

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

VANESSA CHIARI GONÇALVES

JORGE BHERON ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Jorge Bheron Rocha; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Vanessa Chiari Gonçalves. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-858-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 16 de novembro de 2023, durante XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Fortaleza-CE, no Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023, com o tema ACESSO À JUSTIÇA, SOLUÇÕES DE LITÍGIOS E DESENVOLVIMENTO.

As apresentações foram realizadas em um único bloco de exposições, havendo, pelos(as) autores(as) presentes, a apresentação dos respectivos artigos aprovados em sequência. Após o término das exposições foi aberto espaço para a realização do debate dividindo-se os artigos por temática a fim de que todos os trabalhos cujos(as) autores(as) estavam presentes fossem contemplados.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados, ressaltando-se que não fazem parte dos Anais do evento aqueles artigos direcionados diretamente à Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, do CONPEDI, em função de sua seleção especial para publicação na mesma.

O artigo intitulado “A (IN) VIABILIDADE JURÍDICA DAS APOSTAS DESPORTIVAS NO BRASIL”, de autoria de Henrique Barros Ferreira e Hermann Richard Beinroth da Silva, trata do crescimento das Apostas Desportivas no Brasil, percorrendo, inicialmente, a análise histórica e cultural dos jogos de loteria até a promulgação da Constituição de 1988. O ponto principal do estudo é a avaliação da mudança de paradigma no esporte, com a consolidação de novas plataformas digitais. O enfoque fixa-se no Poder Legislativo, que ainda não conseguiu regulamentar ou regularizar o sistema de funcionamento das Casas de Apostas, que cada vez mais têm crescido no país. Pela omissão legislativa do Poder Público, que ainda discute a legalidade do tema no Congresso Nacional, é possível destacar que o modus operandi das Casas de Apostas ainda é visto como uma incógnita. Diante da indeterminação normativa ocorreram severas denúncias do MPGO sobre fraudes no futebol brasileiro. Com as denúncias já oferecidas, iniciou-se uma operação em nível nacional, denominada de Operação Penalidade Máxima, que envolve apostadores e jogadores profissionais, que podem sofrer condenações cumuladas, no âmbito penal e desportivo.

O artigo “A APLICAÇÃO DO TEMA 660 DO STF E A IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO PENAL”, de autoria de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Carolina Rebouças Peixoto, trata do Tema de Repercussão Geral n. 660 do Supremo Tribunal Federal, verificando a sua aplicabilidade em processos penais. Para isso, realiza pesquisa bibliográfica acerca do referido instituto na doutrina processual civil, confrontando-a com a doutrina processual penal sobre os recursos extraordinários e sobre a principiologia. Além disso, realiza um estudo de caso sobre o julgamento que deu origem à aprovação do Tema 660 do STF e as discussões nele travadas. Por fim, apresenta uma pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com base em 16 (dezesesseis) decisões colegiadas (que mantiveram decisões monocráticas) de negativa de seguimento de Recursos Extraordinários. A pesquisa demonstrou que os tribunais aplicam o Tema 660 do STF indistintamente, sem verificar a existência de violação reflexa ou direta ao dispositivo constitucional. Ao final, constatou que o Tema 660 do STF, por ter sido aprovado no bojo de um processo cível, sob a égide de princípios também de direito civil, é de difícil aplicabilidade no âmbito criminal.

O artigo “A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E O APROVEITAMENTO DA PROVA NA RUPTURA DE ACORDOS”, de autoria de Gabriel Gomes Babler, trata do Acordo de Não Persecução Penal que é o mais recente instituto de direito penal negocial previsto na legislação brasileira, trazido pela Lei 13.964/2019 que incluiu o Art 28-A ao Código de Processo Penal. O ANPP possibilita uma negociação direta entre acusação e acusado com o objetivo de evitar o processo penal, mas dentre suas condições exige a confissão do acusado, o que gera dúvidas sobre a natureza dessa confissão e sobre se ela poderia ser aproveitada como prova em um eventual processo penal. O estudo analisa a possibilidade ou a impossibilidade de a confissão realizada para a formalização do acordo não persecutório ser utilizada como prova no processo penal em caso de rescisão do acordo. Para tanto, utiliza a revisão de literatura, por meio do estudo bibliográfico, que revisou doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema por meio do método dedutivo. Ao final a pesquisa concluiu que a confissão realizada para a formalização do ANPP não pode ser utilizada como prova no processo penal, bem como a implementação do juiz de garantias e a exclusão física dos autos de inquérito se mostram essenciais para evitar a violação de garantias fundamentais.

O artigo “A PRODUÇÃO E ANÁLISE PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO CRIMINAL COMPLIANCE”, de autoria de Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos e Filipe Brayan Lima Correia, trata da produção de provas (lato sensu) no âmbito do criminal compliance, especialmente no que concerne à legalidade e validade, e de como deve se dar a análise probatória pelo compliance officer, em cotejo com as atribuições das polícias judiciárias, órgãos estatais que têm como atribuição primária investigar. A pesquisa constatou que o

ordenamento jurídico brasileiro carece de normas para regular tais atividades, que são essenciais para garantir o regular funcionamento das empresas, notadamente as de maior porte, por prevenir e reprimir a prática de ilícitos criminais. A pesquisa enfatiza o direito brasileiro, mas pode ser útil a sistemas jurídicos de outros países na medida em que propõe ideias inovadoras com base em experiências práticas e na doutrina especializada. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sendo de natureza qualitativa, com finalidade descritiva, exploratória e propositiva.

O artigo “ANÁLISE CRÍTICA À INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL EM FACE DA NEUROCIÊNCIA”, de autoria de Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos e Filipe Brayan Lima Correia, trata dos desafios do sistema penal brasileiro diante dos avanços científicos. Um desses desafios é a compreensão dos motivos inconscientes que influenciam as decisões humanas, muitas vezes indo além da lógica racional. A neurociência tem contribuído para revelar como esses processos mentais afetam o julgamento humano e a iniciativa probatória do juiz é questionável à luz dessas descobertas, pois a exposição do juiz a vieses cognitivos e pressões sociais pode comprometer sua imparcialidade. Assim, a necessidade de um sistema acusatório puro, mantendo a coleta de provas e a decisão judicial rigorosamente separadas, se faz necessário de forma a evitar o comprometimento cognitivo prévio do juiz, assegurando um julgamento mais justo. Incorporar abordagens neurocientíficas na reforma do processo penal é essencial para melhorar a justiça e a equidade no sistema jurídico brasileiro, garantindo decisões baseadas em critérios preponderantemente objetivos e em uma compreensão sólida dos processos mentais humanos, o que contribuiria para um sistema legal mais eficiente e justo. Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

O artigo A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO: REFLEXÕES SOBRE DOLO EVENTUAL, RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA E O PRINCÍPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS, de autoria de Yann Diego Souza Timotheo De Almeida e Warllans Wagner Xavier Souza, trata da teoria da cegueira deliberada, bem como de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Essa teoria busca responsabilizar indivíduos que deliberadamente se recusam a ver ou a saber de algo ilegal que está acontecendo ao seu redor. No entanto, a execução desse instituto tem sido criticada pela falta de clareza e pela inconsistência de sua aplicabilidade. A relevância do tema se justifica em razão de existir, muitas vezes, confusão com a teoria do dolo eventual. Pertinente, nesse cenário, a teoria da cegueira deliberada (willfull blindness doctrine), que aponta para, no mínimo, a incidência do dolo eventual, da seguinte forma: que o agente tenha tido

conhecimento da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal; que o agente tenha tido condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade; e que o agente deliberadamente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento. Desse modo, indaga-se, como se dá a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, diante da ausência de legislação específica sobre o tema, para a responsabilização penal no crime de lavagem de dinheiro dentro do ordenamento jurídico pátrio? A pesquisa realizada por meio de uma pesquisa bibliográfica e da análise de entendimentos jurisprudenciais conclui que a importação da teoria tem sido realizada de forma precipitada.

O artigo DIREITO PENAL, DROGAS ILÍCITAS E COMÉRCIO DE LEGAL HIGHS: O FENÔMENO DAS “NOVAS SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS” EM 50 (CINQUENTA) ANOS DE WAR ON DRUGS (1971-202?), de autoria de Isaac Rodrigues Cunha, trata da política criminal de drogas. A história das civilizações tem sido marcada pelo uso, abuso e dependência de substâncias entorpecentes, sendo certo que a relação da sociedade com essas substâncias é complexa. Ainda que inicialmente tenha havido aceitação e mesmo promoção do uso de drogas, a atualidade é marcada por uma verdadeira “Guerra às Drogas”. Nesse contexto, tomando por base o que disciplina o Direito Penal brasileiro na matéria, notadamente a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a pesquisa investiga o fenômeno das “novas substâncias psicoativas” ou “legal highs”, modalidades sintéticas de drogas produzidas com substâncias (ainda) não consideradas proscritas pelo ordenamento. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, notadamente de fontes nacionais e estrangeiras, chegou-se à conclusão de que a atual sistemática, na qual as “normas penais em branco” da Lei de Drogas só podem ser complementadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, malgrado o Projeto de Lei da Câmara n. 178/2015, não é suficiente para acompanhar o surgimento de novas drogas sintéticas, tão viciantes quanto perigosas em termos de efeitos colaterais.

O artigo intitulado DO RECONHECIMENTO DO DELITO DE ESTUPRO VIRTUAL: DA SUPER VULNERABILIZAÇÃO DA VÍTIMA E A NECESSIDADE DE TUTELA JURISDICIONAL, de autoria de Samara Scartazzini Awad, Josiane Petry Faria e Renato Duro Dias, trata da conduta praticada no ambiente virtual, que tem sido enquadrada como delito de estupro, do artigo 213, caput, do Código Penal. O estupro virtual, portanto, é caracterizado como uma conduta cujo objetivo é constranger alguém mediante uma grave ameaça para que realize um ato libidinoso, violando, assim, a liberdade sexual da vítima, um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. A pesquisa realiza uma análise crítica da nova conduta e de seu enquadramento penal como estupro virtual, considerando o entendimento dos tribunais superiores nessa matéria, adotando o método de abordagem dedutivo. Diante

disso, chega à conclusão de que o conhecimento das modificações do Código Penal causadas pela utilização e popularização intensas da tecnologia é importante. Tal revolução tecnológica embora apresente muitas vantagens, também promove malefícios quando usada sem o devido cuidado, levando-se em conta a vulnerabilidade no ciberespaço que possibilita a prática do estupro virtual. Assim, mesmo que a legislação penal esteja gradativamente se ajustando à medida que o tempo passa, como uma forma de se adaptar às novas situações, inclusive aos novos delitos que vão surgindo, ainda há necessidade de aperfeiçoamento ou de inovações, a fim de evitar dúvidas na tipificação de certos crimes, como o estupro virtual.

O artigo EM DEFESA DA TUTELA PENAL DO AMBIENTE, de autoria de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, trata do meio ambiente, consagrado doutrinariamente como direito humano de terceira geração e contemplado com disposições constitucionais que o elevam à condição de direito fundamental no âmbito de diversos países. Considera o meio ambiente como um bem jurídico apto a ser efetivamente tutelado pelo direito penal que, todavia, carece de modificações em sua dogmática individualista secular para a defesa de um direito que é, a um só tempo, individual e difuso. O artigo contempla, sob o raciocínio lógico-dedutivo e com pesquisa bibliográfica, a garantia do meio ambiente pelo direito penal e apresenta propostas para a melhor tutela ambiental, correspondendo elas, para além da aptidão de normas penais mais adequadas, à criação de um Tribunal Internacional competente para as demandas penais relacionadas ao meio ambiente e à assunção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Reconhece, no ambiente, uma verdadeira garantia de estirpe constitucional, não apenas difusa, mas também individual já que diretamente relacionado à qualidade de vida de cada um dos seres e que desencadeou, nas últimas décadas, a consagração de documentos internacionais e constitucionais de efetiva tutela.

O artigo HISTÓRIA, NARRATIVA, PODER MESSIÂNICO E AS GARANTIAS PENAIS: REFLEXÕES INICIAIS ENTRE WALTER BENJAMIN E LUIGI FERRAJOLI, de autoria de Rosberg de Souza Crozara realiza reflexões iniciais sobre o paralelismo de Walter Benjamin e Luigi Ferrajoli na preocupação com a verdade consubstanciada em uma narrativa histórica. Inicialmente a proposta de diálogo entre um filósofo da história com um filósofo do direito pode causar certa estranheza, contudo se mostra possível tanto no campo da construção narrativa, o qual se propõe o artigo, como, também, no nível político. Walter Benjamin expõe uma desconfiança do direito, a qual, também é exposta pela teoria do garantismo penal de Ferrajoli. Todavia, em nota distintiva, Ferrajoli não defende a ilegitimidade como a ilegitimidade constituinte do direito. Na verdade, o Ferrajoli acredita na possibilidade de um sistema penal legítimo, ou seja, em uma possibilidade de justificação do sistema penal, de acordo com um modelo teórico do direito penal mínimo. Essa legitimidade do sistema penal passa pela verdade. Assim, argumenta que a força messiânica sustentada por

Benjamin e as garantias orgânicas do sistema de garantias desenvolvida por Ferrajoli desempenhariam idênticas funções de intervenção máxima na construção da verdade. Permite identificar, no plano teórico, que a narrativa de imputação sofre críticas por não considerar as narrativas daqueles considerados vencidos ou débeis, tal qual denota o historicismo materialista porquanto evidencia a seletividade narrativa. A metodologia é descritiva de modo a discorrer sobre o objeto de investigação acadêmica, sem, contudo, interferência na interpretação, e também explicativa, diante da proposta de correlacionar os dois pensamentos na compreensão dos seus efeitos no campo penal.

O artigo O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL E O RACISMO ESTRUTURAL, de autoria de Lucas Gabriel Santos Costa e Eli Natália Costa Barbosa trata do Direito Penal e das Relações Raciais. A pesquisa tem como objeto a relação do sistema de controle institucionalizado operado pelo direito penal e as relações raciais, a partir de uma abordagem analítica crítica. Fundamenta-se na perspectiva do sistema jurídico-penal como um subsistema social que se produz e se desenvolve a partir das demandas postas pelo objeto de regulação (fatos), que são constituídos por relações intersubjetivas contidas em um tecido social, convencionadas a priori por uma perspectiva racializada. A pesquisa, assim, tem como objetivo analisar, através do método crítico, as estruturas que possibilitam a instrumentalização do sistema jurídico-penal como estrutura institucionalizada de controle racial, assim como compreender horizontes de expectativa do sistema penal como instrumento de contramotivação ao racismo. Nesse contexto, apresenta o fundamento material da proibição penal e a legitimidade da proibição penal de práticas racistas por meio da Lei 7.716/1989. Revela, no entanto, que a legitimidade da proibição não materializa a efetiva proteção quando o sistema penal é compreendido como um subsistema social que reproduz e protege aspectos constitutivos do racismo estrutural e institucional, agravando a liberdade e a vida das pessoas negras, bem como frustrando a proteção devida pelo próprio sistema a bens essenciais, como a liberdade e a vida.

O artigo O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REALIDADE DO CONDENADO E DO ENCARCERADO NO CUMPRIMENTO DA PENA A PARTIR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347, de autoria de Alberto Castelo Branco Filho , Gustavo Luis De Moura Chagas e Alexandre Moura Lima Neto, trata do significado do princípio da dignidade humana no processo penal, levando principalmente em consideração as políticas contraditórias adotadas pelo Estado e pelo Judiciário em relação à situação das pessoas processadas, condenadas e presas em processos penais. Observa-se que o princípio da dignidade humana é considerado um metaprincípio uma vez que outros princípios relativos a qualquer sistema processual, especialmente o sistema penal, são por ele constituídos. Verifica como se dá a divulgação,

quais os vetores de discussão e o posicionamento do STF na cobrança de uma política judicial eficaz por meio da ADPF nº 347 por meio de estudos documentais, factuais, sociológicos e dialéticos. Conclui que, embora o assunto seja atual e não tenha uma base prática e científica sólida, o estado de objetificação, a instabilidade e a natureza do indivíduo são moderadas em favor do “bem comum” para alcançar elementos de transcendência. A análise do princípio da dignidade humana desencadeou muitas discussões morais e éticas sobre justiça e justiça.

Após mais de três horas de apresentações e debates profícuos, foram encerrados os trabalhos do grupo, com congratulações recíprocas.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - email: lgribeirobh@gmail.com

Dom Helder - Escola Superior

Vanessa Chiari Gonçalves - email: vanessachiarigoncalves@gmail.com

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Jorge Bheron Rocha - email: bheronrocha@gmail.com

Centro Universitário Christus

A PRODUÇÃO E ANÁLISE PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO CRIMINAL COMPLIANCE

THE PRODUCTION AND ANALYSIS OF EVIDENCE IN THE CONTEXT OF CRIMINAL COMPLIANCE

Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos ¹
Filipe Brayán Lima Correia ²

Resumo

Objetiva-se neste trabalho trazer reflexões sobre a produção de provas (*lato sensu*) no âmbito do criminal compliance, especialmente no que concerne à legalidade e validade, e de como deve se dar a análise probatória pelo compliance officer, em cotejo com as atribuições das polícias judiciárias, órgãos estatais que têm como atribuição primária investigar. Com o desenvolvimento da pesquisa, constatou-se que o ordenamento jurídico brasileiro carece de normas para regular tais atividades, que são essenciais para garantir o regular funcionamento das empresas, notadamente as de maior porte, por prevenir e reprimir a prática de ilícitos criminais, passando-se, então, a propor ideias sobre a matéria com base em experiências práticas e na doutrina especializada. Assim, apesar da pesquisa dar ênfase ao direito brasileiro, ela pode ser útil a sistemas jurídicos de outros países. Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos nacionais e internacionais, da legislação e da jurisprudência. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória e propositiva.

Palavras-chave: Provas no processo penal, Compliance criminal, Investigação privada, Direitos fundamentais, Standards probatórios

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this paper is to reflect on the production of evidence (*lato sensu*) in the context of criminal compliance, especially with regard to legality and validity, and how the compliance officer should analyze evidence, in comparison with the duties of the judicial police, state agencies whose primary task is to investigate. As the research developed, it was noted that the Brazilian legal system lacks rules to regulate these activities, which are essential to guarantee the regular functioning of companies, especially larger ones, by preventing and repressing the practice of criminal offenses, and so we began to propose ideas on the matter based on practical experiences and specialized doctrine. Thus, although the research focuses on Brazilian law, it can be useful for legal systems in other countries. The

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará

methodology used is bibliographical research through the analysis of books, legal articles, national and international documents, legislation and case law. The research is pure (in primary sources), qualitative, descriptive, exploratory and propositional.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Evidence in criminal proceedings, Criminal compliance, Private investigation, Fundamental rights, Evidentiary standards

1 INTRODUÇÃO - PRODUÇÃO E ANÁLISE DA PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

De início, cumpre entendermos o que é a “prova” na persecução criminal, haja vista que, costumeiramente, esse vocábulo é usado sem maiores reflexões sobre o seu significado. Elucidando essa questão, o professor Sérgio Rebouças (2022, p. 644 e 645) leciona que a “prova” pode ser observada sob três perspectivas (como atividade, como instrumento e como resultado), nos seguintes termos:

No primeiro caso, a prova é compreendida como a (i) *atividade* desenvolvida pelas partes no sentido de fornecer elementos destinados a formar a convicção do órgão judiciário acerca da hipótese de acusação e das demais questões empíricas relevantes para apreciação do mérito da causa (a hipotética relação de direito penal material discutida. (...) Como (ii) instrumento, a prova abrange os *meios* de que se valem as partes para a demonstração de suas alegações, a saber: testemunhas (prova testemunhal), perícias (prova pericial), documentos (prova documental) etc. (...) Finalmente, a prova pode ser dimensionada como (iii) *resultado* da atividade desenvolvida pelas partes.

De todo modo, é certo que a prova destina-se a evidenciar a verdade de uma hipótese para que seja proferida uma decisão adequada. Essa verdade deve ser considerada a correspondência entre a hipótese e o que aconteceu no mundo material. Tourinho Filho (2006, p. 5) bem sintetiza a questão ao afirmar que:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

Jordi Ferrer Beltran (2021, p. 22), por sua vez, leciona que a atividade probatória tem três momentos, iniciando-se com a conformação (que equivale a propositura e admissão da prova), seguida da valoração e, por último, da decisão sobre a prova.

Praticamente todos os códigos processuais dividem a atividade probatória no processo judicial de uma forma ou de outra. É claro que essa divisão em fases pode ser feita de acordo com muitos critérios. Em um trabalho anterior, propus separar a análise da prova no processo judicial levando em conta o tipo de atividade que ocorre em torno dela em cada fase do procedimento. Sob essa perspectiva, há três momentos da atividade probatória: 1) o momento da conformação do conjunto de elementos de julgamento ou do corpo de provas; 2) o momento da avaliação das provas; e 3) o momento da decisão sobre as provas. (tradução livre)

Com base na experiência prática, pode-se dizer que as provas, no processo penal, costumam advir de atividades investigativas prévias ao processo judicial, que, na maioria das vezes, são realizadas não pelas partes, mas por órgãos estatais que devem velar por uma atuação técnica e imparcial, como as polícias civis e órgãos fazendários, que tanto reúnem elementos

informativos, quanto produzem provas diretamente, como as cautelares, não repetíveis e antecipadas.

As investigações criminais, no Brasil, como regra, são realizadas pelas polícias civis das unidades federativas e pela Polícia Federal, as quais possuem como atividade típica apurar infrações penais, nos termos dos parágrafos 1º e 4º do artigo 144 da Constituição Federal.

Tais investigações desenvolvem-se no âmbito do inquérito policial, que, modernamente, afasta-se do viés inquisitivo e amolda-se aos postulados do Estado Democrático de Direito esculpidos na Constituição Federal de 1988, representando, sobretudo, um filtro processual para acusações infundadas, podendo servir tanto ao órgão acusador como à defesa, conforme verbera Hoffmann (2018, p. 25).

Em outras palavras, inquérito policial consiste no processo administrativo apuratório levado a efeito pela polícia judiciária, sob presidência do delegado de polícia natural; em que se busca a produção de elementos informativos e probatórios acerca da materialidade e autoria de infração penal, admitindo que o investigado tenha ciência dos atos investigativos após sua conclusão e se defenda da imputação; indispensável para evitar acusações infundadas, servindo como filtro processual; e que tem a finalidade de buscar a verdade, amparando a acusação ao fornecer substrato mínimo para a ação penal ou auxiliando a própria defesa ao documentar elementos em favor do investigado que possibilitem o arquivamento, sempre resguardando direitos fundamentais dos envolvidos.

A partir de 2009, todavia, quando do julgamento do HC 91661/PE¹, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, pelo Supremo Tribunal Federal, ganhou força a tese que o Ministério Público poderia investigar criminalmente, com base na teoria dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no precedente *Mc Culloch vs. Maryland*.

Posteriormente, no julgamento do HC 91.613/MG², em 2012, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal delineou limites para a investigação por parte do Ministério Público, deixando claro que deve se dar de forma excepcional e subsidiária. Na ocasião, o ministro Gilmar Mendes, relator do caso, consignou em seu voto que o poder investigativo ministerial não poderia ser exercido de forma ampla e irrestrita, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais.

¹ STF HC 91661/PE, Min. ELLEN GRACIE, julgamento: 10/03/2009

² STF, Segunda Turma, HC 91.613/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, 15.05.2012

Recentemente, nos últimos anos, a investigação defensiva tem ganhado destaque, nos âmbitos acadêmico e prático, o que fez com que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados exarasse o Provimento nº 188/2018, que regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

Independentemente de quem produziu a prova, caberá ao juiz analisá-la, verificando se foram produzidas de acordo com as normas do ordenamento jurídico, e, em seguida, valorá-la para fins de julgamento. Nesse ponto, há que se repisar o princípio da comunhão da prova, que, conforme Norberto Avena (2022, p. 435), significa que “Uma vez trazidas aos autos, as provas não mais pertencem à parte que as acostou, mas, sim, ao processo, podendo, desse modo, ser utilizadas por quaisquer dos intervenientes, seja o juiz, sejam as demais partes”.

O juiz, no Brasil, após analisar a conformidade da prova com o ordenamento jurídico, em regra, passará a valorá-la de acordo com o livre convencimento motivado, como leciona Guilherme Nucci (2022, p.239):

c) persuasão racional, que é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato. A liberdade de apreciação da prova (art. 155, caput, CPP) não significa que o magistrado possa fazer a sua opinião pessoal ou vivência acerca de algo integrar o conjunto probatório, tornando-se, pois, prova. O juiz extrai a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, mas não presta depoimento pessoal, nem expõe suas ideias como se fossem fatos incontrovertidos.

Ou seja, há uma ampla liberdade do magistrado na apreciação da prova, a qual poderá ser valorada livremente, devendo-se apenas motivar as razões da parte dispositiva da decisão. A motivação deve ser baseada na prova produzida em contraditório judicial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, nos termos dispostos no Art. 155 do Código de Processo Penal.

Em outras palavras, poderão subsidiar a decisão do julgador os elementos informativos colhidos na investigação que se submeterem ao contraditório judicial, assim como as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas produzidas na fase pré-processual, os quais são categorizados como prova em sentido estrito.

Ademais, em uma interpretação a contrário senso do Art. 155 do Código de Processo Penal, os elementos informativos não submetidos ao contraditório também podem colaborar para formação da convicção julgador, embora a decisão não possa o magistrado considerá-los exclusivamente.

Doutra banda, o sistema da íntima convicção restringe-se ao Tribunal do Júri, no qual o jurado aprecia e valora a prova livremente, mas sem a necessidade de motivação, conforme Art. 5º, XXXVIII, b, da Constituição Federal, enquanto o sistema da prova legal (ou tarifada) é visto apenas pontual e extraordinariamente no direito brasileiro, como se verifica, por exemplo, no Art. 158 do CPP, segundo o qual deve ser realizado exame de corpo de delito para comprovação da materialidade das infrações penais que deixem vestígios.

Importante ressaltar que a doutrina tradicional costuma distinguir provas ilícitas e ilegítimas, sendo as primeiras aquelas produzidas com violação ao direito material (ex: inviolabilidade do domicílio), enquanto estas seriam as produzidas com ofensa às normas processuais (ex: inversão da ordem de colheita de depoimentos e interrogatório), nos termos das lições de Nuvolone (1966).

Embora parte dos criminalistas brasileiros, com base na redação do Art. 5º, LVI, e Art. 157 do Código de Processo Penal, não façam essa distinção, igualando as provas ilícitas e ilegítimas, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento da Reclamação nº 36.734/SP³, decidiu seguindo as diretrizes delineadas por Nuvolone, conforme pode-se verificar a partir da ementa desse julgado.

As provas ilícitas, no Brasil, não são admitidas mesmo que tenham sido produzidas por um particular, sem participação ou conhecimento de um agente estatal, independentemente de quem seja o titular do direito afetado, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 251.445/GO⁴ e HC 82.862/SP⁵.

Ademais, a prova produzida em desacordo com o ordenamento jurídico não é admitida em qualquer processo (mesmo que não seja de natureza criminal), pois o texto constitucional não fez qualquer distinção, conforme acima colecionado.

³ STJ, 3ª Seção, RCL 36.734/SO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgamento em 10/02/2021, DJ de 22/02/2021.

⁴ STF, RE 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 03.08.2000.

⁵ STF, Segunda Turma, HC 82.862/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 13.06.2008.

Em relação aos tribunais do Brasil, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabelece maiores limites à regra de exclusão (*exclusionary rule*), admitindo, como exposto por Sérgio Rebouças (2022), por exemplo: 1) as provas ilícitas produzidas exclusivamente por particulares, conforme estabelecido no caso *Burdeau vs. MacDowell*, em 1921, segundo o qual o desestímulo reforçado (aplicação da regra de exclusão da prova) não se justifica quando a conduta não decorrer das funções investigativas de rotina de um agente oficial; 2) as provas ilícitas produzidas de boa-fé (*good faith rule*), nos termos de *United States vs Leon* (1989); 3) as provas ilícitas coligidas por erro honesto (*honest mistake rule*), conforme decidido em *Maryland vs. Garrison* (1987); 4) uso de provas ilícitas em processo de natureza extra-penal, vide *United States vs. Janis* (1976) e caso O.J. Simpson (1995).

Salienta-se que o princípio de inadmissibilidade da prova ilícita, por razões éticas, estende-se à prova derivada de ilícita, pois sua produção frustra as expectativas de lealdade dos agentes públicos e de higidez da persecução penal, seguindo a lógica dos *fruits of the poisonous tree* (“frutos da árvore envenenada”).

No caso de provas ilícitas por derivação, a jurisprudência americana tem, pacificamente, três exceções à regra de exclusão: 1) exceção da *fonte independente* (*independent source* - caso *Bynum v. United States*, julgado em 1958 pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia); 2) exceção da *descoberta inevitável* (*inevitable Discovery* - *Nix v. Williams (williams II)*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984); 3) exceção da *atenuação do vício* (*attenuated of the taint* - *Nardone v. United states*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1939, e *Wong Sun v. United States*, de 1963).

Há ainda circunstâncias que tornam a prova lícita, como o consentimento do interessado, a ausência de expectativa de privacidade à luz das doutrinas da visão plena (*plain view doctrine*) e da visão aberta (*open view doctrine*), bem como em razão do abandono da propriedade da coisa (*abandoned property*).

Algumas dessas concepções são refletidas no artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro, que prevê, em seus parágrafos, a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, porém, como exceções, apenas a fonte independente e o rompimento do nexo causal.

Diante do exposto, percebe-se, que há uma tendência bem maior de aplicação das regras de exclusão no direito brasileiro do que no direito americano, prevalecendo aqui a concepção que o estado de direito precisa ser reafirmado diante da quebra da legalidade.

2 COMPLIANCE E INVESTIGAÇÃO PRIVADA

O termo *compliance* é usado em áreas científicas diversas do direito e, conforme lecionado por Thomas Rotsch (2022, p. 285), trata-se de uma questão, além de jurídica, eminentemente econômica.

A conformidade não é apenas uma questão jurídica, mas também uma questão econômica: ela tem sido intensamente discutida em ambas as disciplinas separadamente e, até agora, cada uma delas aproveita muito pouco do conhecimento da outra. (tradução livre)

Sob a perspectiva jurídica, *compliance*, em síntese, refere-se à exigência de conformidade normativa da empresa e seus empregados para prevenir e reprimir a prática de ilícitos. Nesse sentido, Evelin Steidel e Fábio André Guaragni (2017, p. 60) precisamente assim conceituam *compliance*:

Compliance vem do verbo to *comply*, que significa conformidade, agir de acordo com uma regra ou comando. *Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da organização.

Trazendo-se a ideia de *compliance* para o direito penal temos o *criminal compliance*, que, embora não seja singular e unidimensional, é definido por Thomas Rotsch (2022, p. 297) como:

O criminal compliance compreende a totalidade de medidas normativas, institucionais e técnicas de uma organização, objetivamente necessárias ex ante e legal e criminalmente ilegais ex post, dirigidas aos seus membros, parceiros comerciais, ao Estado e ao público em geral, com o objetivo de minimizar os riscos de cometimento de um crime econômico relacionado à organização pela organização ou pelos membros da organização em violação à legislação nacional ou estrangeira, ou para permitir o surgimento das respectivas suspeitas iniciais de tais crimes, ou para aumentar as chances de influenciar positivamente a imposição de uma sanção (criminal, em sentido amplo) em consenso com os agentes da persecução penal e, com isso, ao final, aumentar o valor da empresa. (tradução livre)

Na mesma toada, Montaner Fernandez (2015, p. 747) assevera que “o *criminal compliance* é um método de prevenção de natureza privada – fruto da autorregulamentação empresarial – das atividades infratoras – também das delitivas – por parte da empresa”.

No caso de ilícitos penais, a sofisticação da organização das empresas, que, por vezes, alcançam dimensões intercontinentais, representa um significativo obstáculo para investigação estatal e adequada distribuição da responsabilidade penal, o que ressalta a importância do *criminal compliance*.

Os obstáculos se realçam ao tratarmos da responsabilidade do administrador por atos omissivos, o que faz surgir grande celeuma sobre como deve ser dar a responsabilidade penal por omissão do administrador de empresa.

Isso ocorre devido as empresas serem edificadas sob os princípios da hierarquia e da divisão de trabalho, sendo a delegação uma medida natural e essencial para o desenvolvimento de suas atividades.

Prevalece, na doutrina e na jurisprudência latina, que a delegação transfere os deveres primários de garantia (referentes ao controle direto das fontes de risco), todavia subsistem os deveres secundários ao delegante (que consistem, em sua essência, na supervisão sobre o delegado). Nesse sentido, o professor argentino Fernando M. Rodrigo (2019, p. 268 e 269) assevera que:

Uma vez que a posição de garantia tenha sido estabelecida, o fenômeno da delegação de competências deve ser considerado. Embora não seja normalmente formulado nesses termos, deve-se entender que a delegação de competências constitui um mecanismo de transferência e transformação; transferência porque, em virtude da delegação, o delegante faz surgir uma posição de garantia no delegado, e transformação porque a posição de garantia do delegante não desaparece, mas é transformada; em virtude dessa transformação, a posição de garantia do delegante passa a ser vista como secundária ou residual. O delegante não tem mais o dever de controle direto das fontes de risco que estão na esfera de competência do delegado, mas tem uma série de deveres com objetivos diferentes, a "verbigracia", a seleção correta, o treinamento e a informação do delegado, o fornecimento a ele dos meios necessários para o desempenho de suas funções, a coordenação das ações dos vários delegados e, acima de tudo, o dever de vigilância. (tradução livre)

A delegação, naturalmente, enseja riscos, mas, desde que seja de boa-fé, pode ser realizada com base no domínio do risco permitido. Todavia, o risco será proibido e o delegante responsável também pelos deveres primários se a intenção da delegação for ocultar os centros de decisões ou o delegado não tiver capacidade para exercer os poderes de vigilância e controle que lhe foram outorgados, conforme Sérgio Rebouças (2018, p. 45-86) escreve sobre tema:

Nesse contexto, não há dúvida de que o próprio regime jurídico da empresa contempla a delegação de responsabilidades, tratando-se, portanto, de um instituto inserido no domínio do risco permitido. O risco, no entanto, converte-se em proibido se a delegação for utilizada como instrumento de ocultação dos centros de decisões ou se o delegado não se revelar capaz de desempenhar os poderes de vigilância e de controle que lhe foram transferidos. Nesses casos, o delegante será penalmente responsável pelas consequências dos atos de seu delegado.

O delegante deve ter atitude proativa para que cumpra com o seu dever de informar-se sobre o exercício da delegação, devendo periodicamente, conforme as necessidades práticas, realizar inspeções de controle.

Ou seja, o administrador deve acompanhar ativamente as atividades do delegado, sob pena de ser responsabilizado, em razão da escolha ou da insuficiente vigilância. No que concerne à vigilância, esta, naturalmente, dependerá da complexidade das atividades e capacidade técnica do delegado.

Dentre as figuras de delegado, destaca-se o *compliance officer*, a quem é transferida a gestão do programa de cumprimento (*compliance*) e, conseqüentemente, o dever de vigilância sobre as atividades executadas.

Conforme leciona Sérgio Rebouças (2018), o programa de *compliance* será implantado pelos gestores e executado pelo *compliance officer*. O administrador é responsável pelos defeitos de gestão do sistema de *compliance*, enquanto o *compliance officer* pode ser responsabilizado quando não adota os deveres de prevenção (nos casos de delitos que a empresa pode ser responsabilizada penalmente) para obstaculizar ou evitar o resultado.

Esses profissionais especializados em executar o *compliance* são chamados de “encarregado” no Brasil, “oficial de cumprimento normativo” na Espanha e “*compliance officer*” nos Estados Unidos da América, os quais, dispendo de autonomia, exercerão a supervisão especializada do programa de cumprimento normativo (*compliance*).

O programa de *compliance* será implantado pelos gestores e executado pelo *compliance officer*. O administrador é responsável pelos defeitos de gestão do sistema de *compliance*, enquanto o *compliance officer* pode ser responsabilizado quando não adota os deveres de prevenção (nos casos de delitos que a empresa pode ser responsabilizada penalmente) para obstaculizar ou evitar o resultado.

No direito espanhol, a Lei Orgânica nº 1/2015 fixou um sistema legal de delegação de deveres primários de garantia para o órgão de cumprimento (*compliance officer*), ou seja, há previsão expressa da figura do oficial de cumprimento normativo no contexto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, bem como previsões expressas sobre o dever de implantação e execução de sistemas de controle de vigilância e o dever de supervisão do funcionamento e do cumprimento dos mecanismos de vigilância e controle previstos.

Assim, o estado passa oficialmente para o particular, mais especificamente para a empresa, tarefas que lhes são, via de regra, próprias, como prevenir e investigar crimes que são cometidos durante as atividades da empresa, os quais, por vezes, como dito, são difíceis de serem investigados em razão da sofisticação das empresas, das diversas delegações e criação de estruturas para blindar os sócios-administradores de sanções decorrentes de ilícitos penais.

No *compliance*, o particular assume o protagonismo da atividade investigativa, mesmo que o caso verse sobre matéria penal, podendo criar mecanismos que ajudem na elucidação de ilícitos, como, por exemplo o *whistle blowing*, que consiste em canais de comunicação para denúncias e confissões de atos ilícitos praticados no âmbito empresarial.

Nessa senda, salienta-se que cabe ao *criminal compliance* preocupar-se com os crimes “de empresa” (ou seja, aqueles que são cometidos da empresa para fora), não os crimes “na empresa” (que são aqueles ocorridos dentro do espaço da empresa em prejuízo de seus colaboradores). Thomas Rotsch (2022, p. 292):

De acordo com a visão tradicional, o criminal compliance deve evitar crimes econômicos relacionados à atividade da empresa. Isso introduz, em primeiro lugar, a abordagem do complexo objeto de referência do criminal compliance - o direito penal econômico

Assim, o *compliance* destina-se a robustecer a investigação privada da empresa nos crimes econômicos e não nos crimes em geral, próprios da criminalidade tradicional, como o homicídio, embora a estrutura criada possa também ajudar na prevenção e repressão desses ilícitos.

Institucionalmente, por certo, um programa eficaz de *compliance* garante também significativos ganhos reputacionais para empresa, pois se tornará mais confiável para o mercado e para a sociedade, acarretando, conseqüentemente, sua valorização. Nesse sentido, Thomas Rotsch (2022, p. 290) assevera:

O valor de uma empresa é significativamente determinado por sua reputação. Há muitas indicações de que a boa conformidade aumenta a reputação e, portanto, o valor da empresa, o que, por outro lado, significa que qualquer coisa que possa prejudicar a reputação da empresa e, portanto, diminuir seu valor, deve ser combatida. (tradução livre)

Logo, nos termos das lições de Thomas Rotsch (2022), o *compliance* possui diversos aspectos práticos relevantes, como o preventivo material (que concerne em impedir ou minimizar o risco de prática de crimes por parte da empresa e seus funcionários), o repressivo processual (pautado nas vantagens da investigação privada, como expertise da matéria e

recursos econômicos e pessoais) e os econômicos ou financeiros reputacionais (haja vista os ganhos patrimoniais decorrentes da credibilidade da empresa perante o mercado e a sociedade).

O fato de acontecer um crime, mesmo diante da existência do sistema de *compliance*, não significa necessariamente que esse seja ineficiente. É possível que crimes sejam praticados inobstante a existência de um moderno e atuante *compliance*. O que se deve verificar é se há um sistema eficaz já implementado (*ex ante* - antes da ocorrência do ilícito) e se o encarregado (*compliance officer*) aplica devidamente o programa, mitigando as chances da prática de ilícitos e propiciando meios para sua detecção, conforme descrito no United States Sentencing Commission Guidelines Manual (2021, p. 517):

Esse programa de conformidade e ética deve ser razoavelmente projetado, implementado e aplicado de modo que o programa seja geralmente eficaz na prevenção e detecção de conduta criminosa. A falha em prevenir ou detectar o delito instantâneo não significa necessariamente que o programa não seja geralmente eficaz na prevenção e detecção de conduta criminosa. (tradução livre)

De todo modo, é patente que a produção probatória (*lato sensu*), que abrange a coleta e preservação de evidências que possam ser utilizadas para comprovar a prática de um crime ou a conformidade legal de uma empresa, tende a ser bem mais eficiente quando feita pelo *compliance*, haja vista os elevados custos de uma investigação complexa e a limitação de recursos materiais e pessoais dos órgãos investigativos estatais, considerando, inclusive, a escassez de agentes com o devido *know-how* na matéria especificamente investigada.

O direito penal econômico e da empresa ainda se encontra em fase incipiente no Brasil, embora já tenha sido alvo de estudos anteriormente, sob a nomenclatura de Direito Penal dos Negócios (por influência francesa), e os crimes que lhe são correlatos existirem há décadas, vide Lei n° 8.137/90 (que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências) e Lei n° 7.492/86 (que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências).

Em 2013, foi promulgada a Lei n° 12.846/13, também conhecida como Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e prevê, no Art. 7º, VIII, que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica será levada em consideração na aplicação das sanções cíveis e administrativas.

Trata-se de um dispositivo legal de feição moderna, todavia, não resta dúvida que ainda é bastante precária a regulação legal do *compliance*, notadamente do *criminal compliance*, não havendo previsão de como deve ser implementado nem como deve ser executado.

3 A PRODUÇÃO E ANÁLISE PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO CRIMINAL COMPLIANCE

A investigação privada, presidida pela própria empresa, por meio do *compliance office*, como dito, apresenta manifestas vantagens para o organismo corporativo e para o próprio estado.

A empresa auferir as benesses de uma administração e execução de tarefas escorreitas, que acarreta, naturalmente, a sua valorização. O Estado, por sua vez, beneficia-se com o repasse dos custos da investigação à empresa, economizando recursos materiais e pessoais, bem como vale-se da expertise temática dos investigadores privados, conforme leciona Rotsch (2020, p. 291):

Especialmente a situação nos Estados Unidos, mas também o procedimento dos órgãos de investigação americanos no caso da Siemens na Alemanha, mostram que há um interesse originário em conformidade criminal não apenas por parte da empresa, mas também por parte do Estado. Por exemplo, os valores investidos pela Siemens para o exame dos fatos do caso simplesmente não poderiam ter sido obtidos pelas autoridades de acusação alemãs. O tempo e os recursos humanos para medidas investigativas que podem levar anos também não estão disponíveis para o Estado; não raro, o know-how que, por exemplo, as investigações internas da empresa pressupõem também não está disponível. O criminoso também é do interesse do Estado, porque ele pode delegar a indivíduos privados financeiramente sólidos e mais qualificados tarefas que originalmente eram de sua responsabilidade soberana. (tradução livre)

Particularmente, no Brasil, de plano, não vislumbro empecilhos para a realização de investigações privadas, no interesse da empresa, haja vista que a segurança pública é responsabilidade de todos, conforme dispõe o *caput* do Art. 144 da Constituição Federal, não havendo óbice, dessarte, para o estado utilizá-las para exercer o *jus puniendi*.

Ademais, como registrado no primeiro tópico deste trabalho, atualmente admite-se que a investigação seja realizada por vários atores, além das polícias judiciárias, como o Ministério Público e a própria defesa, por meio das partes e seus representantes jurídicos.

Nessa senda, pode-se dizer que o *compliance*, embora não tenha o intuito de defender particulares de imputações (pelo contrário, pois suas atividades podem vir a implicar dirigentes e funcionários da empresa), como tipicamente se destina a investigação defensiva, serve, sobretudo, para defesa da estrutura empresarial.

A investigação do *compliance officer* pode se destacar mediante o acesso direto e imediato de informações decorrentes da análise e confrontação de documentos internos da empresa (como contratos, registros contábeis e comunicações eletrônicas), assim como entrevistas pessoais com funcionários (que representam a prova testemunhal).

Porém, a produção e análise probatória (*lato sensu*) realizada no âmbito de uma investigação presidida pela própria empresa carece de critérios legais pré-estabelecidos, abrindo margem para uma atuação subjetiva e parcial do *compliance officer*, o que pode, em tese, dificultar a responsabilização dos sócios e diretores da cúpula.

Assim, surgem diversos questionamentos quanto a validade da forma coleta de evidências e a manutenção de sua integridade e autenticidade, como, por exemplo: 1) Como seria possível a produção de provas?; 2) Quando as provas produzidas ao arrepio da lei, violando direitos fundamentais, deveriam ser afastadas? Mais especificamente, poderia ser usada, no âmbito criminal, a prova decorrente das declarações do increpado que não tenha recebido o *Miranda Warning* (aviso ao investigado de seu direito a ser assistido por um advogado e permanecer em silêncio)?; 3) O órgão investigador de cada empresa tem liberdade plena para mensurar o valor da prova produzida ou seria necessário a criação de *standards* para nortear o juízo do investigador sobre as provas no âmbito privado?; 4) Quando as autoridades públicas deveriam ser comunicadas acerca do ilícito vislumbrado?

Essas diversas perguntas ainda não possuem respostas claras, notadamente pelo pouco desenvolvimento do direito penal econômico no Brasil, entretanto merecem ser discutidas para construção e aplicação de um moderno sistema de investigação privada e distribuição das responsabilidades dentro da empresa.

Defendo que, antes de tudo, as investigações particulares, por meio do *compliance*, devem ser realizadas de forma hígida, sem a prática de crimes, e respeitando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que possuem aplicação imediata, nos termos do Art. 5º, §1º, da Constituição Federal, incidindo, desde logo, também nas relações particulares,

conforme, atualmente, é reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do REsp 1365279/SP⁶, evitando-se a nulidade das provas e elementos informativos coligidos.

Desse modo, no âmbito criminal, entendo que cabe ao *compliance officer* garantir aos investigados, impreterível e especialmente: 1) o devido processo legal (devendo as investigações serem guiadas por ritos pré-estabelecidos, que assegurem que os direitos dos investigados sejam respeitados, incluindo o direito de não produzir provas contra si mesmos - *nemo tenetur se detegere*); 2) o respeito ao direito ao silêncio (os investigados têm o direito de permanecer em silêncio durante a investigação, sem sofrer consequências adversas por isso); 3) assistência jurídica adequada, para que os investigados sejam orientados durante o procedimento investigativo e possam entender os seus direitos; 4) a preservação da confidencialidade (para resguardar a investigação e a imagem do investigado, a menos que haja a necessidade de divulgação para fins legítimos).

Dentre as citadas garantias, há que se observar com especial cuidado a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), que ganhou destaque internacional a partir da 5ª emenda à Constituição dos Estados Unidos, que dispõe que ninguém pode ser compelido em qualquer caso criminal a testemunhar contra si próprio.

Nenhuma pessoa poderá responder por um crime capital ou infame, a menos que seja acusada por um Grande Júri, exceto em casos ocorridos nas forças terrestres ou navais, ou na Milícia, quando em serviço efetivo em tempo de guerra ou perigo público; nenhuma pessoa estará sujeita, pelo mesmo delito, a correr risco de vida ou de integridade física duas vezes; nenhuma pessoa será obrigada, em qualquer caso criminal, a testemunhar contra si mesma; nenhuma pessoa será privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nenhuma propriedade privada será tomada para uso público sem justa compensação. (tradução livre)

No ordenamento jurídico brasileiro, temos diversas normas prevendo a não autoincriminação, como o Art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, o Art. 8º, número 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992) e Art. 14, número 3, g, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (Decreto nº 592/1992).

⁶ REsp 1365279/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 29/09/2015.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu essa garantia quando decidiu que o réu não é obrigado a participar ativamente da reconstituição do crime (HC 69.026/DF⁷) ou a ceder padrões gráficos para realização de exame grafotécnico (HC 77.135/SP⁸).

Cumprido ressaltar, contudo, que a garantia à não autoincriminação não significa que é vedada a participação do imputado em atos que possam ensejar provas em seu desfavor nem que seja vedado que o investigado ou réu contribua para formação de sua culpa. Sobre isso Sérgio Rebouças (2022, p. 102) leciona:

Não se cabe assimilar do princípio, por esse prisma, a vedação de que o sujeito participe de qualquer ato que possa ter como resultado um conteúdo incriminador, mesmo aqueles destinados à mera identificação criminal, quando haja tal necessidade, pela falta ou deficiência da identificação civil. Tampouco integra o âmbito protetivo da garantia uma suposta exigência de que o imputado não pudesse de qualquer forma contribuir para a formação de prova contra si.

Assim, exige-se cautela para se aferir quando a garantia à não autoincriminação foi observada ou não. Eventuais manifestações do investigado perante o programa de *compliance* da empresa, em atividades de rotina, notadamente sem conotação criminal, devem ser entendidas como liberalidade do declarante, que agiu dentro de sua esfera de disponibilidade de direitos. Se por um lado ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, por outro a ninguém é vedado produzir provas contra si mesmo.

Logo, é inegável que diversas investigações do *compliance* iniciam-se sobre a regularidade das práticas administrativas da empresa, sem se observar, em um primeiro momento, a prática de crimes.

Por exemplo, caso um trabalhador de uma empresa seja ouvido sobre uma questão trabalhista, na qual espera-se que haja colaboração na colheita dos dados, em razão da solidariedade inerente à relação jurídico-laboral, sem ser advertido do direito ao silêncio e acaba confessando um ilícito praticado no âmbito da atividade empresarial, não é sensato que essa prova seja desprezada.

Não havendo perspectiva criminal, eventual prova (*lato sensu*) de ilícito penal obtida deve ser convalidada se produzida de boa-fé, equiparando-se a uma confissão espontânea e voluntária, nos moldes da decisão abaixo colecionada da primeira seção do Superior Tribunal de Justiça, na qual foi decidido que a testemunha em Processo Administrativo Disciplinar

⁷ STF, 1ª Turma, HC 69.026/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j.10/12/1991, DJ de 04/09/2012.

⁸ STF, 1ª Turma, HC 77.135/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j.08/09/1998, DJ de 06/11/1988.

(PAD) que não exprime irresignação por figurar nessa condição e narra sua participação no acontecimento não pode querer que a sua responsabilidade seja afastada em razão de inércia própria, consoante decidido no MS 21.205/DF⁹.

Assim, com base, especialmente, na razoabilidade, não é pertinente, sob pena de inviabilizar a responsabilização criminal, que se observe severamente as regras tradicionais de nulidade da prova do processo penal, no âmbito das investigações privadas, quando da análise da observância do direito à não autoincriminação.

Entretanto, como bem pontuam Caio Antonietto e Douglas da Silva (2019, p.71), é imprescindível que o empregado tenha plena ciência sobre os fins do procedimento realizado e a destinação de suas declarações.

Para que se possa aproveitar no processo penal o conteúdo das declarações prestadas pelo empregado em sede de investigação interna, mais do que deixar claro para quais fins o procedimento se destina (se visa colaborar com as autoridades ou somente para detecção de deficiências internas), é preciso que tenha sido oportunizado ao investigado, em primeiro lugar, saber em que condição é ouvido e, em segundo lugar, a destinação que se dará aos seus relatos, deixando evidenciado, desde logo, que o procedimento não é *imparcial* e visa, sobretudo, os interesses da empresa.

No que se refere à valoração das provas (*lato sensu*) coligidas pelo *compliance* a ser realizada pelo encarregado, acredito que o sistema tradicionalmente aplicado no Brasil, livre convencimento motivado, esculpido no Art. 155 do Código de Processo Penal, não é o mais adequado, pois apresenta-se temerário que a análise do peso das evidências produzidas fique sob o arbítrio de cada *compliance officer*, haja vista o incremento do risco de parcialidade deste, que, frisa-se, é subordinado do corpo diretivo da empresa.

O legislador brasileiro não oferece critérios de suficiência probatória (*standards* probatórios) ao julgador. Assim, diante da ausência de padrões de julgamento pré-estabelecidos, cada julgador tem o seu *standard* próprio, devendo apenas motivar de forma razoável, de acordo com o ordenamento jurídico, a sua decisão. Tal modelo de valoração espalha-se aos delegados de polícia, no âmbito investigativo público, quando da análise dos elementos produzidos no inquérito policial para sua conclusão.

Porém, nas investigações realizadas pelo *compliance* demonstra-se importante que as decisões sejam norteadas por *standards* probatórios, pois, como verbera Jordi Ferrer Beltan

⁹ MS 21.205/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2020, DJe 21/10/2020

(2021, p. 16), “*la ausencia de estándares de prueba se convierte en el talón de Aquiles de un diseño procesal que pretenda limitar la arbitrariedad y fomentar el control de las decisiones probatorias*”.

Haveria, desse modo, um maior controle sobre as conclusões do *compliance officer*, evitando-se arbitrariedades, mediante a determinação do grau de probabilidade exigido para se considerarem provadas as hipóteses, trazendo maior segurança jurídica a todos envolvidos na investigação (tanto investigados como investigadores).

Aprofundando a questão, Jordi Ferrer Beltan (2021, p. 205) propõe a graduação dos *standards* probatórios conforme a espécie de crime e a respectiva pena, distribuindo os riscos de erro entre as partes.

Não é necessário e, em minha opinião, não é desejável que o padrão de prova para a decisão final seja o mesmo em todos os casos na mesma jurisdição. Poderíamos, por exemplo, adotar um padrão mais elevado quando o crime resultar em uma pena privativa de liberdade e um padrão mais baixo quando a sanção for, por exemplo, financeira ou de desqualificação de cargo público. Ou um padrão mais elevado quando o delito resultar em uma pena privativa de liberdade de mais de cinco anos. Poderíamos também identificar certos tipos de delitos com dificuldades probatórias específicas, como estupro ou abuso sexual, e estabelecer que as decisões probatórias nesses casos estariam sujeitas a um padrão menos exigente do que para outros delitos que não apresentem tais dificuldades probatórias. (tradução livre)

Embora o *standard* não elimine por completo as subjetividades, inegavelmente representa uma significativa limitação ao poder decisório do *compliance officer*, pautada na vontade expressa do Poder Legislativo, que, em tese, vocaliza os interesses da sociedade.

A partir dos critérios estabelecidos pelos *standards* probatórios, o *compliance* poderia, inclusive, acionar os órgãos estatais de investigação competentes para acompanhar a perscrutação, o que mitigaria, ainda mais, o risco de parcialidade da investigação produzida pelo *compliance*.

O órgão investigativo estatal zelaria pelo desenvolvimento da investigação, o que, naturalmente, dificultaria favorecimentos internos, bem como poderia colaborar com o *compliance* mediante representações ao Poder Judiciário por medidas cautelares, como quebra do sigilo bancário e fiscal de investigados, havendo, dessa forma, uma reunião de esforços entre setor privado e setor público para o combate à criminalidade no âmbito empresarial.

Finalizadas as diligências investigativas, há que se reconhecer o valor dos dados obtidos na investigação intra-empresarial, quando produzidos de acordo com os direitos e

garantias fundamentais e corroborados por órgãos oficiais, como elementos informativos, da mesma forma que os dados angariados pela investigação promovida por órgão oficial. Esse entendimento é propagado por Sérgio Rebouças (2023, p.638), que recentemente afirmou:

O valor é de *elemento informativo* da fase pré-processual, condicionado à observância de garantias mínimas e à corroboração posterior no marco oficial, assim como limitado a estas *cogitáveis* finalidades: (a) servir de base ao exame sobre a existência ou não de justa causa para o exercício de ação penal; (b) servir de referência secundária e complementar na formação do convencimento do juiz, após submissão ao contraditório diferido.

Desse modo, após os órgãos oficiais de investigação apontarem a plausibilidade dos elementos angariados pela empresa, mitigando a possibilidade de parcialidade e incrementando a confiabilidade sobre estes, a investigação do *compliance* apresenta-se revestida da higidez necessária para servir ao estado no exercício da persecução criminal.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se a carência, no Brasil, de uma legislação moderna e detalhada sobre o direito penal econômico e da empresa e de critérios para responsabilização das pessoas envolvidas nas atividades econômicas e empresariais.

Deve-se haver regras claras sobre a delegação, para que se possa devidamente responsabilizar os responsáveis por crimes que eventualmente ocorram dentro da estrutura empresarial, sob pena de haver injustiças ou impunidade.

A partir do desenvolvimento da regulação dos programas de *compliance*, a tendência é que as empresas passem a observar com maiores cuidados as diretrizes desejadas pelo estado e pela própria empresa, aumento, assim, a observância à lei, notadamente em face daqueles que usam a empresa como escudo para prática de ilícitos, e desestimulando a prática de crimes.

Desse modo, pode-se dizer que o *compliance* é uma forma de investigação defensiva, não de uma pessoa especificamente, mas da própria estrutura da empresa, que passa a ter maior controle dos atos praticados e parâmetros para se nortear durante a execução de suas atividades, fazendo com que se fortaleça e progrida no mercado perante à sociedade e demais empresas.

As atividades de rotina do *compliance* merecem ser reguladas para que se evite atuações abusivas ou deficientes. Ademais, diante do estado democrático de direito vigente no

Brasil, é imperativo que se consigne que a empresa deve observar os direitos fundamentais dos investigados, quando da realização de investigações, sob pena de produzir provas eivadas de ilicitude, imprestáveis à persecução penal.

No caso, os *standards* poderiam ser usados para subsidiar a tomada de decisões administrativas de natureza cível (englobando o aspecto trabalhista) e de natureza criminal, especialmente no que se refere à conclusão acerca do cometimento de um crime, servindo como parâmetro técnico e impessoal para a comunicação do fato às autoridades estatais, que, a partir de então, deverão acompanhar e orientar o desenlace da investigação.

Por fim, os dados coligidos na investigação intra-empresarial, quando produzidos de acordo com os direitos e garantias fundamentais e corroborados por órgãos oficiais, devem ostentar o *status* de elementos informativos, podendo ser usados pelo Estado para subsidiar a propositura (ou não) da ação penal e o exercício do *jus puniendi*.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; SILVA, Douglas Rodrigues da. **Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 156, jun./2019, p. 61-90.

AVENA, Norberto. **Processo penal** – 14. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2022.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Coord.); MARIA SOBRINHO, Fernando Martins (Org.). **Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. Londrina: Thoth, 2018.

HOFFMANN, Henrique. **Moderno conceito do inquérito policial**. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (Org.). **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. **El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones**. In *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 35, p.733-782, esp.747, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUVOLONE, Pietro. **Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino**. *Rivista Di Diritto Processuale*, Anno xxi, nº 3, Padova, 1966.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**, volume 1 / Sérgio Rebouças. - 2. ed. rev. ampl. atual. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

_____. **Licitude e validade da prova penal nas investigações empresariais internas**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 609-644, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.840>.

_____. **“Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas”**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RBCCrim, São Paulo, v. 26, núm. 143, mai. 2018, p. 45-86.

RODRIGO, Fernando M. **Cuestiones fundamentales del “criminal compliance” en cuanto a la responsabilidad e imputación penal de las personas jurídicas**. *Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará – Ano 11, nº 2 (Jul./Dez. 2019) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CE, 2019. Disponível em <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/issue/view/8/8>. Data de acesso 25/06/2023.*

ROTSCH, Thomas. **Derecho penal, Derecho penal económico y compliance**. Madrid: Marcial Pons, 2022.

STEIDEL, Evelin; GUARAGNI, Fábio André. **DESVIOS DE PERSONALIDADE EM GRUPOS EMPRESARIAIS E NEUTRALIZAÇÃO POR COMPLIANCE: UMA TENTATIVA PARA MINIMIZAR O IMPACTO DA CORRUPÇÃO NO HORIZONTE DA CRIMINALIDADE?** In: *Direito penal econômico [versão eletrônica pdf]: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos / coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach ; organização Fernando Martins da Silva Sobrinho. – Londrina, PR: Thoth, 2017.*

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

US Sentencing Guidelines. **Effective Compliance and Ethics Program, § 8B2.1, p. 517 ss**. In: *United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2021*, US Sentencing Commission, Washington, DC, Ago. 2021. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf>