <https://casetext.com/case/us-v-stein-38#caf7b48e-d850-4dc3-839a-d35fd463f7d9-fng> > Acesso em: 16 de Março de 2020.

conferem a todos os cidadãos um julgamento justo e a assistência de um defensor constituído para que o devido processo legal, assim como a ampla defesa/contraditório, sejam observados.

O caso é relevante, pois provoca uma série de reflexões acerca da legitimidade dos acordos celebrados a partir dos anos 2000, além de promover discussões a respeito dos limites de atuação dos membros do DOJ e das garantias necessárias para as empresas, além dos indivíduos, no curso dos procedimentos de investigação.

### 2.1.3 Memorando Mc Nulty

Para corrigir as falhas geradas a partir da publicação do documento anterior (*Thompson memo*), o governo publicou, em 2006, o *memorandum Mc Nulty*<sup>33</sup>, que rediscutiu a imprescindível observância de direitos e princípios fundamentais, criando restrições e limites para a utilização de práticas investigativas, muitas vezes consideradas ilegais, contra as organizações.

Acrescenta-se na pauta o debate em torno do sigilo profissional do advogado (*attorney client privilege*<sup>34</sup>), exigindo-se das autoridades, além da comprovação da necessidade legítima<sup>35</sup>, autorizações formais do alto escalão do Departamento de Justiça para se estabelecer negociação que envolva a renúncia de direitos - incluindo a não autoincriminação e compartilhamento de documentos oriundos do trabalho entre clientes e advogados.

O documento procurou estabelecer um processo para que os promotores pudessem requerer a renúncia das empresas e indivíduos a tais

---

33 Disponível em: [https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty\\_memo.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf) Acesso em: 27 nov. 2019.

34 Steven M. Witzel, *Privilege Waivers' Role in Deferred and Non-Prosecution Agreements*, 250 N.Y. L.J. no. 47, Sept. 5, 2013.

35 "Legitimate need was based on four factors: (1) the likelihood and degree of benefit the information would provide, (2) alternative means of obtaining the information, (3) voluntary disclosures already provided, and (4) the risk of negative consequences of a waiver to a corporation. Disponível em: < [https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty\\_memo.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf)> Acesso em 10 de Dezembro de 2019.

direitos fundamentais, assim como a imposição de condicionantes, não proibidas pela lei, para celebração de acordos de resolução (ex.: a proibição de custeio de despesas com advogados para o exercício da defesa de direitos individuais).

Não parece incomum os promotores exercerem do seu poder discricionário, quase absoluto, de *enforcement* da lei, para obter provas ou confissões de testemunhas e investigados, em condições precárias e sem a proteção de direitos, motivo pelo qual as previsões expressas no documento foram importantes para impor limites à atuação dos membros do DOJ.

Contudo, apesar da tentativa de conter a saga punitivista das autoridades, as práticas abusivas e coercitivas continuaram sendo alvo das críticas da doutrina e da prática jurídica nos Estados Unidos<sup>36</sup>. A discricionariedade conferida aos membros do DOJ para avaliar a cooperação das empresas, impor obrigações de fazer sem previsão legal, exigir a renúncia de direitos (alguns fundamentais), dentre outras condutas, passou a ser objeto de estudos e debates intensos nos Estados Unidos.

#### 2.1.4 Memorando Filip

Por fim, o último documento<sup>37</sup> que segue a linha histórica desde o final da década de 1990, de “regulação” das práticas preventivas empresariais anticorrupção e do *modus operandis* dos membros do DOJ, foi publicado em 2008, intitulado “*Filip Memo – Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*”.

---

<sup>36</sup> Marks, Colin P. "Thompson/McNulty Memo Internal Investigations: Ethical Concerns of the Deputized Counsel." *Mary's LJ* 38 (2006): 1065; Bishop, Keith Paul. "The McNulty Memo-Continuing the Disappointment." *Chap. L. Rev.* 10 (2006): Stein, Noah D. "Prosecutorial Ethics and the McNulty Memo: Should the Government Scrutinize an Organization's Payment of Its Employees' Attorneys' Fees." *Fordham L. Rev.* 75 (2006): 3245.

<sup>37</sup> Na última década, o DOJ publicou outros documentos-guia relacionados à seleção de monitores externos em processos de negociação, pré-acordos de resolução (“Morford Memo”), assim como o “Yates memo” que retomou o equívoco de modelagem sancionatória para os indivíduos, chamados *gate keepers* (responsabilidade individual) e, mais recentemente (2019), o documento “Benzkowski Memo” que tentou propor parâmetros de avaliação da efetividade dos programas de *compliance* – sem, contudo, ser possível afirmar o seu resultado, considerado-se que nem o conceito de efetividade foi desenvolvido pelo DOJ, muito menos a proposta foi calçada em parâmetros cientificamente comprovados quanto à concreta capacidade dos programas de *compliance* promoverem mudanças comportamentais e a redução das infrações econômicas.

O governo norte-americano, pela primeira vez, por intermédio do referido guia, acrescentou um dispositivo expresso no manual de justiça (“Justice Manual”) – que, até 2018, se chamava “*US Attorneys Manual*” – para fins de se estabelecerem balizas à atuação dos promotores em sede de crimes federais cometidos por empresas.

O documento propunha revisar o memorando anterior (“MC nulty”), estabelecendo-se critérios para proposição dos acordos de resolução por atos de corrupção, considerando-se fatores de cooperação, produção de provas antecipadas pelas empresas e os esforços para a implementação de programas de *compliance*. O documento é um compendio de toda a atividade de *enforcement* das autoridades em casos de condutas criminosas em nível federal, respondendo, em parte, às críticas à ampliação dos poderes conferidos pelo Estado e o aumento na utilização do modelo negocial para resolver casos de suborno (ou demais infrações econômicas).

## 2.2 Direitos constitucionais das pessoas jurídicas

O primeiro direito constitucional conferido as empresas diz respeito à quarta emenda<sup>38</sup> que, apesar da crítica<sup>39</sup> a pouca ou quase nenhuma aplicabilidade prática, consagra a proteção contra atos arbitrários sobre o exercício do direito de propriedade e a privacidade. Coloca-se de um lado o direito do Estado de, tendo fundadas suspeitas sobre o cometimento de um crime ou conduta ilegal, investigar condutas violadoras da lei; e, de outro lado, os direitos do cidadão, sendo reconhecido que as pessoas jurídicas têm alguns dos direitos e garantias individuais tais como a privacidade e propriedade<sup>40</sup> – de não ter a sua privacidade e/ou propriedade invadida sem um motivo justo e legítimo.

---

38 Disponível em: [https://www.law.cornell.edu/wex/fourth\\_amendment](https://www.law.cornell.edu/wex/fourth_amendment). Acesso em: 27 nov. 2019.

39 GARRET, Brando. The constitutional standing of corporations. p. 122-128.

40 William W. Bratton, Jr., The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History, 41 STAN. L. REV. 1471 (1989) p. 1507-08

Ocorre que tal direito constitucional não parece ser amplamente reconhecido na prática, pois, diferentemente da jurisprudência conferir uma concepção mais restrita para o direito individual, no caso das pessoas jurídicas, o judiciário tende a interpretar o dispositivo de maneira mais ampla, privilegiando o direito do Estado<sup>41</sup> – geralmente exercida pelas agências reguladoras e autoridades de *enforcement* – de apurar suspeitas contra as pessoas jurídicas. Em alguns casos, a jurisprudência reconhece o direito do Estado de acessar documentos das pessoas jurídicas com base em uma mera suspeita<sup>42</sup>, sob o fundamento da legitimidade do Estado em comprovar que o comportamento corporativo está em conformidade com a lei e o interesse público.

Um dos casos de maior repercussão jurídica quanto a interpretação da quarta emenda na aplicação de casos envolvendo pessoas jurídicas foi o julgamento do caso *Dow Chem. Co. v. United States*<sup>43</sup>. O caso envolvia uma suposta utilização de veículos aéreos pelas autoridades de uma agência ambiental, ante o fundamento do legítimo interesse público, para investigar supostas práticas industriais contra legislação ambiental. A corte decidiu que a realização de diligências (buscas) consistentes na coleta de imagens aéreas sem a autorização judicial prévia configura violação da quarta emenda, aplicável para casos que envolvam pessoas jurídicas.

O segundo direito constitucional, aplicável às pessoas jurídicas, é o da sexta emenda, que concebe uma série de garantias aos réus criminais: direito a um julgamento público em prazo razoável; direito de acesso à justiça e a defesa um advogado; direito a júri imparcial; direito de conhecer os acusadores; e direito de ter acesso às provas acusatórias. Assim, a

---

41 Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/186/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

42 Even if one were to regard the request for information in this case as caused by nothing more than official curiosity, nevertheless law enforcing agencies have a legitimate right to satisfy themselves that corporate behavior is consistent with the law and the public interest. United States v. Morton Salt, 338 U.S. 632 (1950). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/632/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

43Disponível em: [https://scholar.google.com.br/scholar\\_case?case=2807189437219807369&q=Dow+Chem.+Co.+v.+United+States&hl=en&as\\_sdt=2006&as\\_vis=1](https://scholar.google.com.br/scholar_case?case=2807189437219807369&q=Dow+Chem.+Co.+v.+United+States&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1). Acesso em: 27 Novembro. 2019

jurisprudência dos Estados Unidos já se deparou com o tema e reconheceu tais direitos das pessoas jurídicas<sup>44</sup>.

O terceiro direito de envergadura constitucional é o do devido processo que, nos casos criminais, confere às empresas tutela contra os abusos cometidos pelas autoridades de *enforcement* no curso de investigações. O dever de evidenciar a culpabilidade das empresas e indivíduos, produzir provas e apurar condutas, por meio das investigações, não pode incorrer na violação de direitos e se afastar de técnicas lícitas de produção de provas. A presunção de inocência não pode, sem sentido, ser desprezada; e, pelo contrário, é pressuposto para a formação da culpa.

Apesar dos direitos previstos, muitas empresas preferem negociar acordos de resolução, se possível, extrajudiciais. A justificativa decorre de alguns fatores tais como o custo elevado para o exercício do direito de defesa no judiciário, os efeitos colaterais de uma condenação que podem levar à sentença de morte das empresas, até mesmo os riscos de imagem os quais derivam de um processo judicial (*trial*).

Ainda que algumas empresas tenham elementos fático-probatórios ou jurídicos para o exercício da defesa, o resultado de condenações criminais, a exemplo do caso Enron, sugere que a melhor opção para as empresas é resolver o caso por meio de acordos e da assunção de obrigações de dar ou fazer. As técnicas adotadas pelas autoridades para convencer as empresas cooperarem, objeto de julgados e estudos, parece se colocar a margem das garantias e princípios constitucionais - reforçando ainda mais as críticas à retórica da integridade, a violação de direitos e necessidade de verificação científica da eficácia do modelo sancionatório adotado há décadas.

---

44 United States v. R. L. Polk. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-polk-4> e Int'l Union, United Mine Workers of Am. v. Bagwell. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/512/821.html>. Acesso em: 5 de Dezembro de 2019.

### 3. Críticas à utilização dos acordos de resolução

Os esquemas de corrupção (lavagem de dinheiro, suborno e evasão de divisas), geralmente praticados em quadrilha, se modernizaram com o tempo, tornando a atividade investigativa do Estado cada vez mais complexa, penosa e custosa. Alguns estados, em condições cada vez mais precárias (de pessoal, tecnológica e financeira) ou sem priorização de política criminal para o combate de infrações corporativas, se veem limitados na sua capacidade de deter os crimes.

Surgem, nesse contexto, instrumentos de promoção da colaboração das empresas com o Estado, a exemplo dos NPAs e DPAs norte-americanos, buscando-se a realização do *enforcement* da lei, assim como a aplicação da pena às empresas “delinquentes”. No entanto, os incentivos conferidos aos agentes participantes desse processo negocial não podem nem ser insuficientes, sob pena de criar um ambiente de desestímulo à cooperação, nem demasiados, cujo risco poderia ser estimular o cometimento de infrações<sup>45</sup>.

Nesse sentido, os incentivos para a celebração de acordos de não persecução por atos de corrupção (*lato sensu*) no mundo pós-Enron vem sofrendo críticas em diversos níveis e com distintos fundamentos jurídicos. Portanto, o presente tópico procurará abordar algumas das críticas ao modelo atual de *enforcement* do DOJ, para os casos de infrações cometidas por empresas.

A primeira crítica direcionada aos acordos de não persecução (NPA/DPA) diz respeito à potencial violação da separação de poderes, devido à exclusão do poder judiciário do processo de imposição de penas<sup>46</sup> (multa, restituição integral do dano, demissões de dirigentes etc.). Os poderes conferidos aos membros do DOJ, considerados amplamente discricionários, proporcionam uma atuação quase regulatória dos representantes do poder executivo. Tais poderes incluem, mas não se limitam,

---

<sup>45</sup> Rose Ackerman. *Corruption and government*. p.217

<sup>46</sup> Barkow & Barkow. *Prosecution in the board room: introduction*. p. 1-6.

a requisição de documentos, a produção de provas e investigação, a inquirição de testemunhas, a negociação de acordos de não persecução (alguns extrajudiciais, a exemplo dos NPAs), a imposição de sanções monetárias e obrigações de fazer, sem amparo legal.

A amplitude da discricionariedade dos promotores pode incluir, por exemplo, a imposição de monitores externos para fiscalizar e acompanhar o atendimento integral das obrigações impostas pelas autoridades de *enforcement*. Em alguns casos, inclusive, houve acusação de conflito de interesses envolvendo os promotores do DOJ<sup>47</sup> no processo de indicação e seleção de monitores externos, cujo custo para a sua realização é considerado extremamente elevado. O processo de negociação entre os escritórios de advocacia que assessoram às empresas e os membros da autoridade de *enforcement* não é transparente, sem publicidade, alcançada apenas para alguns casos que são divulgados em sítio de *internet* do Departamento de Justiça.

Com relação ao suposto monopólio regulatório e “judicial” exercido pelas autoridades de *enforcement*, alguns autores sugerem a participação obrigatória do judiciário em todos os casos que se proponham ser resolvidos por meio de acordos<sup>48</sup>. A sugestão seria transferir para o poder judiciário a avaliação quanto ao atendimento de interesse público, condicionando a homologação dos acordos à participação das vítimas por meio de audiências públicas. Apesar da crítica não estar embasada em argumentos mais cientificamente comprovados, merece toda a atenção e reflexão a partir da argumentação jurídica.

Uma segunda crítica à atuação dos promotores e a utilização de acordos de resolução diz respeito ao risco de violação do Estado de direito (*rule of law*)<sup>49</sup>. Pressupõe-se que o Estado de Direito se opõe justamente ao uso arbitrário ou abusivo do poder, especialmente quando

---

47 Disponível em: <https://www.nytimes.com/2008/03/11/washington/11cnd-ashcroft.html>. Acesso em: 27 nov. 2019.

48 GARRETT, Brandon. *Too bid to jail*, p. 282-283.

49 ARLEN, Jenifer. *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements*, p. 206-207.

o Estado impõe limitações ao exercício de liberdades individuais, mas também empresariais (livre-iniciativa ou liberdade econômica). Considerando-se que o Estado moderno conferiu poderes discricionários ao executivo, não apenas para aplicar a lei, mas também para limitar o exercício de direitos e deveres individuais, seria preciso se estabelecerem também limitações aos representantes desse poder.

O exercício do poder e de autoridade deve encontrar limitações, servindo-se precipuamente para o atendimento do interesse público. Quando os promotores deixam de lado o interesse público e buscam alimentar interesses pessoais, é preciso que o sistema legal imponha restrições para a utilização do poder e seu uso arbitrário ou que desvia da sua finalidade.

A supervisão<sup>50</sup> também pode exercer um papel fundamental na limitação do uso autoritário do poder, principalmente se for realizada externamente como no caso da revisão judicial. O poder judiciário poderia realizar a função de se verificar a legalidade das medidas sancionatórias impostas às empresas, a renúncia de direitos fundamentais e até aspectos processuais. Contudo, até mesmo este ponto ainda não é um consenso na doutrina, havendo críticas para a ausência de comprovação científica da eficiência e eficácia na participação do poder judiciário no processo negocial para os acordos de não persecução.

Uma terceira crítica concentra-se na inadequação dos termos e condicionantes dispostos nos acordos. Esses não promoveriam os efeitos que se espera de dissuasão e reabilitação, por meio de propostas de reformas estruturantes nas organizações<sup>51</sup>. Sugere-se o aumento dos valores em multas, a priorização dos processos judiciais e a consequente condenação das empresas. E o suposto resultado poderia representar na efetividade do caráter intimidatório da pena.

---

50 ARLEN, Jenifer. *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements*. p. 209.

51 GARRETT, Brandon. *Structural reform prosecution*. p. 933.

Contudo, com máximo respeito as opiniões em contrário, não parece razoável supor que as multas elevadas e a submissão dos acordos ao crivo do poder judiciário, por si só, promoveriam os elementos da pena. O *déficit* de estudos empíricos, no Brasil, a respeito dos efeitos das sanções monetárias talvez pudesse responder a essas e a outras perguntas, mas o caminho pela via da multa certamente não parece ser o melhor.

#### 4. Conclusões

O aumento significativo na utilização de acordos de não persecução penal (consensuais) pelas autoridades de *enforcement* da lei, especialmente da FCPA, na virada do presente século, encontra a sua justificativa no “mundo pós-Enron”. A decisão tomada pela empresa, na época, que recusou a proposta de resolução extrajudicial feita pelo governo e optou pela via do poder judiciário, teve um efeito devastador que culminou com a demissão em massa de milhares de empregados e a cassação da licença para prestar serviços de auditoria no Estados Unidos.

O resultado de uma condenação judicial de uma pessoa jurídica parece ter sido compreendido por ambos os setores, tanto público, quanto privado, nos aspectos financeiro, jurídico e social, como uma sentença considerada pena de “morte”.

Para reverter um cenário catastrófico, o governo norte-americano se valeu dos poderes conferidos ao Poder Executivo e passou a orientar a atuação dos seus membros, em particular do DOJ, para a aplicação da lei e responsabilização das pessoas jurídicas a partir da negociação de acordos resolutivos.

A responsabilidade da pessoa jurídica, cuja teoria dominante era a vicariante, passa por um processo de transformação para uma teoria da culpabilidade corporativa, fundamentada na avaliação dos elementos corporativos – considerando-se, portanto, para a imputação da responsabilidade da pessoa jurídica, não mais o elemento subjetivo do agente causador do dano, mas sim a complexidade do negócio, o quantitativo de

empregados, a existência de um programa de *compliance*, a participação da alta administração na promoção da ética, a estrutura de governança e riscos, dentre outros.

Contudo, o modelo de justiça criminal consensual nos Estados Unidos não está imune às críticas. Antes, padece dos mesmos problemas que outros países da América do Sul. A retórica da integridade corporativa, somada à necessidade de o Estado dar concretude à lei, contribuiu para a formação de um ambiente que fomentou a indústria de *compliance*, distante de padrões regulatórios adequados para o exercício do dever punitivo do Estado.

O crescimento no uso dos NPAs e DPAs é seguido do aumento dos investimentos pelas empresas em programas de *compliance*, contratação de equipes, realização de investigações internas, instalação de canais de denúncia, abrindo o campo para a persecução penal do Estado, com maior ênfase, sem, contudo, encontrar os mesmos investimentos pelo Governo no combate da corrupção.

Essa suposta parceria, simplificada pelo implícito acordo da “*good corporate citizenship*”, parece não estar igualmente equilibrada, cabendo atualmente às empresas um dever de vigilância quase que absoluto contra as infrações econômicas. O resultado dessa distribuição desigual de responsabilidades pelo *enforcement* da lei, estimulado pela ideia de autorregulação, se reflete em acordos extrajudiciais ou parcialmente judicializados sem verificação quanto à capacidade de intimidar/dissuadir (*deterrence*) e reabilitar as empresas.

No jogo de *compliance*, a preocupação com as vítimas pode ser renegada à condição de discurso. E quem mais se beneficia com o cenário de consensualismo exacerbado parece ser o Estado e as empresas. No entanto, há muito o que ser debatido, principalmente a partir da pesquisa empírica, cujo contributo pode estar justamente na confirmação ou refutação das hipóteses concebidas.

Avaliar se os programas de *compliance*, implementados após a celebração de acordos de não persecução, promoveram mudanças no

ambiente corporativo, ou reduziram as infrações econômicas, realizando-se alguns dos elementos da pena (ex. dissuasão e reabilitação), pode ser um caminho para se confirmar em que medida o modelo atual de *enforcement* e sancionatório é eficaz.

## 5. Referências

ROSE ACKERMAN, Susan, and BONNIE, J. Palifka. *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*. Cambridge university press, 2016.

ARLEN, Jennifer. "Prosecuting beyond the rule of law: corporate mandates imposed through deferred prosecution agreements." *Journal of Legal Analysis* 8, no. 1 , 2016.

ARLEN, Jennifer. KAHAN, Marcel. "Corporate governance regulation through nonprosecution." *U. Chi. L. Rev.* 84, 2017.

ALEXANDER, Cindy R.; MARK A. Cohen. The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements. In: *Rev. 52, Am. Crim. L.*, p. 537, 2015.

Barkow, Anthony S., and Rachel E. Barkow, eds. *Prosecutors in the boardroom: Using criminal law to regulate corporate conduct*. NYU Press, 2011.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Acordos de leniência. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>> Acesso em 20 de março de 2020

BRATTON, William W. Jr. The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History, 41 *STAN. L. REV.* 1471,1989.

BROWN, Darryl. Street Crime, Corporate Crime, and the Contingency of Criminal Liability, 149 *U. PA. L. REV.* 1295, 1334-35 , 2001.

COFFEE Jr.; John C. Gatekeeper failure and reform: The challenge of fashioning relevant reforms. In: *BUL Rev.* 84, p. 301, 2004.

- DIAMANTIS, Mihailis E. "Clockwork corporations: A character theory of corporate punishment." *Iowa L. Rev.* 103, 2017.
- GARRETT, Brandon. Collaborative Organizational Prosecution, in *PROSECUTORS IN THE BOARDROOM: USING CRIMINAL LAW TO REGULATE CORPORATE CONDUCT* 154, 157 (Anthony S. Barkow & Rachel E. Barkow eds., 2011)
- GARRETT, Brandon. *Too big to Jail*. Harvard University Press, 2014.
- GARRETT, Brandon L. "The constitutional standing of corporations." *University of Pennsylvania Law Review* 163, no. 1, 2014.
- GARRETT, Brandon L. "Structural reform prosecution." *Virginia Law Review*, 2007.
- GRENBLUM, Benjamin. Note, What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements, 105 *COLUM. L. REV.* 1863, 1885 (2005)
- JOHNSON, Carrien. Ruling Won't Deter Prosecution of Fraud, *WASH. POST*, June 1, 2005.
- KOEHLER, M. Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. *UCDL Rev.*, 49, 2015.
- LAUFER, William S. "A very special regulatory milestone." *U. Pa. J. Bus. L.* 20, 2018.
- MARKS, Colin P. "Thompson/McNulty Memo Internal Investigations: Ethical Concerns of the Deputized Counsel." *Mary's LJ* 38, 2006.
- NEW YORK TIMES. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2008/03/11/washington/11cnd-ashcroft.html>. Acesso em: 27 nov. 2019.
- N.Y. Cent. & Hudson River R.R. Co. v. United States, 212 U.S. 481, 494-96; see also JAMES P. COX & THOMAS LEE HAZEN, *TREATISE ON THE LAW OF CORPORATIONS* § 8:21 (3d ed. 2010)
- OKLAHOMA PRESS. PUBLISHING CO. v. Walling. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/186/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance na perspectiva da criminologia econômica*. In: *Compliance*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SPIVACK, Peter. RAMAN, Sujit. Regulating the „New Regulators“: Current Trends in Deferred Prosecution Agreements, 45 AM. CRIM. L. REV. 159, 160, 2008.

STANFORD LAW SCHOOL and SULLIVAN CROMWELL LLP. *Foreign Corrupt Practices Act Cleringhouse*.

STEIN, Noah D. "Prosecutorial Ethics and the McNulty Memo: Should the Government Scrutinize an Organization's Payment of Its Employees' Attorneys' Fees." *Fordham L. Rev.* 75, 2006.

THALER, Richard. SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Penguin, 2009.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, Seventh Circuit Feb 9, 2005

UNITED STATES. Department of Justice. *Memorandum: Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*.

UNITED STATES v. STEIN, 435 F. Supp. 2d 330 (S.D.N.Y. 2006)

UNITED STATES v. Morton Salt, 338 U.S. 632 (1950). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/632/>. Acesso em: 27 nov. 2019

UNITED STATES v. R. L. Polk. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-polk-4> e *Int'l Union, United Mine Workers of Am. v. Bagwell*. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/512/821.html>. Acesso em: 5 de Dezembro de 2019.

WHITE, Mary Jo. *Corporate Criminal Liability: What Has Gone Wrong?*, in 2 37TH ANNUAL INSTITUTE ON SECURITIES REGULATION 815, 818 (PLI Corp. Law & Practice, Course Handbook Ser. No. B-1517), 2005.

WEISSMAN, Andrew. *Rethinking criminal corporate liability*. In: *Ind. LJ* 82 p. 441, 2007

WITZEL, Steven. Privilege Waivers' Role in Deferred and Non-Prosecution Agreements, 250 N.Y. L.J. no. 47, Sept. 5, 2013.

WRAY, Christopher A., and Robert K. Hur. "Corporate criminal prosecution in a post-Enron world: The Thompson memo in theory and practice." *Am. Crim. L. Rev.* 43, 2006.