

**COMPLIANCE E INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS INTERNAS NO
ÂMBITO CORPORATIVO**

Compliance and internal criminal investigations in the corporate context

André Machado Maya¹

Renata Vielmo Guidolin²

RESUMO

O presente artigo, partindo da revisão bibliográfica e utilizando-se do método dedutivo, tem por finalidade examinar o instituto das investigações empresariais internas, que ocorrem no âmbito dos programas de compliance, e suas particularidades. Como dito, as investigações internas integram os programas de compliance, os quais têm como objetivo prevenir e reprimir práticas contrárias às normas das empresas. Muitas são as fontes das investigações internas, podendo as mesmas decorrer da constatação da ocorrência de algum ilícito na seara das auditorias, ou de alguma denúncia no canal de denúncias da sociedade empresária, o qual não há de correr o risco de cair em descrédito na hipótese de alguma denúncia não adequadamente investigada. Em face de sua origem, as investigações internas são reativas e pontuais. A este efeito, a primeira parte do texto é dedicada a apresentar a definição e a origem do compliance. A segunda parte do trabalho centra-se na análise das investigações criminais internas e do lugar em que estão situadas nos programas de compliance. Por fim, a terceira parte do estudo se propõe a examinar os limites das investigações criminais internas.

Palavras-chave: Autolimpeza. Compliance. Investigações criminais internas. Limites. Regulamentação.

ABSTRACT

This article, based on the literature review and using the deductive method, has the scope to examine the internal business investigations' institute, which occur in compliance programs background, as well as its particularities. As stated, internal investigations are part of compliance programs, which aim to prevent and repress practices contrary to company rules. There are many sources of internal investigations, which may result from the finding of the occurrence of any offense in the field of audits, or from a complaint in the company's reporting channel, which must not run the risk of falling into disrepute in the event of any allegation not

¹ Doutor e mestre em Ciências (PUCRS). Professor da Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal e da Rede Ibero-americana de Advocacia Criminal. Advogado inscrito na OAB/RS sob o n. 55.429. E-mail andre@andremaya.com.

² Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Especialista em Direito Tributário Empresarial pela FGV (2005). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2002). Advogada inscrita na OAB/RS sob o n. 54.669. Endereço eletrônico: renata@renataguidolin.com.br

adequately investigated. Given their origin, internal investigations are reactive and punctual. To this outcome, the first part of the text is dedicated to presenting the definition and origin of compliance. The second part of the paper focuses on analyzing the internal criminal investigations and where they are used in compliance programs. Finally, the third part of the study proposes to examine the limits of these internal criminal investigations.

Keywords: Self-cleaning; Compliance; Internal criminal investigations; Limits; Regulation.

1 INTRODUÇÃO

Os programas de *compliance*, que têm sua origem em solo norte-americano, destinam-se a prevenir e reprimir práticas contrárias às normas das empresas, bem como práticas de comportamentos criminosos. Estes programas repercutem no âmbito do Direito Penal, mormente na responsabilidade penal das pessoas jurídicas, bem como se projetam no Processo Penal, em nome da realização da justiça e da descoberta da verdade. É possível afirmar que através dos programas de *compliance* as empresas aliam-se à administração da justiça penal na descoberta e na investigação difícil da criminalidade econômico-financeira.

Em face desse cenário, surgem as investigações internas como parte dos programas de *compliance*. Tais investigações são sempre reativas, ao contrário das meras auditorias, que ocorrem a fim de verificar-se a eficácia do sistema e sem que haja qualquer violação de normas. As investigações internas decorrem da averiguação de algum ilícito no âmbito das auditorias, ou surgem através de eventual denúncia no canal de denúncias da empresa, dentre outros, e por tal motivo são reativas e pontuais.

Em face do exposto, partindo da revisão bibliográfica e utilizando-se do método dedutivo, o presente estudo tem por finalidade examinar o instituto das investigações empresariais internas, que se dão no âmbito dos programas de *compliance*, e suas particularidades. A este efeito, a primeira parte do texto é dedicada a apresentar a definição e a origem do *compliance*. A segunda parte do trabalho centra-se na análise das investigações criminais internas e do lugar em que se situam nos programas de *compliance*. Por fim, a terceira parte do estudo se propõe a examinar os limites das investigações criminais internas.

2 AS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS INTERNAS COMO PARTE INTEGRANTE DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

Sobre a definição de *compliance*, Prittwitz (2013) afirma inicialmente a importância de observar-se a etimologia da palavra. Conforme o Prittwitz (2013, p. 208), o substantivo *compliance* corresponde ao verbo “to comply”, que de acordo com o American Heritage Dictionary é entendido como “to comply = to act in accordance with a command, request, wish, or the like” (THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY, 2021, p. 1). Diante de tal definição, Prittwitz (2013) afirma que em um Estado Democrático de Direito é exigido de todas as pessoas, físicas e jurídicas, o agir de acordo com o que determina a lei, e concorda com Kuhlen (2013, p. 51) segundo o qual “no es algo ni nuevo ni especialmente fascinante que el *compliance* exista.”

No mesmo sentido, Nieto Martín (2018, p. 29) refere que o termo *compliance* é vago e inexpressivo, uma vez que por si só não quer dizer nada, a não ser o evidente: “atuar conforme a legalidade, entendendo legalidade em sentido amplo, que abarcaria o cumprimento de obrigações procedentes da lei civil (civil, penal, trabalhista, do mercado de valores, etc.), mas também às diretrizes internas da empresa e, em especial, seu código de ética.” Assim, apesar de o *compliance* parecer óbvio, é tarefa difícil de atingir, pois existem diversos fatores que provocam a ocorrência de infrações dentro da empresa: o desconhecimento das normas, o surgimento de uma cultura corporativa onde a obtenção de benefícios se sobrepõe ao respeito à legalidade, a divisão do trabalho, dentre outros.

Neste ponto Prittwitz (2013) questiona sobre a efetiva existência de algum *compliance* na vida econômica, isto é, na economia de mercado, capitalista, considerado que o entendido como “conducta desviada” do Direito e da lei não parece ser tão desviado no sistema parcial da economia da sociedade capitalista. De acordo com Prittwitz (2013, p. 211), um programa de *compliance* convincente significa, de início, que este tem de convencer os juízes, “a quienes hay que calmar”, e em seguida, com mais relevância, este programa deveria consistir “en la minimización de riesgos de responsabilidad para la empresa mediante la evitación del comportamiento antijurídico y, em especial, punible de los empleados de la empresa” (KUHLEN, 2018, p. 62).

É necessário então que o *compliance*, como propósito da direção da empresa, disponha de uma ferramenta de gestão, que são os denominados programas de *compliance*, que devem ter como objetivo compensar os fatores que dificultam o cumprimento da legalidade dentro de uma corporação. Conforme leciona Nieto Martín (2018, p. 30), os programas de *compliance* desempenham esta tarefa por meio da prevenção dos comportamentos infratores e, quando estes acontecem, de sua detecção e sanção. A análise de riscos representa ferramenta fundamental para a confecção de um programa de *compliance* efetivo, prestando-se a indicar à empresa quais são as obrigações legais mais importantes às quais está sujeita e onde estão situadas suas vulnerabilidades.

Cumprir ressaltar que o destaque atual dos programas de criminal *compliance* em sede mundial decorre, sem dúvida, das medidas adotadas pelos governos dos Estados Unidos e de alguns membros da União Europeia a partir dos casos World-Com, Parmalat, Enron, Merck & Company, Rings Bank e Siemens AG (MONTIEL, 2013), dentre outros. É possível afirmar que o *compliance* faz parte do fenômeno da americanização que está sendo experimentado pelos ordenamentos jurídicos europeus, eis que nasceu e se desenvolveu nos Estados Unidos, e só nos tempos recentes, mormente no início do século XXI, se transportou à cultura jurídica e empresarial europeia (NIETO MARTÍN, 2018). Em face dos escândalos financeiros da virada do século o *compliance* adquiriu orientação mais punitiva, através da *Sarbanes Oxley Act*, no que se refere às empresas listadas em bolsa. O objetivo de tal legislação é garantir a confiabilidade e a qualidade da informação que tais empresas oferecem ao mercado e garantir uma gestão mais transparente. Ademais, esta legislação propôs uma mudança na orientação das obrigações de *compliance*, de anterior cumprimento voluntário passou-se agora a um cumprimento por decreto.

Ainda, nos Estados Unidos dos anos 70, onde são descobertos uma série de escândalos de corrupção internacional, a corrupção transformou-se em outro grande foco de desenvolvimento dos programas de *compliance*. Em resposta a estes escândalos é editada a *Foreign Corrupt Practices Act*, que determina a obrigatoriedade de adoção de controles internos para prevenir atos corruptivos, transformando-se os programas de *compliance* em uma das grandes armas contra corrupção, consagrado em convenções da OCDE e das Nações Unidas (NIETO MARTÍN, 2018). Também no âmbito do setor privado é possível dizer que as empresas analisam a integridade e reputação de parceiros de negócios, sócios ou representantes

comerciais, com a intenção de garantir que estes disponham de políticas anticorrupção, sendo viável que uma empresa exija da outra que esta implante um programa de *compliance* como condição prévia para manter relações comerciais ou profissionais.

Além disso, mais tardiamente surge o *compliance* também no setor bancário, com o fim especial de enfrentamento da lavagem de dinheiro. De início foram adotadas medidas pelo comitê de supervisores bancários da Basileia, organismo que congrega os supervisores bancários e bancos centrais, posteriormente surge o GAFI, organismo intergovernamental ao qual atualmente pertencem trinta e quatro países, ocupando-se de estabelecer medidas de cumprimento em matéria de lavagem de capitais. (NIETO MARTÍN, 2018)

Como verificado, nos Estados Unidos o desenvolvimento do *compliance* representa uma ferramenta disponível à Administração para o controle da atividade empresarial. Contudo, o *compliance* é também importante no âmbito privado, pois representa um mecanismo para garantir que, nas relações entre empresas, sejam respeitados determinados padrões normativos. Como exemplo desta relevância no setor privado é possível citar o *New York Stock Exchange*, que exige das empresas norte-americanas listadas na bolsa que estas contenham um código de ética. (NIETO MARTÍN, 2018)

Ainda sobre a repercussão em nível mundial do *compliance*, Nieto Martín (2018) afirma que a expansão que ocorreu em termos globais da concepção de *compliance* está ligada ao poder econômico dos Estados Unidos e a sua capacidade para impor seu Direito para além de suas fronteiras, uma vez que as empresas que listam suas ações em mercado de valores devem possuir programas de *compliance*.

O uso moderno das investigações internas teve seu início, da mesma forma e em face do cenário acima apresentado, entre as empresas norte-americanas, o que ocorreu no começo dos anos 70 em virtude da suspeita de subornos pagos a autoridades da Bélgica, Japão, Holanda, Honduras e Itália para obter contratos públicos. Em meados dos anos 80 transformou-se em algo muito comum nos Estados Unidos, até chegar ao máximo de popularidade em todo o mundo com os escândalos financeiros iniciados no ano de 2001 (MONTIEL, 2013). Ao longo destes anos as investigações internas não só têm servido para identificar os ilícitos dentro de uma empresa, como também para muitos outros propósitos: como dar explicações ao Estado e à sociedade sobre negociações questionáveis, evidenciar o cumprimento de requerimentos

legais em matérias vinculadas à saúde e ao meio ambiente, influenciar na estratégia empresarial, etc.

Considerando tal realidade, as empresas e os agentes de Estado têm grande interesse nas investigações internas, pois estas ajudam a esclarecer condutas empresariais suspeitas, residindo aí o interesse do Estado, e, por outro lado, a implementação destas investigações e a colaboração com órgãos judiciais podem diminuir a sanção imposta à empresa, ao mesmo tempo em que possibilitam a recomposição da imagem empresarial perante a sociedade. As teorias explicativas da criminalidade empresarial destacam o papel dos mecanismos de controle interno e externo como fator preventivo. Estudos indicam que um dos motivos que levam a incorrer em atividades ilícitas e oportunidades que favorecem esse tipo de conduta, pode ser o escasso, ou deficiente, controle (MONTIEL, 2013). Desta feita, tanto o controle estatal como o controle interno da empresa mostram-se imprescindíveis.

De acordo com Antunes (2018a), as empresas uniram-se à administração da justiça penal, pois os benefícios desta aliança são demasiadamente proveitosos para estas pessoas jurídicas. No Direito espanhol pode acontecer a isenção ou atenuação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, no Direito brasileiro e no Direito italiano o que se afasta é a responsabilidade administrativa destas entidades. De outra banda, a existência de um programa de *compliance* pode levar a não promoção processual, como no caso da França e Estados Unidos, onde vigora o princípio da oportunidade quanto a promoção processual penal. Ainda, no Direito italiano, a existência de um programa de *compliance* pode evitar a aplicação ou a execução de medidas processuais de natureza cautelar (medidas de coação).

Importante salientar que no Brasil não existe legislação que obrigue a empresa a investigar a prática de ilícitos, mas o Estado oferece forte estímulo à tal investigação aos entes jurídicos que são investigados por ilícitos concorrenciais e/ou por atos de corrupção, como a redução ou a exclusão de suas penalidades, então é possível afirmar que na prática estas empresas são forçadas a conduzir processos de autolimpeza.

Importante ressaltar ainda que quanto às empresas brasileiras que estabelecem relações negociais com os Estados Unidos, estas ficam sujeitas à legislação norte-americana em dois casos: na hipótese de importações pelos EUA, bem como as quando as relações comerciais possuam um efeito razoavelmente previsível sobre o mercado americano, sendo que nestes casos as estas empresas brasileiras encontram-se igualmente forçadas a contar com

Volume 13 – Número 1 (2023) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

procedimentos internos de apuração para dispor de uma situação mais favorável em eventual acordo de colaboração, sob pena de sofrerem graves sanções passíveis de levar a empresa à falência. (ARAÚJO, 2019)

Salutar é a observação feita por Nieto Martín (2018) no sentido de que as empresas transnacionais devem considerar que a legalidade muda em cada país, mesmo em setores harmonizados pela normativa internacional, como no caso da corrupção. Em face desse cenário, o programa de *compliance* há que adaptar-se à situação de interrelação entre diversas leis nas quais atuam. Ademais, as empresas multinacionais, ao contrário do Estado, têm capacidade para impor suas regras internas em todos os países nos quais operam e, ainda, têm capacidade de investigar internamente um caso de corrupção, mesmo sem recorrer a nenhum tipo de cooperação judicial, de forma mais eficaz e ágil do que os Estados, além de poder impor sanções disciplinares tão severas e intimidatórias como a demissão. Os procedimentos empresariais que buscam aplicar determinada normativa podem ser iguais ou mais eficazes do que as próprias regulamentações estatais. Ainda, importante ressaltar que as empresas ou pessoas que pretendam contratar têm ciência de que necessitam contar também com medidas de controle similares.

É preciso atentar para o fato de que a prática das investigações empresariais impõe questões complexas para o Direito Penal e o Direito Processual Penal, sendo que as mais importantes dizem respeito ao princípio *nemo tenetur* e a extensão dos deveres de informar do trabalhador. Ademais, alguns autores afirmam a “privatização” da investigação criminal no âmbito dos programas de *compliance*, no que se refere à colaboração empresarial na investigação da existência de um crime, na determinação dos seus agentes e da responsabilidade deles e na descoberta e obtenção das provas, que se dá por meio da realização de investigações internas por parte da empresa, que poderão ter origem em canais de denúncia que a própria empresa promove. É possível afirmar que os canais de denúncia são uma das estratégias mais importantes da política criminal nos dias de hoje contra a criminalidade empresarial, pois eles fomentam as denúncias por parte dos particulares.

Quando a empresa pretende implementar um sistema de *compliance* e de investigações internas é fundamental que o primeiro passo seja a criação de uma “ordem processual interna”. Esta autorregulação deve prever as diferentes fases da investigação, a extensão das faculdades investigativas do empresário ou seu representante, as condições dos interrogatórios, a extensão

dos deveres de informação dos interrogados, os casos nos quais se admite a interceptação da correspondência, dentre outros. A existência de regras claras é importante por razões práticas e de eficiência, mormente em face dos limites da empresa nas investigações internas.

Sabido é que nas investigações públicas o limite à produção de provas esbarra em restrições legais e constitucionais, mas nas investigações privadas não há limites claros, pela ausência de uma regulação legal. Existe um quadro de anomia legal e regulamentar que conduz a uma ampla discricionariedade na condução das investigações internas, seja quanto ao procedimento, enquanto forma, ou quanto aos mecanismos que serão utilizados. A Ordem dos Advogados do Brasil publicou o Provimento n. 188/2018 (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2018), que timidamente disciplina a atividade.

Na seara judicial, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC n. 9 7.926/GO (BRASIL, 2014) que teve como relator o ministro Gilmar Mendes, reconheceu ser lícita a produção de elementos de prova diretamente pelas partes interessadas na fase pré-processual. Mesmo que o diploma processual penal atribua a função investigatória à autoridade policial, a legitimidade da atuação do particular pode ser extraída dos direitos fundamentais da ampla defesa e ideação, previstos no artigo 5º da Constituição Federal. O estudo da investigação defensiva é relevante, pois pode fornecer importantes vetores uma vez que, embora não se confunda com o instituto das investigações internas, eventuais parâmetros que venham a ser estabelecidos para a produção de elementos de informação pelas partes na fase pré-processual podem ser utilizados de forma análoga.

Questionamento importante no tema da coleta de provas nas investigações empresariais diz com os limites que se impõem na busca das informações nas investigações internas. É correto afirmar que são admitidas as provas tipificadas no Código de Processo Penal e, excepcionalmente, as demais provas, desde que não contrariem a forma de uma prova nominada e estejam em conformidade com as regras constitucionais e processuais penais. Ademais, importante observar que o direito das partes na busca por elementos de informação que possam vir a ser utilizados no processo não é absoluto, estando sujeito às limitações no tocante ao objeto da prova, aos meios de prova e ao procedimento a ser observado em determinados casos para a sua produção. (ARAÚJO, 2019)

Fernandes (2007) assevera que o artigo 5º da Constituição Federal disciplina uma série de inviolabilidades que configuram garantias para o resguardo dos direitos fundamentais da

pessoa. Segundo ele, a violação destas garantias individuais de natureza constitucional para a produção de prova constitui formação de prova ilícita. Ensina ainda o autor que a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos é vedada pelo legislador constituinte, e assevera que “pouco importa quem conseguiu a prova. Normalmente, deriva de ato de autoridades encarregadas da persecução penal, mas também pode resultar de atividade desenvolvida por particular” (FERNANDES, 2007, p. 93).

Ainda, sabido é que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, sendo possível que em determinadas situações sofram limitações, dentro das margens legalmente estabelecidas. De acordo com Teresa Armenta Deu (*apud* ARAÚJO, 2019, p. 58), o interesse na punição de condutas lesivas não deve prevalecer se, para a sua consecução, são promovidas lesões injustificadas ou desproporcionais a esses direitos.

Diante do exposto, é possível então concluir que seria lícita ao investigador privado a obtenção de elementos de informação com o fito de instruir procedimento de apuração interno desde que, para tanto, não viole preceitos constitucionais e legais, o que se não for observado acarretará na ilicitude do material colhido, e, por consequência, inviabilizará seu aproveitamento. É necessário então que a empresa se cerque de cautelas na coleta das informações se seu objetivo é reunir elementos para subsidiar proposta de acordo de colaboração com autoridades públicas (acordos de leniência), uma vez que é esperado que as autoridades públicas responsáveis por negociar e firmar acordo de colaboração operem com zelo, realizando um filtro sobre as informações que estão sendo oferecidas pelos particulares.

Conforme já referido, é possível que a discricionariedade permeie as investigações internas, o que se dá em face da anomia legal e regulamentar que as cercam, e pode ocorrer tanto na condução, no procedimento ou quanto aos mecanismos que serão utilizados. Em face desse cenário seria possível alegar que o investigador, ao seu bel prazer, poderia realizar análise de documentos, elaborar laudos e perícias, revisar determinadas comunicações de seus colaboradores, consultar registros públicos, realizar entrevistas, dentre outros, contudo é indispensável que o investigador se atenha às regras da empresa. Para tanto, é preciso “que as empresas, como parte de seu programa de conformidade, regulem as investigações internas e que esta normativa interna seja reconhecida previamente por todos” (NIETO MARTÍN, 2018, p. 48).

Volume 13 – Número 1 (2023) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Os diversos aspectos das investigações internas devem estar disciplinados no programa de *compliance*, que deve abranger autorregulações específicas que estabeleçam detalhadamente os diversos aspectos destas, e tais normas devem abarcar conteúdo de boa qualidade, uma vez que uma regulamentação deficiente no aspecto material pode colocar em risco os esforços para elaborar as autorregulações (MONTIEL, 2013). Quando da elaboração destas normas é necessário que sejam observados dois aspectos importantes: a inclusão dos trabalhadores na disciplina das autorregulações e a conciliação das práticas implementadas nas investigações com os princípios do Estado de Direito e, concretamente, ao devido processo. Questão crucial no tocante ao recolhimento de informações pelas investigações empresariais consiste em saber se, e em que face de qual padrão, as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, penetram na investigação privada.

Segundo Montiel (2013), a compatibilização das investigações internas com as garantias do devido processo é questão problemática, e tal acontece em virtude da estrutura de questões jurídico-penais e jurídico-trabalhistas que aparecem combinadas no processo de autolimpeza, o que torna pouco aconselhável um traslado sem adaptações das normas processuais penais ao âmbito privado. O autor discorda da doutrina que defende a aplicação das garantias do processo penal, com a intenção de proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores frente a arbitrárias ingerências do empregador, a qual defende a aplicação do princípio *nemo tenetur* e, ainda, que o trabalhador poderia recusar-se a informar sobre os seus feitos.

De acordo com Montiel (2013), inicialmente é importante atentar-se para o fato de que o processo penal estatal e as investigações empresariais apresentam diferenças significativas, ainda que exista uma analogia entre eles e que as investigações internas detenham uma função complementar ao processo. Um traslado sem adaptações das normas dos ordenamentos processuais privaria o empregador de faculdades que são inerentes ao seu rol no âmbito das relações trabalhistas. Nesse sentido, aplicar o princípio *nemo tenetur* nas investigações internas em toda a sua extensão acarretaria uma desnaturalização da relação jurídica que une o empregador e seus trabalhadores, pois, a título de exemplo, o empregado poderia negar-se a fornecer alguma informação a seu chefe, ainda em face da existência de um dever legal e contratual. Sabido é que a boa-fé constitui princípio fundamental que orienta todo contrato, e desta feita é exigida tanto para o empresário como para o trabalhador. Por este motivo, os trabalhadores têm o dever de colaborar no esclarecimento dos acontecimentos internos da

Volume 13 – Número 1 (2023) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

empresa e o dever de prestar a informação correta, ainda sobre eventuais danos causados por eles mesmos à empresa.

Em face dessa realidade, Montiel (2013) assevera que o adequado seria transitar pelo caminho intermediário, sendo que os investigadores deveriam sujeitar-se às leis gerais e aos padrões do Estado de Direito. Em sendo assim, evita-se colocar o trabalhador em uma situação de vulnerabilidade, ao mesmo tempo em que o empregador não se veja privado de direitos inerentes à sua posição jurídica. Nesse sentido são as diretrizes da BRAK - Federal Bar Association, organização que comporta vinte e oito ordens de advogados regionais e representa os interesses da profissão jurídica a nível federal na Europa, segundo as quais os advogados de empresas responsáveis pelas investigações estão sujeitos aos limites e aos deveres estabelecidos na legislação europeia, quais sejam, o Código penal, a Lei de Proteção de Dados, o Estatuto do Trabalho e na Lei de Estatutos Empresariais.

Em contraponto ao entendimento de Montiel (2013) sobre o tema, Antunes (2018a) considera que as investigações internas devem necessariamente obedecer às garantias básicas e irrenunciáveis do processo penal. Antunes (2018a) entende as investigações empresariais internas como detentoras de um efeito de privatização do processo penal, e afirma que por meio de determinados mecanismos como a isenção ou atenuação da responsabilidade criminal da pessoa jurídica ou não promoção processual, o Estado premia as empresas que colaborem no processo penal no esclarecimento da prática de um crime que lhe seja imputado, ou imputado a si e a pessoa singular.

Antunes (2018b) assevera refere que “corre-se mesmo o risco de poder afirmar que um dos objetivos principais da responsabilização penal das pessoas coletivas é fomentar a cooperação entre a empresa e o processo penal”. Antunes (2018b) continua sua reflexão afirmando que as vantagens são evidentes para os órgãos estaduais de persecução criminal, haja vista a redução dos custos particularmente elevados das investigações no âmbito empresarial e no acesso a meios de prova que a empresa obtém mais facilmente.

Em face dessa realidade surge a discussão sobre a questão da valoração no processo penal de meios de prova obtidos no âmbito de uma investigação interna, ao que Antunes (2018b) questiona sobre a possibilidade de tomar-se de empréstimo meio de provas como, por exemplo, os que constituem o produto de interrogatório feito pelo advogado da empresa a um trabalhador, o qual pode muito bem ocorrer debaixo da máxima *talk or walk*. Segundo ela, a

Volume 13 – Número 1 (2023) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

única resposta é a de que a cooperação privada na investigação criminal deve rodear-se de uma série de garantias que compensem os riscos que tais investigações geram.

Por um lado, as investigações internas deverão obedecer às garantias básicas e irrenunciáveis do processo penal, sendo imprescindível que a empresa elabore um código que regule as investigações internas; por outro lado, o direito processual penal só deverá valorar os meios de prova obtidos com respeito pelos direitos fundamentais. Ainda, em relação à empresa, a administração estadual da justiça penal não deverá usar os meios de prova obtidos nas investigações internas contra a vontade de quem os produziu, tendo em vista o exercício do direito de defesa no processo penal.

A discussão sobre os limites das investigações internas tema por demais controverso, ocorre em face da possibilidade dos diversos riscos penais que tais investigações apresentam, as quais detêm a capacidade de lesar bens jurídicos estritamente pessoais, como o segredo pessoal, bem como outros de caráter coletivo. Em tratando-se de riscos penais, importante pontuar que os maiores riscos desta natureza para o empresário apresentam-se em relação aos delitos contra a intimidade.

Fato é que em decorrência do advento das novas tecnologias a intimidade do trabalhador tornou-se vulnerável em face do empregador, eis que este passou a deter uma grande quantidade de informação de seus dependentes. Dessa situação é possível citar como exemplo a realidade de que diariamente grande número de imagens pode ser captado pelas câmeras de vídeo-vigilância instaladas em setores laborais, ademais, uma grande quantidade de informações laborais e pessoais ficam registradas pelos empregados em seus computadores. Tais informações são absolutamente relevantes para o esclarecimento dos feitos investigados pela empresa. Em face desse cenário, as autoregulações devem evitar, por um lado, que o empresário se converta em uma espécie de “Big Brother”, e por outro, que qualquer medida de investigação que se dá sobre a intimidade dos trabalhadores faça o empresário a incorrer em responsabilidade penal. (MONTIEL, 2013)

Ensina Montiel (2013) que estão divididas em dois grupos as ações dos investigadores que podem atingir a intimidade dos empregados: ações consistentes em revelar desautorizadamente informação privada ou íntima que já estava em poder do empregador, como por exemplo o perfil psicológico obtido dos exames pré-ocupacionais, ou, ações consistentes

em acessar desautorizadamente informação privada ou íntima, como por exemplo a interceptação de correios eletrônicos e a busca das páginas da *web* visitadas pelo trabalhador.

Como exemplo de medidas que podem ser adotadas durante as investigações dentro da empresa é possível citar as seguintes: estabelecimento de câmeras de vigilância, inspeção de escritórios e bilheterias, interceptação de correios eletrônicos e correio postal, rastreamento das tarefas laborais, rastreamento de chamadas realizadas durante o trabalho, rastreamento de páginas da *internet* visitadas em horário laboral, dentre outros. À primeira vista é possível dizer que em todos esses casos pode ocorrer uma ingerência na intimidade dos trabalhadores capaz de resultar penalmente relevante. Importante ressaltar, contudo, que o limite que os tipos penais impõem às investigações internas não pode converter-se em um obstáculo absoluto, e por tal razão é tão importante a regulamentação feita pelos *compliance programs*, a qual deve necessariamente considerar as diferentes dimensões normativas da intimidade.

De acordo com Montiel (2013) as dimensões da intimidade são três: falta absoluta de expectativa razoável de intimidade, modificação legítima de uma expectativa razoável de intimidade, expectativa imodificável de intimidade. Inicialmente, existem certas situações em que não é possível afirmar de maneira racional que exista uma expectativa de intimidade, em função da forma como se configuram as relações laborais na atualidade. Como exemplo de tal afirmativa seguem os seguintes exemplos: imagens captadas por câmeras instaladas por razões de segurança em lugares públicos da empresa ou em setores de especial vulnerabilidade da empresa a fim de proteger o patrimônio empresarial, bem como os documentos pessoais ou de trabalho deixados sobre a mesa em escritórios de livre acesso. Nestes casos é viável falar-se em ingerências não lesivas na intimidade, em que o empregador pode ingerir na intimidade dos trabalhadores sem a necessidade de proceder uma notificação prévia, nem de contar com o consentimento do trabalhador.

Em um segundo momento apresentam-se as situações em que a dinâmica das relações trabalhistas pode justificadamente modificar a expectativa razoável de intimidade do trabalhador. Tais modificações apenas são legítimas quando decorrem das faculdades legais do empresário na direção e controle da atividade laboral, e quando a ingerência não compromete a dignidade dos trabalhadores. Como exemplo de tais situações citam-se os casos nos quais é acessada informação que o trabalhador deixa registrada nas ferramentas de trabalho fornecidas pelo empregador, como podem ser os telefones celulares e fixos, os correios eletrônicos,

computadores, *chats*, linhas de atenção ao cliente, dentre outros. Tratam-se de ferramentas fornecidas ao trabalhador exclusivamente para usos laborais, de modo que seu uso pessoal fica excluído ou ao menos fortemente restringido. O envio de informações pessoais a partir das ferramentas laborais, que é usual, parece sugerir um mínimo de expectativa de confidencialidade, e este mínimo de expectativa de intimidade justifica que o empresário tenha a obrigação de notificar a seus trabalhadores sobre a modificação desta expectativa originária. Nessa seara os *compliance programs* apresentam grande importância. As autorregulações não apenas devem estabelecer detalhadamente o uso que deve fazer-se dos instrumentos de trabalho, como também em que casos o empresário ou os investigadores podem acessar a informação que consta em tais instrumentos.

Por fim, a terceira dimensão da intimidade é a da expectativa imodificável da intimidade. Trata-se de ingerências que, independentemente do fim perseguido pelo empresário, afetam o acervo mais privado ou pessoal do trabalhador, e eventual incursão do empregador consistirá em intromissão em âmbitos que estão dispostos exclusivamente ao mundo privado do empregado e, por esse motivo, protegido pela expectativa legítima de privacidade, que não está sujeita a uma modificação pelo empresário. Como exemplos de tais situações citam-se: a obtenção de provas a partir de câmeras ocultas em banheiros e vestiários, e exames genéticos compulsivos ou buscas nas quais os empregados devem despir-se. Também outros casos que atingem com menor força a expectativa imodificável de intimidade, como por exemplo, a revisão de correspondência postal ou eletrônica pessoal ou a revisão dos armários disponibilizados aos trabalhadores para uso pessoal.

Quando um trabalhador, apesar da expressa proibição da empresa, dá um uso privado a seu correio eletrônico de carácter laboral ou ao chefe da empresa e com essas conversações aparece informação relevante para esclarecer um caso de corrupção, fica excluída a tipicidade da atividade de investigador. Tão pouco resulta típico o agir destas investigações na monitorização do uso da internet ou a revisão dos arquivos guardados em um computador portátil da empresa, quando já existia uma advertência expressa sobre seu uso exclusivo laboral e sobre as faculdades de monitorização do empregador. Há, contudo, casos de difícil solução, nos quais é possível defender que a ingerência na intimidade do empregado decorreu de uma circunstância excepcional, para salvaguardar um interesse superior (da empresa, de terceiros ou da sociedade). Por exemplo, quando são instaladas câmeras ocultas nos vestiários em face da

suspeita fundada de que se trafica drogas nestes locais da empresa. Essa intromissão é possível desde que esteja presente um fim legítimo, e desde que a intromissão se revele necessária, adequada e proporcional (ANTUNES, 2018a). Neste ponto importante ressaltar que as intromissões dos investigadores devem ser proporcionais e o menos lesivas possíveis da dignidade dos trabalhadores, e devem ater-se geograficamente ao lugar de trabalho e aos instrumentos de trabalho oferecidos pelo empresário. Essa premissa exclui qualquer autorização jurídico-penal ao empresário para realizar uma revista no domicílio do trabalhador ou em instrumentos pessoais levados por ele a algum lugar do trabalho.

3 CONCLUSÃO

A título de conclusão inicialmente é importante ter-se em mente que diversos são os delitos que podem vir a ser investigados pelas investigações internas, como por exemplo, os que podem dar origem à responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, ou também infrações realizadas não pela pessoa jurídica, mas contra a pessoa jurídica, e por fim crimes cometidos por ou contra trabalhadores da empresa. Algumas dessas infrações, se efetivamente cometidas, não levam necessariamente à sanção pública, podendo acarretar somente uma responsabilidade disciplinar ou levar a recomendações, a depender do programa de *compliance* que foi adotado no âmbito da pessoa jurídica.

Além disso, muitas são as fontes das investigações internas, sendo a mais usual o canal de denúncias da empresa, que perderá a efetividade e ficará descredibilizado se não houver a investigação de uma denúncia que chega por via do canal que a empresa disponibiliza. Contudo, há também outras fontes de investigação interna, como uma denúncia externa de um consumidor, uma notícia veiculada na mídia, uma auditoria interna ou até mesmo uma notificação judicial.

Desta feita, as investigações internas podem ser anteriores ou contemporâneas a um processo judicial, ocorrendo muitas vezes paralelamente a ele. Em todos os casos a problemática maior das investigações internas diz com os conflitos que podem ocorrer no âmbito da relação entre o empregador e seus colaboradores, mormente em função dos limites aos quais a empresa, e seus representantes, devem ater-se quando da condução de tais investigações. Tal situação é ainda mais sensível em solo brasileiro, eis que o ordenamento

jurídico pátrio ainda não disciplina as investigações internas, acarretando este quadro de anomia legal em possível discricionariedade na condução da investigação pelo particular. No entanto, mesmo em face desta realidade de anomia legal, inegável que o agir dos investigadores que atuam em nome da empresa deve estar pautado no respeito às garantias constitucionais e direitos fundamentais dos indivíduos, sendo este o limite a frear sua atuação.

Em face de todo o exposto, é possível afirmar que os riscos de uma má ou irregular implementação das investigações internas são altos: no intuito de resolver uma situação a empresa pode acabar por agravá-la ainda mais. As más práticas, apenas destinadas a melhorar a reputação da empresa, favorecem a aparição de outros riscos penais e impedem o controle da criminalidade empresarial, o que deve ser fortemente evitado, com a adoção de regras internas de conteúdo adequado às normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João. *Condução de investigações internas sob o ponto de vista da validade da prova no processo penal*. 2018a. Disponível em: <<https://vimeo.com/277697729>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

ANTUNES, Maria João. *Privatização das investigações e compliance criminal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 28, n. 1, p. 119-127, 2018b.

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. *Investigações empresariais*. São Paulo: LiberArs, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 9 7.926/GO*. Recorrente: Paulo César Guimarães Câmara. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6813094>>. Acesso em: 27 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento n. 188*, de 11 de dezembro de 2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em: 1 jun. 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Volume 13 – Número 1 (2023) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 51-76.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 221-244.

NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: MARTÍN, Adán Nieto; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coords.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 29-53.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 207-221.

THE AMERICAN HERITAGE DICTIONARY. *To comply*. Disponível em: <<https://ahdictionary.com/>>. Acesso em: 29 jun. 2021.