

Diogo Malan: Advocacia criminal e investigações corporativas

Spacca



Na atualidade, viceja aperfeiçoamento do arcabouço normativo e político-

institucional pátrio de prevenção e repressão a ilícitos administrativos e penais que tutelam a Ordem Econômica, a Administração Pública etc.

Nesse sentido, se fala em *responsabilidade social* de pessoas jurídicas de direito privado pela adoção de políticas e procedimentos de governança corporativa, que previnam e reprimam práticas antiéticas e ilegais, públicas e privadas. [1](#)

A Lei nº. 12.529/11 estruturou o sistema brasileiro de defesa da concorrência, permitindo acordos de leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Tais acordos permitem: (i) a extinção da ação punitiva da Administração Pública, ou a redução da penalidade aplicável em 1/3 a 2/3. Nesse caso, a empresa deve cessar a prática da infração e *cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo*, logrando identificar os demais envolvidos e obter informações e documentos comprobatórios; (ii) a suspensão do prazo prescricional penal e o não oferecimento de denúncia contra o leniente, além da extinção da punibilidade após o cumprimento do acordo. [2](#)

Outra importante inovação foi a Lei nº. 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública.

Esse diploma legal permite que o grau de *cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações* seja levado em conta na dosimetria das sanções administrativas e civis.

Ademais, há previsão de acordo de leniência com a Controladoria-Geral da União (CGU), no âmbito do Poder Executivo federal. Esse acordo autoriza a isenção de sanções, além da redução do valor da multa em até 2/3. Para tanto, deve haver *colaboração efetiva com as investigações e o processo administrativo*, com identificação dos demais envolvidos e obtenção célere de informações e documentos comprobatórios. [3](#)

Nessa toada, o ente empresarial é incentivado a implementar programa de integridade, consistente no *conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira* (artigo 41 do Decreto nº. 8.420/15).

Um dos componentes essenciais do sobredito programa é a investigação corporativa sobre condutas antiéticas ou ilegais. [4](#)

A difusão contemporânea dessa investigação enseja certo grau de *privatização* do procedimento administrativo de apuração de infrações penais. [5](#)

Por limitações de espaço e tempo, nosso recorte focará em algumas questões éticas e jurídicas, relativas à atuação do Advogado na condução de investigação corporativa.

De início, cabe ressaltar que a investigação em apreço pode ficar a cargo de comissão independente, Advogado externo ou empregado, Comitê de Ética, *Chief Compliance Officer (CCO)* do ente empresarial etc.

Não obstante, nos casos mais complexos o advogado externo é recomendável, em razão: (i) da sua independência em relação à estrutura hierárquica do ente empresarial; (ii) do menor risco de conflito de interesses no curso da investigação; (iii) do seu maior distanciamento crítico das atividades, decisões e estratégias empresariais, que pode ser útil na avaliação de riscos; (iv) da falta de conhecimento ou recursos humanos qualificados para conduzir investigação corporativa daquela natureza, extensão ou profundidade.

Trata-se de novo nicho da advocacia criminal, de cariz complexo, desafiador e rentável, desafiando novos dilemas éticos e gerando consideráveis riscos para o advogado.

Com efeito, a investigação corporativa sobre ilícitos (v.g. pagamentos superfaturados, ou por serviços inexistentes, a fornecedor de produtos ou prestador de serviços) pode desaguar na recomendação da demissão, por justa causa, de administrador. Caso tal recomendação seja acatada, o demitido pode ajuizar ação em face do ente empresarial por assédio moral, danos morais e/ou patrimoniais, cuja causa de pedir consiste em *erros* cometidos durante a investigação corporativa (v.g. ingerências excessivas sobre a privacidade; coações ilícitas durante a entrevista; negligência na obtenção de elementos informativos exculpantes etc.).

A hipótese inversa também é factível: a investigação corporativa pode não lograr provar suspeita da prática de ilícitos por administrador, sendo encerrada. Após, investigação estatal comprova a prática desses ilícitos, que causaram consideráveis danos patrimoniais ao ente empresarial, inclusive *após* o encerramento da precitada investigação corporativa. O ente empresarial pode ajuizar ação em face do

Advogado por danos materiais e morais, cuja causa de pedir é *imperícia* ou *negligência* em desvelar os ilícitos durante a investigação corporativa.

Assim, a investigação corporativa caracteriza *campo minado advocatício* (*lawyering minefield*), expondo o Advogado a consideráveis riscos de responsabilidade civil, ético-disciplinar ou penal. [6](#)

O primeiro passo para mitigar esses riscos é a correta identificação do *cliente* do Advogado e dos fatos naturalísticos que constituem o *objeto* da investigação corporativa. [7](#)

Isso porque são relativamente comuns conflitos de interesses entre: (i) empresas do mesmo grupo (*holding* vs. subsidiária); (ii) acionistas (majoritário vs. minoritários); (iii) conselheiros e administradores; (iv) administradores e funcionários; (v) interesses pessoais de administrador e interesses institucionais do ente empresarial etc.

Assim, o ideal é que o contrato de honorários e o instrumento de mandato outorgado para a investigação corporativa deixem claro quais são o *cliente* (comissão independente; ente empresarial; Conselho de Administração; Diretoria de *Compliance* ou Jurídica; Conselho Fiscal etc.) e o *escopo* da investigação corporativa.

A clara definição do cliente é importante por delimitar os deveres éticos e legais do Advogado. Por exemplo: tornando o seu dever de sigilo profissional oponível *inclusive* a integrantes do ente empresarial que não são clientes.

Um dos meios mais comuns de investigação corporativa é a *entrevista* de testemunha ou suspeito (conselheiro, administrador, funcionário, fornecedor de produtos, prestador de serviços etc. do ente empresarial), que pode suscitar dilemas éticos para o Advogado entrevistador. [8](#)

Isso porque não é incomum que o entrevistado erroneamente suponha – por desconhecimento jurídico, falta de informações e/ou postura ambígua do próprio Advogado entrevistador – que este representa os seus interesses *pessoais*, e não os interesses *institucionais* do ente empresarial.

Esse risco é mais palpável quando o Advogado investigador simultaneamente representa interesses pessoais de integrantes do ente empresarial, em *outras* questões consultivas ou contenciosas (isto é, distintas do objeto da investigação corporativa).

Tal suposição errônea é indesejável, pois ela desafia potencial conflito de interesses capaz de comprometer a integridade da investigação corporativa e a admissibilidade probatória dos elementos informativos amealhados no seu curso. Por exemplo: o entrevistado pode invocar o sigilo profissional do Advogado entrevistador como óbice à divulgação de suas declarações ao ente empresarial, ou às autoridades públicas.

Para mitigar esse risco, é imprescindível que o Advogado investigador adote postura ética e profissional, deixando claro que ele *não* representa interesses pessoais de conselheiros, administradores, funcionários, fornecedores de produtos, prestadores de serviços etc. do ente empresarial.

A jurisprudência norte-americana consagrou o *aviso Upjohn* (*Upjohn warning*), ou *Miranda corporativo* (*corporate Miranda*). [9](#)

A primeira expressão acima decorre do precedente *Upjohn Company v. United States*, no qual a Suprema Corte reconheceu que entrevistas com funcionários e demais documentos produzidos no contexto de investigação corporativa estão protegidos pelo sigilo profissional do Advogado. Isso porque tais entrevistas e documentos são imprescindíveis para o Advogado prestar consultoria jurídica *efetiva e informada* ao cliente, assegurando a conformidade legal deste último. [10](#)

Já a segunda expressão deriva do precedente *Miranda v. Arizona*, no qual a Corte proclamou que o privilégio contra a autoincriminação impõe dever de o agente policial informar ao suspeito sobre seus direitos ao silêncio e à assistência jurídica durante o interrogatório policial. Após tal informação, o suspeito pode voluntariamente renunciar a esses direitos. A prova resultante do interrogatório policial é inadmissível em juízo, exceto se a parte acusadora provar que o suspeito renunciou, de modo *informado e voluntário*, aos seus direitos. [11](#)

A finalidade do *aviso Upjohn* é evitar a inadvertida criação de relação jurídica Advogado-cliente entre investigador e investigado.

No início da entrevista, o entrevistador deve ter o cuidado de fazer e documentar o *aviso Upjohn*, incluindo esclarecimentos sobre: (i) a *identidade* do seu cliente (o ente empresarial); (ii) a *finalidade* da entrevista (prestação de consultoria jurídica ao cliente, havendo dever de compartilhar as declarações com ele); (iii) a *titularidade* do sigilo profissional (pertencente ao cliente, que pode renunciar a ele independentemente da concordância do entrevistado); (iv) a *necessidade* de o entrevistado manter a confidencialidade das suas declarações; (v) a *sujeição* do entrevistado ao poder disciplinar do empregador, pois a não cooperação com a investigação corporativa contraria a política do ente empresarial. [12](#)

Questão interessante é saber se o Advogado entrevistador tem o dever de informar o entrevistado sobre o direito ao silêncio.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que esse direito fundamental *se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir à imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos*. [13](#)

Malgrado o Advogado entrevistador não seja *autoridade pública*, a entrevista com o suspeito pode vir a ser compartilhada com autoridades públicas (v.g. no contexto do acordo de leniência), e usada para fins de imputação de crime em procedimento e foro diversos.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal vem paulatinamente expandindo o âmbito de proteção do direito ao silêncio [14](#), se afigura plausível o reconhecimento desse direito fundamental no contexto da investigação corporativa.

Outro aspecto potencialmente problemático é quando entrevistado que não é representado por Advogado indaga ao entrevistador se ele precisa de assistência jurídica.

Nesse caso, é interessante a aplicação analógica do artigo 4.3 das Regras Modelo de Conduta Profissional (*Model Rules of Professional Conduct*), da *American Bar Association (ABA)*.

Ou seja: se o entrevistador vislumbrar potencial conflito de interesses entre o ente empresarial e o entrevistado, ele comete infração ético-disciplinar se der orientação jurídica ao entrevistado. Nesse caso, restam três alternativas ao entrevistador: (i) dizer que essa decisão cabe ao entrevistado; (ii) recusar-se a responder, dizendo que não é Advogado constituído pelo entrevistado; (iii) orientar o entrevistado a procurar assistência jurídica.

Por outro flanco, se o entrevistado tiver constituído Advogado para representá-lo na investigação corporativa, é possível aplicação analógica do artigo 4.2 da sobredita codificação deontológica. Nesse caso, a entrevista não pode ser realizada, sem a autorização ou presença desse Advogado constituído. [15](#)

Ante todo o exposto, é lícito concluir que o Advogado engajado em investigação corporativa precisa saber o que está fazendo, inclusive para mitigar seu risco de responsabilidade civil, ético-disciplinar ou penal.

Para tanto, ele deve: (i) ter clara noção sobre qual é o seu cliente; (ii) atentar para seus deveres éticos e legais perante esse cliente; (iii) desenvolver aguda sensibilidade para detectar conflitos de interesses; (iv) respeitar direitos fundamentais e trabalhistas de conselheiros, administradores, funcionários, fornecedores de produtos, prestadores de serviços etc. do ente empresarial.

Diogo Malan

Advogado criminalista, Sócio de Mirza & Malan Advogados, Professor da UERJ e da FND/UFRJ

[1](#) BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). **A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção**. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2009.

[2](#) LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[3](#) SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: Histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan, 2017.

[4](#) ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Investigações empresariais**. São Paulo: Liber Ars, 2019; CANESTARO, Anna Carolina. **As investigações internas no âmbito do criminal compliance e os direitos dos trabalhadores: Considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2018); McNEIL, Barry; BRIAN, Brad. **Internal corporate investigations**. 3rd ed. Chicago: American Bar Association, 2007.

[5](#) ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal, **In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra**, ano 28, n. 01, pp. 119-127, jan./abr. 2018.

[6](#) RICHMOND, Douglas. Navigating the lawyering minefield of internal corporate investigations, **In: Villanova Law Review**, v. 63, n. 04, pp. 617-689, 2018.

[7](#) DOSS, Jeffrey. Practical considerations in planning, executing, refining and concluding investigations, **In: American Journal of Trial Advocacy**, v. 39, n. 03, pp. 567-576, 2016.

[8](#) DUGGIN, Sarah Helene. Internal corporate investigations: Legal ethics, professionalism and employee interview, **In: Columbia Business Law Review**, n. 2003, pp. 859-964, 2003.

[9](#) JOY, Peter; McMUNIGAL, Kevin. Corporate “Miranda” warnings, **In: Criminal Justice**, v. 25, n. 02, pp. 47-50, 2010.

[10](#) 449 US 383 (1981).

[11](#) 384 US 436 (1966).

[12](#) RICHMOND, Douglas. Op. cit., p. 644.

[13](#) STF, Pleno, HC 79.244-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.03.2000.

[14](#) BOTTINO, Thiago. **Direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

[15](#) RICHMOND, Douglas. Op. cit., pp. 647 e ss.

Date Created

26/08/2020