



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**ESCUELA DE DOCTORADO
'STUDII SALAMANTINI'**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**LA COLABORACIÓN DE PERSONAS
JURÍDICAS EN CASOS DE
CORRUPCIÓN: EL SISTEMA
BRASILEÑO DE LA
LEY 12.846/2013**

RENATO MACHADO DE SOUZA

Salamanca | 2020



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

ESCUELA DE DOCTORADO
'STUDII SALAMANTINI'

PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

TESIS DOCTORAL

LA COLABORACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS EN CASOS DE CORRUPCIÓN: EL SISTEMA BRASILEÑO DE LA LEY 12.846/2013

RENATO MACHADO DE SOUZA

Tesis Doctoral presentada para obtener el grado de Doctor por la Universidad de Salamanca, dirigida por el Dr. Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Salamanca | 2020

AGRADECIMIENTOS

Al profesor Nicolás Rodríguez-García, por su amistad, generosidad e inmensurable dedicación en estos años de aprendizaje. A tantos otros profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y a mis amigos de investigación.

A la profesora Luz E. Nagle, por tan magnífica acogida en Stetson University College of Law, por todo el tiempo dedicado a mi desarrollo como investigador y como persona. A la profesora Ellen S. Podgor, por la generosidad e incentivo al aprendizaje. A Velaine Paryzek y al equipo de Stetson University, por todo el auxilio en mi estancia en EE.UU.

A mis compañeros de la Controladoria-Geral da União y del gobierno brasileño, especialmente a Wagner Rosário y a André Luiz de Almeida Mendonça, por incentivar el utilizar las políticas públicas para el desarrollo profesional de los funcionarios, sin lo cual este proyecto no habría sido posible. A los amigos que hice estudiando, en especial a Cristina, Pedro y Mónica.

A mi familia y a mis amigos, que han estado presentes al máximo en estos momentos interminables de estudio e investigación, por toda su comprensión con mi distancia y mi ausencia.

*A Lêda y Liney Lucas, siempre en mi memoria, y
A Lia y Dailton, por tantos años de incentivos.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS [15]

ILUSTRACIONES [17]

RESUMEN [19]

PALABRAS CLAVE [19]

INTRODUCCIÓN [21]

PARTE A. BRASIL 2020: CORRUPCIÓN Y COLABORACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS [29]

CAPÍTULO I. ANÁLISIS DE CONTEXTO: EFECTOS EXPANSIVOS DEL “CASO LAVA JATO” [31]

1. INTRODUCCIÓN [31]
2. EL “CASO LAVA JATO” [35]
 - 2.1. Esquema [37]
 - 2.2. Estadísticas [40]
 - 2.3. Odebrecht y el “Caso Lava Jato” [45]
 - 2.4. El “Caso Odebrecht” [48]
 - 2.5. Los acuerdos de colaboración con Odebrecht [50]
 - 2.5.1. *La colaboración con la Fiscalía Federal de Brasil* [50]
 - 2.5.2. *La colaboración de personas físicas con la Fiscalía Federal de Brasil* [54]
 - 2.5.3. *La colaboración con EE.UU. y Suiza* [58]
 - 2.5.4. *La colaboración con CGU y AGU* [60]
 - 2.5.5. *La colaboración con otros países* [62]
3. LA COLABORACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS [65]
 - 3.1. Naturaleza jurídica de la colaboración [67]
 - 3.2. Concurrencia institucional en supuestos de colaboración [70]
 - 3.3. Los intereses de personas físicas y jurídicas involucradas en situaciones de colaboración [73]
 - 3.4. La no vinculación y los riesgos de la colaboración [75]
 - 3.5. El control de la colaboración [83]
4. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [88]

PARTE B. ORÍGENES DE LA COLABORACIÓN [93]

CAPÍTULO II. JUSTICIA NEGOCIADA, COLABORACIÓN Y PERSONAS JURÍDICAS [95]

1. INTRODUCCIÓN [95]
 - 1.1. Colaboración, justicia negociada y sistema penal [99]
 - 1.2. La colaboración y la asunción de culpa (*guilty plea*) [105]
 - 1.3. ¿Justicia colaborativa o justicia consensuada? [108]
2. RAZONES POR LAS CUALES HAY QUE COLABORAR: SISTEMAS DE COLABORACIÓN [110]
 - 2.1. Ventajas para el interés público [112]
 - 2.2. Ventajas para los presuntos acusados [117]
 - 2.3. Ventajas para las víctimas [119]
3. JUSTICIA NEGOCIADA Y COLABORACIÓN [120]
 - 3.1. Justicia negociada y discrecionalidad: el paradigma de EE.UU. [124]
 - 3.2. Justicia negociada y discrecionalidad: su llegada a Brasil [127]
4. PARADIGMA DEL DERECHO SANCIONADOR [130]
5. EXPANSIÓN INTERNACIONAL DE LA JUSTICIA PENAL COLABORATIVA [136]
 - 5.1. Naciones Unidas: la colaboración de las personas jurídicas en sus principales convenciones [139]
 - 5.1.1. *Naciones Unidas y la reglamentación de la colaboración* [142]
 - 5.2. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: la colaboración en la Convención Anticorrupción [145]
 - 5.2.1. *El Grupo de Trabajo sobre el Cohecho y la colaboración* [147]
 - 5.3. Organización de los Estados Americanos: la colaboración en la Convención Anticorrupción [152]
 - 5.3.1. *MESISIC: ¿aperturas a espacios de colaboración?* [153]
 - 5.4. Consejo de Europa: lineamientos hacia la colaboración [155]
 - 5.4.1. *El Grupo de Estados contra la Corrupción* [157]
 - 5.5. Unión Europea: la colaboración en el actuar de la Fiscalía Europea [159]
 - 5.6. La colaboración de las personas jurídicas: su expansión en diversos países del *common law* [162]
 - 5.6.1. *Reino Unido: cambio en el programa de justicia negociada* [163]
 - 5.6.2. *Australia: implementación de la penal justicia negociada* [168]
 - 5.6.3. *Canadá: nuevo programa de acuerdos* [171]
 - 5.7. Otros sistemas penales y el *deferred prosecution agreement* [176]
6. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [179]

CAPÍTULO III. LA COLABORACIÓN EN EE.UU. [181]

1. INTRODUCCIÓN [181]
2. HISTORIA DE LA COLABORACIÓN Y DE LA CONFESIÓN [183]

- 2.1. Doctrina inicial de la Suprema Corte [185]
- 2.2. Cambio de pronunciamiento de la Suprema Corte [191]
- 2.3. Colaboración de personas jurídicas [194]
3. CRÍTICAS AL MODELO DE COLABORACIÓN DE EE.UU. [198]
 - 3.1. Asimetrías en la negociación y naturaleza contractual de los acuerdos [201]
 - 3.2. La confesión de inocentes [205]
 - 3.2.1. Estudios psicológicos [210]
 - 3.2.2. Resquemores de la Suprema Corte [214]
 - 3.3. El *peaje* a pagar por no firmar el acuerdo [217]
4. OTRAS CRÍTICAS AL MODELO DE COLABORACIÓN DE EE.UU. CUANDO INTERVIENEN PERSONAS JURÍDICAS [220]
 - 4.1. El caso de Arthur Andersen [221]
 - 4.2. La persona jurídica como *chivo expiatorio* [226]
 - 4.3. La falta de supervisión de los acuerdos [230]
 - 4.4. Ausencia de control y violación de derechos [233]
 - 4.5. Imposición de condiciones excesivas [237]
 - 4.6. Discrecionalidad y sanción de empresas extranjeras [240]
5. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [246]

PARTE C. DEFENSA Y LÍMITES DE LA COLABORACIÓN [249]

CAPÍTULO IV. DEFENSA Y COLABORACIÓN [251]

1. INTRODUCCIÓN [251]
2. EL DERECHO PENAL Y LA DEFENSA CRIMINAL [255]
 - 2.1. Los principios de la justicia penal como límites para evaluar a los sistemas [258]
3. EL PROCESO PENAL Y EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: RELACIONES Y TENSIONES [262]
 - 3.1. El Derecho Administrativo sancionador y el criterio del análisis económico [265]
 - 3.2. La prohibición de la doble incriminación en EE.UU. [268]
 - 3.3. La defensa en el proceso administrativo sancionador [272]
 - 3.4. La sanción y el castigo [278]
4. LOS DERECHOS DE DEFENSA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS [280]
 - 4.1. Los derechos de las personas jurídicas y el Derecho Internacional [285]
 - 4.2. Los derechos de las personas jurídicas en las convenciones de Naciones Unidas [288]
 - 4.3. Los derechos de las personas jurídicas en el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [290]

- 4.4. Los derechos de las personas jurídicas según la Corte Interamericana de Derechos Humanos [292]
- 4.5. Los derechos de las personas jurídicas y Derecho supranacional europeo [294]
5. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [296]

CAPÍTULO V. LOS DERECHOS DE DEFESA EN LA COLABORACIÓN [299]

1. INTRODUCCIÓN [299]
2. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO [302]
 - 2.1. Debido proceso y verdad [307]
 - 2.2. Debido proceso y personas jurídicas [310]
 - 2.3. Debido proceso y acuerdos de colaboración: hacia una construcción de la verdad [318]
 - 2.4. Debido proceso y acuerdos de colaboración: la exigencia de la voluntariedad [321]
 - 2.5. Debido proceso y acuerdos de colaboración: ámbitos de discrecionalidad [326]
3. PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA [331]
 - 3.1. Presunción de inocencia y personas jurídicas [336]
 - 3.2. Presunción de inocencia y acuerdos de colaboración [339]
 - 3.3. Presunción de inocencia y programas de cumplimiento [344]
 - 3.4. La presunción de inocencia, el sistema de cumplimiento y la obligatoriedad de colaborar [348]
 - 3.5. La presunción de inocencia como límite en la utilización de las informaciones derivadas del acuerdo [353]
4. PRINCIPIOS DE CONTRADICCIÓN Y AMPLIA DEFENSA [361]
 - 4.1. Contradicción y amplia defensa con relación a las personas jurídicas [368]
 - 4.2. Contradicción y amplia defensa con relación a los acuerdos [371]
5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD [378]
 - 5.1. Legalidad y discrecionalidad [382]
 - 5.2. Legalidad y personas jurídicas [385]
 - 5.3. Legalidad y acuerdos de colaboración [387]
 - 5.4. Legalidad y control de los acuerdos de colaboración [388]
6. PRINCIPIO DE IGUALDAD [393]
 - 6.1. Igualdad y personas jurídicas [397]
 - 6.2. Igualdad y acuerdos de colaboración [400]
 - 6.3. Igualdad de armas y acuerdos de colaboración con personas jurídicas [408]
7. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD [412]
 - 7.1. Proporcionalidad y personas jurídicas [416]
 - 7.2. Proporcionalidad en la formalización de acuerdos de colaboración [417]

- 7.3. Proporcionalidad en la ejecución de acuerdos de colaboración [424]
8. PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* [428]
 - 8.1. *Non bis in idem* y personas jurídicas [434]
 - 8.2. *Non bis in idem* y los acuerdos de colaboración [436]
9. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [443]

PARTE D. RETOS Y OPORTUNIDADES DE LA COLABORACIÓN EN BRASIL [447]

CAPÍTULO VI. LECCIONES APRENDIDAS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* [449]

1. INTRODUCCIÓN [449]
2. EL SISTEMA BRASILEÑO DE COLABORACIÓN [452]
 - 2.1. Justicia negociada en casos de corrupción [461]
 - 2.2. Concurrencia institucional [467]
 - 2.2.1. *En el sistema de combate a la corrupción* [467]
 - 2.2.2. *En el ámbito de la Ley de la Empresa Limpia* [475]
 - 2.2.3. *En el ámbito del acuerdo de lenidad* [481]
 - 2.3. La Ley de la Empresa Limpia y la Ley de *Improbidad Administrativa*: concurrencias y posibles incompatibilidades [486]
3. JUSTICIA NEGOCIADA EN CASOS DE CORRUPCIÓN: LA COLABORACIÓN [489]
 - 3.1. El acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013 [490]
 - 3.2. La delación premiada de la Ley 12.850/2013 [494]
 - 3.3. La utilidad de la colaboración conjunta de personas físicas y jurídicas [496]
 - 3.4. El acuerdo de lenidad del Ministerio Fiscal Federal [502]
 - 3.5. ¿Hacia una colaboración uniforme? [508]
4. LA LEY 12.846/2013: DE LA RESPONSABILIDAD *OPE LEGIS* AL ACUERDO DE LENIDAD [513]
 - 4.1. Responsabilidad de personas jurídicas en la Ley 12.846/2013 [519]
 - 4.2. Ámbito objetivo de la responsabilidad en la Ley 12.846/2013 [526]
 - 4.2.1. *Los actos asemejados al soborno y los actos de financiación o participación* [527]
 - 4.2.2. *Los actos relacionados con la contratación pública* [529]
 - 4.2.3. *Los actos relacionados con dificultar la actuación del control ejercido por la Administración* [533]
 - 4.2.4. *La Administración y el agente público* [535]
 - 4.3. Ámbito subjetivo de la responsabilidad en la Ley 12.846/2013 [536]

5. REQUISITOS Y CONDICIONES DE LA COLABORACIÓN EN LA LEY 12.846/2013 [539]
 - 5.1. Requisitos subjetivos [540]
 - 5.1.1. Requisito subjetivo como limitador de la colaboración [541]
 - 5.2. Requisitos materiales [544]
 - 5.2.1. Requisitos materiales, pruebas e informaciones [549]
 - 5.3. Condiciones [552]
 - 5.3.1. Cláusulas sobre los requisitos del acuerdo [552]
 - 5.3.2. Cláusulas sobre el incumplimiento del acuerdo [554]
 - 5.3.3. Cláusulas sobre el programa de cumplimiento [557]
6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA COLABORACIÓN PARA EL INTERÉS PÚBLICO [559]
 - 6.1. Ventajas [560]
 - 6.1.1. Generales [560]
 - 6.1.2. Específicas [563]
 - 6.2. Desventajas [568]
7. INCENTIVOS Y DESINCENTIVOS PARA LOS COLABORADORES [577]
 - 7.1. Incentivos [578]
 - 7.2. Desincentivos [586]
8. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [592]

CONCLUSIONES [595]

BIBLIOGRAFÍA [605]

ANEXO I. DOCUMENTOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA MENCIÓN DE “DOCTORADO INTERNACIONAL” [619]

- ABSTRACT (English version) [621]
- KEY WORDS (English version) [621]
- INTRODUCTION (English version) [623]
- CONCLUSIONS (English version) [631]
- RESUMO (versão em português) [641]
- PALABRAS CHAVE (versão em português) [641]
- INTRODUÇÃO (versão em português) [643]
- CONCLUSÕES (versão em português) [651]

ABREVIATURAS

AGU: Advocacia-Geral da União / Abogacía General de la Unión (Brasil)
ADR: Alternative Dispute Resolution
Art./Arts.: Artículo/s
CPB: Código Penal de Brasil
CGU: Controladoria-Geral da União / Contraloría General de la Unión (Brasil)
CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica / Consejo Administrativo de Defensa Económica (Brasil)
CFB: Constituição Federal do Brasil (Brasil)
CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
COE: Consejo de Europa
DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos
DPA: Deferred Prosecution Agreement (EE.UU.)
DRCI: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional (Brasil)
DOJ: Department of Justice (EE.UU.)
DOU: Diário Oficial da União (Brasil)
FBI: Federal Bureau of Investigations (EE.UU.)
FCPA: Foreign Corrupt Practices Act (EE.UU.)
GRECO: Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa
IRS: Internal Revenue Service (EE.UU.)
MESISIC: Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos
NPA: Non-Prosecution Agreement (EE.UU.)
UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
OEA: Organización de Estados Americanos
OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
TCU: Tribunal de Contas da União / Tribunal de Cuentas de la Unión (Brasil)
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SEC: Securities and Exchange Commission (EE.UU.)
StAR: Stolen Asset Recovery Initiative
STJ: Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
STF: Supremo Tribunal Federal (Brasil)
UE: Unión Europea

WGB/OECD: Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las
Transacciones Comerciales Internacionales

ILUSTRACIONES

Ilustración 1: Acuerdos con Odebrecht.

Ilustración 2: El paradigma tradicional del Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

Ilustración 3: El “nuevo” paradigma del Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

Ilustración 4: Responsabilidad por soborno y hechos relacionados a corrupción.

Ilustración 5: Autoridades competentes.

Ilustración 6: Procesos posibles.

Ilustración 7: La colaboración en casos de corrupción.

Ilustración 8: La colaboración en casos de corrupción “ajustada”.

Ilustración 9: Relevancia de tener un programa de *compliance* efectivo.

Ilustración 10: Sanciones e incentivos conforme la literalidad de las leyes.

Ilustración 11: Sanciones e incentivos conforme a la interpretación sistémica.

RESUMEN

La corrupción, más que un “tipo” previsto en los Códigos Penales, es un fenómeno complejo: su práctica tiene lugar con la participación de varias personas, físicas y jurídicas, para la comisión de múltiples conductas, generalmente relacionadas con desvíos y abusos de poder. Por ello, tanto en el ámbito internacional como en el nacional de diversos países, hay iniciativas para implementar sistemas y herramientas que posibiliten una lucha más efectiva y rápida contra las personas involucradas en supuestos de corrupción.

El “acuerdo de lenidad”, implementado en Brasil a través de la Ley 12.846/2013 y que prevé la colaboración de las personas jurídicas con la Administración, es una variedad de herramienta de justicia negociada planteada para incrementar la lucha contra la corrupción que requiere de las personas jurídicas involucradas en estos supuestos que presenten informaciones y pruebas a cambio de una reducción de su responsabilidad. En este sentido, se traduce en una “colaboración” que generará, al final, limitación de derechos fundamentales.

Siendo así las cosas, esta tesis doctoral lleva a cabo un análisis de la herramienta, considerando su herencia de Derecho Internacional y la influencia del *common law* de Estados Unidos en mecanismos de justicia penal negociada. Además, presenta un análisis crítico de la colaboración de personas jurídicas, su relación con derechos y garantías que limitan la actuación del Estado en la imposición de restricción a derechos fundamentales, pero tradicionalmente desarrolladas en el seno de procesos penales y no en dinámica de negociación y colaboración. Todo ello para intentar extraer interpretaciones y ajustes necesarios para el sistema de Brasil, en orden a que la justicia negociada se traduzca en un mecanismo que incremente la eficacia y la rapidez con la cual se combate a la corrupción, todo ello sin que esto signifique una grave vulneración del Estado de Derecho y de los límites del poder de la Administración.

PALABRAS CLAVE

Acuerdos de lenidad. Colaboración. Derechos y garantías. Corrupción. Personas jurídicas.

INTRODUCCIÓN

Proponerse estudiar cualquier tema es un desafío, aún más cuando el resultado de esta labor sea presentar una “tesis”, que presupone también encontrar preguntas y algunas respuestas a partir de la investigación y del aprendizaje. En este caso, para seguir el consejo de los padres de que uno tiene que trabajar en lo que le guste, sería importante encontrar un tema que, además de permitir una investigación teórica, esté relacionado con la práctica desde la experiencia del investigador y las dificultades que haya encontrado en su vida. También que el tema, y en especial las preguntas que hace le permitan desarrollar respuestas y planes para el futuro, que se reconozca como un profesional mejor de lo que era antes.

En nuestro caso, encontrar desde un principio la cuestión inicial fue muy sencillo: el tema a ser investigado tendría que estar relacionado con la corrupción. No obstante, a partir de ahí, todo lo demás empieza a añadir capas de complejidad: ¿qué parte de la corrupción estudiar: sus causas, sus consecuencias...?, ¿cómo luchar contra ella: desde la educación de los niños, desde la participación de la ciudadanía, desde lo que prescriben los organismos internacionales? Todos son temas válidos, importantes y necesarios en cualquier ámbito geográfico al que podamos referirnos en nuestro estudio. En este momento, el rol del maestro que dice al alumno “hace falta que te enamores del tema” aporta una lección: es necesario reconocer lo que uno quiere y delimitar, definir, lo que se estudiará. Además, es necesario tener presente en todo momento que no encontraremos respuestas simples para preguntas complejas.

En 2013, teniendo como justificación tanto la implementación de obligaciones internacionales como protestas ciudadanas en las calles, en Brasil fue aprobada una normativa conocida popularmente como “Ley Anticorrupción”. Poco a poco nos fuimos ocupando de sus instituciones fundamentales, concentrando toda la dedicación, a partir de mediados de 2015, en una herramienta en específico: el denominado “acuerdo de lenidad”. De esta manera surgió la semilla que ha dado lugar a esta investigación sobre la justicia negociada y la colaboración de personas jurídicas en supuestos de corrupción.

Conforme tendremos ocasión de exponer, se trata de un tema actual y, al mismo tiempo, un desafío para los países, tanto por sus tradiciones jurídicas como por los aspectos prácticos que lo envuelven. Con nuestro estudio no pretendemos ni *resolver* la corrupción ni tampoco fijar una visión única que permita esclarecer los desafíos de la justicia negociada y de

la responsabilidad de las personas jurídicas. Pretendemos, sin embargo, encender algunas luces sobre las alternativas para utilizar instrumentos jurídicos de manera segura, eficaz y sistémica, en una búsqueda de la igualdad y la justicia fundamentada en la culpabilidad y en los derechos de defensa de los inculpados.

Con este enfoque, vamos a partir de la lucha contra la corrupción —y contra los delitos— y de la necesaria fijación de responsabilidades a sus culpables. Ahora bien, con un matiz fundamental: esta imposición de responsabilidad puede ser estructurada para que el investigado esté *del mismo lado* del interés público, actitud estimulada a partir de los beneficios que se le aseguren para que, más allá de la condena que él y otros partícipes reciban, se asegure un incremento en el efecto preventivo y represivo de la normatividad aplicable al caso. Ahí se sitúa una modalidad de justicia negociada, al permitir que los delincuentes realicen acuerdos y, a cambio de una reducción en su sanción, acepten su pena, entreguen información y aporten pruebas; por tanto, que demuestren un “arrepentimiento” a través de su colaboración activa y eficaz con los resortes institucionales del Estado de Derecho.

En Brasil, la relevancia de estas cuestiones es palpable, concreta y de la máxima actualidad en el último lustro: el “Caso Lava Jato”, considerando el mayor escándalo de corrupción investigado en el mundo, demuestra el rol que las personas jurídicas tienen en los delitos de corrupción y la importancia que la colaboración de los delincuentes con las investigaciones tienen para luchar contra esos delitos, en especial cuando en los hechos a enjuiciar han tenido participación las élites políticas —y económicas y empresariales—. Con base en una compleja investigación, en la que se involucra la colaboración de personas físicas y personas jurídicas —responsables por delitos—, se generó (y todavía se hace) la imposición de sanciones administrativas y penales, además de la recuperación de activos y el resarcimiento por los daños causados. Muchos de los investigados son políticos de relevancia nacional de Brasil y de otros países y las mayores empresas de la construcción civil brasileñas, entre ellas, multinacionales.

Así está el problema, por un lado: la colaboración de personas físicas y jurídicas es comprobadamente importante para la investigación de la corrupción compleja; por otro: ¿qué implica esta colaboración? Hablamos de hechos de corrupción, conductas consideradas como delito, lo que significa que entra en el ámbito de interés del Derecho Penal: prevenir y reprimir, tener claras las normas y las consecuencias de su incumplimiento en la ley y aplicarlas cuando sea necesario. El mismo Derecho Penal que está en crisis: la demora para decidir el gran número de casos justifica el intento de desarrollar herramientas selectivas, entre ellas las relacionadas con la justicia negociada, todo ello en orden a añadir rapidez y eficacia al sistema criminal, en países del *common law* como del *civil law*, sin ser relevante el continente en el que se sitúen.

No obstante, cuando hablamos de la prevención de delitos hablamos de la *ultima ratio*, de normas que tienen la finalidad de desincentivar conductas indeseables y de castigar a los responsables de ellas: hablamos de un interés público tan relevante que permite una profunda limitación de derechos fundamentales. Mientras tanto, cuando nos referimos a la justicia negociada, hablamos de soluciones *no procesales* en el sentido tradicional del término, en soluciones obtenidas a través de acuerdos entre las partes. El Derecho *moderno* presupondría alguna incompatibilidad entre estas dos cosas: si hay un interés público tan importante —hablamos de corrupción compleja y no de bagatela—, ¿cómo asignar a la autoridad la capacidad para disponer de ello?

Aunque en crisis, si no se desnaturaliza el esquema del Derecho Penal (¿o diríamos, sancionador?), deberíamos obtener un resultado que promueve la represión y la prevención garantizando la igualdad de tratamiento y justicia. La responsabilidad de las personas jurídicas aprovecha parte de ello: imponer una sanción a las empresas involucradas en un delito es una manera de garantizar la responsabilidad por haber obtenido beneficios por hechos ilícitos, en este aspecto, tratándola con igualdad y con base en su culpabilidad. Este sería el primer desafío: obtener un resultado justo a través de la justicia negociada.

Lo que se puede alcanzar a través de un proceso de modelo garantista es imponer la responsabilidad a los culpables, asegurando las garantías y derechos procesales a los inocentes. Pero, la justicia negociada pivota sobre acuerdos, concesiones —¿idealmente sinalagmáticas?— obtenidas a través de una negociación previa, y en ello reside el segundo desafío: ¿qué garantías y qué derechos presidirán esas *conversaciones* entre la acusación y la defensa si no existe un proceso completo, porque precisamente con el resultado de las negociaciones lo que se busca es o abreviarlo al máximo o evitarlo?

Si todo ello fuera poco, nos circunscribimos al ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, las cuales, tradicionalmente, no tienen *voluntad propia* (por lo tanto, ¿tienen culpabilidad?), que no pueden sufrir medidas de restricción de derechos como la libertad. De esta manera, hasta el mismo Derecho Internacional, en las veces que obliga a los países a imponer responsabilidad a las empresas, permite la utilización del Derecho Administrativo o Civil, conforme a las tradiciones de los sistemas jurídicos. Además, lo hace y señala que hay que encontrar un balance: garantizando los derechos procesales y el carácter disuasorio de las sanciones.

Esto es lo que ha hecho Brasil: hace años adoptó la responsabilidad administrativa para las personas jurídicas por los pagos de soborno a agentes de la Administración nacional y extranjera, con la Ley Federal 12.846/2013. Y ahí emerge el tercer desafío: ¡hay que disponer de intereses públicos relevantes a través de acuerdos, sin el soporte procesal para el

ejercicio de derechos y garantías en el ámbito de la responsabilidad de naturaleza administrativa de las personas jurídicas!

Hay una infinidad de posibles estrategias para hacer frente al estudio de un tema así, sus problemas y desafíos; sin embargo, para llegar al final, es necesario elegir algún camino. En este sentido, para profundizar en la colaboración de personas jurídicas en Brasil en supuestos de corrupción, es necesario iniciar la investigación con el sistema doméstico, conforme se ha mencionado, no solamente del Derecho Penal, sino también del Derecho Administrativo sancionador y su relación con la responsabilidad de las personas jurídicas en la prevención de delitos. No obstante, el estudio exclusivo del tema bajo el sistema brasileño no parece ser el más adecuado —ni tampoco suficiente— para intentar esclarecer algunos matices de la complejidad de los desafíos que presenta. Aunque no se pretenda ser exhaustivo sobre todo lo que representa una herramienta de justicia negociada, su relación con el proceso y con el desarrollo de los sistemas jurídicos es necesario investigar algunos de sus orígenes, tanto en Brasil como fuera: la herramienta está prevista en legislación brasileña, pero fue planteada para hacer frente a compromisos internacionales de lucha contra la corrupción. Porque la lucha contra la corrupción es un tema global, que produjo normas de Derecho Internacional: convenciones que tienen previsiones obligando a los países a adoptar medidas específicas para luchar contra ella, lo que incluye desarrollar normas jurídicas, tipificar delitos y asignar competencias de combate a la corrupción para organismos especiales de la Administración. Específicamente en el caso de Brasil, se destacan las convenciones de Naciones Unidas —contra la corrupción y la delincuencia organizada—, y las convenciones contra la corrupción de la Organización de los Estados Americanos y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Además, la importancia de dichas normas se extiende a sus mecanismos de implementación, que evalúan las medidas adoptadas por países y sobre ellas hacen recomendaciones. Por ello es importante establecer relaciones entre el sistema de Brasil y lo que prescriben estas convenciones y organismos internacionales, tanto en la relación con la responsabilidad de personas jurídicas como en la relación con los acuerdos de colaboración y la concesión de beneficios a los delincuentes que colaboren con las investigaciones. En este aspecto, es posible beber de las buenas prácticas y recomendaciones relacionadas a los programas de cumplimiento y los incentivos sistémicos para su adopción.

También es necesario considerar que esto es el Derecho Internacional al cual se somete Brasil, pero no es el único relevante en el ámbito supranacional: hay que reconocer que la justicia negociada, por lo menos en parte, viene de fuera del país. Por un lado, los sistemas jurídicos de otros países, en sus aciertos y errores, son una fuente comparativa relevante, lo que conlleva a la importancia de intentar observar: los elementos de los

sistemas europeos —y otros— sirven como referencia, con lo que su estudio permite identificar los retos que enfrentaron y cómo intentaron solucionarlos.

Por otro lado, es innegable reconocer, entre el rol de países, la influencia de Estados Unidos en el desarrollo de las convenciones referencia para Brasil, y del historial de la justicia negociada en su sistema criminal de *common law*. La ley estadounidense de 1977 —*Foreign Corrupt Practices Act*— fue fuente de *inspiración* de las mismas convenciones de lucha contra la corrupción que obligan a Brasil (¿y a cuántos otros países?) a adoptar la tipificación del soborno transnacional —y de la responsabilidad de personas jurídicas por estos delitos—. Además, fue en este país anglosajón que, modernamente, se expandió la noción de la utilidad de la justicia negociada en el sistema criminal, para asignarle rapidez y eficacia.

Además, es importante observar que la justicia negociada no es algo inherente a los sistemas de *common law*, en realidad, su utilización en la forma de *plea agreements*, con reducción de sanción o de imputación, fue aprobada por la primera vez por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1970. Antes de ello, los precedentes —incluso en Inglaterra— eran explícitos sobre la imposibilidad de aceptar la confesión de los investigados cuando estuvieran precedidos de promesas de *ventajas* (reducción de sanción) o de *amenazas* por parte de la acusación pública (incremento de sanción). Además, dicho cambio en el paradigma ocurrió en un momento en el cual había un exceso de casos en el sistema criminal, en parte debido al fenómeno de la *overcriminalization*, y por otra parte debido al reconocimiento —también por la Suprema Corte y como influencia del sistema de Derecho continental— de la necesidad de respetar los derechos y garantías procesales para castigar.

Este “sistema de *pleas*” está relacionado con la responsabilidad de las personas jurídicas. Con base en ello, y en las necesidades de la Administración —y del mercado—, fueron desarrolladas herramientas de justicia negociada con requisitos y consecuencias distintas: en ocasiones, requiriendo colaboración con las investigaciones y otras solamente la confesión y renuncia al proceso; en otras, generando una condena penal y sus consecuencias accesorias y otras solucionando el caso sin condena.

Todas estas experiencias de los otros países —y esas herramientas de justicia negociada— generan casos y estadísticas que permiten realizar estudios y críticas sobre sus efectos para la solución de los conflictos, considerando los ideales de igualdad y justicia que fundamentan el poder del Estado de reprimir con la finalidad de producir la prevención y la represión de delitos. Mayoritariamente en Estados Unidos, a consecuencia de su historia, del desarrollo de su sistema criminal y de su actuación en el *enforcement* transnacional de ley de combate a la corrupción.

En concreto, es una tarea imposible, o por lo menos hercúlea: pretender estudiar y comprender todos los aspectos de todo ello. No obstante, es

necesario identificar sus características principales para establecer las críticas esenciales, las causas y consecuencias propias de cada sistema y las premisas existentes que permiten generar unos resultados deseables y, eventualmente, otros resultados no queridos. Y esto se plantea hacer básicamente bajo dos puntos de vista: siempre intentando identificar lo que está desarrollado como norma y con qué propósito, y también buscando entender si en la práctica estos resultados son observables y si son deseables. En este sentido, nuestro plan de investigación tiene incluida la comprensión de las premisas formales y prácticas de estos otros sistemas en relación con el tema, en un estándar del mínimo suficientes para volver de manera más pertinente y cabal al análisis inicial: el sistema de Brasil.

Con base en todo ello, lo que se busca no es plantar los fundamentos para un estudio comparado, sino permitir un análisis del acuerdo de colaboración de las personas jurídicas de la ley brasileña para los supuestos de corrupción que incluya el origen de estos conceptos: corrupción y soborno, colaboración y responsabilidad de personas jurídicas. Solamente considerando este origen —digamos exógeno— es posible mirar hacia la Ley 12.846/2013 y su acuerdo de lenidad, analizar sus fundamentos y mirar las otras herramientas de colaboración del sistema brasileño, en un claro intento de presentar la parte relacionada con las personas jurídicas en el rompecabezas que es la responsabilidad —penal y no-penal— por hechos relacionados con la corrupción en Brasil.

Así procedemos debido a que el desarrollo del sistema brasileño ha tenido lugar en un contexto del trasplante de herramientas jurídicas extranjeras, fundamentalmente de procedencia estadounidenses. Y no hay como descifrar ese proceso de implementación sin comprender un mínimo de su origen, finalidad, premisas y fallos, para finalmente esforzarse y contrastar al máximo, y quizás extraer, de esta comparativa, alguna respuesta útil.

Las herramientas que permiten la colaboración de los delincuentes a cambio de beneficios son una realidad y lo que se pretende, en este aspecto, es andar por camino intermedio: ni negarlas ni asumir su perfección, sí criticarlas con la finalidad de identificar la posibilidad de que sean utilizadas sin la vulneración —¿en demasía?— de las premisas del Derecho Penal —o sancionador— y garantizando que conserven alguna utilidad práctica para el sistema de prevención de delitos. Siendo así, con estos lineamientos el resultado de nuestra investigación ha sido planificado en cuatro partes.

En primer lugar, se pretende presentar la relevancia de la colaboración de las personas jurídicas en Brasil en supuestos de corrupción, lo que es ejemplificado a través de los Casos de “Lava Jato” y Odebrecht. Más allá de ello, este asunto sirve para demostrar lo intrincado que es el sistema brasileño, con una sobrexposición de leyes y de *responsabilidades* de naturaleza idéntica pero diferente, aplicables a personas físicas y a personas jurídicas. También es posible percibir, en este relevante caso, la importancia

de la colaboración de los delincuentes en la lucha contra la corrupción de las élites políticas: tal vez la corrupción con la mayor afectación y relevancia debido a su gran potencial para generar consecuencias dañosas a la sociedad y al interés público, y no solamente en Brasil, incluyendo reflejos internacionales.

A partir del desafío concreto, en la segunda parte se lleva a cabo el desarrollo de lo que serían las bases para la colaboración de las personas jurídicas. Para ello es esencial, en un primer momento, encontrar en el Derecho Internacional y en el Derecho de otros países las bases de la Ley 12.846/2013 brasileña: su inspiración y su finalidad. Esto lo hacemos a partir de un análisis de las convenciones relacionadas con el tema, otros documentos de los organismos internacionales y considerando el reflejo de estas normas también en el sistema de otros países, como materialización de que Brasil no está solo en este reto.

Este planteamiento provoca que hay que desarrollar una parte relevante de la investigación en Estados Unidos, erigiéndose en una fuente principal para el Derecho Internacional en esta materia, lo que permite buscar instituciones y actores para presentar un historial de desarrollo de la colaboración de las personas jurídicas en casos de comisión de delitos, y así comprender sus fundamentos y su finalidad de asignar dicha *rapidez y eficacia* en la solución de muchos casos. A esto se añade la identificación de los problemas del uso —¿excesivo?— de la justicia negociada en el sistema criminal estadounidense, tanto en su aplicación general como en su aplicación específica para las personas jurídicas, así como las tensiones y distorsiones que causa, finalmente, en la propia noción del Derecho Penal en su doble faz preventiva y represiva.

Este paradigma externo es analizado, en la tercera parte, a partir de la concepción del sistema de lucha contra la comisión de delitos, considerando la necesidad de imponer responsabilidades a los culpables garantizando los derechos de los inocentes, en un estándar de búsqueda de verdad procesal. Este análisis es comparado con el Derecho Administrativo sancionador, en especial considerando su utilización tradicional y *especial* en Brasil: para imponer consecuencias jurídicas por conductas tipificadas como delitos, como por ejemplo sobornos y tráfico de influencias.

Con ello son identificados principios como garantías de defensa relevantes para el proceso penal —y, en consecuencia, ¿administrativo? de Brasil—, su aplicabilidad a las personas jurídicas como garantías también de la consecución de los valores subyacentes a la propia concepción de potestad punitiva estatal, de *ultima ratio*, que fundamenta la imposición de sanción como verdaderas restricciones a los derechos fundamentales. Así es posible plantear, con algún esfuerzo interpretativo y de comparación entre los países, cómo las garantías ¿procesales? deberían tener un rol en la negociación de los acuerdos de colaboración. Y no porque estos son realizados en el ámbito de un proceso —en la concepción judicial y formal—

, sino porque significan, al final, el ejercicio de poderes de limitación de derechos fundamentados en la búsqueda de la justicia y de la igualdad.

Por último, en la cuarta parte, el sistema de colaboración de las personas jurídicas de la Ley 12.846/2013 es analizado considerando las premisas fácticas y formales desarrolladas, en contraste introspectivo como parte del propio sistema de lucha contra la corrupción brasileña, de otras leyes aplicables, de los retos y las dificultades. También se presenta un análisis hacia el exterior, considerando lo que se desprende del propio origen y finalidad de las herramientas adoptadas, sus ventajas y desventajas, que permiten terminar con la certeza de que la justicia negociada ni es la única respuesta ni es un *remedio mágico* que se propaga para la crisis del sistema de justicia, aunque sea una alternativa posible.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La aprobación de la Ley de la Empresa Limpia (Ley 12.846/2013) ha añadido al ordenamiento jurídico brasileño dos importantes ejes en la lucha contra la corrupción: (i) la responsabilidad de las personas jurídicas por esos supuestos, que ya existía de manera limitada en los casos en los cuales hubiera una relación contractual con la Administración o como consecuencia de la responsabilidad por *improbidad administrativa* de funcionario; y (ii) la posibilidad de que la colaboración con las autoridades auxilie a la Administración a incrementar el potencial de prevención y represión del Derecho sancionador, a través de expedientes de justicia negociada.

Estos cambios tienen un componente de origen externo: sirven para cumplir obligaciones de Derecho Internacional y están inspirados a partir de herramientas originadas de otros países, en especial de Estados Unidos. Con ello, pueden ser considerados como un intento de trasplante al sistema de Brasil de medidas consideradas *solución* para la lucha contra la corrupción, al añadir —pretendidamente— rapidez y eficacia al sistema de prevención de delitos. Por ello, su *copia* presenta riesgos variados: son herramientas desarrolladas originalmente en otros ordenamientos jurídicos, con otras premisas, con otras relaciones causa-consecuencia e insertas en otras realidades económicas y sociales. Esto conlleva a la necesidad de hacer ajustes considerando especialmente (i) las características propias del sistema brasileño y (ii) los resultados indeseables que generan en su sistema criminal originario.

SEGUNDA

Es importante recordar como la Suprema Corte estadounidense en 1970 consideró válida, por primera vez y contra sus propios precedentes, la confesión fundamentada en una promesa de ventaja o amenaza, pavimentando definitivamente la utilización de justicia negociada en casos penales —*plea bargaining*—. Este cambio estuvo basado en el pragmatismo: los juzgados estaban abarrotados con casos, lo que puede ser explicado por el fenómeno de la *overcriminalization* y por la reforma del debido proceso, ésta generada a partir de la influencia de los sistemas jurídicos continentales. Este historial demuestra que la justicia negociada en Estados Unidos tiene su origen en intentar evitar e desarrollo completo del proceso penal con los derechos y garantías a él inherentes, reflejo de la

prevalencia de la cultura del liberalismo económico, en el cual los intereses son negociables también en el ámbito de la justicia penal, demostrando que *time is money*, inclusive en la búsqueda de la justicia y la igualdad. De esta manera, hasta en los tiempos actuales, aunque sea un país conocido por la *eficiencia* de su sistema criminal, también es conocido por tener el mayor porcentaje de habitantes encarcelados del mundo y por la existencia excesiva de tipos delictivos (*overcriminalization*), lo que permite concluir que la justicia negociada nunca ha solucionado las causas del exceso de casos penales en los juzgados.

TERCERA

La justicia negociada de Estados Unidos puede ser el factor principal para permitir que el sistema criminal de aquel país no colapse. Esto incluye los acuerdos realizados con personas jurídicas —generalmente como *plea agreements*, *non-prosecution agreements* y *deferred prosecution agreements*—, los cuales posibilitan la resolución de la responsabilidad por los delitos a través del pago de multas y de la devolución de beneficios obtenidos con las conductas criminales.

Es importante considerar que, desde hace mucho tiempo, la Fiscalía Federal tiene guías y manuales indicando que los acuerdos de colaboración con empresas deben generar lo necesario para hacer la imputación y generar la responsabilidad de las personas físicas involucradas en los hechos ilícitos. Sin embargo, los datos —parciales— disponibles demuestran que no existe diferencia relevante de responsabilidad de individuos cuando comparadas las situaciones de responsabilidad de las personas jurídicas concluidas tras proceso penal versus las concluidas con acuerdos de colaboración. Por ello es posible observar que la óptica del *pragmatismo* también tiene un importante rol en la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de la justicia negociada: las empresas son, en diversas ocasiones, utilizadas como chivo expiatorio, hacen pagos de multas elevadas y esto no parece derivar en un incremento de la capacidad de prevenir y reprimir los delitos a través del aumento del número de personas —físicas— a las cuales se impone responsabilidad.

CUARTA

Esta óptica de *negocio* pone a los países que intentan adoptar herramientas de justicia negociada en una situación de tensión, porque una de las principales características del desarrollo de la justicia criminal moderna ha sido la limitación de los poderes del Estado en imponer restricciones a los derechos fundamentales, lo que es ejecutado a través del reconocimiento de derechos y garantías de defensa en el ámbito del proceso. Así, hace falta elegir —también en Brasil— si este tipo de *solución* para la crisis del sistema penal es compatible con la propia noción de justicia fundamentada en la garantía de los derechos de los inocentes. Por cierto,

esta es una de las críticas al sistema estadounidense: conllevar —en ocasiones— la confesión —falsa— de personas inocentes. Esta tensión entre añadir pragmatismo para obtener más resultados y las tradiciones del sistema jurídico demandan una profunda reflexión para identificar (i) las herramientas de justicia negociada compatibles con las nociones básicas de sistemas garantistas, (ii) los límites de aceptación de este *pragmatismo* y lo que serían (iii) estándares de garantías necesarios y posibles en la justicia negociada. Si esto no se hace, se arriesga generar soluciones autoritarias, a la vista de lo que sucede en Estados Unidos, en el cual la Suprema Corte mantiene las garantías procesales, pero, en la realidad, más del noventa por ciento de los casos penales son resueltos a través de declaraciones negociadas de culpabilidad.

QUINTA

Elegida la utilización de la justicia negociada en el ámbito penal —en especial, para los delitos de mayor gravedad—, los cambios necesarios para preservar la integridad de un sistema de garantías representarán una verdadera innovación en el paradigma del proceso penal y de sus derechos y garantías, porque la negociación no será, necesariamente, conducida en el ámbito de un proceso penal. Negociar, y ponerse de acuerdo, significa, en realidad, aceptar las condiciones mutuas y, en el caso del investigado, aceptar su culpabilidad —o por lo menos no oponerse a su imputación— y la responsabilidad a ella relacionada. En estos términos, los principios relacionados a la defensa, ejercidos tradicionalmente en el transcurso del proceso judicial, deberán ser ejercidos —en un grado mínimo— en otro medio: en un procedimiento administrativo. En este sentido, tanto las negociaciones y los acuerdos deberán garantizar derechos desarrollados tradicionalmente en el seno del proceso penal, lo que, además de implicar un desafío teórico, conlleva una implicación práctica: no va a haber proceso, entendido en el sentido tradicional. Además, entre las dos partes negociadoras, ¿quién será la responsable de garantizar que se preserven los derechos esenciales de la parte colaboradora? Aunque la propia Administración (o la Fiscalía, en especial, conforme al sistema jurídico) lo pueda hacer, ¿cómo se garantiza un mínimo de imparcialidad de quien también puede ser considerado parte responsable para defender intereses en la negociación? Esto conlleva a que varios países se inclinen por identificar un trámite especial para evaluar y homologar la colaboración.

SEXTA

Los principios aplicables a la defensa penal deberán ofrecer los contenidos limitadores de la acción del Estado de imponer sanciones a través de la negociación, aunque no se esté hablando, en estos casos, de proceso. Esto porque los principios —como garantías y derechos de defensa— expresan los valores utilizados para evaluar si la impartición de la

justicia fue realizada preservando las finalidades del sistema para prevenir y reprimir, considerando el binomio de promover la responsabilidad de los culpables y garantizar los derechos de los inocentes. Todo ello conlleva a que se hable, en el ámbito de la justicia negociada, de una idea de debido proceso, con contenido de contradicción, legalidad (o de oportunidad reglada) e igualdad ante la ley, entre otros. Si no se hace ello, es posible que el trasplante de la herramienta enfrente las mismas críticas del sistema estadounidense: el desequilibrio de fuerzas entre la autoridad y el colaborador, el exceso punitivo de los acuerdos y, principalmente, el riesgo de la confesión —falsa— de inocentes.

SÉPTIMA

El principio —o el límite— que parece proveer la mayor garantía de que la justicia negociada no desvíe totalmente las finalidades del Derecho Penal es el de la búsqueda de la verdad material en un grado mínimo esencial. A través de la identificación de un estándar fáctico de los hechos, será posible identificar también un estándar de culpabilidad —aunque no definitivo— que genere seguridad en aprobar la imposición de consecuencias jurídicas a través del acuerdo. En otros términos, la comprobación mínima de los hechos y de sus circunstancias conlleva a la solución de que no vulnere frontalmente los derechos: que genere barreras a la eventual confesión de inocentes y en la definición de condiciones excesivas al colaborador. No obstante, *encontrar* el soporte de la verdad significa costos, implica la utilización de recursos de investigación y la oportunidad de que la otra *parte* se manifieste y presente su versión de los hechos, la información de la cual dispone e, incluso, presente pruebas. Por ello se habla en la necesidad de un estándar mínimo —y no completo— que al final genere un tipo de verdad *procesal* que sea suficiente. Además, esta búsqueda de una verdad en la negociación añade fuerza a la necesidad de un control del acuerdo: a través de una autoridad que lo apruebe —u homologue— para reducir posibles riesgos de abuso de autoridad.

OCTAVA

Un soporte físico documental es indispensable para que tenga lugar el control y el ejercicio de estándares de derechos y garantías. En estos términos, la negociación demanda un procedimiento que garantice el registro de las reuniones, de la información y de las pruebas entregadas, de las dinámicas de negociación de las cláusulas y las condiciones acordadas. Este soporte físico de la negociación será también el sustrato para ejercer el control de la utilización de la justicia negociada, sea por la aprobación definitiva —como ocurre en Brasil en el caso del acuerdo de lenidad de competencia federal, aprobado por la autoridad máxima de la CGU y de la AGU— o sea en los casos en que el acuerdo requiera la homologación del Poder Judicial. Es natural que este soporte sea más rígido que un mero

trámite y menos formal que el proceso penal tradicional. Además, no podrá ser tan complejo al punto de traducirse en un sumatorio de formalidades que impidan que la herramienta de justicia negociada cumpla su utilidad de añadir rapidez y eficacia en la resolución del caso. Al mismo tiempo, será clave para el control de la preservación de los estándares de verdad y de derechos.

NOVENA

La asignación de los derechos y garantías procesales de naturaleza originariamente penal a la justicia negociada también debe ocurrir en las situaciones que se utiliza el Derecho Administrativo sancionador para imponer responsabilidades de naturaleza no-penal por la comisión de delitos, en especial de delitos graves. Esto conlleva la necesidad de la formalización mínima que garantice estándares de derechos y de producción de la verdad también en la colaboración de personas jurídicas en el ámbito de responsabilidad administrativa, tal y como acontece ocurre en Brasil: por un lado, la responsabilidad no-penal deriva en necesaria para las personas jurídicas por la dificultad de aplicarles —por lo menos en algunos sistemas de *civil law*— instituciones penales; de otro lado, las propias convenciones de Naciones Unidas y de la OCDE prevén la posibilidad de utilizar responsabilidad no-penal para las personas jurídicas, garantizándoles estándares de derechos procesales que den lugar a sanciones financieras disuasorias, proporcionadas y eficaces. La utilización del Derecho Administrativo sancionador tiene que ser considerada una *autorización especial* fundamentada en problemas relacionados con las tradiciones de los sistemas jurídicos: no se recurre a esta rama del Derecho porque las conductas tengan baja lesividad; muy al contrario, se utiliza de manera excepcional porque los países deben emplear sus máximos esfuerzos para frenar los supuestos de corrupción —pública y privada—.

DÉCIMA

La asignación de derechos y garantías a la responsabilidad administrativa por la comisión de conductas consideradas delitos es necesaria para evitar que la justicia negociada —o esta responsabilidad administrativa excepcional— genere un resultado mayormente injusto. Aunque sea el Derecho Penal *la ultima ratio* y que el Derecho Administrativo se desarrolle a partir de estándares de prueba y de culpabilidad menos rígidos, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los supuestos de corrupción tiene fundamentos que generan una verdadera desestabilización del escalonamiento de las garantías y de las potestades del Estado. De un lado, las mismas sanciones que pueden ser aplicables a través de condena penal pueden ser impuestas a las personas jurídicas a través de proceso administrativo: multa, cierre de negocios, suspensión de derechos y revocación subsidios, entre otras. Por

otro lado, la descripción de las mismas conductas delictivas como *irregularidad* administrativa no expresa una decisión de considerar reducido el potencial lesivo de la conducta; *v. gr.*, en el caso de la Ley de la Empresa Limpia de Brasil, que prevé la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por supuestos de corrupción. No obstante, esto hace con que se hable de un Derecho Administrativo sancionador —*genérico*— y de un Derecho Administrativo sancionador *especial*, que funciona como ámbito sancionador principal con especial proximidad al Derecho Penal, en una especie de *ultima ratio* antes de la *ultima de la ultima ratio*, y ambos con la finalidad de prevención y represión de delitos.

DÉCIMO PRIMERA

El sistema de Brasil, como consecuencia de la forma que fue planteado —o por la falta de plantearlo de manera adecuada— genera superposición de competencias institucionales en la lucha contra la corrupción: hay más de una norma aplicable y hay más de una institución con competencia para investigar o actuar en los procesos, que podrán tener la naturaleza penal, administrativa o civil. Específicamente en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque ante hechos de corrupción no exista la responsabilidad penal y sí administrativa, también hay una concurrencia institucional, así como una superposición aparente de normas y de procesos. No obstante, mientras que en un primer momento esto parezca una desventaja, la competencia de más de una institución supone un sistema múltiple: se producirá la actuación de diversos funcionarios y autoridades evaluando la colaboración, la información y las pruebas presentadas por la persona colaboradora y produciendo —en sus respectivos ámbitos— pareceres e informes sobre la utilidad para el interés público. De esta manera, la lucha contra la corrupción, conforme la ley y las interpretaciones existentes en la actualidad, se vuelve en un esfuerzo multi-institucional: a nivel federal actúan como negociadores por parte de la Administración auditores federales, abogados de la Administración y fiscales. Este escenario normativo e institucional genera análisis multidisciplinares de los casos y permite que se enviden esfuerzos en la solución más adecuada sobre las diversas ópticas del interés público: entre otras, la prevención, la represión y la reparación del daño.

DÉCIMO SEGUNDA

Este sistema, que requiere de actuaciones de múltiples instituciones, va a generar una diversidad de documentos y procedimientos de formalización de las negociaciones. Con ello se crean posibilidades de control. Por un lado, porque el propio hecho de que participen más de una persona representando a su institución significa una posibilidad y control horizontal: un funcionario o autoridad que actúe en el ámbito del acuerdo de lenidad tendrá que respetar la opinión también de los otros que actúan

en el mismo caso. Y, además, las decisiones también podrán ser adoptadas en conjunto o, por lo menos, tras debate, de manera que se desconcentra el poder de toma de decisión. De otro lado, la multiplicidad generará también más necesidad de prestar cuentas: la eventual divergencia de decisiones institucionales podrá incrementar el escrutinio de la sociedad y de los medios de comunicación social. Asimismo, la existencia de múltiples instituciones también será obstáculo para aquellas personas —individuales y organizadas— que intenten cooptar a la Administración: en la práctica, no será suficiente cooptar a *un* fiscal, o a *un* auditor o a *una* autoridad para obtener un cambio en el resultado del caso.

DÉCIMO TERCERA

La concurrencia institucional genera diversos problemas prácticos para negociar y ponerse de acuerdo con las personas jurídicas que van a colaborar, en especial, la necesidad de la cooperación interinstitucional. Esto ocurre porque en Brasil, en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas por supuestos de corrupción, no hay una división de las competencias entre las instituciones; por ejemplo, asignando a una la investigación de la conducta y a otra la auditoria de los daños causados. En la práctica, lo que nos encontramos es una verdadera competencia concurrente —y solapada—, de forma tal que tanto en la Ley de *Improbidad* Administrativa como en la Ley de la Empresa Limpia encontramos provisiones para que más de una institución tenga que actuar en el mismo caso. En contraposición, en Estados Unidos, por ejemplo, conforme la *Foreign Corrupt Practices Act*, también hay una atribución competencial para que más de una institución tenga que participar, pero con finalidades diferentes: del FBI para investigar por la comisión de delitos, del DOJ para enjuiciar y de la SEC para todos los aspectos de naturaleza civil. Ello genera la necesidad, en el sistema brasileño, de que la solución del caso a través de acuerdo de colaboración ocurra bajo un alto grado de cooperación entre las instituciones, máxime porque los procedimientos de negociación, aprobación y homologación son diferentes en cada una de las instituciones, lo que hace necesario que la comentada cooperación tenga que considerar las diferentes instancias de aprobación interna: en el caso de la CGU y de la AGU, de sus respectivos dirigentes máximos; y en el caso de la Fiscalía Federal, de su respectivo organismo interno de homologación y de la autoridad judicial competente para el proceso.

DÉCIMO CUARTA

Esta necesidad de cooperación entre los funcionarios y autoridades de las instituciones responsables por negociar y firmar los acuerdos de lenidad no está, en la actualidad, reglamentada por una norma que garantice un resultado uniforme en los casos. Aunque existen protocolos normativos entre la CGU y la AGU, y el acuerdo de cooperación técnica entre otras

instituciones federales —como el Tribunal de Cuentas de la Unión— la ausencia de una reglamentación con la Fiscalía Federal y con las unidades de control de nivel estatal y municipal hace que no existan importantes niveles de certidumbre y predictibilidad sobre la colaboración realizada solamente con algunas de las instituciones. Esto genera la necesidad de que las personas jurídicas potencialmente colaboradoras, tras firmar el acuerdo con una o más instituciones, obtenga la opinión favorable de todas las instituciones con algún tipo de competencia para actuar; o negocie con todas las instituciones al mismo tiempo, lo que se ha denominado *balcão único* de colaboración, esto es, una *ventanilla única* para negociar con la Administración. Esta ausencia de procedimiento completo y unificado y la necesidad de cooperación entre las instituciones se vuelve un verdadero *desincentivo* para la colaboración: son significativos los riesgos que las personas jurídicas enfrentan para colaborar con una o algunas instituciones, porque un acuerdo "parcial" no impide que las otras instituciones que no se pusieron de acuerdo adopten medidas para asignar la responsabilidad; y también lo son los costos de esperar por la cooperación entre todas las instituciones.

DÉCIMO QUINTA

Una solución para salvar estas dificultades inherentes a la concurrencia institucional y a la necesidad de cooperación entre muchas instituciones pasa por adoptar una interpretación en la aplicación de la ley: considerar que la doble imposición de responsabilidades de la misma naturaleza, por los mismos hechos, sobre las mismas personas y para preservar los mismos intereses públicos, es inadecuada, debido a los límites que el principio *non bis in idem* presenta para la actuación punitiva y sancionadora del Estado. De esta manera, considerando la responsabilidad de las personas jurídicas por supuestos de corrupción, debe ser aplicada solamente la Ley de la Empresa Limpia a los hechos ocurridos tras su inicio de vigencia: sí, la Ley 12.846/2013 es *especial*, y más *reciente*, que la Ley de *Improbidad* Administrativa y otros instrumentos normativos. Sobre ello no debe prevalecer el argumento de que las propias leyes prevén la aplicación de sus normas con independencia de las otras responsabilidades: lo que permanece es la independencia de los ámbitos de responsabilidad si —y solamente si— su aplicación no vulnera el principio del *non bis in idem*, aunque no exista previsión expresa de revocación de los otros dispositivos de ley. La excepción sería la aplicación concomitante de las leyes relacionadas con la contratación y licitación pública: hay sujeción especial a estas leyes a consecuencia de la existencia de una licitación, hay una previsión normativa expresa y no se da una superposición de las conductas.

DÉCIMO SEXTA

Es necesario adoptar una interpretación que armonice los dispositivos de la Ley de la Empresa Limpia que prevén, con las empresas jurídicas colaboradoras, un proceso administrativo de responsabilidad, un proceso judicial de responsabilidad y un acuerdo de lenidad. En este sentido, para evitar que en estas situaciones pueda darse una Administración que se muestre con una *doble personalidad*, el proceso judicial de responsabilidad debe ser o una consecuencia de la necesidad de aplicar sanciones como complemento —en los casos necesarios— de las sanciones aplicadas en el proceso administrativo o, excepcionalmente y conforme las previsiones normativas, utilizado en el caso de la omisión de la autoridad administrativa en investigar e imponer responsabilidad. De esta manera, el acuerdo de lenidad debe significar la imposibilidad de utilizar un procedimiento administrativo —lo que está claro en el sistema de la ley— o un proceso judicial, consideradas siempre las mismas personas jurídicas y los mismos hechos.

Este planteamiento no debe ser visto como una invasión en las competencias funcionales de la Fiscalía: la competencia prevista en la ley para decidir sobre la comisión del hecho lesivo y sobre la forma (acuerdo, trámites...) es asignada originariamente a la Administración responsable del procedimiento administrativo y del acuerdo de lenidad. Por ello, la competencia asignada a la Fiscalía debe ser interpretada como consecuencia de la responsabilidad administrativa o de la omisión en ejercerla. En los casos de desvío de la Administración, por ejemplo, a través de la utilización de un acuerdo sin los elementos de la ley, lo adecuado será actuar en la búsqueda de la responsabilidad de la autoridad actuante por su dolo o culpa.

DÉCIMO SÉPTIMA

Es importante observar que el acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013 y su reglamento escalonan los incentivos para colaborar también fuera de la implementación de programas de cumplimiento: los acuerdos requieren la colaboración con las investigaciones y la multa, entre otros factores, se ve reducida cuando el reporte de la persona colaboradora sea voluntario. Esto sirve como un incentivo para que las empresas adopten cambios de cultura corporativa, al contrario de otros sistemas que incentivan la adopción de programas de cumplimiento y garantizan amplias ventajas a la persona jurídica, aunque no exista reporte voluntario y colaboración con la entrega de información y pruebas sobre los hechos ilícitos y las personas involucradas. De esta manera, el sistema brasileño posibilita que los beneficios de la empresa sean estratificados conforme su efectiva actuación en la lucha contra la corrupción. No obstante, no existe una previsión de total exención de responsabilidad, aunque la persona jurídica adopte el cambio más profundo de su cultura corporativa; es decir, incluso en los casos de *rogue employee*, habrá la aplicación de multa.

Además, requerir el reporte voluntario —en especial, en este contexto de imposibilidad de exención de responsabilidad— parece una importante vulneración del principio de presunción de inocencia.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO-CORREA, T. (2013): "Decomiso de los productos de la delincuencia organizada". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014): "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador". *Revista de Administración Pública*, n.º 195.
- ALEXY, R. (2002): *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALSCHULER, A. (1979): "Plea bargaining and its history". *Columbia Law Review*, vol. 79.
- ANTONIETTO, C. M. C. & R. G. DE CASTRO (2015): "The criminal liability of legal entities in Brazil in light of the new anti-corruption law". *European Scientific Journal*, special edition.
- ARAIZA, W. D. & M. I. MEDINA (2011): *Constitucional Law: Cases, History, and Practice* (4.ª ed.). New Providence: LexisNexis.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (2019): *La armonización de las garantías procesales de sospechosos y acusados en la Unión Europea*. Valladolid: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid.
- ARAS, V. (2018): "Acordo de leniência na lei anticorrupção empresarial". En *Avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da lei de improbidade administrativa*. Brasil: Ministério Público Federal, 5.ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal.
- ARLEN, J. & M. KAHAN (2017): "Corporate governance regulation through nonprosecution". *University of Chicago Law Review*, vol. 84.
- ARLEN, J. & R. KRAAKMAN (1997): "Controlling corporate misconduct: An analysis of corporate liability regimes". *New York University Law Review*, vol. 72, n.º 4.
- ARLEN, J. (2016a): *Public Consultation on Liability of Legal Persons: Compilation of Responses*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development Anti-Corruption Division.
- ARLEN, J. (2016b): "Prosecuting beyond the rule of law: corporate mandates imposed through deferred prosecution agreements". *Journal of Legal Analysis*, vol. 8.
- ARTÉS CASELLES, J. & J. L. JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017): "Efectos políticos y económicos de los escándalos de corrupción y de su difusión pública". En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & F. RODRÍGUEZ LÓPEZ (coords.): *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- ATHAYDE, A. (2019): *Manual dos acordos de leniência no Brasil: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum.
- AYDN, D. (2014): "Are there any suitable sanctions for new forms of corporate offences?". En: BRODOWSKI, D., DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, M. E., TIEDEMANN, K. & J. VOGEL: *Regulating corporate criminal liability*. New York: Springer.
- BACIGALUPO, M. (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura administrativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons.
- BADARÓ, G. (2018): "A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?". En: DE ASSIS MOURA, M. T. & P. C. BOTTINI: *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOÓ SÁNCHEZ, B. J. & C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016): *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2.ª ed.). Cizur Menor: Civitas.
- BANACLOCHE PALAO, J. (2019): "El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel de los programas de cumplimiento normativo (*compliance programs*)". En: GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.): *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. (2010): *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores.
- BARONA VILAR, S. (1999): *Solución extrajurisdiccional de conflicto: «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, S. (2011): *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, S. (2017): *Proceso penal desde la historia: desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BITTENCOURT, S. (2015): *Comentários à lei anticorrupção: lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BLANCO CORDERO, I. & I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2000): "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio". *Revista Penal*, n.º 6.
- BLANCO CORDERO, I. (2008): "Comiso ampliado y presunción de inocencia". En: PUENTE ABA, L. M., ZAPICO BARBEITO, M. & L. RODRÍGUEZ MORO (coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*. Granada: Comares.
- BLANCO CORDERO, I. (2011): "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?". *Diario La Ley*, n.º 7569.

- BLANCO CORDERO, I. (2012): "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos". *Minerva: Repositorio Institucional da USC* (<http://hdl.handle.net/10347/4048>).
- BOBBIO, N. (1992): *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- BOHRER, B. A. & B. L. TRENCHER (2007): "Prosecution deferred: exploring the unintended consequences and future of corporate cooperation". *American Criminal Law Review*, vol. 44.
- BOISTER, N. (2018): *An Introduction to Transnational Criminal Law* (2.^a ed.). New York: Oxford.
- BOLL, M. (2009): *Plea bargaining and agreement in the criminal process*. Hamburg: Druck Diplomatica.
- BORTECK, D. (2004): "Pleas for DNA Testing: Why Lawmakers Should Amend State Post- Conviction DNA Testing Statutes to Apply to Prisoners Who Pled Guilty". *Cardozo Law Review*, vol. 25.
- BOTTINI, P. C. (2013): "Leis instituem colaboração compulsória contra crimes". *Consultor Jurídico* (<https://www.conjur.com.br/2013-nov-19/direito-defesa-leis-instituem-colaboracao-compulsoria-crimes>).
- BRERETON, D. & J. D. CASPER (1981): "Does it Pay to Plead Guilty: Differential Sentencing and the Functioning of Criminal Courts". *Law & Society Review*, vol. 16.
- BRICKEY, K. F. (2003): "Andersen's Fall From Grace". *Washington University Law Quarterly*, vol 81.
- BRITO DE ASSIS, A. M. (2020): *Ministerio Público y combate a la corrupción política. Cuestiones constitucionales y procesales sobre la configuración orgánica de la institución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BRODOWSKI, D. (2014): "Minimum procedural rights for corporations in corporate criminal procedure". En: BRODOWSKI, D., DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, M. E., TIEDEMANN, K. & J. VOGEL: *Regulating corporate criminal liability*. New York: Springer.
- BULOS, U. L. (2014): *Curso de direito constitucional constitucional* (8.^a ed.). São Paulo: Saraiva.
- CANETTI, R. C. (2018): *Acordo de leniência*. Belo Horizonte: Fórum.
- CAPEZ, F. (2012): *Curso de proceso penal* (19.^a ed.). São Paulo: Saraiva.
- CARVALHO FILHO, J. DOS S. (2017): *Manual de Direito administrativo* (31.^a ed.). São Paulo: Atlas.
- CASANOVAS, A. (2017): *Compliance penal normalizado: el El estándar UNE 19601*. Cizur Menor: Aranzadi.
- CERINA, G. D. M. (2020): *La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CERINA, G. M. D. (2020): "¿Prevenir es mejor que curar? Técnica legislativa y política criminal italiana y española en el camino hacia una sanción penal ejemplar y total de la corrupción pública". En:

- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & F. RODRÍGUEZ-LÓPEZ (eds.): *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CHEMERINSKY, E. & L. L. LEVENSON (2018): *Criminal Procedure: Adjudication*. New York: Wolters Kluwer.
- CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P. & C. R. DINAMARCO (2006): *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores.
- CORDEIRO, N. (2020): *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense.
- COVEY, R. (2013): "Police Misconduct as a Cause of Wrongful Convictions". *Washington University Law Review*, vol 90.
- DAMROSCHY, L. F., HENKIN, L., MURPHY, S. D. & H. SMIT (2009): *International Law: cases and material* (5.^a ed.). St. Paul: West Academic Publishing.
- DAVIS, A. J. (2007): *Arbitrary Justice: The Power of the American Prosecutor*. New York: Oxford University Press.
- DE ALMEIDA MENDONÇA, A. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018): *El principio de validez de la prueba en casos de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE ALMEIDA MENDONÇA, A., NAGLE, L. E. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018): *Negociación en casos de corrupción: Fundamentos teóricos y prácticos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE ARAÚJO, K. M. (2017): "Processo administrativo de responsabilização". En: MUNHOZ, J. & R. P. DE QUEIROZ: *Lei Anticorrupção e temas de compliance* (2.^a ed.). Salvador: Jus Podium.
- DE MENDONÇA, A. B. (2018): "Os benefícios possíveis na colaboração premiada". En: DE ASSIS MOURA, M. T. & BOTTINI, P. C.: *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DE MENDONÇA, A. B. (2019): "A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório". En: SALGADO, D. DE R. & R. P. DE QUEIRÓZ: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Jus Podium.
- DE MORAES, A. (2014): *Direito Constitucional* (30.^a ed.). São Paulo: Atlas.
- DE PALMA, J. B. (2010): *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Disertación de Mestrado, Universidade de São Paulo, Orientador Floriano de Azevedo Marques Neto.
- DE QUEIROZ, R. P. (2017): "Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção". En: MUNHOZ J. & R. P. DE QUEIROZ: *Lei Anticorrupção e temas de compliance* (2.^a ed.). Salvador: Jus Podium.
- DE SIQUEIRA, G. P. (2005): "Natureza jurídica e órgão registrador das entidades sindicais". *Revista Jus Navigandi*, 29 de setembro.
- DE VASCONCELLOS, V. G. (2017): *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- DEL MORAL GARCÍA, A. (2017): “Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”. En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & A. M. NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- DEMATTE, F. R. (2015): *Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção*. Belo Horizonte: Fórum.
- DEMING, S. H. (2014): *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*. New York: Oxford.
- DEMING, S. H. (2018): *Designing an Effective Anti-Bribery Compliance Program*. Chicago: American Bar Association.
- DERVAN, L. E. & V. A. EDKINS (2013): “The innocent defendant’s dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining’s innocence problem”. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 103, n.º 1.
- DERVAN, L. E. (2012): “Bargained justice: plea bargaining’s innocence problema and the Brady safety valve”. *Utah Law Review*, vol. 2012.
- DERVAN, L. E. (2018): “Class v. United States: Bargained Justice and a System of Efficiencies”. *Cato Supreme Court Law Review*, vol. 2017-2018.
- DERVAN, L. E., LEO, R. A., RYAN, M. J, BEETY, V. E., GILCHRIST, G. M. & W. W. BERRY III (2016): “Voices on innocence”. *Florida Law Review*, vol. 68.
- DI PIETRO, M. S. Z. (2014): *Direito Administrativo* (27.^a ed.). São Paulo: Atlas.
- DONALDSON, R. (2016): “Transparency International UK”. En: *Public consultation on liability of legal persons: compilation of responses*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development Anti-Corruption Division.
- EISINGER, J. (2017): *The Chickenshit Club*. New York: Simon & Schuster Paperbacks.
- ENGELHART, M. (2014): “Corporate criminal liability from a comparative perspective”. En: BRODOWSKI, D., DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, M. E., TIEDEMANN, K. & J. VOGEL: *Regulating Corporate Criminal Liability*. New York: Springer.
- ESPARZA LEIBAR, I. (1995): *El principio del proceso debido*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2003): “El abogado frente al blanqueo de capitales”. En: ONTIVEROS ALONSO, M. & M. PELÁEZ: *La influencia de la ciencia penal alemana en iberoamerica: en homenaje a Claus Roxin*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2003): El abogado frente al blanqueo de capitales. En: ONTIVEROS ALONSO, M. & M. PELÁEZ (coord.): *La influencia de la Ciencia Penal alemana en Iberoamérica (Libro Homenaje a Claus Roxin)*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2017a): “Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes: debate sobre la presunción de inocencia”. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & F. RODRÍGUEZ LÓPEZ: *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2017b): “La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015”. En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FABIÁN CAPARRÓS, E. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (dir.): *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FARRANT, G. (2017): “Corporate Liability in Australia”. *Global Compliance News* (<https://globalcompliancencnews.com/white-collar-crime/corporate-liability-australia/>).
- FERRAJOLI, L. (2002): *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (3.^a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FIDALGO, C. B. & R. C. CANETTI (2017): “Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção”. En: MUNHÓS, J. & R. P. DE QUEIRÓZ (Orgs.): *Lei anticorrupção e temas de compliance* (2.^a ed.). Salvador: Editora Juspodium.
- FISHER, G. (2000): “Plea Bargaining's Triumph”. *Yale Law Review*, vol. 109.
- FISHER, G. (2003): *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. Redwood City: Stanford University Press.
- FRISCHEISEN, L. C. F. (2019): “Apontamentos sobre a prova produzida ou colhida pelo ministério público em procedimentos investigatórios criminais e no curso do processo penal”. En: SALGADO, D. DE R. & R. P. DE QUEIROZ: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodium.
- GARRETT, B. L. (2007): “Structural Reform Prosecution”. *Virginia Law Review*, vol. 93.
- GARRETT, B. L. (2008): “Corporate Confessions”. *Cardozo Law Review*, vol 30.
- GARRETT, B. L. (2011a): “Globalized corporate prosecutions”. *Virginia Law Review*, vol. 97.
- GARRETT, B. L. (2011b): *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*. Cambridge: Harvard University Press.
- GARRETT, B. L. (2014): *Too Big to Jail*. Cambridge: The Belknap Press.
- GARRETT, B. L. (2015a): “Contaminated Confessions Revisited”. *Virginia Law Review*, vol. 101.
- GARRETT, B. L. (2015b): “The Corporate Criminal as Scapegoat”. *Virginia Law Review*, vol. 101.
- GARRETT, B. L. (2017): “The Public Interest in Corporate Settlements”. *Boston College Law Review*, vol. 58.

- GIACOMOLLI, N. J. (2016): *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2016): *Compliance y proceso penal: el proceso penal de las personas jurídicas*. Cizur Menor: Civitas.
- GIMENO SENDRA, V. (2015): *Derecho Procesal Penal* (2.^a ed.). Cizur Menor: Civitas.
- GIOVANNELLI, A. & R. CURSANO (2019): “Corporate Liability in Italy”. *Global Compliance News*. En línea: <https://globalcompliancenes.com/white-collar-crime/corporate-liability-in-italy/>.
- GIVELBER, D. (2000): “Punishing protestations of innocence: denying responsibility and its consequences. *American Criminal Law Review*, vol. 37.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2008): “La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto “corpus iuris”)”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, n.º 9-10.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2015): *Estatuto jurídico de la víctima del delito* (2.^a ed.). Pamplona: Aranzadi.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2019): “Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (*Compliance Programs*). En: GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.): *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2015): *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2016): *Compliance penal y política legislativa – El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ CANO, M. I. (2018): “La Fiscalía Europea. Especial consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad”. En: ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO (dir.): *Garantías procesales de investigados y acusados: situación en el ámbito de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GRAMLICH, J. (2019): *Only 2% of federal criminal defendants go to trial, and most who do are found guilty*. Washington: Pew Research Center. En línea: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/06/11/only-2-of-federal-criminal-defendants-go-to-trial-and-most-who-do-are-found-guilty/>.
- GRECO, R. (2017): *Curso de Direito Penal: parte geral, volumen 1* (19.^a ed.). Niterói: Impetus.
- GREEN, B. A. & F. C. ZACHARIAS (2004): “Prosecutorial Neutrality”. *Wisconsin Law Review*, vol. 2004 n.º 3.

- GREENBLUM, B. M. (2005): "What Happens to a Prosecution Deferred. Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements". *Columbia Law Review*, vol. 105.
- GUZMÁN, N. (2018): *La verdad en el proceso penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.
- HALLER, M. H. (1979): "Plea Bargaining: The Nineteenth Century Context". *Law and Society Review*, vol. 13.
- HARRINGTON, J. (2019): "Addressing the Corruption of Foreign Public Officials: Developments and Challenges within the Canadian Legal Landscape". *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 56.
- HASSEMER, W. (2001): "La persecución penal: legalidad y oportunidad". *Revista de Derecho Penal*, n.º 2.
- HAYAKAWA, M. & K. OHASHI (2019): *Japan: Business Crime 2020*. ICLG.COM. En línea: <https://iclg.com/practice-areas/business-crime-laws-and-regulations/japan>.
- HELLER, A. B. (2014/2015): "Corporate death penalty: prosecutorial discretion and the indictment of SAC capital". *George Mason Law Review*, vol. 22.
- HENNING, P. J., TASLITZ, A., PARIS, M. L., JONES, C. E. & E. S. PODGOR (2012): *Mastering Criminal Procedure: The Adjudicatory Stage* (vol. 2). Durham: Carolina Academic Press.
- HILL, J. G. (2003): "Corporate Criminal Liability in Australia: An Evolving Corporate Governance Technique?". *Journal of Business Law*, 2003.
- ISRAEL, J. H., PODGOR, E. S., BORMAN, P. D. & P. J. HENNING (2015): *White Collar Crime: Law and Practice* (4 ed). St. Paul: West Academic Publishing.
- JANIS, M. W. & J. E. NOYES (2014): *International Law: Cases and Commentary* (5.ª ed.). St. Paul: West Academic Publishing.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. (2014): *La trampa política: la corrupción como problema de acción colectiva*. En: PASTOR SELLER, H., TAMEZ GONZÁLEZ, G. & K. SAÉZ LÓPEZ (edit.): *Gobernabilidad, ciudadanía y democracia participativa análisis comparado España-México*. Madrid: Dykinson.
- KRAUSE, M. (2018): "The Impact of Compliance on Liability and Sentencing of Corporations – A Comparable Approach between Germany and the US". En: BRODOWSKI, D., ESPINOZA, M. & E. SAAD-DINIZ: *The Role of Corporations in Criminal Justice*. Antwerpen: Maklu-Publishers.
- LAUDAN, L. (2006): *Truth, Error and Criminal Law*. New York: Cambridge University Press.
- LOHNER, A. & N. BEHR (2019): "Corporate Liability in Germany". *Global Compliance News*. En línea: <https://globalcompliancenes.com/white-collar-crime/corporate-liability-in-germany/>.

- LOZANO-HIGUERO PINTO, M. (2017): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la degradación de las garantías procesales”. En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & A. M. NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- MACHADO DE SOUZA, R. (2019): “White Collar Crime and Corruption: Liability of Legal Entities in United States and Brazil”. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, n.º 1.
- MACHADO DE SOUZA, R. (2020): “Personas jurídicas y corrupción: análisis comparado de su responsabilidad y de los sistemas de cumplimiento y colaboración en Alemania, España e Italia”. En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (editores): *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ DALMAU, R. (1999): *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTINEZ, A. P. (2018): “Parâmetros de negociação de acordo de leniência com o MPF à luz da experiência do CADE”. En: DE ASSIS MOURA, M. T. & BOTTINI, P. C.: *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, N. (2019): “Derecho penal económico y Derecho administrativo sancionador”. En: CAMACHO VIZCAÍNO, A.: *Tratado de Derecho Penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MCCORMACK, W. (2015): *International Criminal Law*. St. Paul: St. Paul: West Academic Publishing.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2016): “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º extra 104/II.
- MENDES, G. F. & P. G. G. BRANCO (2012): *Curso de Direito Constitucional* (7.ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- MENDES, G. F. (2012): “Limitações dos direitos fundamentais”. En: MENDES, G. F. & P. G. G. BRANCO: *Curso de Direito Constitucional* (7.ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- MORENO CATENA, V. & V. CORTÉS DOMÍNGUEZ (2017): *Derecho Procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORGENSON, G. & L. STORY (2011): “In Financial Crisis, No Prosecutions of Top Figures”. *New York Times*, 14 de abril de 2011. *En línea*:
<https://www.nytimes.com/2011/04/14/business/14prosecute.html?mtrref=www.google.com&gwh=1EE087F88612235F2C8EBA27EA162F26&gwt=pay>.
- MUÑOZ CONDE, F. & M. GARCÍA ARÁN (2010): *Derecho Penal: parte general* (8.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- NASAR, J. A. (2017): "In Defence of Deferred Prosecution Agreements". *New York University Journal of Law & Liberty*, vol. 11, n.º 2.
- NEIRA PENA, A. M. (2014): "Corporate Criminal Liability: Tool or Obstacle to Prosecution?". En: BRODOWSKI, D., DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, M. E., TIEDEMANN, K. & J. VOGEL: *Regulating Corporate Criminal Liability*. New York: Springer.
- NEIRA PENA, A. M. (2017): *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NEIRA PENA, A. M. (2018): *La defensa penal de la persona jurídica: representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*. Cizur Menor: Aranzadi.
- NIETO GARCÍA, A. (2018): *Derecho Administrativo sancionador* (5.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- NIETO MARTÍN, A. (2015): "Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial". En: JUANES PECES, A. (dir.): *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Madrid: Francis Lefebvre.
- NIETO MARTÍN, A. (2018): "Derecho penal económico y de la empresa europeo e internacional". En: DE LA MATA BARRANCO, N. J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. & A. NIETO MARTÍN: *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Editorial Dykinson.
- NUCCI, G. DE S. (2016): *Manual de Direito Penal* (12.ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- ORSI, O. G. (2017): "Corrupción: aportes metodológicos a la investigación y prueba de casos complejos". En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & F. RODRÍGUEZ LÓPEZ (coords.): *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAKES, F. (2019): *Comparative Criminal Justice* (4.ª ed.). London: Routledge.
- PAULSEN, E. (2007): "Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements". *New York Law Review*, vol. 82.
- PELZ, C., KUTZNER, L. & M. SCHORN (2019): "Bribery & Corruption 2019 Germany". *Global Legal Insights*. En línea: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/germany>.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. (2014): "El proceso penal". En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A, FERREIRO BAAMONDE, X-X., PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. & J. L. SEOANE SPIEGELBERG (aut.): *Derecho procesal penal* (libro electrónico). Pamplona: Aranzadi.
- PÉREZ GIL, J. (2017): "Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal". En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & A. M. NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi.

- PICKERING, S. & J. MCCULLOCH (eds.) (2012): *Borders and Crime: Pre-crime, Mobility and Serious Harm in an age of globalization*. London: Palgrave-Macmillan.
- PIETH, M. & R. IVORY (2011): "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview". En: PIETH, M. & R. IVORY (eds.): *Corporate Criminal Liability*. Heidelberg: Springer.
- PISANO, R. (2019): "Bribery & Corruption 2019 Italy". *Global Legal Insights* (<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/italy>).
- PODGOR, E. S. & J. F. COOPER (2009): *Overview of U.S. Law*. New Providence: LexisNexis.
- PODGOR, E. S. (2018): "White collar shortcuts". *University of Illinois Law Review*, vol. 2018, n.º 3.
- PODGOR, E. S., HENNING, P. J., ISRAEL, J. H. & N. J. KING (2018): *White collar crime* (2.ª ed.). St. Paul: West Academic Publishing.
- POWELL, S. (2014): *Licensed to Lie*. Dallas: Brown Books.
- RAKOFF, J. S. (2014): "The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted?". *New York Review of Books*, 9 de enero.
- REDLICH, A. D. & R. V. SHTEYNBERG (2016): "To Plead or Not to Plead: A Comparison of Juvenile and Adult True and False Plea Decisions". *Law and Human Behavior*, vol. 40.
- REILLY, P. (2019): "Sweetheart Deals, Deferred Prosecution, and Making a Mockery of the Criminal Justice System: U.S. Corporate DPAs Rejected on Many Fronts". *Arizona State Law Journal*, vol. 50.
- RIBEIRO, M. DE A. (2017): *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum.
- RICH, F. (2011): "Obama's Original Sin". *New York Magazine*, 3 de Julio de 2011. En línea: <http://nymag.com/news/frank-rich/obama-economy/presidents-failure>.
- ROBINSON QC, V., DEMING, S. H & T. K. BUTLER (2013): *The FCPA and U.K. Bribery Act*. Chicago: American Bar Association.
- RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R. (2017): "Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal". En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & A. M. NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, V. Y. (2017): "Las personas jurídicas y su defensa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Derecho em acción*. En línea: <http://derechoenaccion.cide.edu/las-personas-juridicas-y-su-defensa-en-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/> (fecha de publicación: 22 de febrero de 2017).
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (2004): "¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho". En RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.): *La*

- corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. Ratio Legis.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & M. FERNÁNDEZ PRADO (2019): “Derecho Penal económico y cooperación jurídica internacional”. En: CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & R. MACHADO DE SOUZA (2019): “El ‘acuerdo de lenidad’ como mecanismo privilegiado para combatir y prevenir actos de corrupción en Brasil”. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. & F. RODRÍGUEZ-LÓPEZ (eds.): *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (1997a): *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (1997b): *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2001): “La modernización del enjuiciamiento de las bagatelas penales en Brasil”. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 1.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2012): “Análisis de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España”. En: NEIRA PENA, A, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & X. FERREIRO BAAMONDE (coord.): *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*. A Coruña: Universidad da Coruña.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2015): “La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español”. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, vol. 113.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2016): “Uso y abuso del principio de oportunidad en el proceso penal del siglo XXI”. En: PÉREZ CEPEDA, A. I. (coord.): *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2017): “Presente y futuro de la mediación penal”. En: RODRÍGUEZ TIRADO, A. M. (coord.): *Cuestiones actuales de Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROSE-ACKERMAN, S. & B. J. PALIFKA (2016): *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform* (2.^a ed.). New York: Cambridge University Press.
- ROXIN, C. & B. SCHÜNEMANN (2019): *Derecho Procesal penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.
- SANTOS, J. A. A., BERTONCINI, M. & U. COSTÓDIO FILHO (2015): *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção* (2.^a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

- SAURA ALBERDI, B. (2017): “Diseño e implementación del plan de prevención de delitos en la empresa”. En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & A. M. NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- SCANDELARI, G. B. (2017): “Instâncias administrativa e penal: a independência na teoria e na prática dos crimes tributários”. En: GUARAGNI, F. A. & M. BACH: *Direito Penal Económico: administrativização do Direito Penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth.
- SCHOENBAUM, T. J. (2016): *The Law and Legal System of the United States*. St. Paul: West Academic Publishing.
- SCHÜNEMANN, B. (2002): “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”. En: SCHÜNEMANN, B.: *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Madrid: Tecnos.
- SCHÜNEMANN, B. (2002): *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos.
- SCHÜNEMANN, B. (2004): *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido.
- SENKO, M. (2009): “Prosecutorial Overreaching in Deferred Prosecution Agreements”. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 19.
- SIMÃO V. M. & M. P. VIANNA (2017): *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan.
- SLOBOGIN, C. (2011): “Citizens United and Corporate Human Crime”. *Stetson Law Review*, vol 41.
- SPAGNOLO, G. (2008): “Leniency and Whistleblowers in Antitrust”. En: BUCCIROSSI, P.: *Handbook of antitrust ecomics*. Cambridge: The MIT Press.
- STRADER, J. K. (2011): *Understanding White Collar Crime* (3 ed). New Providence: LexisNexis.
- TARUFFO, M. (2013): *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México D.F.: 20 Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral.
- TASLITZ, A. E. (2009): “Overview of U.S. Law: Criminal Justice”. En: PODGOR, E. S. & J. F. COOPER (dir.): *Overview of U.S. Law*. Newark: LexisNexis.
- TOJAL, S. B. DE B. & I. S. TAMASAUSKAS (2018): “A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto”. En: DE ASSIS MOURA, M. T. & BOTTINI, P. C.: *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- TOJAL, S. B. de B. (2014): “Interpretação do art. 30 da lei 12.846/2013”. *Revista dos Tribunais*, vol. 947.

- VERRYDT, L. (2014): “Corporate Involvement in International Crimes: An Analysis of the Hypothetical Extension of the International Criminal Court’s Mandate to Include Legal Persons”. En: BRODOWSKI, D., DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, M. E., TIEDEMANN, K. & J. VOGEL: *Regulating Corporate Criminal Liability*. New York: Springer.
- VOGLER, R. (2005): *A World View of Criminal Justice*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited.
- VORONOFF, A. (2019): *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum.
- YIN, T. (1995): “Not a rotten carrot: using charges dismissed pursuant to a plea agreement in sentencing under the federal guidelines”. *California Law Review*, vol. 83.
- ZAGARIS, B. (2015): *International White Collar Crimes* (2.^a ed.). New York: Cambridge.
- ZENKNER, M. (2019): *Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum.
- ZIERD, C. & E. S. PODGOR (2007/2008): “Corporate Deferred Prosecutions through the Looking Glass of Contract Policing”. *Kentucky Law Journal*, vol. 96.

**ANEXO I. DOCUMENTOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA
MENCIÓN DE “DOCTORADO INTERNACIONAL”**

ABSTRACT

Corruption, more than an offense provided for in the Criminal Codes, is a complex phenomenon. Its practice involves the participation of various individuals and legal entities and the commission of multiple behaviors, generally related to deviations and abuses of entrusted power. Therefore, both at the international and national levels in various countries there are initiatives to implement systems and tools that provide a more effective and speedy fight against people involved in cases of corruption.

The "leniency agreement", implemented in Brazil through Law 12,846/2013, provides for the cooperation of legal entities with the Administration. It is a sort of plea bargaining mechanism designed to increase the fight against corruption as it requires the legal entities involved in these cases to present information and evidence in exchange for a reduction of their sanctions. In this sense, the agreement leads to a "cooperation" that will ultimately impose restrictions to fundamental rights.

That being said, this doctoral *thesis* carries out an analysis of that mechanism, considering its origins in International Law and the influence of the United States common law legal system in the development of plea bargaining. In addition, it presents a critical evaluation of the leniency agreement and its relationship to criminal procedural rights and guarantees. The same rights and guarantees that limit the State's action in imposing restrictions on fundamental rights. However, these rights were traditionally developed within criminal proceedings and not in the process of negotiating plea agreements. The final goal of this research is to try to present the necessary adjustments needed in the Brazilian legal framework, in order to translate plea bargained justice into a mechanism that increases the efficiency and speed with which corruption is fought. All that without violating the Rule of Law and the limits of the State's power to impose liability.

KEYWORDS

Leniency agreements. Cooperation. Procedural rights and guarantees. Corruption. Legal entities.

INTRODUCTION

To study any topic is a challenge, even more so when the result of this work is to present a “thesis”, which also presupposes finding questions and some answers based on research and learning. In this case, to follow the advice of parents that one has to work on what one likes, it would be important to find a topic that, in addition to allowing theoretical research, is related to the researcher’s professional practice and the difficulties he have found in his life. Also, that the topic, and especially the questions that are made, allows him to develop answers and plans for the future, in the recognition that he would be a better professional than he was before.

In our case, finding the initial question from the beginning was very simple: the subject to be investigated would have to be related to corruption. However, from there, everything else turns out as layers of complexity: what part of corruption to study: its causes, its consequences ...? How to fight it: from the education of children, from the participation of citizenship, from what international organizations prescribe? All are valid, important and necessary topics in any geographical area that we can refer to in our study. Because of that, the role of the teacher who says to the student "you need to fall in love with the topic" provides a lesson: it is necessary to understand what one wants and to decide what will be studied. In addition, it is necessary to bear in mind at all times that there are no simple answers for complex questions.

In 2013, taking into consideration both the implementation of international obligations and citizen unrest, a statute popularly known as the “Anti-Corruption Act” was approved in Brazil. Little by little, we started working with its main institutions, concentrating all our dedication, starting in mid-2015, on a specific tool: the so-called “leniency agreement”. Thus, the seed that has given rise to this investigation on bargained justice and the cooperation of legal entities in the investigation of corruption arose.

As we will have the opportunity to present, it is a current issue and, at the same time, a challenge for countries, both because of their legal traditions and because of the practical aspects that surround it. With our study we do not intend to *solve* corruption nor to establish a single vision for all the challenges of bargained justice and the liability of legal entities. We intend, however, to shine some light on alternative ways to use legal instruments in a safe, effective and systematic way, taking into consideration the importance of *intent* and defense rights to ultimately find equality and justice.

With this approach, we begin from the fight against corruption —and against crimes— and the need to impose liability to those who are guilty. Now, with a fundamental nuance: this liability can be structured so that the accused is *on the same side* of the public interest, an attitude which can be achieved providing benefits for cooperation. With that, it is possible to guarantee, beyond the conviction for the crimes committed, an increase in the preventive and repressive effect of the statutes applicable to the case. This is where a *type* of bargained justice is situated: it allows criminals to make agreements and, in exchange for a reduction in their sanction they have to accept their sentence and provide information and evidence. Therefore, they demonstrate some "repentance" through their active and effective cooperation with the State's enforcement of the Rule of Law.

In Brazil, the relevance of these issues is actual and of the most current in the last five years: the "Lava Jato Case", considered the largest corruption scandal ever investigated in the world, demonstrates the role that legal entities have in the crimes of corruption and the importance that the cooperation of criminals with investigations have to fight against these crimes. Especially when political elites —and economical and business entities— have participated in the events to be prosecuted. Based on a complex investigation, in which the cooperation of individuals and legal entities —responsible for crimes— was key, administrative and criminal sanctions were imposed (and still are). In addition, assets were recovered and stipulations for damages compensation were made. Many of those investigated are politicians of national relevance from Brazil and other countries. Also are under investigation the largest Brazilian civil construction companies, including some multinationals.

On the one hand, this is the problem: the cooperation of natural and legal persons with the authorities is proven important for the investigation of complex corruption. On the other hand, the problem is not solved: what does this cooperation imply? We are talking about acts of corruption; conduct considered a criminal offense. This means that it falls within the scope of criminal law: it aims to prevent and deter, be clear about the rules and consequences of non-compliance with the law and apply them when necessary. The same Criminal Law that is in crisis: the excessive time needed to deal with a large number of cases justifies the attempt to develop selective tools, including those related to bargained justice. In order to add *speed* and *efficiency* to the criminal system, in countries both of *common law* and *civil law* systems, regardless of the continent in which they are located.

However, when we talk about crime prevention, we are talking about the *ultima ratio*, about rules that are intended to discourage undesirable behaviors and punish those responsible for them. We are talking about a public interest so relevant that justifies a profound limitation of fundamental rights. Meanwhile, when we refer to bargained justice, we are

talking about *non-procedural* —in the traditional sense of the term— solutions. In solutions obtained through agreements between the parties. Modern legal systems would presuppose some incompatibility between these two things: if there is such an important public interest —we are talking about complex corruption and not minor offenses— how to allow discretionary powers to dispose of it?

Although in crisis, if the scheme of Criminal Law (or shall we say, of the sanctioning procedures?) is not denatured, we should achieve a result that generates deterrence and prevention, guaranteeing equal treatment and justice. The liability of legal persons fulfills some of these purposes: imposing sanctions on companies involved in a crime is a way of guaranteeing responsibility for profiting from illegal acts. In this regard, treating it equally and based on their culpability. This poses the first challenge: the need to obtain a fair result through bargained justice.

What can be achieved under the due process standard is to impose liability on the guilty, ensuring guarantees and procedural rights to the defense. But, bargained justice pivots on agreements and concessions — ideally bilateral?— obtained through a prior negotiation. There lies the second challenge: what guarantees and what rights will govern those *conversations* between the prosecution and the defense? There is no complete (or due) process, because the negotiations sought to shorten it as much as possible or even avoid it.

If all this were not enough, we confine ourselves to the scope of the liability of legal entities, which, traditionally, have no will of their own (therefore, can they have culpable intent?). Neither they can suffer restrictions of rights such as freedom. In this sense, even the International Law allows the use of administrative or civil sanctions when providing obligation for countries to impose liability on companies, in accordance with the traditions of the countries' legal systems. In addition, it does so and points out that a balance must be found: it is necessary to guarantee procedural rights while maintaining the dissuasive nature of sanctions.

This is what was done in Brazil: years ago, Federal Law 12,846/2013 was passed providing administrative liability of legal entities for domestic and transborder bribery. And there the third challenge emerges: it is necessary to *enter into agreements* about relevant public interests, *without the formal support* for the exercise of procedural rights and in relation to *administrative liability* of legal entities!

The number of possible strategies to face the study of such a topic, its problems and challenges, is infinite. However, to reach an end, it is necessary to choose some path. In this sense, in order to deepen the knowledge about the cooperation of legal entities in Brazil in cases of corruption, it is necessary to start the investigation with the domestic system. As mentioned, not only of the Criminal legal framework, but also considering the administrative sanctions and its applicability to legal

persons in order to prevent crimes. However, the exclusive study of the subject under the Brazilian system does not seem to be the most adequate —nor sufficient— effort to try to clarify the complex challenge it presents. This work is not intended to be exhaustive about everything related to plea bargaining and agreements, its relationship with the process and with the development of legal systems. Nevertheless, it is necessary to investigate some of its origins, both in Brazil and abroad: the leniency agreement is provided for in the Brazilian legislation, which was designed to face international obligations to fight corruption. Because the fight against corruption is a global issue, norms of International Law were created: countries assumed obligations under several conventions to adopt specific measures to fight it. Some of these measures includes passing statutes, creating specific criminal offenses and empowering special governmental bodies to fight corruption. In the case of Brazil, the main pieces of international law regarding the topic are the United Nations conventions — against corruption and organized crime— and the anti-corruption conventions of the Organization of American States and of the Organization for Economic Cooperation and Development.

Furthermore, the importance of these standards extends to their implementation mechanisms, which evaluate the steps taken by the countries and make recommendations on them. For this reason, it is important to establish relationships between the Brazilian legal system and what these Conventions and International Organizations prescribe, both in relation to the liability of legal entities and in relation to cooperation agreements and the granting of benefits to criminals who cooperate with investigations. In this regard, it is possible to identify good practices and recommendations related to compliance programs, its elements and the systemic incentives for its implementation.

It is important to take into consideration that, although Brazil has obligations under these pieces of international law, they are not the only relevant conventions or obligations in the supranational sphere. The bargained justice comes, at least in part, from outside the country. Due to that, the legal systems of other countries, in their successes and errors, on the one hand, are a relevant comparative source. Which leads to the importance of trying to observe the elements of European systems —and others— and have them as references: their study makes possible to identify the challenges they faced and the steps they took to overcome them.

On the other hand, it is imperative to recognize, among the role of the other countries, the influence of the United States. Its legal framework was key in the development of the conventions that are the basis for the Brazilian legal system, and it has a large tradition of using bargained justice in its *common law* criminal system. The US law of 1977 —Foreign Corrupt Practices Act— was the source of inspiration for the same anti-corruption conventions that set out obligations to Brazil (and how many other

countries?) to adopt the criminalization of transnational bribery —and corporate criminal liability for the same conduct—. Furthermore, in the modern times, it was in this Anglo-Saxon country that the notion of the usefulness of plea bargaining was expanded in order to increase the speed and efficiency to the criminal system.

In addition, it is important to note that bargained justice is not something inherent to *common law* systems. In fact, its use in the form of plea agreements, with reduced sanction or criminal charges, was approved for the first time by the Supreme Court of the United States in 1970. Before that, the precedents —even in England— were explicit about the impossibility of accepting the confession based on promises of advantages (reduction of sanction) or threats (increased penalty) made by the public prosecution. Furthermore, this paradigm shift occurred at a time when the criminal system was struggling with the excess of cases, partly due to the phenomenon of *overcriminalization*, and partly due to recognition —also by the Supreme Court and as an influence of the European continental law systems— of the need to guarantee due process rights in order to impose penalties.

This *same* "system of *pleas*" is applicable to the liability of legal entities. Based on this, and on the needs of the Administration —and the market—, bargained justice tools were developed with different requirements and consequences. Sometimes they require cooperation with the investigations and other times they only require the confession and waiver of trial rights. Sometimes they generate criminal conviction and its accessory consequences and other times they allow the case to end without any criminal record.

The example of other countries with their bargained justice tools generate cases and statistics that allow studies and criticisms. With that it is possible to identify the effects on the resolution of conflicts, considering the ideals of equality and justice that limits the power of the State to impose liability in order to produce the prevention and deterrence of criminal conduct. Mainly in the United States, as a result of its history, the development of its criminal system and its performance in the transnational enforcement of the law to combat corruption.

To try to study and understand all aspects of it all It is an impossible task, or at least is a Herculean one. However, it is necessary to identify its main characteristics in order to establish the essential criticisms, the causes and consequences present on each legal system and the premises that leads to the desired and undesired results. And this is basically done from two points of view. The first: always trying to identify what the legal framework and with which purposes it was developed. The second: seeking to understand if in practice these results are present in practice and if they are, finally, useful and desirable. In this sense, our research plan includes an understanding of the formal and practical premises of some of the other

legal systems connected to the topic, in a standard sufficient to return more pertinently and fully to the initial analysis: the Brazilian legal framework.

Based on all this, what is sought is not to lay the foundations for a comparative study, but rather to allow an analysis of the cooperation agreement of legal entities under Brazilian law for cases of corruption. This includes some concepts: corruption and bribery, cooperation and liability of legal persons. Only considering the origin —let's say exogenous— is it possible to look at Federal Law 12.846/2013 and its “leniency agreement”. That is necessary to analyze its foundations and look at the other cooperation tools of the Brazilian legal system, in an open attempt to present the legal entities’ piece in the *puzzle* that is legal framework for liability —either criminal or non-criminal— for corruption in Brazil.

This is how we proceed because the development of the Brazilian framework has taken place in a context of the transplantation of foreign legal tools, mainly of American origin. Thus, there is no way to decipher this implementation process without understanding a minimum of its origin, purposes, premises and failures, to finally make a comprehensive effort to contrast, and perhaps extract, from this comparison, some useful answer.

The tools that allow the cooperation of criminals in exchange for benefits are a reality and what is intended, in this aspect, is to walk the middle way. Neither deny them nor assume their perfection, but criticize them in order to identify how to implement and use them without the violation —in excess?— of the premises of Criminal Law —or sanctioning law, in this regard— and guaranteeing that they retain some practical utility for preventing crimes. Thus, with these guidelines the result of our research has been planned in four parts.

In the first place, it is intended to present the relevance of the cooperation of legal entities in Brazil in cases of corruption, which is exemplified by the “Lava Jato” and Odebrecht Cases. Beyond that, this issue serves to demonstrate how intricate the Brazilian system is, with *overlapping* laws and provisions for liability of similar nature with some distinct traces, applicable to individuals and legal entities. It is also possible to perceive, in this relevant case, the importance of the cooperation of criminals in the fight against corruption of political elites. The same sort of corruption that has the greatest impact and relevance due to its great potential to generate harmful consequences for the society and the public interest, not only in Brazil but including in other countries.

After presenting the practical challenge, we move to the second part to present what would be the bases to carry out the cooperation of legal entities. For this it is essential, at first, to find in International Law and in the legal framework of other countries. Specially the pieces that served as the bases for the Brazilian Law 12.846/2013: its inspiration and its purpose. We do this from an analysis of the international conventions related to the topic, other documents of international organizations and also considering

the reflection of these norms in the legal system of other countries. That leads to the conclusion that Brazil is not alone in this challenge.

This approach results that a relevant part of the research was made regarding the United States, as it emerges as the main source for the International Law available in this matter. This allows to look for institutions and actors to present a history of development of the plea bargaining of legal entities in cases of crimes. With that it is possible to understand its foundations and its purpose of assigning *said* speed and efficiency in the solution of many cases. Added to this is the identification of the problems of the —excessive?— use of plea agreements in the United States criminal system. This excessive use occurs both in its general application and in its specific use for legal entities, causing tensions and distortions, finally, in the very notion of Criminal Justice in its *double* purposes to create prevention and deterrence.

This paradigm is evaluated, in the third part, from the notion of the criminal system to fight the commission of crimes, considering the need to impose liability on the guilty, guaranteeing the rights of the innocent, without leaving behind the importance of the production of evidence and the establishment of the factual circumstances of the case. This analysis is compared with administrative sanctioning law, considering both its traditional and special use in Brazil: to impose legal consequences for behaviors classified as crimes, such as bribery and influence peddling.

That allows to identify the *principles* that function as relevant defense rights and guarantees on the criminal procedure —and, consequently, Brazilian administrative procedure?—, its applicability to legal entities as guarantees also of the achievement of the underlying values of the very conception of state power to impose sanctions, as the *ultima ratio*. Always considering that these sanctions represent true restrictions to fundamental rights. Thus, it is possible to propose, with some interpretive effort and of comparison between the countries' legal framework, how the procedural guarantees should have a role in negotiating cooperation agreements. And not because these are carried out within the scope of a procedure —in the *judicial* and *formal* conception—, but because they mean, in the end, the exercise of powers that impose restrictions of rights based on the *search* for justice and equality.

Finally, in the fourth part, the framework for cooperation of legal entities of Law 12.846/2013 is analyzed considering the factual and formal premises developed. This is done contrasting the statute as part of the Brazilian anti-corruption system itself, taking into account the other pieces of legislation, its challenges and difficulties. An analysis is also presented to the outside, considering what is deduced from the very origin and purpose of the tools adopted, their advantages and disadvantages. This exercise allows to conclude with the certainty that bargained justice is neither the

only answer nor is it a *magic remedy* that is propagated for the crisis of the justice system, although it is a viable alternative.

CONCLUSIONS

FIRST

The approval of the Clean Company Act (Law 12.846/2013) has added two important axes to the Brazilian legal system in the fight against corruption: (i) the liability of legal entities for these actions, which already existed in a limited way in cases in which there is a contract with the Administration or as a consequence of the liability for *administrative improbity* of an official; and (ii) the possibility to cooperate with the investigations, helping the authorities to increase the prevention and deterrence effect of the law, through the use of the leniency agreement.

These changes have a component of external origin: they serve to comply with obligations of International Law and are inspired by tools originating from other countries, especially the United States. With this, they can be seen as an attempt to transplant to the Brazilian legal framework an instrument considered a *solution* for the fight against corruption, by adding —allegedly— speed and efficiency to the criminal system. For this reason, their *copy* presents a variety of risks: they are instruments originally developed in other legal systems, with other premises, under other cause-consequence relationships and based in other economic and social realities. This leads to the need to make adjustments especially considering (i) the characteristics of the Brazilian system and (ii) the undesirable results that they generate in the criminal system where they originated.

SECOND

It is important to remember how the US Supreme Court in 1970 considered valid, for the first time and against its own case law, the confession of defendants based on a promise of advantage or threat, definitively paving the way for the use of plea bargaining in criminal cases. This change was based on pragmatism: the courts were crammed with cases, which can be explained by the phenomenon of *overcriminalization* and by *due process revolution*, the latter generated under the influence of the European legal systems. This history shows that plea bargaining in the United States has its origin in trying to avoid the complete development of the criminal procedure with the rights and guarantees inherent to it. It is a reflection of the prevalence of the culture of economic liberalism, in which interests are also negotiable in the field of criminal justice, demonstrating that *time is money*, including in the seek for justice and equality. In this sense, even in current times, although the United States is a country globally

known for the efficiency of its criminal system, it is also known for having the highest percentage of incarcerated inhabitants in the world and for the existence of an excessive number of crimes (*overcriminalization*), which allows us to conclude that plea bargaining has never solved the causes of the excess of criminal cases in the courts.

THIRD

The plea-bargaining system of the United States may be the main factor in allowing that country's criminal system not to collapse. This includes agreements made with legal entities —generally as plea agreements, non-prosecution agreements and deferred prosecution agreements— which make it possible to resolve liability for crimes through the payment of fines and the return of benefits and profits obtained with the criminal conduct.

It is important to consider that, for a long time, the Department of Justice has issued guides and manuals indicating that cooperation with companies must generate the charging and conviction of the natural persons involved in the crimes. However, the —partial— data available shows that there is no relevant difference in the conviction of individuals when comparing the situations of liability of legal persons concluded after criminal proceedings versus those concluded with agreements. For this reason, it is possible to observe that the perspective of *pragmatism* also has an important role in the liability of legal entities in regards to plea bargaining: companies are, on various occasions, used as a scapegoat; they make payments of high fines and this does not seem to lead to an increase in the ability to prevent and deter crimes through the increase in the number of conviction of individuals.

FOURTH

This *time is money* perspective puts countries that try to adopt plea bargaining tools in a situation of tension, because one of the main characteristics of the development of modern criminal justice has been the limitation of the powers of the State to impose restrictions on fundamental rights. This is achieved through the recognition of defense and procedural rights. Thus, it is necessary to choose —also in Brazil— if this type of *solution* to the crisis of the criminal system is compatible with the very notion of justice based on the due process rights. This is one of the criticisms of the American criminal system: it leads, sometimes, to the —false— confession of innocent people. This tension between adding pragmatism to obtain more results and the traditions of the legal system demands a deep reflection to identify *(i)* the tools of plea bargaining that are compatible with the basic notions of a system of due process rights, *(ii)* the limits of acceptance of this *pragmatism* and what would be the *(iii)* standards of rights necessary and possible in plea bargaining. Not doing this will likely generate *authoritarian* outcomes, in view of what is happening in the

United States, in which the Supreme Court maintains procedural guarantees, but, in reality, more than ninety percent of criminal cases are solved through the plea bargaining and guilty pleas.

FIFTH

Once the use of plea bargaining in the criminal system has been chosen —especially for the most serious crimes— the changes necessary to preserve the integrity of the defense rights will represent a true innovation in the standard of criminal procedure and in its inherent rights and guarantees. This will happen because the agreements will not necessarily take place within the scope of a criminal procedure. Negotiating and agreeing actually means accepting the mutual conditions and, in the case of the person under investigation, accepting guilt —or at least not opposing to the accusation— and the sanctions related to it. In these terms, the defense rights, traditionally exercised in the course of the judicial due process, must be exercised —to a minimum degree— in another medium: in an administrative procedure. Both the negotiations and the agreements must happen under guarantees and rights traditionally developed within the criminal procedure. In addition to implying a theoretical challenge, this entails a practical implication: there will be no procedure in the traditional sense of the term. Furthermore, between the two negotiating parties, who will be responsible for ensuring that the essential rights of the party who cooperates are preserved? Although the Administration itself (or the Prosecutor's Office, especially, according to the legal framework) can do so, how to guarantee a minimum of impartiality for someone that can also be considered a party with its own interests to fight for in the negotiation? This led several countries to create a special procedure to evaluate and create uniformity to the cooperation of *criminals* with the authorities.

SIXTH

The rights applicable to criminal defense must represent limits to the State's power to impose sanctions also through negotiation, even if there are no traditional procedures in these cases. This is because the defense rights and guarantees express the values used to identify whether the administration of justice was carried out preserving the purposes of the criminal legal system: to prevent and deter, considering the liability of the guilty while guaranteeing the rights of the innocents. All this leads to an idea of due process, in the context of plea bargaining, based on notions of contradiction, limited discretion (or legality) and equality before the law, among other rights. If this is not done, it is possible that the transplant of the mechanism will face the same criticisms of the U.S. criminal system: the imbalance of forces between the authority and the person who cooperates with the investigations, the punitive excess of the agreements and, mainly, the risk of —false— confession of innocents.

SEVENTH

The *principle* —or the limit— that seems to provide the greatest guarantee that plea bargaining does not totally deviate from the purposes of Criminal Law is the search for the factual elements of the case (or the *procedural truth*). Through the identification of the minimum factual elements, it will be possible to identify a standard of culpable intent — although not definitive— that creates certainty in accepting the imposition of legal consequences through the plea agreement. In other words, the presence of factual elements leads to the solution that does not frontally infringe the due procedural rights: it creates barriers to the possible confession of innocents and in it prevents excessive conditions for whoever cooperates and pleads guilty. However, *to find* the factual elements of the truth implies costs, the use of investigative resources and the opportunity for the other *party* to come forward and present their own version of the facts, the information they have and even present evidence. For this reason, it is necessary to consider a minimum standard of factual elements —and not a definitive one, or proof beyond the reasonable doubt—. In addition, this search of the *factual elements* as a minimum standard of the negotiation increases the need to have instances of supervision of the agreements: it is necessary to have an external authority that evaluates, other than the negotiator and the criminal that cooperates, in order to reduce the risks of abuse of authority.

EIGHTH

To guarantee supervision and to the exercise of standards of due procedural rights it is necessary to have an actual *procedure* with all the documents and decisions regarding the case. In these terms, the negotiation demands a procedure that guarantees the records of the meetings, the information and the evidence provided by the cooperator, and also some records of conditions and clauses agreed upon. This actual *procedure* of the negotiation will also be the base to exercise control and supervision of the use of the plea bargaining, either by the definitive approval —as happens in Brazil in the case of the federal *leniency agreement*, approved by the highest authority of the CGU and AGU— or by the external authority, such as in the cases that the agreement is approved by the courts. It is expected that this *procedure* will be more formal than an ordinary *administrative procedure*, but it will be less formal than the *traditional* criminal procedure. In addition, it may not be so complex up to the point of transfiguring the cooperation agreement and preventing it from fulfilling its usefulness: adding speed and efficiency in the resolution of the case. At the same time, it will be key to exercising supervision of the presence of minimum factual evidence and due procedural rights.

NINTH

Assigning rights and procedural guarantees that were developed within the criminal procedure to plea bargaining must also occur in situations where non-criminal liability for the commission of crimes, especially serious crimes, is made using *administrative* sanctions. This entails the need for the minimum *procedure* that guarantees standards of defense rights and production of factual evidence also in the cooperation of legal entities under administrative liability, as happens in Brazil. That happens because, on the one hand, non-criminal liability becomes necessary for legal entities due to the difficulty of applying to them—at least in some *civil law* systems—criminal sanctions. On the other hand, because the Conventions of the United Nations and the OECD themselves provide for the possibility of using non-criminal liability for corporations, as long as their standards of procedural rights is guaranteed, and the country implements dissuasive, proportionate and effective monetary sanctions. The use of administrative sanctions must be considered a *special authorization* based on problems related to the traditions of legal systems: the administrative law is not used because the criminal conduct was less harmful; quite the contrary, it is used in an exceptional way because countries must use their best efforts to curb cases of corruption—public and private—.

TENTH

Assigning rights and guarantees to administrative liability for the commission of conduct considered crimes is necessary to prevent plea bargaining—or this type of *exceptional administrative liability*—from generating a largely unfair result. Although Criminal Law is the *ultima ratio* and Administrative Law is developed based on less rigid standards of evidence and intent, the administrative liability of legal entities for cases of corruption has foundations that tear apart the rules and systems that controls due process rights and the powers of the State. On the one hand, the same sanctions that may be applicable through a criminal conviction can be imposed on legal entities through an administrative *procedure*: fines, business closure, suspension of rights and revocation of subsidies, among others. On the other hand, the description of the *same* criminal conduct as administrative *irregularity* does not express a decision to consider the harmful potential of the conduct reduced; *v. gr.*, the Brazilian Clean Company Act, which provides for the administrative liability of legal entities for cases of *corruption*. However, this creates a distinction between—ordinary—sanctions of an administrative nature and a *special* sort of Administrative Law and administrative sanctions, which functions with close proximity to Criminal Law, representing a sort of the *ultima ratio* before the *ultima de la ultima ratio*, because both have the purpose of preventing and deterring criminal conduct.

ELEVENTH

The Brazilian legal framework, as a consequence of the way it was developed —or due to the its lack of planning— has overlapping of institutional jurisdiction in the fight against corruption. There is more than one applicable statute and there is more than one institution with jurisdiction to investigate or to sue using criminal, administrative, and civil procedures. In relation to the liability of legal entities, although there is no criminal but administrative liability for the commission of corruption, there is also overlapping of institutions with jurisdiction, as well as an apparent overlapping of statutes and procedures. However, while at first this may seem like a disadvantage, the jurisdiction of more than one institution implies a multiple system: different officials and authorities will work on the same case, evaluating the cooperation, the information and the evidence produced by the cooperating person. This will generate —in their respective scopes— several analysis and reports on the utility of the cooperation for the investigations and the public interest. In this way, the fight against corruption, according to the legal framework and its current interpretations, becomes a multi-institutional effort. At the federal level, federal auditors, public attorneys and federal prosecutors act as negotiators on behalf of the State. This scenario generates multidisciplinary analysis of the cases and allows efforts to be endeavored to find the most appropriate solution based on the various perspectives of the public interest: among others, prevention, deterrence and compensation for damages.

TWELFTH

This system, which requires the actions of multiple institutions, will generate a variety of documents and *procedures* for reaching the cooperation agreements. This creates control possibilities. On the one hand, more than one person participating representing its institution will lead to a horizontal control: an official or authority acting within the scope of the leniency agreement will have to value the opinion of the others who act in the same case. In addition, decisions may also be adopted jointly or, at least, after debate, so that the decision-making power will not be concentrated. On the other hand, multiplicity will also create more accountability: the eventual lack of convergence of the decisions of each institution may increase the scrutiny of society and the media. Likewise, the existence of multiple institutions will also be an obstacle for those persons —individually or organized— who try to co-opt the State's representatives: in practice, it will not be enough to co-opt *one* prosecutor, or *one* auditor or *one* authority to obtain a change in the outcome of the case.

THIRTEENTH

The overlapping of institutions generates various practical problems to negotiate and reach an agreement with the legal entities that are going to

cooperate, especially the need for inter-institutional collaboration. This occurs because in Brazil, in relation to the liability of legal entities for cases of corruption, there is no division on the role of the institutions with jurisdiction. In this sense, for example, there is no rule assigning the investigation of the conduct to one institution and the audit of the damages to another. In practice, what we find is a true concurrent—and overlapped—jurisdiction, in such a way that both in the Administrative *Improbability Act* and in the Clean Company Act have provisions so that more than one institution has to act in the same matter. In contrast, in the United States, for example, according to the Foreign Corrupt Practices Act, more than one institution has jurisdiction to participate, but within different scopes. The FBI has authority to investigate the commission of crimes, the DOJ to prosecute and the SEC for all matters of civil nature. This generates the need, in the Brazilian legal framework, that the solution of the case through a cooperation agreement occurs under a high degree of collaboration between the institutions. Which is aggravated by the fact that each institution is under different rules regarding internal external approval procedures of the agreements. This makes necessary to consider each approval procedure: in the case of the CGU and the AGU, their respective top leaders; and in the case of the Federal Prosecutor's Office, its respective internal approval chamber and the court with jurisdiction for the matter.

FOURTEENTH

This need for collaboration between the officials and authorities of the institutions with jurisdiction for negotiating leniency agreements is not regulated in manner that guarantees a uniform result in the cases. Although there are protocols between the CGU and the AGU, and a *technical cooperation protocol* between other federal institutions—such as the Federal Court of Accounts—the absence of a regulation with the Federal Prosecutor's Office and with the authorities at the state and municipal level creates important levels of uncertainty and lack of predictability about the outcomes of cooperating with only *some* of the institutions. This makes the legal entity that agreed to cooperate to, after signing the agreement with one or more institutions, obtain the favorable opinion of all institutions with some jurisdiction to act; or to negotiate with all the institutions *at the same time*. This *collective* negotiation has been called *balcão único para colaboração*, that is, a single window to negotiate with the State. This absence of a complete and unified procedure and the need for collaboration between institutions becomes a real *disincentive* for cooperation with the authorities. The risks that legal entities face when cooperating with *one* or *some* institutions are significant, because a "partial" agreement does not prevent the other institutions from taking action towards imposing liability on the corporation; and so are the costs of waiting for cooperation between all institutions.

FIFTEENTH

A solution to overcome these difficulties inherent to institutional overlapping jurisdiction and the need for collaboration between many institutions is to consider that the double imposition of liability of the same nature, for the same facts, on the same people and to preserve the same public interests, is inappropriate due to the principle of *non bis in idem* and the limit it presents for the sanctioning activity of the State. In this way, considering the liability of legal entities for cases of corruption, only the Clean Company Law should be applicable to the events that occurred after its entry into force. The Law 12.846 / 2013 is special and more recent than the Administrative *Improbity* Act and other normative instruments. The argument that the laws themselves provide for the application of their rules regardless of the imposition of other liability should not prevail. What remains is the independence of the spheres of sanctioning if—and only if—their application does not violate the principle of *non bis in idem*. Even in the cases where there is no express provision for revocation of the other provisions of the law. The exception would be the concomitant application of the laws related to public contracting and bidding: there is a *special* contractual relationship with the State, there is a special clause in the statute mentioning that both liabilities apply, and there is no overlapping conduct.

SIXTEENTH

It is necessary to adopt harmonize the provisions of the Clean Company Act that provide an administrative procedure for liability of the legal entities that may cooperate, a judicial process to impose more sanctions and a leniency agreement. In this sense, to prevent that the Public Administration acts in what would be deemed *double personality*, the judicial procedure for imposing additional liability must be used as a consequence to further sanction the corporations. Only in the cases whether it is necessary, as a complement of the administrative sanctions or, exceptionally and in accordance with the statute, in the case of the failure of the administrative authority to investigate and impose liability. In this way and considering the same legal entities and the same facts, the leniency agreement must prevent the use of the administrative procedure—as explicitly mentioned in the statute—or the judicial procedure.

This approach should not be considered a conflict of jurisdiction with the Prosecutor's Office. In accordance with the statute, the decision regarding the commission of the harmful act and the current action that must be taken (negotiating an agreement, starting an administrative procedure ...) is originally assigned to the Administration with jurisdiction over the case. Therefore, the jurisdiction assigned to the Prosecutor's Office must be interpreted as a consequence of the decision of the Administration to impose liability or its failure to exercise the means to it. In cases of

deviation of the Administration, for example, through the illegal use of a cooperation agreement, the appropriate course of action will be to hold the authority accountable for its fraud or fault.

SEVENTEENTH

It is important to note that the leniency agreement, in accordance with Law 12.846/2013 and its decree, sets out the incentives to cooperate into layers. These layers include measures beyond the implementation of compliance programs: the agreements require cooperation with investigations. The fines, among other factors, are reduced due to self-reporting. This serves as an incentive for companies to adopt changes in corporate culture. In this sense, these incentives are broader than the ones from other legal frameworks, that focus only on the implementation of compliance programs and guarantee broad advantages for the legal entity even if there is no cooperation with the investigations and no voluntary self-reporting. In this way, the Brazilian system enables stratified incentives for the companies to cooperate according to its effective performance in the fight against corruption. However, there is no provision of total exemption from liability, even if the legal entity adopts the most profound change in its corporate culture. In this sense, there will be the application of a fine even in the cases of an illicit performed by a rogue employee. In addition, requiring voluntary self-reporting —especially in this context of inexistence of exemption— seems like a relevant violation of the presumption of innocence and the rights against self-incrimination.

RESUMO

A corrupção, mais do que um “tipo” previsto nos códigos penais, é um fenômeno complexo: sua prática se dá com a participação de diversas pessoas físicas e jurídicas, pelo cometimento de múltiplas condutas, geralmente relacionadas a desvios e abusos de poder. Por isso, tanto a nível internacional quanto nacional existem iniciativas para criar sistemas e ferramentas que permitam um combate mais eficaz e rápido aos casos de corrupção.

O “acordo de leniência”, introduzido no Brasil por meio da Lei 12.846/2013 e que prevê a colaboração de pessoas jurídicas com a Administração, é uma ferramenta de justiça negociada que visa ampliar o combate à corrupção, estabelecendo os requisitos para que as pessoas jurídicas envolvidas nestes processos apresentem informações e provas em troca da redução em sua responsabilidade. Nesse sentido, se traduz em uma “colaboração” que acabará por gerar limitações em direitos fundamentais.

Esta tese de doutorado realiza uma análise da referida ferramenta, considerando sua origem relacionada ao Direito Internacional e a importante influência do direito de *common law* dos Estados Unidos nos mecanismos de justiça penal negociada. Além disso, apresenta uma análise crítica da colaboração das pessoas jurídicas, sua relação com os direitos e garantias que limitam a ação do Estado na imposição de restrições aos direitos fundamentais, e que são tradicionalmente desenvolvidos no âmbito do processo penal, e não na dinâmica de negociação e colaboração. Tudo isto para com o objetivo de extrair interpretações e ajustes necessários ao sistema brasileiro, para que esta modalidade de justiça negociada se traduza em um mecanismo que aumente a eficiência e a rapidez com que se combate a corrupção, sem que resulte em uma violação grave do Estado de Direito e dos limites do poder sancionatório da Administração.

PALAVRAS CHAVE

Acordos de leniência. Colaboração. Direitos e garantias. Corrupção. Pessoas jurídicas.

INTRODUÇÃO

Propor-se a estudar qualquer tema é um desafio, ainda mais quando o resultado é a apresentação de uma “tese”, que pressupõe também identificar algumas perguntas e algumas respostas a partir de pesquisa e aprendizagem. Neste caso, para seguir o conselho dos pais, de que é importante trabalhar com o que se gosta, seria importante encontrar um tema que, além de permitir uma pesquisa teórica, estivesse relacionado com a experiência prática do pesquisador e as dificuldades encontradas em sua vida profissional. Ademais, é importante que o tema, e em especial as perguntas que faz, permitam-lhe desenvolver respostas e planos para o futuro, que ao final o auxiliem a se reconhecer um profissional melhor do que era no início da tarefa.

No nosso caso, foi simples encontrar de plano uma questão inicial: o tema a ser pesquisado tinha que estar relacionado com corrupção. Entretanto, a partir dessa definição, todo o resto era complexo: qual parte da corrupção estudar: suas causas, consequências...? Como lutar contra ela: a partir da educação infantil, da participação social, ou considerando o que dizem os organismos internacionais? Todos esses temas são válidos, importantes e necessários em qualquer âmbito geográfico ao qual possamos referir o nosso estudo. Neste momento, o papel do mestre que diz ao aluno “é preciso se apaixonar pelo tema” é uma lição: é necessário identificar o que se quer e delimitar, definir o que irá ser estudado. Além disso, é necessário considerar que não encontraremos respostas simples para perguntas complexas.

Em 2013, considerando tanto obrigações internacionais como protestos que tomaram as ruas, foi aprovada no Brasil uma norma conhecida popularmente como “Lei Anticorrupção”. Pouco a pouco fomos nos ocupando de seus institutos fundamentais, concentrando toda nossa dedicação, a partir de meados de 2015, em uma ferramenta específica que prevê, o denominado “acordo de leniência”. Assim surgiu a semente que gerou esta pesquisa sobre justiça negociada e a colaboração de pessoas jurídicas em casos de corrupção.

Conforme teremos oportunidade de expor, é um tema atual e que, ao mesmo tempo, traduz-se como um desafio para os países, tanto por causa de suas tradições jurídicas quanto pelos aspectos práticos a ele relacionados. Com nosso estudo não pretendemos nem *resolver* a corrupção nem fixar uma visão monocular que permita esclarecer todos os desafios da justiça negociada e da responsabilidade das pessoas jurídicas.

Pretendemos, não obstante, lançar algumas luzes sobre as alternativas para que se utilize os instrumentos jurídicos de maneira segura, eficaz e sistêmica, em uma busca por igualdade e justiça fundamentada em noções de culpabilidade e de direitos de defesa dos acusados.

Partiremos para a luta contra a corrupção —e contra os delitos— e para fixação de responsabilidade aos culpados a partir desse enfoque. Ainda assim, com uma nuance fundamental: a responsabilização pode ser estruturada para que o acusado esteja *do mesmo lado* que o interesse público, o que será estimulado a partir de assegurar-lhe benefícios para que, além de aceitar sua responsabilidade e auxiliar na responsabilização dos outros participantes, seja assegurado um incremento no efeito preventivo e repressivo das normas aplicáveis. Por isso se trata de uma modalidade de *justiça negociada*, ao permitir que os “delinquentes” realizem acordos e, em troca de uma redução em sua sanção, aceitem sua responsabilidade, entreguem informações e juntem provas disponíveis. Nesse sentido, demonstram um “arrependimento” através de sua colaboração ativa e eficaz com as fontes institucionais de um Estado de Direito.

No Brasil, a relevância dessas questões é palpável, concreta e de máxima atualidade conforme demonstrado nos últimos cinco anos. O “Caso Lava Jato”, considerado o maior escândalo de corrupção já investigado em todo o mundo, deixa claro o papel que têm as pessoas jurídicas nos casos de corrupção e a importância que a colaboração dos criminosos com as investigações tem no combate a essas condutas, especialmente quando há o envolvimento de elites políticas —e econômicas e empresariais—. Com base em uma investigação complexa, na qual houve a colaboração de pessoas físicas e pessoas jurídicas —responsáveis pelas condutas—, foram aplicadas (e ainda se aplicam) sanções administrativas e penais, além de serem recuperados ativos desviados e ressarcidos os danos causados. Muitos dos investigados são políticos de relevância no Brasil e em outros países, além das maiores empresas de construção civil brasileiras, inclusive multinacionais.

O problema, de um lado, está assim: a colaboração de pessoas físicas e jurídicas é comprovadamente importante para a investigação da corrupção complexa. Por outro lado, o problema continua: o que significa essa colaboração? Falamos de condutas corruptas, condutas consideradas delitos, o que significa que entramos no âmbito de interesse do Direito Penal: prevenir e reprimir, ter claras as normas e as consequências de seu descumprimento na lei e aplicá-la quando for necessário. Trata-se do mesmo Direito Penal que está em *crise*: a demora para concluir um grande número de casos justifica a tentativa de implementar ferramentas seletivas, entre as quais estão as relacionadas com a justiça negociada, tudo com a finalidade de gerar rapidez e eficácia no sistema criminal, em países de *common law* e de *civil law*, independentemente do continente nos quais se situam.

Sem embargo, quando falamos da prevenção de delitos, falamos da *ultima ratio*, de normas que têm a finalidade de desincentivar condutas indesejáveis socialmente e de castigar os responsáveis; falamos de um interesse público tão relevante que permite uma profunda limitação a direitos fundamentais. Entretanto, quando nos referimos à justiça negociada, estamos tratando de soluções *não processuais* no sentido tradicional do termo, mas de soluções obtidas através de um acordo entre as partes. O Direito *moderno* pressuporia alguma incompatibilidade entre essas duas coisas: se há um interesse público tão importante —falamos de corrupção complexa, e não de delitos de bagatela—, como atribuir a uma autoridade a capacidade para de ele dispor?

Ainda que em crise, se não desnaturalizamos o *modelo* do Direito Penal (ou deveríamos dizer, do direito sancionador?), deveríamos obter um resultado que gere a repressão e a prevenção, e que o faça garantindo a igualdade de tratamento e a confecção dos ideais de justiça. A responsabilidade das pessoas jurídicas cumpre isto parcialmente: impor sanção às empresas envolvidas em um *delito* é uma maneira de garantir a responsabilização por ter obtido benefício através da prática de um ilícito. Nesse sentido, é uma maneira de tratar com igualdade na medida de sua culpabilidade. Esse seria, então, o primeiro desafio: obter um resultado justo através da justiça negociada.

O que se pode alcançar a partir de um processo em um modelo *garantista* é sancionar os culpáveis assegurando as garantias e direitos processuais dos inocentes. Mas a justiça negociada funciona sobre acordos e concessões —que idealmente seriam sinalagmáticas?— obtidos através de uma negociação prévia. Nisso reside o segundo desafio: quais garantias e que direitos irão instruir essas *conversas* entre a acusação e a defesa se não existe um processo completo, até mesmo porque o resultado buscado com as negociações é exatamente abreviar ao máximo o processo ou até evitá-lo?

Se tudo isso fosse pouco, estamos circunscritos ao âmbito da responsabilidade das pessoas jurídicas, que geralmente não têm *vontade própria* (e, portanto, têm culpabilidade?), e não podem sofrer medidas de restrição de direitos à liberdade, por exemplo. Dessa maneira, até mesmo o Direito Internacional, quando obriga que os países imponham responsabilidade às empresas, permite que seja utilizado o Direito Administrativo ou Civil, com a finalidade de garantir que sejam respeitadas as tradições de cada sistema jurídico. Além disso, reforça que é necessário encontrar um equilíbrio: assegurando os direitos processuais e o caráter dissuasório das sanções.

Isto foi o que foi feito no Brasil: faz anos que foi adotada a responsabilidade administrativa para as pessoas jurídicas envolvidas em pagamentos de suborno a agentes públicos nacionais e estrangeiros, com a Lei 12.846/2013. E de isto emerge o terceiro desafio: é necessário dispor de interesses públicos relevantes através de acordos, sem o suporte processual

para o exercício de direitos e garantias e isto ocorre no âmbito de responsabilidade *administrativa* das pessoas jurídicas!

Há uma infinidade de possíveis estratégias para estudar um tema como este e seus problemas e desafios. Não obstante, para chegar ao final, é necessário decidir por um caminho. Nesse sentido, para aprofundar na colaboração de pessoas jurídicas no Brasil por condutas relacionadas à corrupção, é necessário começar a pesquisa com o sistema nacional, conforme mencionado, não somente de Direito Penal, mas também considerando o Direito Administrativo Sancionador e sua relação com a responsabilidade das pessoas jurídicas na prevenção de delitos. Entretanto, estudar o tema considerando exclusivamente o sistema brasileiro não parece ser a estratégia mais adequada —nem, muito menos, suficiente— para tentar esclarecer algumas nuances do complexo desafio que esse estudo apresenta. Ainda que não se pretenda ser exaustivo sobre *tudo* o que representa uma ferramenta de justiça negociada, sua relação com o processo e com o desenvolvimento dos sistemas jurídicos, é necessário pesquisar algo de sua origem, tanto no Brasil quanto no exterior. Afinal de contas, a ferramenta está prevista na legislação brasileira, mas foi criada para cumprir compromissos internacionais assumidos para lutar contra a corrupção. Porque a luta contra a corrupção é um tema global e que gerou a confecção de normas de Direito Internacional: convenções que contêm previsões que obrigam os países a adotar medidas específicas nesse combate, que incluem implementar leis, tipificar delitos e assignar competências de combate à corrupção para órgãos especiais. No caso do Brasil se destacam especialmente as convenções das Nações Unidas — contra a corrupção e a contra a delinquência organizada—, e as convenções contra a corrupção da Organização dos Estados Americanos e da Organização para Cooperação e para o Desenvolvimento Econômico.

A importância dessas convenções se estende aos seus mecanismos de implementação, que promovem a avaliação das medidas adotadas pelos países e sobre isto emitem relatórios e recomendações. Por isto é importante estabelecer relações entre o sistema brasileiro e o que prescrevem essas convenções e estes organismos internacionais, tanto no que se relaciona com a responsabilidade de pessoas jurídicas quanto no que se relaciona com os acordos de colaboração e a concessão de benefícios aos delinquentes que colaborem com as investigações. Nesse aspecto, é possível *beber* das boas práticas e das recomendações relacionadas aos programas de *compliance* e aos incentivos sistêmicos para sua adoção.

Também é necessário considerar que este é o Direito Internacional ao qual se submete o Brasil, mas não é o único modelo relevante no âmbito supranacional: é importante reconhecer que a justiça negociada, pelo menos em parte, provém de fora do país. Por um lado, os sistemas jurídicos dos outros países, com seus acertos e erros, são uma fonte de comparação relevante. Isto faz com que seja importante tentar observar os elementos

dos sistemas europeus —e outros— que servem como referência, porque seu estudo permite identificar os desafios que enfrentaram e como tentaram solucioná-los.

De outro lado, é impossível não reconhecer, considerando o papel de cada país, a influência dos Estados Unidos no desenvolvimento das convenções que servem de referência para o Brasil, e do histórico da justiça negociada em seu sistema criminal de *comon law*. A lei estadunidense de 1977 —*Foreign Corrupt Practices Act*— é conhecida fonte de *inspiração* das referidas convenções de luta contra a corrupção que obrigam o Brasil (e a quantos outros países?) a tipificar o pagamento de suborno transnacional —e a responsabilizar pessoas jurídicas por esses ilícitos—. Além disso, foi nesse país anglo-saxão que, modernamente, a noção da utilidade da justiça negociada no sistema criminal com a finalidade de gerar rapidez e eficácia se expandiu.

Também é importante registrar que a justiça negociada não é algo inerente aos sistemas de *common law*. Em realidade, sua utilização na forma de *plea agreements*, com redução da sanção ou dos delitos imputados, foi aprovada pela primeira vez pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1970. Antes disso, os precedentes —inclusive do *common law* inglês—previam expressamente a impossibilidade de aceitar a confissão dos acusados quando precedida de promessas de *vantagens* (redução da sanção) ou de *ameaças* (de aumento da sanção) por parte da acusação pública. Essa alteração de precedente ocorreu em uma época em que havia um excesso de casos para ser decididos pelo sistema de justiça criminal, por um lado devido ao fenômeno da *overcriminalization*, e por outro lado devido ao reconhecimento —também pela Suprema Corte e com influência do sistema de Direito continental europeu— da necessidade de assegurar os direitos e garantias processuais na atividade de punir.

Este “sistema de *pleas*” está fortemente relacionado com a responsabilidade das pessoas jurídicas. Com base nele e nas necessidades da administração —e do mercado— foram desenvolvidas ferramentas de justiça negociada com requisitos e com consequências distintas. Em alguns casos se demanda a colaboração com as investigações e, em outros, somente a confissão e a renúncia ao direito ao processo. Isso ocasiona, em algumas situações, uma sentença condenatória penal e suas consequências acessórias e, em outras, uma resolução sem nenhum registro penal.

Todas essas experiências dos outros países —e essas ferramentas de justiça negociada— geram casos e dados que podem ser estudados e permitem fazer críticas sobre seus efeitos para a solução dos conflitos. Tudo isto considerando, inclusive, os ideais de igualdade e justiça que fundamentam o poder do Estado de punir com a finalidade de gerar prevenção e repressão dos delitos. Especialmente nos Estados Unidos, por causa do seu histórico, do desenvolvimento do seu sistema criminal e de sua atuação no *enforcement* transnacional de combate à corrupção.

Em concreto, querer estudar e compreender a integralidade dos aspectos de todo o mencionado se configura como uma tarefa impossível, ou pelo menos hercúlea. Não obstante, é preciso identificar suas características principais para estabelecer as críticas essenciais, as causas e consequências próprias de cada sistema e as premissas existentes que permitem produzir resultados desejáveis e, eventualmente, outros indesejáveis. E isto se faz a partir de dois pontos de vista: sempre tentando identificar o que está implementado como norma e qual o seu propósito; e também tentando identificar se, na prática, esses propósitos são concretizados e se são desejáveis. Nesse sentido, nosso plano de investigação inclui compreender as premissas formais e práticas relacionadas ao tema nesses outros sistemas, em um standard mínimo suficiente para retornar de maneira mais pertinente e cabal à análise inicial: o sistema brasileiro.

Dessa maneira, o que se pretende não é fundamentar um estudo comparado, mas sim permitir uma análise do acordo de colaboração das pessoas jurídicas da lei brasileira. Isto restrito às condutas relacionadas à corrupção que incluam a origem desses conceitos: corrupção e suborno, colaboração e responsabilidade de pessoas jurídicas. Somente considerando esta origem —digamos, exógena— é possível voltar o olhar para a Lei 12.846/2013 e seu acordo de leniência, analisar seus fundamentos e fazer um contraste com as outras ferramentas de colaboração previstas no sistema brasileiro, em um intento claro de apresentar a *peça* relacionada às pessoas jurídicas no *quebra-cabeças* que é a responsabilidade —penal e não-penal— por condutas relacionadas com corrupção no Brasil.

Assim procedemos porque o desenvolvimento do sistema brasileiro ocorreu num contexto de transplante de ferramentas jurídicas estrangeiras, principalmente de procedência estadunidense. E não há como decifrar esse processo de implementação sem compreender um mínimo de sua origem, finalidade, premissas e falhas, para finalmente esforçar-se e contrastar ao máximo e, quiçá extrair, dessa comparação, alguma resposta útil.

As ferramentas que permitem a colaboração dos criminosos a troca de benefícios são uma realidade e o que se pretende, nesse aspecto, é andar pelo caminho do meio: nem renega-las nem assumir sua perfeição, mas sim a elas fazer críticas com o propósito de identificar a possibilidade de que sejam utilizadas sem vulnerar —em excesso?— as premissas do Direito Penal —ou do Direito Sancionador— e assegurar que conservem alguma utilidade prática para o sistema de prevenção de condutas. Sendo assim, com essas diretrizes, a apresentação do resultado de nossa pesquisa foi dividida em quatro partes.

Em primeiro lugar, será apresentada a relevância da colaboração de pessoas jurídicas no Brasil nos casos de corrupção, o que é exemplificado através dos casos “Lava Jato” e Odebrecht. Esses exemplos também servem para demonstrar como o sistema brasileiro é intrincado, com uma

sobreposição de leis e de *responsabilidades* de igual natureza, mas diferentes, aplicáveis a pessoas físicas e pessoas jurídicas. Também é possível perceber, a partir desses relevantes casos, a importância da colaboração dos criminosos na luta contra a corrupção das elites políticas: talvez a corrupção com mais influência e relevância devido ao seu grande potencial de gerar consequências danosas para a sociedade e para o interesse público, e não somente no Brasil, mas incluindo reflexos internacionais.

A partir desse desafio concreto, na segunda parte se apresenta o que seriam as bases para a colaboração das pessoas jurídicas. Para isto, é essencial, num primeiro momento, encontrar no Direito Internacional e no Direito de outros países os fundamentos da Lei 12.836/2013 brasileira: sua inspiração e sua finalidade. Fazemos isto a partir de uma análise das convenções relacionadas com o tema, outros documentos emitidos pelos organismos internacionais e considerando o reflexo que estas normas tiveram também nos sistemas dos outros países, como demonstração de que o Brasil não está sozinho nesse desafio.

Esse planejamento provoca a necessidade de desenvolver uma parte relevante da pesquisa nos Estados Unidos, que se ergue como uma das principais fontes para o Direito Internacional nesses assuntos, demandando a identificação das instituições e atores necessários para apresentar um histórico do desenvolvimento da colaboração das pessoas jurídicas nos casos da prática de delitos, e assim compreender seus fundamentos e sua finalidade de assignar *rapidez e eficácia* na resolução de muitos casos. A isto se acrescenta a necessidade de identificação dos problemas relacionados ao uso —excessivo?— da justiça negociada no sistema criminal estadunidense, tanto de maneira geral quanto no que se refere especificamente à responsabilidade das pessoas jurídicas, assim como de identificar as tensões e distorções que esse uso causa, finalmente, na própria noção de Direito Penal na sua dupla face preventiva e repressiva.

Este paradigma externo é analisado, na terceira parte, a partir da concepção do sistema de luta contra prática de delitos, considerando a necessidade de impor responsabilidade aos culpáveis, garantindo os direitos dos inocentes, em um standard de busca de verdade processual. Essa análise é feita de maneira comparada com o Direito Administrativo Sancionador, em especial considerando sua utilização tradicional e *especial* no Brasil: para impor consequências jurídicas por condutas tipificadas como delitos, como por exemplo, para casos de suborno e tráfico de influências.

Com isto é possível identificar princípios e garantias de defesa relevantes para o processo penal —e, em consequência, o processo administrativo? do Brasil—, sua aplicabilidade às pessoas jurídicas como garantias também da consecução dos valores subjacentes da própria concepção de potestade punitiva estatal, de *ultima ratio*, que fundamenta a

imposição de sanção como verdadeiras restrições a direitos fundamentais. Assim, seria possível propor, com algum esforço interpretativo e de comparação entre os países, qual o papel das garantias —processuais?— na negociação de acordos de colaboração; e não porque esses acordos são realizados no âmbito de um processo —na concepção judicial e formal—, mas porque significam, finalmente, o exercício estatal de poderes de limitação de direitos fundamentais em uma busca de confecção de justiça e igualdade.

Por último, na quarta parte, o sistema de colaboração das pessoas jurídicas previsto na Lei 12.846/2013 é analisado, considerando as premissas fáticas e formais apresentadas anteriormente, num contraste introspectivo como parte do próprio sistema brasileiro de luta contra a corrupção, de outras leis aplicáveis e seus desafios e dificuldades. Também se apresenta uma análise para “fora”, considerando o que se compreende da própria origem e finalidade das ferramentas adotadas, suas vantagens e desvantagens, o que permite terminar com a certeza de que a justiça negociada não é a única resposta nem é um *remédio mágico* como se propaga, muitas vezes, para a crise do sistema de justiça, ainda que seja uma alternativa possível.

CONCLUSÕES

PRIMEIRA

A aprovação da Lei da Empresa Limpa (Lei 12.846/2013) acrescentou dois eixos importantes ao ordenamento jurídico brasileiro no combate à corrupção: (i) a responsabilidade das pessoas jurídicas para esses casos, que já existia de forma limitada quando há relação contratual com a Administração ou em decorrência de responsabilidade por improbidade administrativa de um servidor público; e (ii) a possibilidade de que a colaboração com as autoridades auxilie a Administração a aumentar o potencial de prevenção e repressão do direito sancionador, por meio de expedientes de justiça negociada.

Essas mudanças têm um componente de origem externa: servem para cumprir obrigações de Direito Internacional e se inspiram em ferramentas originárias de outros países, principalmente dos Estados Unidos. Com isto, podem ser consideradas como uma tentativa de transplantar, para o sistema brasileiro, medidas consideradas uma *solução* para o combate à corrupção, ao agregar —supostamente— rapidez e eficiência ao sistema de prevenção de crimes. Por essas razões, sua *cópia* apresenta riscos variados: são ferramentas originalmente desenvolvidas em outros ordenamentos jurídicos, com outras premissas, com outras relações de causa-consequência e inseridas em outras realidades econômicas e sociais. Isso leva à necessidade de ajustes, principalmente considerando (i) as características do sistema brasileiro e (ii) os resultados indesejáveis que geram em seu sistema penal original.

SEGUNDA

É importante lembrar que a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1970 considerou válida, pela primeira vez e contra seus próprios precedentes, a confissão baseada em promessa de vantagem ou ameaça, abrindo caminho definitivamente para o uso da justiça negociada em processos criminais —*plea bargaining*—. Esta mudança foi baseada em motivos de pragmatismo: os tribunais estavam abarrotados de processos, o que se explica pelo fenômeno da *overcriminalization* e pela reforma do devido processo, esta última originada a partir da influência dos sistemas jurídicos continentais. Este histórico mostra que a justiça negociada nos Estados Unidos tem sua origem na tentativa de evitar o completo desenvolvimento do processo penal, com os direitos e garantias a ele inerentes, reflexo da prevalência da cultura do liberalismo econômico, em

que os interesses também são negociáveis no campo da justiça criminal, como uma demonstração de que *time is money* inclusive na busca por justiça e igualdade. Desta forma, ainda que nos tempos atuais os Estados Unidos sejam um país conhecido pela eficiência do seu sistema penal, também são conhecidos por ter o maior percentual de habitantes encarcerados do mundo e pela existência excessiva de tipos de delitos (*overcriminalization*), o que permite concluir que a justiça negociada nunca resolveu as causas do excesso de processos criminais nos tribunais.

TERCEIRA

A justiça negociada dos Estados Unidos pode ser o principal fator para permitir que o seu sistema criminal não entre em colapso. Inclui os acordos celebrados com pessoas jurídicas —geralmente como *plea agreements*, *non-prosecution agreements* e *deferred prosecution agreements*—, que permitem impor responsabilidade por crimes através do pagamento de multas e da devolução dos lucros obtidos com a conduta criminosa.

É importante considerar que, por muito tempo, o *Department of Justice* possui guias e manuais indicando que os acordos de colaboração com as empresas devem gerar o necessário para efetuar a imputação e a responsabilidade das pessoas físicas envolvidas nos atos ilícitos. No entanto, os dados —parciais— disponíveis revelam que não existe uma diferença relevante na imposição de responsabilidade às pessoas físicas quando se compara as situações de responsabilidade das pessoas jurídicas concluídas através de processo penal e as resolvidas através de acordos de colaboração. Por este motivo, é possível observar que a perspectiva do *pragmatismo* também tem um papel importante na responsabilidade das pessoas jurídicas no domínio da justiça negociada: as empresas são, em várias ocasiões, utilizadas como bode expiatório, pagam multas elevadas e isto não parece levar a um aumento da capacidade de prevenir e reprimir crimes através do incremento do número de pessoas —físicas— às quais é imposta a responsabilidade.

QUARTA

Essa perspectiva de *negócio* coloca os países que tentam adotar ferramentas de justiça negociada em situação de tensão, pois uma das principais características do desenvolvimento da justiça penal moderna tem sido a limitação dos poderes do Estado de impor restrições aos direitos fundamentais, o que é feito mediante o reconhecimento de direitos e garantias de defesa no âmbito do processo. Assim, é preciso escolher —também no Brasil— se esse tipo de *solução* para a crise do sistema penal é compatível com a própria noção de justiça baseada na garantia dos direitos dos inocentes. Aliás, essa é uma das críticas ao sistema estadunidense: gera —em algumas vezes— à confissão —falsa— de inocentes. Esta tensão entre agregar pragmatismo para obter mais resultados e as tradições do

ordenamento jurídico exige uma reflexão profunda para identificar (i) os instrumentos de justiça negociada compatíveis com as noções básicas dos sistemas de garantia, (ii) os limites de aceitação deste *pragmatismo* e quais que seriam (iii) os padrões de garantias necessárias e possíveis na justiça negociada. Caso contrário, corre-se o risco de gerar soluções autoritárias, tendo em vista o que acontece nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte mantém garantias processuais, mas, na realidade, mais de noventa por cento dos processos criminais são resolvidos por meio de acordos de negociação fundamentados em confissão.

QUINTA

Uma vez decidido por usar a justiça negociada na esfera penal — especialmente nos casos dos crimes mais graves—, as mudanças necessárias para preservar a integridade de um sistema de garantias representarão uma verdadeira inovação do paradigma do processo penal e de seus direitos e garantias inerentes, porque a negociação não será necessariamente conduzida no âmbito de um processo penal. Negociar e pactuar significa, na realidade, aceitar condições mútuas e, no caso do investigado, aceitar a sua culpa —ou pelo menos não se opor à sua acusação— e a responsabilidade a ela relacionada. Nestes termos, os princípios relativos à defesa, tradicionalmente exercidos no curso do processo judicial, devem ser exercidos —em grau mínimo— em outro meio: no processo administrativo. Nesse sentido, tanto as negociações quanto os acordos em questão devem garantir direitos tradicionalmente desenvolvidos no processo penal, o que, além de implicar um desafio teórico, acarreta uma implicação prática: não haverá processo, entendido no sentido tradicional judicial. Além disso, entre as duas partes negociadoras, qual será responsável por garantir que os direitos essenciais da parte colaboradora sejam preservados? Embora a própria Administração (ou o Ministério Público, segundo a especificidade do ordenamento jurídico) possa fazê-lo, como garantir um mínimo de imparcialidade para quem também pode ser considerado responsável pela defesa de interesses na negociação? Isto leva vários países a tentarem identificar um procedimento especial para avaliar e homologar as colaborações.

SEXTO

Os princípios aplicáveis à defesa criminal devem oferecer o conteúdo limitador da ação do Estado de impor sanções por meio de negociação, mesmo que não se trate, nesses casos, de um *processo*. Isso porque os princípios —como garantias e direitos de defesa— expressam os valores usados para avaliar se a administração da justiça foi realizada preservando os propósitos do sistema de prevenir e reprimir, considerando o binômio promover a responsabilidade dos culpados, garantindo os direitos dos inocentes. Tudo isso leva à discussão, em sede de justiça negociada, de uma

ideia de devido processo legal, com conteúdo de contradição, legalidade (ou discricionariedade regulada) e igualdade perante a lei, entre outros. Se isso não for feito, é possível que o transplante da ferramenta enfrente as mesmas críticas do sistema estadunidense: o desequilíbrio fático entre as forças da autoridade e do colaborador, o excesso punitivo dos acordos e, principalmente, o risco de confissão —falsa— de inocentes.

SÉTIMA

O princípio —ou o limite— que parece oferecer a maior garantia de que a justiça negociada não se desvie totalmente dos fins do Direito Penal é a busca da verdade material em um grau mínimo essencial. Por meio da identificação de um *standard* factual das condutas, será possível identificar também um padrão de culpa —embora não definitivo— que gere a segurança necessária para aprovar a imposição de consequências jurídicas por meio de um acordo de colaboração. Ou seja, a comprovação mínima dos fatos e de suas circunstâncias auxilia na condução de uma solução que não viole frontalmente os direitos dos acusados: que crie barreiras à possível confissão de inocentes e limite a definição de condições excessivas para o colaborador. Porém, *encontrar* o suporte documental para a verdade significa custos, implica na utilização de recursos investigativos e na oportunidade da outra parte se manifestar e apresentar sua versão dos fatos, das informações de que dispõe e até mesmo apresentar provas. Por isso, é importante considerar um padrão mínimo —e não exauriente— que ao final gere um tipo de verdade *processual* suficiente. Além disso, essa busca de uma verdade na negociação reforça a necessidade de um controle do acordo: por meio de uma autoridade que o aprove —ou o homologue— com a finalidade de reduzir possíveis riscos de abuso de autoridade.

OITAVA

Um suporte físico documental é essencial para que ocorra o controle e o exercício das normas de direitos e garantias. Nestes termos, a negociação exige um procedimento que garanta o registro das reuniões, as informações e as provas entregues, a dinâmica de negociação das cláusulas e das condições acordadas. Esse suporte físico da negociação também será o substrato para o exercício do controle do uso da justiça negociada, seja através da decisão definitiva —como ocorre no Brasil no caso do acordo de leniência da jurisdição federal, aprovado pela autoridade máxima da CGU e AGU— seja nos casos em que o acordo requeira a homologação pela autoridade judicial competente. É natural que esse suporte seja mais rígido que um mero procedimento e menos formal que o processo penal tradicional. Além disso, não pode ser tão complexo a ponto de se traduzir em um somatório de formalidades que impeçam que o instrumento de justiça negociada cumpra sua utilidade de agregar agilidade e eficiência na resolução do caso. Ao mesmo tempo, será a chave para controlar a

preservação do modelo de construção da verdade e de preservação de direitos.

NONA

A atribuição de direitos e garantias processuais de natureza originalmente penal às ferramentas de justiça negociada também deve ocorrer nas situações em que o Direito Administrativo sancionador é utilizado para impor responsabilidades não-criminais pela prática de crimes, especialmente crimes graves. Isso implica a necessidade de uma formalização mínima que garanta padrões de direitos e produção de verdade também na colaboração de pessoas jurídicas em sede de responsabilidade administrativa, como acontece no Brasil: de um lado, a responsabilidade não-criminal é necessária devido à dificuldade de aplicar às pessoas jurídicas —pelo menos em alguns sistemas de *civil law*— institutos tradicionalmente penais; por outro lado, as próprias convenções das Nações Unidas e da OCDE preveem a possibilidade de recorrer à responsabilidade não-penal das pessoas jurídicas, garantindo-lhes padrões de direitos processuais necessários para impor sanções financeiras dissuasivas, proporcionais e eficazes. A utilização do direito administrativo sancionador deve ser considerada uma *autorização especial* baseada em problemas relacionados com as tradições dos sistemas jurídicos: a utilização deste ramo do direito não é feita porque a conduta tem baixa lesividade; muito pelo contrário, é feita de forma excepcional porque os países devem envidar seus melhores esforços para conter os casos de corrupção —públicos e privados—.

DÉCIMA

A atribuição de direitos e garantias à responsabilidade administrativa pela prática de condutas consideradas crimes é necessária para evitar que a justiça negociada —ou esta responsabilidade administrativa excepcional— gere um resultado majoritariamente injusto. Embora o Direito Penal seja a *ultima ratio* e o Direito Administrativo se desenvolva com base em padrões menos rígidos de produção probatória e culpabilidade, a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas pelos casos de corrupção tem fundamentos que geram uma verdadeira desestabilização do escalonamento das garantias e dos poderes do Estado. Por um lado, as mesmas sanções que podem ser aplicadas por meio de sentença penal podem ser aplicadas às pessoas jurídicas por meio de processo administrativo: multa, fechamento de negócios, suspensão de direitos e revogação de subsídios, entre outras. Por outro lado, a descrição da mesma conduta delituosa como *irregularidade* administrativa não expressa uma decisão de considerar reduzido o potencial nocivo da conduta; *v. gr.*, a Lei da Empresa Limpa, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica nos casos de corrupção. No entanto, isto leva a falar de um

Direito Administrativo sancionador —*genérico*— e um Direito Administrativo sancionador *especial*, que funciona como âmbito de responsabilização principal, com especial proximidade ao Direito Penal, numa espécie de *ultima ratio* antes da *ultima de la ultima ratio*, e ambos para fins de prevenção e repressão a delitos.

DÉCIMA PRIMEIRA

O sistema brasileiro, pela forma como foi proposto —ou devido à falta de planejamento adequado— gera sobreposição de competências institucionais no combate à corrupção: há mais de uma lei aplicável e mais de uma instituição competente para investigar e atuar em processos, que podem ser de natureza criminal, administrativa ou civil. Especificamente em relação à responsabilidade das pessoas jurídicas, ainda que diante de condutas de corrupção, não há responsabilidade criminal e sim administrativa, há também uma concorrência institucional, bem como uma aparente sobreposição de leis e processos. No entanto, se a princípio isso pode parecer uma desvantagem, a competência de mais de uma instituição supõe um sistema múltiplo: a atuação de vários funcionários e autoridades se dará avaliando a colaboração, informações e provas apresentadas pelo colaborador e produzirá —nos seus respectivos âmbitos— pareceres e relatórios sobre a utilidade da colaboração e o atendimento do interesse público. Dessa forma, o combate à corrupção, segundo a lei e as interpretações atuais, torna-se um esforço multi-institucional: no âmbito federal, auditores federais, advogados públicos e procuradores atuam como negociadores em nome da Administração. Este cenário normativo e institucional gera uma análise multidisciplinar dos casos e permite envidar esforços para encontrar a solução mais adequada a partir das várias perspectivas de interesse público: entre outras, prevenção, repressão e reparação de danos.

DÉCIMA SEGUNDA

Esse sistema, que requer a atuação de múltiplas instituições, vai gerar diversos documentos e procedimentos para a formalização das negociações. Isso cria possibilidades de controle. Por um lado, a própria circunstância de estar participando mais de uma pessoa representando sua instituição significa uma possibilidade e um controle horizontal: um servidor ou autoridade que atue no âmbito do acordo de leniência deverá respeitar a opinião dos demais que atuem no mesmo caso. Além disso, as decisões também podem ser tomadas em conjunto ou, pelo menos, após debate, de forma que o poder de decisão será desconcentrado. Por outro lado, a multiplicidade também gerará mais necessidade de prestar contas: a eventual divergência de decisões institucionais pode aumentar o escrutínio da sociedade e da mídia. Da mesma forma, a existência de múltiplas instituições também será um obstáculo para aquelas pessoas —

individualmente ou organizadamente— que tentam cooptar a Administração: na prática, não será suficiente cooptar *um* procurador, ou *um* auditor ou *uma* autoridade para obter uma alteração no resultado do caso.

DÉCIMA TERCEIRA

A concorrência institucional gera vários problemas práticos para negociar e chegar a um acordo com as pessoas jurídicas colaboradoras, especialmente a necessidade de cooperação interinstitucional. Isso ocorre porque, no Brasil, em relação à responsabilidade das pessoas jurídicas por casos de corrupção, não há divisão de competências entre as instituições; por exemplo, não há atribuição de investigar a conduta a uma instituição e à outra, a auditoria para identificar os danos causados. Na prática, o que encontramos é uma verdadeira competência concorrente —e sobreposta—, de tal forma que tanto a Lei de Improbidade Administrativa quanto a Lei da Empresa Limpa contêm disposições para que mais de uma instituição atue no mesmo caso. Em contrapartida, nos Estados Unidos, por exemplo, de acordo com o *Foreign Corrupt Practices Act*, também existe uma jurisdição para que mais de uma instituição atue, mas com finalidades diferentes: o FBI para investigação da prática de crimes, o DOJ para fazer a imputação penal e a SEC para todas as questões de natureza civil. Isso gera a necessidade, no sistema brasileiro, de que a solução do caso por meio de um acordo de colaboração ocorra sob um alto grau de cooperação entre as instituições, até porque os procedimentos de negociação, aprovação e homologação são diferentes em cada uma das instituições, o que torna necessário que a referida cooperação tenha que considerar as diferentes instâncias de aprovação interna: no caso da CGU e da AGU, seus respectivos dirigentes; e, no caso do Ministério Público Federal, seu respectivo órgão interno de homologação e autoridade judicial competente para conhecer o processo.

DÉCIMA QUARTA

Essa necessidade de cooperação entre os agentes e as autoridades das instituições responsáveis pela negociação e assinatura dos acordos de leniência não é, atualmente, regulada por uma regra que garanta um resultado uniforme dos casos. Embora existam protocolos normativos entre a CGU e a AGU, e o acordo de cooperação técnica entre outras instituições federais —como o Tribunal de Contas da União—, a ausência de regulamentação com o Ministério Público Federal e com as unidades de controle em âmbito estadual e municipal faz com que não existam níveis de certeza e previsibilidade sobre a colaboração realizada apenas com *algumas* das instituições. Isso cria a necessidade de as pessoas jurídicas potencialmente colaboradoras, após a assinatura do acordo com uma ou mais instituições, obterem parecer favorável de todas as instituições com

algum tipo de competência para atuar; ou negociarem com todas as instituições ao mesmo tempo, o que tem sido chamado de *balcão único* de negociação com a Administração. A ausência de um procedimento completo e unificado e a necessidade de cooperação entre instituições se tornam verdadeiros *desincentivos* à colaboração: os riscos que as pessoas jurídicas enfrentam ao colaborar com uma ou algumas instituições são significativos, porque um acordo "parcial" não impede que as demais instituições adotem medidas para responsabilizar; e também são significativos os custos de esperar pela cooperação entre todas as instituições.

DÉCIMA QUINTA

Uma solução para superar essas dificuldades inerentes à concorrência institucional e à necessidade de cooperação entre muitas instituições é adotar uma interpretação na aplicação da lei: a dupla imposição de responsabilidades da mesma natureza, pelos mesmos fatos, sobre o mesmas pessoas e para preservar os mesmos interesses públicos, é inadequada, devido aos limites que o princípio do *non bis in idem* representa para a ação punitiva e sancionatória do Estado. Dessa forma, considerando a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos casos de corrupção, apenas a Lei da Empresa Limpa deve ser aplicada aos eventos ocorridos após sua entrada em vigor: sim, a Lei 12.846/2013 é *especial* e cronologicamente mais *recente* que a Lei de Improbidade Administrativa e outros instrumentos normativos. Não deve prevalecer o argumento de que as próprias leis preveem a aplicação de suas regras independentemente das demais responsabilidades: o que resta é a independência das esferas de responsabilidade se --e somente se-- sua aplicação não violar o princípio do *non bis in idem*, embora não haja disposição expressa de revogação dos demais dispositivos legais. A exceção seria a aplicação concomitante das leis relativas às compras públicas e licitações: há sujeição especial a essas leis em razão da existência de licitação, há disposição normativa expressa e não há sobreposição de condutas.

DÉCIMA SEXTA

É necessário adotar uma interpretação que harmonize os dispositivos da Lei da Empresa Limpa que preveem, com as empresas jurídicas colaboradoras, processo administrativo de responsabilidade, processo judicial de responsabilidade e acordo de leniência. Neste sentido, para evitar que nestas situações a Administração possa atuar com *dupla personalidade*, o processo judicial de responsabilidade deve ser ou uma consequência da necessidade de aplicação de sanções complementares — nos casos necessários— das sanções aplicadas no processo administrativo; ou, excepcionalmente e de acordo com as disposições legais, utilizado no caso de omissão da autoridade administrativa em investigar e responsabilizar. Dessa forma, o acordo de leniência deve significar a

impossibilidade de recorrer a um procedimento administrativo —o que é claro no ordenamento jurídico— ou a um processo judicial, sempre considerando as mesmas pessoas jurídicas e os mesmos fatos.

Esta abordagem não deve ser considerada como uma invasão das competências funcionais do Ministério Público: a competência prevista na lei para decidir sobre a prática do ato lesivo e sobre o procedimento (contrato, processos...) é originalmente atribuída à Administração Pública responsável pelo processo administrativo de responsabilidade e o acordo de leniência. Portanto, a competência atribuída ao Ministério Público deve ser interpretada como consequência da responsabilidade administrativa ou do seu não exercício. Nos casos de desvios da Administração Pública, por exemplo por meio da assinatura de acordo de leniência sem os elementos da lei, o adequado será buscar a responsabilidade da autoridade administrativa, conforme a sua culpabilidade.

DÉCIMA SÉTIMA

É importante destacar que o acordo de leniência da Lei 12.846/2013 e sua regulamentação escalonam os incentivos para colaborar também para além da implementação de programas de *compliance*: os acordos exigem colaboração com as investigações e a multa pode ser reduzida, entre outros fatores, quando o colaborador fizer reporte voluntário das condutas ilícitas. Isso serve como um incentivo para as empresas adotarem mudanças na cultura corporativa, diferentemente de outros sistemas que incentivam a adoção de programas de *compliance* e garantem amplas vantagens à pessoa jurídica ainda que não haja reporte voluntário e colaboração com entrega de informações e provas sobre o delito e as pessoas envolvidas. Dessa forma, o sistema brasileiro permite que os benefícios assignados à empresa sejam estratificados de acordo com sua atuação efetiva no combate à corrupção. Porém, não há previsão de isenção total de responsabilidade, ainda que a pessoa jurídica adote a mais profunda mudança em sua cultura empresarial; ou seja, mesmo em casos de *rogue employee*, haverá aplicação de multa. Além disso, exigir o reporte voluntário prévio —especialmente neste contexto de impossibilidade de isenção de responsabilidade— parece ser uma violação importante do princípio da presunção de inocência.