



Revista Brasileira de **Direito Processual Penal**

Volume 9 - Nº 02 - mai./ago. 2023

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2>

Dossiê

*“Processo penal da pessoa jurídica
e investigações empresariais internas”*



Publicação fomentada pelo CNPq
(Chamada 12/2022 Programa Editorial)



IBRASPP


Licitude e validade da prova penal nas investigações empresariais internas


Legality and validity of criminal evidence in internal corporate investigations

Sérgio Bruno Araújo Rebouças¹

Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/CE, Brasil

sergioreboucas@ufc.br

 lattes.cnpq.br/3249458056573661

 orcid.org/0000-0001-6716-2950

RESUMO: O desenvolvimento dos sistemas de conformidade normativa no âmbito penal (*criminal compliance*) tem suscitado discussões sobre os desdobramentos materiais e processuais do paradigma de autorregulação empresarial, que envolve a delegação normativa de funções investigativas para a empresa, no marco de programas de gestão, supervisão e controle, quanto aos crimes praticados em sua órbita. Nesse contexto, emerge o problema da licitude, da validade e do valor da prova penal obtida na investigação empresarial interna. Este artigo problematiza questões como a possibilidade de uso e valoração, no processo penal, da prova ilícita obtida por um particular na esfera da empresa, à luz dos direitos fundamentais materiais, e os parâmetros de validade dos atos e resultados investigativos à luz das garantias processuais. Trata-se também da categorização do resultado probatório (em sentido amplo) à

¹ Professor Adjunto de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutor *cum laude* em Direito Penal pela Universidade de Sevilha (US). Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Ceará (2022-2024). Advogado, parecerista e consultor jurídico nas áreas de Direito Penal Econômico e da Empresa e Direito Processual Penal. Autor de diversos livros, como *Direito Penal, Parte Geral* (2ª edição, Tirant lo Blanch, 2023), *Curso de Direito Processual Penal* (2ª edição, D'Plácido, 2022) e *Crimes contra o sistema financeiro nacional* (Tirant lo Blanch, 2022), assim como de vários artigos científicos publicados em revistas nacionais e internacionais especializadas.

luz da diferença, no processo penal brasileiro, entre prova (sentido estrito) e elemento informativo da investigação. A metodologia do trabalho é de natureza qualitativa, com investigação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica (fontes doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais brasileiras e estrangeiras), com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva.

PALAVRAS-CHAVE: Criminal compliance; autorregulação empresarial; investigação empresarial interna; licitude e validade da prova.

ABSTRACT: *The development of criminal compliance has raised discussions about the substantive and procedural consequences of the corporate self-regulation paradigm, which implies the normative delegation of investigative functions to the organization, within the framework of a program of management, supervision and control, regarding the crimes committed in its orbit. In this context, the problem of legality, validity and value of criminal evidence obtained in the internal corporate investigation emerges. This article problematizes issues such as the possibility of using, in criminal proceedings, illegal evidence obtained by a private individual within the scope of the organization, in the light of substantive fundamental rights, and the parameters of validity of acts and investigative outcomes in the light of procedural guarantees. The methodology of the work is of a qualitative nature, with indirect investigation, through bibliographical research (Brazilian and foreign doctrinal, legislative and jurisprudential sources), with an exploratory, descriptive, explanatory and propositional approach.*

KEYWORDS: *Criminal compliance; corporate self-regulation; internal corporate investigation; legality of evidence.*

SUMÁRIO: Introdução: contexto dos sistemas de autorregulação empresarial e problemáticas da obtenção de prova no âmbito interno da empresa. 1. Delimitação conceitual e implicações materiais e processuais do *criminal compliance*: 1.1. *Criminal compliance*: conceito, elementos e finalidades; 1.2. Desdobramentos processuais da obtenção de prova nas investigações empresariais internas. 2. Diferença entre licitude e validade e entre *prova* e *elemento informativo* da fase de investigação, com suas repercussões na esfera da investigação empresarial interna; 3. O problema da *licitude* da prova obtida nas investigações empresariais internas: 3.1. Fundamentos da regra de exclusão e sua aplicabilidade à prova ilícita obtida por um particular; 3.2. Fundamentos da exclusão da prova ilícita e sua aplicabilidade à investigação empresarial interna; 4. O problema da

validade da prova (*lato sensu*) obtida nas investigações empresariais internas: transgressão de garantias processuais nas investigações intraempresariais; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO: CONTEXTO DOS SISTEMAS DE AUTORREGULAÇÃO EMPRESARIAL E PROBLEMÁTICAS DA OBTENÇÃO DE PROVA NO ÂMBITO INTERNO DA EMPRESA

O desenvolvimento de sistemas e programas de conformidade e integridade normativa (*compliance*), com seus particulares desdobramentos no âmbito criminal (*criminal compliance*), tem suscitado novos problemas, *materiais e processuais*, decorrentes do paradigma de autorregulação empresarial, em que o Estado transfere para a empresa a supervisão, o controle e a *investigação* de atividades *desviadas* (ilícitas).

Do ponto de vista penal material, mostra-se relevante, por exemplo, a definição de critérios especiais de imputação e de responsabilidade na estrutura complexa da empresa, o que inclui a responsabilidade por omissão do *compliance officer* (sujeito ou órgão autônomo incumbido da execução do programa de conformidade normativa). Podem ser mencionadas também as interações entre a responsabilidade penal do dirigente e a do *compliance officer*, por um lado, e a responsabilidade penal (nos Estados que a admitem) e/ou administrativa da própria empresa, por outro, à luz dos deveres de implantação e de supervisão eficiente de modelos de integridade ética e de gestão, supervisão, vigilância e controle de riscos².

² No sistema espanhol, a título de referência, foi instituído (Lei Orgânica nº 1/2015, no art. 31 *bis* do Código Penal) um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica em decorrência de defeito de organização imputável ao administrador, incumbido da *implantação* de mecanismos de supervisão e controle de riscos, ou ao oficial de cumprimento normativo (*compliance officer*), a quem se reserva a *supervisão* do mesmo programa. Trata-se de um *sistema bifronte* de responsabilidade penal da *pessoa jurídica*, pela *ausência* (i) de *implantação* de modelos de gestão e controle (*compliance*) pelo administrador (art. 31 *bis.2*, 1ª condição, CP espanhol), ou (ii) de *supervisão da eficácia* dos controles internos do modelo de prevenção implantado (art. 31 *bis.2*, 2ª condição, CP espanhol).

Com isso, a empresa resulta inserida em um sistema de deveres normativos de prevenção e de repressão de práticas ilícitas em seu próprio seio (crimes, infrações administrativas), cujo cumprimento eficaz pode funcionar como fundamento de isenção ou de atenuação de responsabilidade penal e/ou administrativa. Em um sistema como o dos Estados Unidos da América, encontra-se a plenitude pragmática da lógica do *carrot and stick*: se a empresa adotou sistemas e controles eficazes para a prevenção da prática de crimes (momento *ex ante*) ou colaborou para o desvendamento da materialidade e sobretudo da autoria individual de infrações penais (momento *ex post*), poderá obter até mesmo isenção de responsabilidade. Trata-se de expressão metafórica que ilustra um tratamento de benefício para quem adotou medidas de prevenção ou de colaboração (a cenoura, *carrot*) e outro de rigidez (o porrete, *stick*) para quem não foi vigilante, nem colaborativo. Desde a reforma legislativa de 2010, o Direito Penal espanhol também prevê um modelo de circunstâncias *atenuantes* da responsabilidade *da pessoa jurídica* que *colaborar* com as autoridades. Esse regime foi essencialmente modificado pela reforma de 2015 (art. 31 *bis*.4, Código Penal espanhol), contemplando-se agora também uma cláusula geral de *isenção* de responsabilidade penal da pessoa jurídica quando tenha havido uma atuação preventiva de seus representantes ou dirigentes na implantação e na execução eficaz de um programa de cumprimento normativo (art. 31 *bis*.2 e 4, Código Penal espanhol).

No Brasil, ainda se mostram relativamente tímidas as ações normativas voltadas à implantação e ao aperfeiçoamento dos sistemas de *compliance* criminal na empresa. A esse respeito, a legislação brasileira só abrange âmbitos extrapenais mais restritos (infrações contra a ordem econômica, infrações contra a administração pública), que só indiretamente têm alguma repercussão na tarefa de identificação da responsabilidade *penal* de diversos sujeitos e órgãos integrantes da estrutura empresarial. Podem ser indicadas, nessa esfera, a Lei nº 12.529/2011 (“Lei Antitruste”), a Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), a Lei nº 13.303/2016 (com regras de governança corporativa no setor público) e o recente Decreto presidencial nº 11.129, de 11 de julho de 2022, que, substituindo o Decreto nº 8.420/2015 como instrumento de regulamentação da segunda lei citada (Lei nº 12.846/2013), disciplina o denominado “Programa de Integridade”. Em geral, essas normas se baseiam em modelos de isenção

ou atenuação de responsabilidade *administrativa* da pessoa jurídica como consequência de sua colaboração efetiva e útil (*a posteriori*) com as investigações³. No plano *preventivo*, leva-se também em conta, para o dimensionamento da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, a existência, a aplicação e a efetividade de mecanismos e procedimentos internos de integridade⁴.

Em todo caso, tem-se um cenário bastante difundido de *incentivos normativos* à empresa – ainda que só no sentido negativo, de ameaça de sanções – voltados a uma regulação interna eficiente, refletida na exigência de um modelo *virtuoso* para prevenir riscos de atuações desviadas

³ De acordo com o art. 16, § 2º, da Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), “a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável”.

⁴ Nos termos do art. 7º, *caput*, inciso VIII, da Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), será levada em consideração, “na aplicação das sanções”, “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”. A regulamentação dos parâmetros de avaliação desses mecanismos e procedimentos ficou legalmente (art. 7º, parágrafo único, Lei nº 12.846/2013) reservada a um decreto presencial – o que se cumpriu, mais recentemente, pelo Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022, cujo art. 57, § 2º, dispõe que “a efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o *caput*”, vale dizer, para o efeito de aplicação das sanções à pessoa jurídica (art. 7º, VIII, Lei nº 12.846/2013). Acerca do art. 7º, VII, da Lei nº 12.846/2013, e dos critérios estabelecidos no decreto regulamentador (antes o Decreto nº 8.420/2015), merece alusão a crítica de Eduardo SAAD-DINIZ, referente à *falta de métrica* para avaliar em concreto a efetividade do programa, assim como de “coerência sistemática e articulação com as reais demandas locais de redução das infrações econômicas”. Consulte-se: SAAD-DINIZ, Eduardo. Política regulatória, *enforcement* e *compliance*: análise dos *lineamientos* da Oficina Anticorrupción da Procuradoria Argentina. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 72-79, esp. 75, jun.-jul./2019. Ainda sobre os parâmetros adequados à avaliação da efetividade dos programas de *compliance*, veja-se: NIETO MARTÍN, Adán. Como avaliar a efetividade dos programas de cumprimento”. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Legitimidade e efetividade dos programas de compliance*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 6-26; KLEINHEMPEL, Matthias. Comunicación, formación y concientización: ¿cómo hacer un programa de integridad efectivo? In: DURRIEU, Nicolás; SACCANI, Raúl R. (Dir.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*. Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 217-227.

e, quando isso não seja possível, reprimi-las por colaboração posterior com as instituições oficiais, de maneira a afastar ou ao menos atenuar a responsabilidade da própria pessoa jurídica e a de seus dirigentes. Cabe à empresa vigiar, controlar, identificar práticas ilícitas e investigá-las em todas as suas circunstâncias.

Assim, merecem adequada problematização, nesse mesmo contexto de *delegação estatal de funções investigativas para o marco interno da empresa*, que se pode designar por *investigações intraempresariais*, determinados *aspectos processuais* da maior relevância, entre os quais se destacam a *licitude*, a *validade* e o *uso da prova (lato sensu)* na persecução penal.

Observe-se, antes de tudo, que os órgãos oficiais de persecução penal têm suas atividades investigativas (plano extraprocessual ou pré-processual) e instrutórias (plano processual) limitadas pelo regime de direitos e garantias individuais objeto de especial tutela constitucional.

Na esfera extraprocessual, os *meios invasivos de obtenção de prova* estão normativamente disciplinados, quer por (i) restrições constitucionais materiais e diretas ao investigador (como a exigência de *fundada* suspeita para o ingresso não consentido no domicílio em caso de *flagrante* – art. 5º, inciso XI, da Constituição do Brasil) e controle judicial posterior (verificação da licitude da intervenção policial no domicílio), quer por (ii) a imposição de controle judicial *prévio*, na forma de autorização do ato invasivo (como a exigência de ordem judicial para a busca domiciliar durante o dia – art. 5º, inciso XI, parte final, da Constituição – e para o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas – art. 5º, inciso XII). Nesse âmbito extraprocessual, dá-se a obtenção de prova com potencial afetação sobretudo a direitos fundamentais de caráter material (*v.g.*: inviolabilidade do domicílio, dignidade e autodeterminação pessoal, inviolabilidade das comunicações telefônicas ou telemáticas, intimidade, privacidade etc.). Tem-se aqui o problema da *inserção*, no processo, de uma prova *lícita*.

A *atividade instrutória em juízo*, por seu turno, está normativamente disciplinada em função de *garantias processuais*, como a do devido processo legal, a da ampla defesa – com seus desdobramentos, a exemplo do direito à não autoincriminação –, a do contraditório e a do juízo natural. O problema que desponta, neste caso, é o da *validade* da prova *formada* no próprio processo, sob supervisão e controle judicial.

Posto nesse cenário, o paradigma da autorregulação empresarial, com transferência normativamente respaldada de funções de supervisão, controle e investigação para o âmbito interno da empresa, apresenta problemas particulares, se consideradas as esferas acima indicadas: (i) *inserção* e utilização, no processo penal, de prova *lícita obtida por agentes particulares* (na empresa) com potencial afetação de *direitos materiais*; (ii) *formação* na empresa de elementos *informativos* equiparáveis àqueles obtidos em uma investigação oficial (polícia, Ministério Público) como fonte de justa causa para eventual ajuizamento de ação penal, com potencial afetação a *garantias processuais*; (iii) *formação* na empresa de prova *válida* em um ambiente fora do controle judicial, com potencial afetação a *garantias processuais*, e posterior uso desses elementos informativos no processo penal.

Alguns problemas emergem daí: (a) É possível *utilizar e valorar*, no processo penal, prova obtida *por particulares* (na empresa) com vulneração a direitos fundamentais materiais? Busca-se, neste caso, verificar a aplicabilidade da regra de exclusão de prova ilícita obtida não por um agente estatal, mas por um particular; (b) Considerando o direito processual penal brasileiro, é possível equiparar os dados obtidos no seio da empresa a *elementos informativos da fase de investigação preliminar*, enquanto fonte de justa causa para a ação penal, mas com desdobramentos diretos ou indiretos na própria formação do convencimento judicial sobre o mérito da hipótese acusatória? Em caso positivo, quais são os vetores aplicáveis de respeito às garantias processuais pertinentes? (c) É possível conferir valor *probatório (stricto sensu)* aos elementos obtidos na investigação empresarial interna, depois de submetidos ao contraditório diferido?

Cumprido identificar parâmetros seguros (pressupostos, requisitos, condições) que, a partir do reconhecimento da realidade normativa de programas de conformidade, se revelem aceitáveis como base suficiente para a constituição da *licitude*, da *validade* e do *valor* da prova (*lato sensu*) obtida no seio da empresa, com preservação do núcleo intangível de direitos e garantias materiais e processuais. Este artigo, tomando como referência o estado atual da questão no sistema brasileiro e em sistemas comparados e considerando as discussões presentes na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, orienta-se pelo objetivo de apresentar

algumas situações desafiadoras e de propor possíveis soluções preliminares, alertando para a necessidade de mais abrangente disciplina normativa do tema.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho é de natureza qualitativa, com investigação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica (artigos científicos, livros especializados, fontes jurisprudenciais, legislação brasileira e estrangeira), com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva.

1. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E IMPLICAÇÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS DO CRIMINAL COMPLIANCE

1.1. CRIMINAL COMPLIANCE: CONCEITO E ELEMENTOS

Segundo uma noção muito propagada, *compliance* significa simplesmente a correspondência entre o comportamento e as normas⁵ (*conformidade normativa*) ou, como expressa Rotsch, um instrumento de supervisão empresarial caracterizado pela operação das empresas e de seus órgãos em harmonia com o Direito vigente⁶.

Trata-se, na esfera empresarial, da implantação e operação de uma organização eficiente, caracterizada por padrões éticos e por mecanismos de vigilância e controle de riscos, que assegurem o cumprimento dos deveres normativos e impeçam ou dificultem a prática de atos ilícitos pelos sujeitos integrantes da estrutura da empresa em diversos níveis. Nesse contexto, pode-se entender o termo *compliance* como a *consistência*

⁵ Transcende as finalidades deste artigo analisar os múltiplos conceitos de *compliance* oferecidos ou sugeridos por diferentes aportes teóricos. Para uma análise detalhada das diversas vertentes, consulte-se: ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, Derecho penal económico y compliance*. Madrid: Marcial Pons, 2022, p. 288-297.

⁶ ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, Derecho penal económico y compliance*. Madrid: Marcial Pons, 2022, p. 287. Veja-se também: ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. In *Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 2-11, enero de 2012. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/876a.pdf>. Acesso em: 30 mar.2023; ROTSCH, Thomas. Corrupção e *criminal compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 31-51, 2019.

entre as exigências legais e as exigências internas⁷ de regulação, supervisão e controle das atividades desenvolvidas nos variados âmbitos de competência da organização empresarial.

Na perspectiva da responsabilidade penal da empresa, os sistemas de *compliance* se entendem, segundo Nieto Martín, como o conjunto de medidas necessárias a uma *organização virtuosa* (sentido positivo) da sociedade empresarial, para que esta não seja penalmente responsável ou tenha sua pena reduzida no caso de algum de seus órgãos ou empregados (administradores, diretores, trabalhadores, por exemplo) praticar um crime no desempenho de suas funções⁸.

Por outro lado, os programas de cumprimento normativo (*compliance*) podem ser vistos também sob o prisma da responsabilidade dos órgãos internos da empresa (administrador e órgão ou oficial de *compliance*) pela implantação e supervisão dos mecanismos de vigilância e controle⁹.

Desde 1988, a *U.S. Sentencing Commission* tem estabelecido um amplo sistema de padrões para um efetivo *programa de compliance*, no §8B2.1 de seu *Guidelines Manual*, cuja última edição foi publicada no final de 2021¹⁰. Segundo as linhas centrais desse documento, o êxito do sistema

⁷ Como expõem Hassan e Logrippio: “We define *compliance* (sometimes also called *conformance*, a term used in software engineering with a similar meaning) as the mutual consistency of legal requirements and enterprise requirements. It could be said that there are two aspects to compliance: completeness and consistency. However often completeness reduces to consistency, because if an implementation is incomplete with respect to requirements, then scenarios may exist that are inconsistent with the requirements”. HASSAN, Waël; LOGRIPPO, Luigi. Requirements and compliance in legal systems: a logic approach. *2008 Requirements Engineering and Law*, RELAW’08, Barcelona, p. 40-44. DOI: 10.1109/RELAW.2008.8.

⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21-50, esp. 31.

⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. XXXV, n. 35, p. 733-782, esp. 772, 2015.

¹⁰ US Sentencing Guidelines. *Effective Compliance and Ethics Program*, § 8B2.1, p. 517-522. *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*, US Sentencing Commission, Washington, DC, Nov. 2021. Disponível em: <https://>

depende não só da fixação de padrões de conduta e de comportamentos proibidos, mas especialmente da capacidade da empresa de *demonstrar* a efetividade do programa.

Nesse cenário, os indicadores de efetividade incluem os seguintes: *a*) a devida diligência (*due diligence*) para detectar e *prevenir* a prática de crimes e por outros meios promover uma cultura organizacional, com padrões e procedimentos que estimulem condutas éticas e o compromisso de cumprir a lei; *b*) a supervisão do programa de *compliance* por pessoas de alta qualificação; *c*) a delegação responsável de autoridade; *d*) o contínuo treinamento dos empregados; *e*) a efetividade das linhas diretas e anônimas de comunicação, conhecidas como *linhas éticas* ou de *whistleblowing*, e dos protocolos de informes¹¹; *f*) a rápida e adequada investigação de reclamações e a correção de deficiências, inclusive com autorrevelação e disciplina consistentemente aplicada quando seja apropriado; *g*) robusta vigilância e processos de auditoria que suficientemente enfrentem as áreas cruciais de risco para a empresa¹². Trata-se, portanto, de um sofisticado sistema de vigilância e de transparência interna destinado a controlar os riscos de práticas criminosas a partir da empresa e a reprimir eficientemente os crimes já aperfeiçoados.

www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹¹ Veja-se, sobre o *whistleblowing* no contexto dos sistemas de *compliance* no Direito Penal espanhol: GÓMEZ MARTÍN, Victor. *Compliance y derechos de los trabajadores*. In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 125-146, esp. 141-145. Consulte-se também: SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. *Criminalidade empresarial e programas de whistleblowing: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações?* *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jun./2021. DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.006.

¹² US Sentencing Guidelines. *Effective Compliance and Ethics Program*, § 8B2.1, p. 517-522. *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*, US Sentencing Commission, Washington, DC, Nov. 2021.

1.2. DESDOBRAMENTOS PROCESSUAIS DA OBTENÇÃO DE PROVA NAS INVESTIGAÇÕES EMPRESARIAIS INTERNAS

As investigações empresariais internas (ou investigações *intraempresariais*) refletem um fenômeno de privatização parcial da persecução penal, em seu momento investigativo preliminar, que é o desdobramento inevitável do aludido paradigma de transferência, para a empresa, de funções de controle de criminalidade (*criminal compliance*). Segundo certa perspectiva, essa lógica se irradia até mesmo para o sancionamento de infrações penais. Com esse sentido, Montiel identifica um “segundo sistema de regulação”, paralelo ao estatal, que reserva às empresas as tarefas de prevenir, desvendar e sancionar os ilícitos¹³. Como, porém, tais sanções se restringem à esfera extrapenal, o ponto de maior interesse para o processo penal diz respeito à *obtenção de prova (lato sensu)*, em geral com mais eficiência do que os mecanismos oficiais, dada a imediatidade e a extensão do acesso da empresa às informações e fontes probatórias relevantes, assim como os já referidos incentivos de isenção ou de atenuação de responsabilidade. De acordo com Neira Pena, atribui-se à pessoa jurídica uma tarefa de *pseudo-polícia*, para que, mediante investigações internas, desvende a prática de crimes, determine os indivíduos culpáveis e compile as fontes de prova para entregá-las à justiça em troca de leniência¹⁴. Ademais, não devem ser menosprezados, ainda no plano dos incentivos, outras repercussões negativas, de caráter econômico e reputacional, à empresa carente de um sistema efetivo de investigação e apuração interna, para fins preventivos e corretivos¹⁵. Por fim, há também,

¹³ MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL*, Valparaíso, p. 251-277, esp. 253, 2013.

¹⁴ NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 333.

¹⁵ Destacando esse aspecto, Del Rosal Blasco: “...la empresa debe de tener el máximo de información posible acerca de los hechos, para poder reaccionar corrigiendo todas aquellas disfunciones que se hayan detectado y prevenir las posibles consecuencias negativas que tales hechos puedan tener para la empresa (reputacionales, económicas, limitaciones a la contratación pública, sancionadoras, etc.)”. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9180, Sección Tribuna, 18 de abril de 2018,

como vantagem para a empresa, o afastamento dos riscos de intervenções invasivas dos órgãos de persecução penal, por medidas como a busca e a apreensão de documentos¹⁶.

A fonte de prova obtida no seio da empresa poderá influir direta ou indiretamente no julgamento e na eventual aplicação de pena (consequência indelegável para o âmbito privado) ao final de um processo penal. É este o fator que, no presente artigo, se enfatiza como objeto de análise: licitude e validade da prova (*lato sensu*) obtida na empresa, em função de sua afetação a direitos e garantias individuais, assim como sua inserção e uso no processo penal como base de justa causa para a acusação e influência na formação do convencimento judicial.

Em primeiro lugar, a abrangência da vigilância e do controle exigidos já afeta, de plano, a esfera constitucionalmente protegida da *intimidade e da privacidade*¹⁷. Assim, desponta aí o relevante aspecto da

Editorial Wolters Kluwer, p. 3-6, esp. 3, abr./2018. Disponível em: <https://diariolaley.laleynext.es/Content>. Acesso em: 30 mar. 2023. Assim, também: SACCANI, Raúl R. Investigaciones internas: una guía práctica. In: DURRIEU, Nicolás; SACANNI, Raúl R. (Dir.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*. Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 313-341, esp. 314-315; BEDÊ JUNIOR, Américo; ALTOÉ, Marcelo Martins. Investigações empresariais internas e proteção de dados: uma análise da constitucionalidade das restrições impostas pelo artigo 4º, §§ 2º e 4º, da Lei 13.709/2018 (LGPD). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1008, out./2019, p. 57-91, esp. 62.

¹⁶ Em sentido semelhante: NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 342.

¹⁷ Sem dúvida, a implantação de modelos de vigilância em geral envolve diferenciadas formas de intervenção na intimidade e privacidade alheias. Como observa Agustina Sanllehí: “La implementación de una vigilancia intensificada como mecanismo generalizado para el control de la delincuencia y la desviación social plantea diferentes conflictos en los distintos ámbitos de actuación de la persona. La aproximación a una nueva concepción de la vigilancia y el control social responde a un mayor convencimiento de la necesidad y conveniencia de nuevos métodos como parte integrante del arte del buen gobierno. En este sentido, asistimos a una reorientación de las políticas de control social de forma que éstas sean capaces de ‘hacer visible todo’, mediante una vigilancia ‘permanente, exhaustiva y omnipresente’”. AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón. Prevención del delito en la empresa: límites ético-jurídicos en la implementación de sistema de video vigilancia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), Granada, n. 11-10, p. 1-10,

obtenção de dados probatórios acerca da materialidade e da autoria de crimes *em conformidade com a ordem jurídica (licitude)*, o que implica a identificação de limites seguros aos meios invasivos.

Tenha-se em conta que a tutela constitucional de direitos de caráter material está orientada não somente contra a ação invasiva – e em ocasiões violenta – do Estado, mas também contra intervenções abusivas de particulares. Este é um ponto essencial, por mais que haja inequívoca preponderância da dimensão protetiva contra a ação estatal ilegal. A inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da Constituição) delimita uma esfera intangível do indivíduo também contra particulares que, por exemplo, resolvam ingressar na casa alheia sem o consentimento do respectivo morador, a pretexto de flagrante ou outra motivação. Algo semelhante se pode dizer, ainda a título de exemplo, do direito à proteção de dados pessoais, atualmente consagrado no inciso LXXIX acrescentado ao art. 5º da Constituição brasileira pela Emenda Constitucional nº 115/2022, com tutela da autonomia informacional não só contra a intervenção estatal (v.g.: para fins de segurança pública), mas também contra ações indevidas de tratamento de dados por parte de diversas empresas.

Por outro lado, apesar dessa compreensão essencial, parece de igual modo consistente que a *utilização* de prova no processo penal, à luz do vetor de licitude na obtenção, obedece a fundamentos e parâmetros especiais, que reclamam adequada análise. Isso porque, como aprofundado no próximo tópico, a origem da *regra de exclusão* (*exclusionary rule*) de provas obtidas por meios contrários ao direito está intimamente associada ao *desestímulo reforçado* de práticas desviadas, diretas ou indiretas, de *agentes oficiais (estatais)*. Na concepção do sistema norte-americano de *inadmissibilidade* da prova ilícita, assim como em sua expressão contemporânea, a renúncia do Estado ao resultado probatório, suportando os pesados custos sociais da exclusão (custos à expectativa de incriminação e de punição), somente se justifica pela necessidade *especial* de dissuadir agentes estatais (*desestímulo reforçado*) quanto à obtenção de dados probatórios por meios contrários ao direito, não bastando para tanto, como mostra a experiência, o *desestímulo ordinário*, de sujeição de tais

esp. 4, 2009. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-10.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

agentes às diversas formas de responsabilidade penal, administrativa e civil vinculadas à atividade ilegal. Diversamente, *para o particular*, entende-se que é suficiente esse desestímulo *ordinário*, de modo que basta sua responsabilização pelo ato ilícito, não se justificando, além disso, a exclusão da prova ilícita, considerando o custo social que isso implicaria.

Por mais que a jurisprudência brasileira, sob a influência (percebida ou não) do referencial preponderante dos princípios da legalidade e do processo equitativo – fundamento cuja autonomia tem sido sustentada no sistema europeu-continental¹⁸ –, reconheça a inadmissibilidade também da prova ilícita obtida por um particular (sem supervisão estatal), a questão permanece em aberto para debate, diante da inegável e direta presença, em nosso sistema, dos fundamentos, princípios e institutos concebidos na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos (ex.: lógica dos *fruits of the poisonous tree* na inadmissibilidade da prova derivada de ilícita, exceção da *fonte independente* etc.). Ademais, a jurisprudência recente de sistemas comparados tem admitido o uso da prova obtida com vulneração a direitos fundamentais *por particulares*, como hipótese a que *não* se aplica a regra de exclusão, desde que obedecidas determinadas condições¹⁹ (ponto aprofundado adiante, no tópico 2).

Assim, mostra-se relevante analisar em que medida a transferência de significativa parcela da atividade investigativa para a própria empresa, no marco de sua autorregulação, interfere não só na licitude da prova obtida por um particular, mas também na possibilidade de uso de prova *ilícita* no processo penal. Esse ponto será abordado no tópico 2, *infra*.

No plano da afetação a garantias processuais, por sua vez, deve-se considerar como “a rápida e adequada investigação de reclamações e a correção de deficiências” (diretriz entre as *guidelines* norte-americanas) pode conduzir à futura *formação* de uma prova *válida*, em condições aproximáveis – ainda que não equiparáveis – aos elementos informativos passíveis de obtenção na fase pré-processual (investigação preliminar). Essa análise deve levar em conta especialmente a substituição ou

¹⁸ Veja-se: ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26 ss.; 151 ss.

¹⁹ Nessa direção, a Sentença do Tribunal Supremo (STS) espanhol nº 116/2017 (Relator: Marchena Gómez) e a Sentença do Tribunal Constitucional (STC) espanhol nº 97/2019 (Relator: Montoya Melgar).

a complementação *da atividade investigativa oficial* (da chamada polícia judiciária, em um inquérito policial, e/ou do Ministério Público, em um procedimento de investigação criminal) pelas diversas intervenções instrutórias (inquirição, perícia, obtenção de documentos etc.) praticáveis pelos agentes empresariais incumbidos da aplicação do programa de *compliance*.

Considerando-se a impossibilidade de substituição instrutória da atividade *processual* em contraditório judicial²⁰, a que toda a atividade prévia investigativa – inclusive a oficial – está sujeita, o ponto central de abordagem radica na obtenção de *elementos* preponderantemente *informativos* que sirvam como base de justa causa para a persecução penal em juízo (ação penal) e que, segundo a percepção ainda dominante na prática, continuam encerrando alguma medida de influência – ainda que secundária e complementar – na formação do convencimento judicial (art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal).

2. DIFERENÇA ENTRE LICITUDE E VALIDADE E ENTRE PROVA E ELEMENTO INFORMATIVO DA FASE DE INVESTIGAÇÃO, COM SUAS REPERCUSSÕES NA ESFERA DA INVESTIGAÇÃO EMPRESARIAL INTERNA

Como referencial, é importante a distinção, devida a Pietro Nuvolone²¹, entre (i) *prova ilícita* e (ii) *prova ilegítima*. Identifica-se a *ilicitude*

²⁰ Conforme Ayala González, “las investigaciones *ad extra* [investigações destinadas às autoridades] no devendrán en un mecanismo sustitutorio de la fase de instrucción propiamente...”. AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n° 2, p. 270-303, esp. 276, feb./2020. DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.08. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/1535-2.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

²¹ Nuvolone distingue o *ato ilícito* do *ato ilegítimo* como espécies do gênero *ilegalidade*. Dessa lógica é que deriva aqui o discernimento entre *prova ilícita* e *prova ilegítima*. NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale dei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, s. II, p. 422-475, 1966: “Un divieto ha natura esclusivamente processuale, quando è posto in funzione di interessi attinenti unicamente alla logica e alle finalità del processo; un divieto ha natura sostanziale, allorché, pur servendo mediatamente anche interessi processuali, à posto essenzialmente in funzione dei diritti che l’ordinamento riconosce ai singoli, indipendentemente del

probatória na violação a uma norma de direito *material* (substancial) ocorrida no momento da *obtenção* da prova, fora do processo. Tem-se a vulneração, portanto, de direitos fundamentais de caráter substancial, como a liberdade, a autodeterminação pessoal, a inviolabilidade do domicílio e das comunicações telefônicas ou telemáticas. O efeito jurídico da ilicitude é a *inadmissibilidade* da prova, com a consequência material de *exclusão*, expressa no sistema brasileiro como *desentranhamento* e posterior inutilização (art. 157, *caput*, do CPP). Trata-se de um desdobramento extremo, correspondente à gravidade da transgressão, que reflete a renúncia do Estado ao resultado probatório ilicitamente obtido, de modo a impedir sua influência direta ou indireta no convencimento judicial. Por seu turno, a *ilegitimidade* da prova decorre da sua *produção* ou *inserção* no processo com ofensa só a uma norma *processual*, ainda que referente a uma garantia de caráter fundamental: por exemplo, a ofensa às garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, ou à garantia contra a autoincriminação. O efeito jurídico da *ilegitimidade* é a *invalidade* ou *nulidade* da prova, o que gera a exigência legal de *renovação* do ato probatório viciado (art. 573, *caput*, do CPP) – e dos que dele sejam consequência (art. 573, § 1º, do CPP) –, desta vez com observância da norma processual antes violada. Cuida-se de consequência relativamente menos grave se comparada à ilicitude²².

processo. La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un'illegalità; ma mentre, nel primo caso, sarà solo un atto illegittimo, nel secondo caso sarà anche un atto illecito”.

²² Refira-se que parte da doutrina brasileira sustenta a não aplicabilidade da distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, à luz dos parâmetros aqui enunciados, após a reforma introduzida pela Lei nº 11.690/2008. Segundo Gustavo Badaró, considerando o *caput* do art. 157 do CPP, “para a caracterização da prova ilícita, não se fez qualquer distinção entre natureza da norma violada, se de direito material ou processual”. O mesmo processualista propõe definição das provas ilícitas como aquelas “obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais”. Consulte-se: BADARÓ, Gustavo. As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 277, dez./2015. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5676-As-propostas-de-alteracao-do-regime-de-provas-ilicitas-no-processo-penal. Acesso: 31 maio. 2023. *A perspectiva aqui adotada rechaça essa lógica*, à luz do sistema processual brasileiro, que estabelece consequências jurídicas

Assim, no exame sobre a obtenção, a produção, a inserção e o uso, no processo penal, da prova decorrente da atividade investigativa empresarial, deve-se considerar a natureza do direito ou garantia afetável, de maneira a identificar o efeito jurídico passível de aplicação. Os fundamentos e os respectivos desdobramentos são distintos em um e outro caso.

Sob outro prisma, cumpre levantar a questão da diferença, enfatizada por parte da doutrina, entre (i) *prova* e (ii) *elemento informativo da investigação*²³. Em diversos momentos deste artigo, utiliza-se o termo *prova* em sentido amplo, como objeto informativo apto à verificação, ao dimensionamento ou à refutação de uma hipótese fática. Essa perspectiva considera a aptidão informativa do objeto probatório independentemente da forma de sua obtenção ou formação. O tratamento do tema no sistema processual penal brasileiro (art. 155, *caput*, do CPP²⁴), porém, conduz a um significado mais restrito do termo *prova*, como objeto que, por reunir determinadas características especiais, tem idoneidade para, com preponderância, influir na formação do convencimento judicial acerca da hipótese acusatória e de outras questões relevantes para a verificação e o dimensionamento da responsabilidade penal do acusado.

De acordo com o sistema, o valor *probatório* (sentido estrito) é adquirido, para além do mero potencial informativo, por sua (a) produção em contraditório judicial (bilateralidade, judicialidade) ou por (b) características particulares em sua natureza que justificam sua produção

distintas para, de um lado, a *ofensa material* ou *ilicitude* (*inadmissibilidade* – art. 157, CPP) e, de outro lado, a *transgressão processual* (*nulidade* – art. 573, § 1º, CPP). Além disso, os diversos níveis de gravidade dessas duas formas de ilegalidade recomendam o discernimento de cada uma das respostas jurídicas indicadas, em perspectiva que segue compatível, de resto, com a amplitude da atual redação do *caput* do art. 157, que se deve creditar à imprecisão conceitual, e não à unificação de tratamento.

²³ Sobre essa distinção, consulte-se: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *As reformas do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246-297, esp. 248.

²⁴ Art. 155, Código de Processo Penal brasileiro: “O juiz formará sua convicção pela *prova produzida em contraditório judicial*, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos *elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. (destacou-se).

unilateral e pré-processual (*prova cautelar*²⁵, *prova antecipada*²⁶, *prova não repetível*²⁷). A aquisição desse *valor probatório* permite que o objeto possa interferir com predominância na formação do convencimento do juiz (art. 155, *caput*, CPP). Por sua vez, o objeto que não encerre tais características – vale dizer, aquele de obtenção unilateral, extrajudicial e pré-processual, sem atributos especiais de justificação de valor probatório – se entende como *elemento informativo* da fase investigativa, que só secundariamente poderia de alguma forma influenciar o convencimento judicial, uma vez que a norma só veda de forma expressa que a convicção do juiz se forme exclusivamente com base em tal objeto (art. 155, *caput*, do CPP²⁸). Importa observar que mesmo essa idoneidade secundária do elemento informativo é questionada por significativa parte da doutrina²⁹, entendendo-se que a finalidade do elemento informativo está limitada à apreciação de justa causa para o processo penal, sem reflexos, portanto, no julgamento da acusação. Esse ponto foi reforçado pelo sistema de juiz das garantias – ainda suspenso por medida liminar de ministro do Supremo Tribunal Federal³⁰ –, em que se afastam da apreciação do juiz da instrução e julgamento os elementos obtidos no inquérito policial, ressalvados aqueles que digam respeito a *provas cautelares*, *antecipadas* ou *não repetíveis* (art. 3º-C, § 3º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019).

²⁵ Exemplos de prova *cautelar*: resultado de busca e apreensão domiciliar, de interceptação telefônica ou de afastamento de sigilo de dados telemáticos.

²⁶ Antecipação em caso de risco de perecimento da fonte de prova: por exemplo, inquirição judicial antecipada (pré-processual, antes da fase instrutória normal) de testemunha com idade avançada ou doença grave.

²⁷ Exemplo de prova não repetível: exame de corpo de delito (perícia imediata sobre os vestígios, por natureza perecíveis), para qual não se exige o contraditório (participação do investigado).

²⁸ Art. 155, Código de Processo Penal brasileiro: “O juiz formará sua convicção pela prova produzida em contraditório judicial, *não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. (destacou-se).

²⁹ Por todos: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *As reformas do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246-297, esp. 248.

³⁰ Decisão monocrática do Ministro Luiz Fux proferida em 22.02.2020 nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298. 6.299 e 6.300.

Em tais condições, partindo-se da premissa (exposta *supra*) de que a investigação empresarial interna não pode substituir a atividade instrutória *processual* em contraditório judicial, os problemas aqui versados podem ser dimensionados desta forma: (i) No que diz respeito ao problema da *ilicitude*, existe a possibilidade de produção de efetiva *prova* (sentido estrito) por particulares (ex.: gravação ambiental ou telefônica), devendo-se apreciar (i.a) as condições para sua obtenção em conformidade com o direito e, portanto, para a admissibilidade de sua inserção no processo e (i.b) a aplicabilidade ou não do princípio de inadmissibilidade ou de exclusão da prova *ilicitamente* obtida por um particular ao longo de uma investigação empresarial interna; (ii) No que concerne à *validade*, a questão se restringe às condições de eficácia do objeto como *elemento informativo* da fase pré-processual, apto a (ii.a) conferir ou não justa causa para o exercício da ação penal e (ii.b) secundariamente (se muito) influenciar de algum modo na formação do convencimento judicial sobre o mérito da acusação.

Esses pontos serão desenvolvidos adiante.

3. O PROBLEMA DA LICITUDE DA PROVA OBTIDA NAS INVESTIGAÇÕES EMPRESARIAIS INTERNAS

3.1. FUNDAMENTOS DA REGRA DE EXCLUSÃO E SUA APLICABILIDADE À PROVA ILÍCITA OBTIDA POR UM PARTICULAR

No precedente do caso *Burdeau v. McDowell*, de 1921, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu pela *inaplicabilidade* da regra de exclusão da prova ilícita *obtida por particular*. Com efeito, reconheceu-se ali a possibilidade de utilização de documentos fornecidos *por particulares* que os obtiveram mediante *busca ilícita* em um escritório privado, *sem a participação ou o conhecimento de um agente do Estado*. Ficou então estabelecido que a inviolabilidade dos documentos privados, proclamada pela Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos contra buscas e apreensões ilícitas, só diz respeito à ação estatal³¹.

³¹ United States Supreme Court, *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465, 1921: “1. The United States may retain for use as evidence in the criminal prosecution

Qual o fundamento dessa posição? Nas origens da regra de exclusão da prova ilícita, não se desprezou o alto custo social (expectativa de eficácia da prevenção e da repressão do crime) decorrente da renúncia do Estado ao resultado probatório (em geral decisivo para sustentar uma condenação). A exclusão da prova, portanto, só se justifica pela necessidade de um *desestímulo reforçado* à atividade estatal de obtenção de prova com ofensa a direitos fundamentais, para além da dissuasão ordinária, que neste caso (ação estatal) se entendeu como ineficaz, propiciada pela possibilidade de responsabilização criminal, administrativa e civil. Assim, a evolução da jurisprudência norte-americana – como ilustrado por diversos casos paradigmáticos – tem se orientado pelo parâmetro da compensação efetiva do custo social da exclusão pela necessidade real do efeito dissuasório da exclusão. Entendeu-se, nesse cenário, que para o particular, que só esporadicamente se vê em uma oportunidade de obtenção ilícita do dado probatório, basta o desestímulo ordinário (sujeição a diversas formas de responsabilidade, inclusive a penal), não se justificando a exclusão da prova.

Com postura diversa, o Supremo Tribunal Federal brasileiro fixou – em pelo menos duas oportunidades – a inadmissibilidade de toda prova ilícita, independentemente de quem a tenha obtido, diante da amplitude da norma do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Neste sentido, disse a Suprema Corte, ao julgar o HC 82.862/SP, que é inadmissível o uso de papéis confidenciais obtidos ilicitamente por ex-empregado de empresa³². Esse julgado seguiu a mesma linha de outro em que se afirmou que a inadmissibilidade da prova ilícita se aplica “ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo”³³.

of their own incriminating documents which are turned over to it by private individuals who procured them, without the participation or knowledge of any government official, through a wrongful search of the owner's private desk and papers in an office. 2. The provision of the Fourth Amendment forbidding unreasonable searches and seizures refers to governmental action". (destacou-se). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/465/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

³² Supremo Tribunal Federal (STF), 2ª Turma, *Habeas Corpus* nº 82.862/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Brasília, publicação em 13.06.2008.

³³ Supremo Tribunal Federal (STF), decisão monocrática, *Recurso Extraordinário* nº 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, publicação em 03.08.2000.

Apesar desses precedentes no Brasil, a questão está longe de constituir ponto pacífico. O debate segue aberto e assume grande relevância no âmbito da investigação empresarial interna, em que a transferência de significativa parcela de controle de criminalidade para a empresa assume o caráter de delegação estatal.

Em julgado mais recente (2017), o *Tribunal Supremo da Espanha* afirmou, como “dado decisivo”, o seguinte ponto: “a decisão sobre a exclusão probatória adquire uma dimensão especial se quem fez possível que as provas controvertidas aflorassem nunca atuou no marco de uma atividade de respaldo aos órgãos do Estado chamados à persecução do delito”. Segundo o mesmo Tribunal, o fator determinante é que o particular “nunca, de forma direta ou indireta, tenha atuado como uma peça camuflada do Estado a serviço da investigação penal”. Assim, concluiu o Tribunal Supremo da Espanha pela *possibilidade de valoração de uma fonte de prova obtida por um particular (a) com absoluta desconexão de toda atividade estatal e (b) alheia em sua origem à vontade de prefabricar provas*. Com isso, fixou-se viabilidade do uso e da valoração da prova ilícita, obtida com ofensa a direitos fundamentais (no caso concreto, o direito à intimidade), desde que *ausentes*: (a) vínculo com atividade estatal de investigação criminal (“exercício do *jus puniendi*); (b) intenção prévia do particular de constituir prova para utilização em processo penal futuro³⁴.

O Tribunal *Constitucional* espanhol, por sua vez, apreciou em sede recursal o mesmo caso antes julgado pelo Tribunal Supremo, mantendo em linhas gerais a mesma orientação, embora enfatizando aspectos específicos da ordem jurídica espanhola acerca da regulação bancária entre particulares e seus reflexos no direito à intimidade. No julgado do Tribunal Constitucional interessa destacar estes pontos: (i) A Corte reconhece, em caráter geral, que a “vulneração originária do direito substantivo” *por um particular* “não altera em absoluto o cânone de constitucionalidade aplicável desde a ótica do direito a um processo com todas as garantias (art. 24.2 CE)”, de modo que a exclusão dos elementos probatórios obtidos

³⁴ Tribunal Supremo, España. Sentencia del Tribunal Supremo (STS) nº 116/2017, Sala de lo Penal, Ponente: Manuel Marchena Gómez, 23 febrero 2017. Disponível em: <https://vlex.es/vid/667933841>. Acesso em: 30 mar. 2023.

deve ser, também nessas hipóteses, o “ponto de partida”; mas admite, de toda sorte, que “em cada caso concreto” o órgão jurisdicional possa apreciar “a ausência de necessidades de tutela processual quanto à vulneração consumada, incorporando, nestes casos excepcionais, os elementos controvertidos ao acervo probatório”; (ii) No caso particular, entendeu a Corte que não existe uma “necessidade jurídica” de extensão ao processo penal da tutela do direito à intimidade relacionada a uma “intromissão *inter privados*”, considerando que a Espanha não tem um sistema jurídico de “opacidade bancária que exija instrumentalizar o processo penal para prevenir este tipo de violações de direitos fundamentais verificadas entre particulares”³⁵.

Os fundamentos invocados pelo Tribunal Constitucional da Espanha, abstraindo-se aqui as peculiaridades (irrelevantes para a discussão em foco) da ordem jurídica espanhola, parecem sinalizar um exame de proporcionalidade quanto ao uso no processo penal de dados ilicitamente obtidos nas relações entre particulares. Em todo caso, a questão central discutida não é a tutela constitucional de direitos fundamentais contra intervenções também de particulares, algo inequívoco quando se considera que o agente pode ser responsabilizado até mesmo criminalmente, mas a possibilidade de uso e valoração *do resultado probatório* no processo penal. A este respeito, o Tribunal Supremo espanhol estabeleceu parâmetros relevantes nos planos objetivo (ausência de vínculo estatal direto ou indireto) e subjetivo (ausência de intenção prévia de fabricação de prova para uso futuro em processo penal) para admitir a valoração da prova ilicitamente obtida pelo particular.

3.2. FUNDAMENTOS DA EXCLUSÃO DA PROVA ILÍCITA E SUA APLICABILIDADE À INVESTIGAÇÃO EMPRESARIAL INTERNA

Uma vez transportado o contexto acima apresentado para o marco da investigação intraempresarial, alguns aspectos específicos reclamam

³⁵ Tribunal Constitucional, España. Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) nº 97/2019, Pleno, Ponente: Alfredo Montoya Melgar, 16 julio 2019. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11909. Acesso em: 30 mar. 2023.

exame: (i) a delegação estatal de funções de controle e de investigação para a empresa é estável e permanente, não se tratando aqui, portanto, de atuação esporádica e imprevisível de um particular na obtenção de prova; (ii) em virtude do próprio regime inerente aos programas de *compliance*, normativamente disciplinado em suas características e finalidades, tem-se a intenção prévia do particular, na empresa, de constituir prova para uso futuro em processo penal.

Com base no acima referido julgado do Tribunal *Supremo* da Espanha, Ayala González aponta ainda o aspecto de que, apesar da delegação formal, a investigação empresarial interna *não* envolve uma atuação “camuflada” do Estado, acrescentando que as apurações corporativas *paralelas* (meios) não são as próprias da autoridade pública, por mais que possam perseguir as mesmas finalidades³⁶.

Parece haver razão nesse raciocínio em si mesmo, tomado isoladamente, mas é preciso considerar que as características do modelo de autorregulação empresarial tornam a empresa um ente investigativo *habitual* e institucionalizado, com previsibilidade de atuação normatizada, que, por isso, não pode ser tratado da mesma forma que o particular que esporadicamente encontra oportunidade para obter prova por meios ilícitos. Este é o aspecto acima indicado em (i). Por certo, os meios empresariais investigativos não implicam nenhuma forma de interferência do Estado (fosse este o caso, a discussão nem se colocaria, considerando a própria posição da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, antes referida³⁷). O paradigma da autorregulação, por sinal, é mesmo o de *delegação* (*transferência regrada*) de tais atividades para a empresa, cujo aparato de supervisão e de controle difere daquele

³⁶ AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, nº 2, p. 270-303, esp. 288, feb./2020. DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.08.

³⁷ United States Supreme Court, *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465, 1921: “1. The United States may retain for use as evidence in the criminal prosecution of their own incriminating documents which are turned over to it *by private individuals who procured them, without the participation or knowledge of any government official, through a wrongful search of the owner’s private desk and papers in an office*”. (destacou-se). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/465/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

próprio da investigação oficial. *Essa não é, porém, a questão relevante a ser enfatizada aqui.*

À luz da perspectiva do sistema jurisprudencial dos Estados Unidos, que legou também aos sistemas da tradição europeia-continental os fundamentos do tema discutido, a necessidade de exclusão da prova ilícita se restringiria à ação estatal porque o Estado é que detém os mecanismos institucionalizados e profissionalizados de investigação, conduzidos em uma esfera de poder capaz de elidir – na prática – os aparatos ordinários de desincentivo (dissuasão) de práticas ilegais. O agente investigador tem um aparato à sua disposição que pode ser desvirtuado para dificultar ou impedir a apuração de sua responsabilidade. Desde o paradigmático caso *Weeks v. United States*, de 1914, aliás, a Suprema Corte dos Estados Unidos já aludia à “tendência daqueles que executam as leis penais do país de obter elementos de convicção por meio de apreensões ilegais e de confissões forçadas”, com “sujeição de acusados a injustificáveis práticas destrutivas de direitos assegurados pela Constituição” que “*provavelmente não encontra nenhuma sanção nos julgamentos das cortes*”³⁸. E por que a prática ilícita *de agentes estatais* não encontra sanção? A resposta parece derivar do controle estatal do sistema investigativo, com habitualidade e profissionalidade, em uma estrutura funcional de poder.

Por sua vez, o particular não dispõe dessa estrutura e dessas funcionalidades. Os casos típicos na jurisprudência são de particulares que encontram ocasião para obter prova ilícita, ou que a alcançam sem intenção específica de ato contrário ao direito. Trata-se de um evento esporádico – e, ainda que possa ser reiterado algumas vezes, normalmente não se constitui como exercício habitual e profissional e jamais poderia ser institucionalizado. Para esse particular, não há justificação para a renúncia do Estado à valoração da prova ilícita, porque o efeito de desestímulo a atividades ilegais já se tem por cumprido mediante as normas ordinárias de responsabilização penal (quando o ilícito constitua também crime) e civil – de modo que não se justifica, para além disso, suportar o custo social oriundo da exclusão da prova.

³⁸ United States Supreme Court, *Weeks v. United States*, 232. U.S. 383, 1914. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

No entanto, quando se transferem essas atribuições investigativas para o marco interno da empresa, em relação aos eventos passíveis de ocorrência como desdobramento da atividade empresarial intrínseca (criminalidade *na empresa*) ou extrínseca (criminalidade *de empresa*)³⁹, já se tem um sistema normativo de autorregulação com funções investigativas institucionalizadas, ainda que diversas, em suas características, da investigação oficial. No seu próprio seio, a empresa tem o controle da investigação, com amplas possibilidades manipulativas da descoberta *dos meios* realmente empregados nas tarefas de apuração. Ademais, a aproximação aos fatos no domínio da empresa não se mostra imparcial⁴⁰, e sim, bem diversamente, interessada, já que movida pelo incentivo da isenção ou atenuação de responsabilidade. O próprio programa de *compliance*, por fim, pode ser propulsor de práticas investigativas desviadas, e não se pode presumir que haja facilidade de fiscalização estatal a esse respeito, considerando até mesmo que, por ser o destinatário e favorecido pelo resultado probatório, o investigador público sequer terá ordinariamente maior interesse na aferição da higidez dos meios empregados pela empresa para a obtenção da prova.

Dessa forma, a empresa, como ente investigativo normativamente reconhecido e disciplinado, precisa de desestímulo *reforçado* frente a práticas investigativas desviadas. Apesar da ausência de interferência do Estado ao longo da investigação, trata-se de modelo institucionalizado. Além disso, a circunstância de ser o Estado destinatário *habitual* – e não esporádico – do resultado probatório também qualifica a necessidade de desestímulo reforçado a práticas vulneradoras de direitos fundamentais,

³⁹ A distinção entre criminalidade *de empresa* (*Unternehmenskriminalität*) e criminalidade *na empresa* (*Betriebskriminalität*) se deve a Schünemann. Confira-se em: SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Trad. de Daniela Brückner y Juan Antonio Lascurain Sánchez. In: SAGGSE, Silvina Bacigalupo; SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo; BASALDÚA, Juan Ignacio Echano (Coord.). *Estudios de Derecho penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, p. 529-558, esp. 529.

⁴⁰ Mencionando esse ponto como desvantagem: NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 343.

o que só pode ser cumprido pelo efeito de *exclusão*. É o que aqui se defende, com base nos fundamentos centrais da regra de exclusão e de seus desdobramentos, que superam o argumento levantado, à luz da realidade da autorregulação empresarial, quanto à ausência de vínculo da empresa com a investigação criminal oficial.

Por fim, o segundo ponto indicado pelo Tribunal Supremo da Espanha⁴¹, sobre a exigência de que não haja intenção prévia do particular de alcançar prova para uso em futuro processo penal, de igual modo não se aplica à investigação empresarial interna, uma vez que o próprio modelo de autorregulação implica que a empresa obtenha a prova precisamente para colaboração com as autoridades, com a finalidade de afastar sua própria responsabilidade. O objetivo, naturalmente, não é o de “prefabricar” prova, como observa Ayala González, advertindo que não haveria tal aspecto se as provas chegam mais tarde a ser incorporadas a um procedimento penal⁴². Mais uma vez, entretanto, este não parece ser o ponto essencial. A questão é que a empresa obtém a prova com o intuito prévio de fornecê-la depois às autoridades para uso em um processo penal, o que, associado aos demais aspectos aqui observados, oferece potenciais particulares de manipulação, que devem ter desestímulo reforçado com a exclusão da prova.

4. O PROBLEMA DA VALIDADE E DO VALOR DA PROVA (LATO SENSU) OBTIDA NAS INVESTIGAÇÕES EMPRESARIAIS INTERNAS: TRANSGRESSÃO DE GARANTIAS PROCESSUAIS NAS INVESTIGAÇÕES INTRAEMPRESARIAIS

Antes de tudo, cumpre considerar as dificuldades de atribuição de validade e de valor probatório, com o sentido estrito exposto no tópico 2

⁴¹ Tribunal Supremo, España. Sentencia del Tribunal Supremo (STS) nº 116/2017, Sala de lo Penal, Ponente: Manuel Marchena Gómez, 23 febrero 2017. Disponível em: <https://vlex.es/vid/667933841>. Acesso em: 30 mar. 2023.

⁴² AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, nº 2, p. 270-303, esp. 288-289, feb./2020. DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.08.

(*supra*), aos elementos obtidos na investigação empresarial interna com potencial afetação a garantias processuais.

Alguns fatores merecem destaque no presente tópico: (i) A *validade* dos elementos obtidos em diligências potencialmente vulneradoras de garantias processuais, a exemplo de inquirições de testemunhas e investigados, acareações, perícias internas etc.; (ii) O valor informativo-probatório dos dados assim obtidos, à luz da categorização entre prova (*stricto sensu*) e elemento informativo da fase investigativa (art. 155, *caput*, do CPP brasileiro).

Em primeiro lugar, observe-se que a ausência de regulação normativa específica e uniforme dos procedimentos instrutórios de investigação empresarial interna reflete um problema particular da maior envergadura⁴³, uma vez que conduz a esforços em direções muito diversas na busca, por analogia, de padrões aproximados àqueles dos procedimentos oficiais, relativamente à observância das garantias processuais afetáveis. Não se pode deixar esse problema para a regulação interna de cada empresa, sem parâmetros seguros para que o órgão jurisdicional depois aprecie a possibilidade de utilização dos elementos informativos na persecução penal⁴⁴.

Esclarecido esse ponto, algumas aproximações podem ser pensadas, considerando-se a realidade já instalada, inclusive no Brasil, de autorregulação empresarial e a correlata legitimação normativa das investigações internas.

Não se pode, como antes observado, equiparar a investigação interna a uma investigação oficial, em sentido substitutivo, uma vez que

⁴³ Sobre procedimentos aplicáveis à *entrevista*, consulte-se: BONFANTE, Filipe Gollner; HADDAD, Regina; GIEREMEK, Rogeria. Condução de entrevista em investigações internas. In: FRANCO, Isabel (Org.). *Guia prático de compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 159-171, esp. 164-167.

⁴⁴ Uma problemática especial a ser apreciada, na esfera dos procedimentos, é a da *cadeia de custódia da prova*, analisada detalhadamente em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 1453-1510, mai./ago. 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i2.453. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/453>. Acesso em: 31 maio. 2023.

faltam na primeira, inerentemente, vários atributos fundamentais, como, por exemplo: *a*) não há garantia de independência do investigador privado, normalmente um advogado interno ou outro subordinado na estrutura da empresa; mesmo em relação ao *compliance officer*, não há segurança quanto à sua independência no desempenho de funções investigativas; *b*) a ausência de oficialidade de depoimentos e perícias, enquanto atos não compromissados, diminui seu valor como potencial meio probatório (sentido amplo); *c*) a relação de subordinação de investigados e testemunhas em relação à própria empresa também enfraquece a expectativa de busca da verdade; *d*) a atuação da empresa à luz de seus próprios interesses afasta qualquer expectativa de impessoalidade.

A título de exemplo: é válido, na persecução penal oficial, o resultado de inquirição de testemunha ou do próprio investigado conduzida por advogado ou outro encarregado da empresa? Tomem-se algumas variáveis:

(*a*) Se o depoimento envolveu coação, fraude, erro ou outro vício de consentimento, o ato é inválido. É assim, naturalmente, também no âmbito oficial. A ausência de oficialidade no marco interno da empresa, porém, impõe cautelas adicionais na *demonstração* da validade. Isso pode ser amenizado pela exigência de gravação do depoimento. Não se resolve, de toda sorte, a falta de oficialidade do ato, o que – assim como outros aspectos – impõe a identificação de um caráter *complementar*, e não substitutivo, da investigação empresarial interna frente ao âmbito oficial. A utilidade da investigação interna radica muito mais na *identificação de fontes de prova* para futura exploração pelas autoridades públicas – não devendo ser alimentadas expectativas de *produção* de elementos com valor probatório (sentido amplo). Além disso, tem-se a vantagem da imediatidade da empresa na obtenção do dado informativo, o que de igual modo não exige os órgãos de persecução penal de uma apuração posterior. Assim, mesmo com o cumprimento de todas as cautelas aplicáveis na esfera da empresa, as autoridades públicas deverão adotar diligências no sentido de corroboração dos resultados da investigação intraempresarial.

(*b*) No caso do *investigado*, e mesmo no da pessoa identificada como testemunha, devem ser asseguradas a assistência de defesa técnica e o direito à não autoincriminação. Esse ponto é também

problemático⁴⁵, considerando a relação de subordinação na empresa. O empregado que se recusar a declarar poderá, na prática, ser despedido. Como observa Neira Pena, o direito de não se autoincriminar protege o sujeito do uso processual de suas declarações, mas não o protege de uma demissão injusta⁴⁶. Não se pode, de toda sorte, emprestar valor informativo ao depoimento de um investigado sem a observância dessas garantias mínimas. A confissão prestada sem isso tampouco teria validade. É preciso que o investigador privado advirta o sujeito acerca de seus direitos, inclusive o de guardar silêncio, assim como das implicações de suas declarações, informando-o também sobre a posição e os interesses da própria empresa⁴⁷. Por fim, resulta de igual modo inaceitável, *no contexto de uma investigação interna*, a gravação ambiental clandestina, por um interlocutor, da confissão manifestada por outro, o que também ofende o direito de não se autoincriminar. Essa hipótese é diversa daquela em que, fora de um contexto investigativo, um interlocutor particular grava a conversa do outro (hipótese em que devem ser consideradas as circunstâncias concretas da gravação para que se possa apreciar sua licitude).

Não parece aceitável que tais regulações fiquem restritas, com ampla liberdade, ao contrato de trabalho, como ocorre no sistema

⁴⁵ Para um estudo específico e detalhado desse problema, consulte-se: GRECO, Luís; CARACAS, Christian. Internal investigations e o princípio da não auto-incriminação, p. 787-820. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 787-820.

⁴⁶ NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 363.

⁴⁷ Em direção semelhante, sustentam Caio Antonietto e Douglas da Silva: “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”. ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; SILVA, Douglas Rodrigues da. Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 156, jun./2019, p. 61-90, esp. 71.

norte-americano, o que, entre outros problemas, permitira que os órgãos de persecução penal utilizassem a esfera empresarial para obter elementos probatórios em um ambiente privado dispensado do respeito às garantias constitucionais.

Assim, a atribuição de *validade* ao resultado do ato investigativo interno depende da observância das garantias processuais aplicáveis, da corroboração posterior pelas autoridades públicas e do estrito controle de sua validade e veracidade. Sem esse parâmetro mínimo, não parece tolerável conferir valor informativo ao dado obtido na investigação intraempresarial.

Superada a questão da validade, deve-se dimensionar adequadamente o *valor* do resultado informativo obtido. Como antes indicado, no sistema processual penal brasileiro, é preciso levar em conta a distinção entre elemento informativo e prova (sentido estrito).

A investigação empresarial interna se desenvolve em um âmbito interessado e sem supervisão judicial no momento de sua realização. Não se atribui valor *probatório* (sentido estrito) aos dados obtidos na investigação intraempresarial, da mesma forma que ocorre na esfera da própria investigação oficial. 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. Uma vez consagrado o sistema de juiz das garantias, porém, o ponto (b) ficaria marcadamente prejudicado, considerando que os próprios elementos do procedimento investigativo oficial não poderão ser levados ao conhecimento do juiz da instrução e do julgamento, senão os que digam respeito a provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas (art. 3º-C, § 3º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019). Assim, resultados de inquirições e perícias internas ficam com seu valor limitado ao exame pré-processual de justa causa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise desenvolvida, podem ser apresentadas as seguintes respostas aos problemas inicialmente formulados:

(a) No plano da *licitude*: Não é possível *utilizar e valorar*, no processo penal, a prova obtida na investigação empresarial interna com vulneração a direitos fundamentais materiais, vale dizer, a prova ilícita. A proteção constitucional de direitos fundamentais (art. 5º, LVI, da Constituição Federal) contra ações invasivas ilícitas se aplica também a particulares (e não só ao Estado). Segundo a orientação aqui sustentada, esse aspecto pode ceder a temperamentos no âmbito probatório, para o efeito de admissibilidade do uso e da valoração da prova ilicitamente obtida por um particular em um contexto isolado e esporádico, o que se justifica pelos fundamentos da regra de exclusão da prova ilícita, relacionados à necessidade de desestímulo reforçado dirigido especificamente a agentes estatais. Esses temperamentos, entretanto, não podem ser aplicados à investigação empresarial interna, em virtude de sua equiparação às investigações estatais no que diz respeito à habitualidade e à institucionalidade do desempenho empresarial de funções investigativas, em um contexto de controle, o que evidencia a necessidade de desestímulo reforçado frente a práticas de obtenção de prova ilícita no seio da empresa privada.

(b) No plano da *validade* e do *valor*: Considerando o direito processual penal brasileiro vigente, os resultados obtidos no seio da própria empresa em um *procedimento* investigativo interno com potencial vulneração de garantias processuais são comparáveis a *elementos informativos da fase de investigação preliminar* (art. 155, *caput*, do CPP), enquanto *fonte de justa causa para a ação penal*, com a questionável possibilidade adicional de influência secundária no convencimento do juiz. Esses resultados carecem dos atributos da oficialidade e da impessoalidade, o que impõe, para que se identifique o referido valor de *elemento informativo*, o estrito e demonstrado respeito às garantias processuais afetáveis. Isso não exime as autoridades públicas da realização de diligências de corroboração. Para além disso, a atividade empresarial investigativa encontra sua utilidade na identificação de fontes de prova. Em nenhum caso poderá haver valor *probatório (stricto sensu)*, como base principal para a formação do

convencimento judicial (art. 155, *caput*, CPP), nos elementos obtidos em uma investigação empresarial interna. Destaca-se, nesse cenário, a necessidade de regulação normativa específica de um procedimento de investigação intraempresarial.

REFERÊNCIAS

AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón. Prevención del delito en la empresa: límites ético-jurídicos en la implementación de sistema de video vigilancia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), Granada, n. 11-10, p. 1-10, esp. 4, 2009. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-10.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

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.

ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

AYALA GONZÁLEZ, Alejandro. Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales? *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, nº 2, p. 270-303, feb./2020. DOI: 10.31009/InDret. 2020.i2.08. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/1535-2.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BADARÓ, Gustavo. As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 277, dez./2015. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5676-As-propostas-de-alteracao-do-regime-de-provas-ilicitas-no-processo-penal. Acesso: 31 maio. 2023.

BEDÊ JUNIOR, Américo; ALTOÉ, Marcelo Martins. Investigações empresariais internas e proteção de dados: uma análise da constitucionalidade das restrições impostas pelo artigo 4º, §§ 2º e 4º, da Lei 13.709/2018 (LGPD). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1008, out./2019, p. 57-91.

BONFANTE, Filipe Gollner; HADDAD, Regina; GIEREMEK, Rogeria. Condução de entrevista em investigações internas. In: FRANCO, Isabel (Org.). *Guia prática de compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 159-171.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Las investigaciones internas en las empresas como estrategia preprocesal de defensa penal corporativa. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9180, Sección Tribuna, 18 de abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer, p. 3-6, esp. 3, abr./2018. Disponível em: <https://diariolaley.laleynext.es/Content>. Acesso em: 30 mar. 2023.

GOMES FILHO, António Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *As reformas do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246-297.

GÓMEZ MARTÍN, Victor. *Compliance* y derechos de los trabajadores. In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLLEN, Lothar; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 125-146.

GRECO, Luís; CARACAS, Christian. Internal investigations e o princípio da não auto-incriminação, p. 787-820. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 787-820.

HASSAN, Waël; LOGRIPPO, Luigi. Requirements and compliance in legal systems: a logic approach. *2008 Requirements Engineering and Law*, RELAW'08, Barcelona, p. 40-44. DOI: 10.1109/RELAW.2008.8.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 1453-1510, mai./ago. 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i2.453. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/453>. Acesso em: 31 maio. 2023.

KLEINHEMPEL, Matthias. Comunicación, formación y concientización: ¿cómo hacer un programa de integridad efectivo? In: DURRIEU, Nicolás; SACCANI, Raúl R. (Dir.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*. Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 217-227.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, v. XXXV, n. 35, p. 733-782, 2015.

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

NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

NIETO MARTÍN, Adán. Como avaliar a efetividade dos programas de cumprimento”. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Legitimidade e efetividade dos programas de compliance*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 6-26.

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

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale dei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, s. II, p. 422-475, 1966.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 2-11, enero de 2012. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/876a.pdf>. Acesso em: 30 mar.2023.

ROTSCH, Thomas. Corrupção e *criminal compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 31-51, 2019.

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

SAAD-DINIZ, Eduardo. Política regulatória, *enforcement* e *compliance*: análise dos *lineamientos* da Oficina Anticorrupção da Procuradoria Argentina. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 72-79, jun.-jul./2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e programas de *whistleblowing*: defesa dos regimes democráticos ou mercancia de informações? *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jun./2021. DOI: 10.55689/rcpjm.2021.01.006.

SACCANI, Raúl R. Investigaciones internas: una guía práctica. In: DURRIEU, Nicolás; SACANNI, Raúl R. (Dir.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*. Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 313-341.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Trad. de Daniela Brückner y Juan Antonio Lascaraín Sánchez. In: SAGGESE, Silvina Bacigalupo; SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo; BASALDÚA, Juan Ignacio Echano (Coord.). *Estudios de Derecho penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, p. 529-558.

Authorship information

Sérgio Bruno Araújo Rebouças. Professor Adjunto de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutor cum laude em Direito Penal pela Universidade de Sevilha (US). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Ceará (2022-2024). Advogado, parecerista e consultor jurídico nas áreas de Direito Penal Econômico e da Empresa e Direito Processual Penal. sergioreboucas@ufc.br

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assured that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 31/03/2023
- Desk review and plagiarism check: 02/04/2023
- Review 1: 27/04/2023
- Review 2: 01/05/2023
- Preliminary editorial decision: 25/05/2023
- Correction round return: 31/05/2023
- Final editorial decision: 18/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (AMNP)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ARAÚJO REBOUÇAS, Sérgio B. 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>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.