

APROVEITAMENTO DE INVESTIGAÇÕES INTERNAS COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Use of internal investigations as evidence in criminal proceedings
Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 156/2019 | p. 61 - 90 | Jun / 2019
DTR\2019\31665

Caio Marcelo Cordeiro Antonietto

Doutorando em Direito pela Universitat Pompeu Fabra – Espanha. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. caio.antonietto@gmail.com

Douglas Rodrigues da Silva

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Advogado. douglas.r.silva92@gmail.com

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: A mudança de paradigmas vivenciada no sistema de justiça criminal brasileiro seja na atividade de investigação do Estado, na produção da prova, ou na postura colaborativa como meio de defesa, trouxe ao processo penal um fenômeno ainda pouco explorado nacionalmente: as investigações internas. Os incentivos legais previstos às empresas que colaborem com a atividade de persecução penal em caso de crimes cometidos em seu benefício estimulam que estas pessoas jurídicas adotem medidas de investigação para conhecer fatos ilícitos praticados por seus membros, bem como identificar responsáveis. Por se tratar de tema ainda pouco estudado na doutrina nacional, optou-se pela pesquisa bibliográfica sobre o tema principalmente em trabalhos estrangeiros com o objetivo de analisar o aproveitamento destas investigações no processo penal e seu conflito com as garantias processuais penais.

Palavras-chave: Investigações Internas – Processo Penal – Delitos de Empresa – Garantias Processuais – Licitude das Provas

Abstract: The paradigm shift experienced in the Brazilian criminal justice system, whether in the investigation activity of the State, in the production of evidence in criminal procedures, or in the collaborative position as a means of defense, has brought to the criminal process a phenomenon not yet explored nationally, the internal investigations. The legal incentives provided for companies that collaborate with the criminal prosecution activity in the case of crimes committed on their behalf encourage these legal entities to adopt investigative measures to know about illegal acts committed by their members, as well as identify responsible persons. Because it is an issue that has not yet been very studied in national doctrine, we have opted for bibliographic research on the subject, mainly in foreign studies, in order to analyze the use of these investigations in criminal proceedings and their conflict with criminal procedural guarantees.

Keywords: Internal Investigations – Criminal proceedings – Corporate Crimes – Procedural Guarantees – Legality of evidence

Sumário:

1 Introdução - 2 O crime em estruturas empresariais complexas - 3 As investigações internas como instrumento de defesa empresarial - 4 O conflito entre garantias processuais penais e a utilização de investigações internas como instrumento de prova - 5 Considerações finais - Referências

1 Introdução

É difícil contestar a afirmação de que na última década o sistema de justiça penal brasileiro, a reação do Estado, dos acusados e de pessoas jurídicas ao fenômeno criminal passa por uma significativa mudança. Os impactos da chamada “Operação Lava jato” –

assim como diversas outras operações midiáticas – ao direito e ao processo penal brasileiros ainda não podem ser totalmente elencados, mas é certo que geraram efeitos diretos na forma do Estado conduzir investigações e produzir provas – como, v.g, o manejo de colaborações premiadas e o uso de mecanismos probatórios de devassa de dados cedidos por terceiros – , bem como na maneira com que acusados e empresas envolvidas em questões criminais promovem suas defesas, circunstância que caminha na contramão da posição de resistência à acusação formulada e de combatividade ao objeto do processo. Há, pois, uma crescente tendência ao não enfrentamento do processo penal, notadamente com recurso à colaboração de acusados para com as autoridades públicas responsáveis pela persecução penal.

Ao focar os reflexos destas mudanças, especificamente, na questão de empresas cujas pessoas físicas que lhes integram são acusadas de delitos praticados em seu favor, pode-se perceber de forma mais nítida esta postura de evitar enfrentamentos processuais com a opção de colaborar com procedimentos de investigação pública e, também, na produção de provas em processo penal. O estímulo a estas práticas não é novo no direito comparado e foi recebido de forma expressa na legislação brasileira de combate à corrupção pública. O caminho para esta nova tomada de posição defensiva passa, necessariamente, pela realização de investigações internas no seio da empresa.

De outro lado, com esta via de colaboração e de realização de investigações internas abre-se um novo desafio ao processo penal, o aproveitamento de fontes probatórias produzidos de forma particular por empresas como prova em processos judiciais. Qual a natureza processual penal dos documentos, depoimentos e diligências realizadas no âmbito de investigações internas? Como conciliar as garantias processuais penais com as investigações realizadas por particulares? Estas investigações são válidas como prova? Estes são alguns dos questionamentos que se podem extrair desta realidade vivenciada no processo penal hodierno.

O escopo deste trabalho, em suma, é justamente apurar em que medida o material probatório oriundo das investigações internas pode ser aproveitado no âmbito do processo penal e a legitimidade de seu traslado à investigação pública. Na mesma órbita, busca-se discutir a imprescindibilidade de imposição de limites, considerada a realidade constitucional e legal pátria, aos mecanismos de investigação interna.

Trata-se de tema cuja pesquisa é justificada na pouca doutrina produzida no Brasil até o momento, eis que se trata de uma nova realidade trazida ao processo penal pátrio. Por meio de revisão bibliográfica de estudos realizados sobre o tema das investigações internas, principalmente em produção estrangeira, o presente trabalho tem por objetivo contribuir para a discussão do tema no Brasil. Para tanto será necessário abordar a forma como o crime se manifesta em estruturas empresariais complexas, a característica das investigações internas como meio de defesa, para ao fim, abordar o aproveitamento destas investigações no processo penal, à luz de sua relação com garantias processuais penais.

Nesse sentido, tendo por substrato o já profícuo material doutrinário estrangeiro, sobretudo com supedâneo na experiência espanhola – sistema jurídico igualmente derivado da civil law –, buscar-se-á uma leitura da produção probatória derivada da investigação interna na seara do direito brasileiro.

2 O crime em estruturas empresariais complexas

O caminho para compreensão da tendência crescente de investigações internas nas empresas brasileiras passa pela análise da manifestação criminal em organizações empresariais complexas. Para isso é necessário compreender a estruturação em divisão de trabalho, delegação de funções e atribuição de competências, o fluxo de informações destas organizações, as obrigações de administradores para o controle de riscos e os reflexos desta realidade na esfera penal.

A empresa é um ambiente onde a relação entre pessoas e interdependência entre elas se mostra muito evidente. É impossível pensar na atividade empresarial sem o relacionamento entre duas ou mais pessoas. Em grandes empresas, por exemplo, esta relação é ainda mais complexa e evidente.

Dentro da atividade empresarial a relação entre as pessoas se desenvolve por estruturas de divisão de trabalho e delegação de funções. Embora possam parecer equivalentes, estas características não se confundem. A divisão de trabalho se desenvolve por meio de relações horizontais na empresa com pessoas localizadas no mesmo patamar hierárquico, já a delegação de funções se dá em plano vertical; nesta impera a obrigação de controle e vigilância, enquanto naquela vige o princípio da confiança¹. Esta estruturação marcada por divisão de trabalho e delegação de funções permite a delimitação de esferas de competência, onde se poderá atribuir responsabilidade ao sujeito competente, independentemente da pessoa física que pratique a conduta².

A organização empresarial complexa leva, pois, a uma mudança dos paradigmas clássicos do direito penal no que se refere à imputação de responsabilidades. Muitas vezes a prática de um delito estará disseminada nos meandros da organização, tornando-se difícil, ou até impossível, identificar com clareza e precisão etapas de planejamento e execução. As estruturas horizontais de divisão de trabalho e verticais de atribuição de funções conduzem a uma separação entre planejamento e execução do delito de tal sorte que nem sempre o ato de execução será o mais importante para o Direito Penal³.

Esta realidade tem importantes reflexos na imputação de responsabilidades e, por consequência, na produção de provas para esta atividade, gerando um grande desafio ao processo penal. Para evitar a vedada responsabilização objetiva decorrente da posição ocupada na estrutura empresarial, a atribuição de responsabilidade penal às pessoas físicas que integram uma empresa por delitos praticados em favor desta exige do Estado-acusação a produção de provas não apenas da materialidade delitiva como também da autoria, o que será alcançado apenas com a reprodução da estrutura empresarial no processo. E este trabalho será mais difícil quanto mais complexa for a organização empresarial.

As organizações empresariais complexas fazem com que as pessoas que as compõem tenham diferentes perspectivas sobre as atividades realizadas, inclusive aquelas potencialmente lesivas a terceiros. A estrutura composta por descentralizações, divisão de trabalho, atribuição de funções e esferas de competência levam a que pessoas localizadas em posições hierárquicas mais elevadas, que ocupem cargos estratégicos na empresa, tenham uma visão demasiadamente global, enquanto aqueles que percebem mais diretamente os efeitos da atividade desenvolvida, normalmente responsáveis por atos de execução localizados em níveis de hierarquia inferiores, careçam de uma visão de conjunto das atividades potencialmente criminosas⁴. Esta limitação de perspectivas da atividade empresarial é outro fator que não pode ser negligenciado no trabalho de imputação de responsabilidade penal e investigação de condutas ilícitas praticadas na atividade empresarial. Por um lado, deve-se considerar a individualização da conduta sob a limitação da capacidade real de ação e informação de cada membro dentro da empresa; de outro, não se pode ignorar o dever de criar canais internos para a diminuição destas limitações.

Aponta GOMEZ-JÁRA DÍEZ que as empresas modernas são marcadas pela descentralização e funcionalização, assim se organizam em departamentos, seções e âmbitos negociais, o que faz com que as informações não se transmitam de forma linear, mas por uma rede de informações descentralizadas com conexões transversais, estas características que se manifestam em maior medida quanto maior for a empresa⁵. Nas organizações empresariais complexas o fluxo de informação deixa de ser algo facilmente controlável por aqueles que ocupam as posições mais elevadas da hierarquia empresarial pois a descentralização leva à disseminação de informações. Passa, então, a consistir um dever do administrador criar estruturas internas que garantam o fluxo de

informações sobre os fatores relevantes da atividade empresarial, o que, no caso penal, pode ser identificado como informações sobre atos que levem perigo ou lesionem bem jurídico alheio.

A análise das manifestações criminais no exercício da atividade empresarial praticadas por seus membros em favor da empresa demanda que se diferencie a execução de tarefas da delegação de funções.

A delegação de funções representa a atribuição de competências essenciais ao desenvolvimento das atividades empresariais, diferente da simples designação de atividades. Quanto maior a empresa mais necessária será a delegação de funções⁶. A delegação de funções deve ser eficaz, para tanto alguns elementos devem estar presentes:

“debe ser precisa, especial, temporalmente limitada y solamente puede referirse a una parte de las tareas del nivel superior o más elevado; además, los delegados deben tener la suficiente competencia como para asumir las funciones encomendadas. En todo caso, la máxima responsabilidad por la elección, la vigilancia y el control quedará en manos de quien hiciera la delegación”⁷.

Com efeito, há uma significativa alteração da posição jurídica do delegante no que se refere à imputação de responsabilidade penal.

Destaca SCHUNEMANN que não se pode aceitar imputações automáticas de administradores por atos da empresa, especialmente frente às complexas empresas modernas onde a divisão de trabalho conduz à descentralização dos processos de tomada de decisões. Neste caso, há uma mudança na posição do administrador, este já não possui o domínio da ação, mas a função de coordenação⁸.

Não se pode, nessa medida, exigir do administrador de grandes empresas a atuação direta com o fim de evitar todo e qualquer ato delitivo, seja de perigo ou de resultado, seu papel dentro da empresa frente às exigências de prevenção inerentes à política criminal moderna será o de gestor de riscos. Incumbe, assim, ao administrador cumprir de maneira satisfatória os deveres decorrentes da delegação de função. O que será exigido do administrador é que estabeleça mecanismos de prevenção capazes de evitar a prática delitiva dentro de seu âmbito de competência. E, seguramente, uma das formas de se cumprir esta obrigação será por meio de investigações sobre fatos ilícitos praticados em favor da empresa.

Como será abordado adiante, as investigações internas ganharam crescente aplicação no direito continental como forma de proteger a empresa e seus administradores de responsabilização por atos de seus membros, ou subordinados. Todas estas características da estruturação empresarial fazem com que a tarefa de imputação de responsabilidade penal por delitos praticados em favor da empresa tenha em grande evidência conceitos como posição de garante, dever de controle e vigilância. Para SILVA SÁNCHEZ a estrutura dos delitos de omissão imprópria é a mais apta para superar as dificuldades de imputação de delitos por comissão ativa aos gestores na criminalidade de empresa⁹. O fundamento da posição de garante do empresário pode ser identificado por meio do poder que exerce sobre relações duradouras construídas no âmbito da empresa, sendo o responsável por evitar lesões a terceiros como consequência destas relações¹⁰. Assim, a posição de garantidor dos órgãos de direção e administração decorre do controle da empresa como fonte de perigo, é o ponto reverso ao poder de organização¹¹. Se de um lado o Estado autoriza a criação de empresas e a exploração de determinada atividade econômica por conta dos benefícios que podem advir desta atividade (econômicos, sociais, ecológicos, etc.), de outro exige que o empresário assuma o controle sobre as externalidades potencialmente lesivas de sua atividade, impondo-lhe o dever de evitar danos a bem jurídicos alheios.

O empresário, portanto, é o garantidor por excelência das atividades desenvolvidas por sua empresa.

Com a delegação de funções ocorre o que pode ser denominado como transferência da posição de garante,

“significa que el delegado atrae para sí la responsabilidad a título de autoría por las actuaciones delictivas que se deriven de su nuevo ámbito de competencia. En cambio, y por lo general, el título de responsabilidad atribuible al delegante por el incumplimiento de su posición de garantía secundaria respecto del ámbito de actividad del que se deriva la actuación delictiva se correspondería con alguna de las formas de participación”¹².

Assim, a delegação não exime o delegante de toda e qualquer responsabilidade penal, há uma mudança em seu papel dentro da empresa e das expectativas sobre sua atuação, este permanece com competências residuais e com o dever de vigilância e supervisão. O delegante está obrigado a um dever prévio de informar-se sobre o delegado assim como estabelecer mecanismos de controle para detectar possíveis ilegalidades em sua conduta¹³. A organização empresarial por delegação de funções gera uma alteração de deveres parciais em cascata onde a posição de garante original do empresário é assumida por diretores e administradores conforme a estruturação concreta da empresa¹⁴. Com a delegação de funções exercida dentro do âmbito de organização empresarial o delegante sofre uma alteração em sua figuração jurídico-penal, há assunção de uma gama de deveres correspondentes a seu papel de controlador da delegação e a transferência dos deveres de garante direto. O delegante assume os deveres de vigilância, ou seja, controlar, corrigir ou substituir o delegado que não realize de forma adequada as funções delegadas¹⁵.

Os deveres de vigilância se dividem em duas categorias que se integram mutuamente em maior ou menor grau. De um lado, a supervisão ativa de modo ordenado e periódico (presente de forma maior quanto mais próximo o delegante esta da execução); de outro, a supervisão reativa, onde se exige uma reação frente a presença de indícios (presente em maior grau quando o delegante está mais longe da execução)¹⁶. É nesta segunda categoria que se encontram as investigações internas.

De toda sorte, a delegação de funções sem o exercício do dever de vigilância representa uma falha na estrutura organizacional da empresa e, especialmente, um descumprimento das exigências político-criminais que recaem sobre o exercício da atividade econômica de forma organizada e uma frustração sobre as expectativas refletidas sobre a figura do administrador de empresas complexas. A ausência de um efetivo exercício do dever de vigilância será um forte, senão decisivo, elemento a ser considerado na imputação de responsabilidade ao administrador por ato criminoso praticado por seus subordinados em benefício da empresa.

Dentro deste panorama de responsabilidade penal dos administradores de organizações empresariais complexas haverá um constante conflito entre os deveres de vigilância decorrentes da delegação de funções e a aplicação do princípio da confiança. Aplicável a situações de atividade humana conjunta, tal como ocorre no caso da divisão de trabalho, o princípio da confiança garante que todo aquele que atenda adequadamente aos cuidados objetivamente exigidos possa confiar que os demais participantes da mesma atividade operem da mesma forma¹⁷. No caso da atividade em uma empresa, é de se esperar que aquele que conduz seu comportamento dentro dos limites da legalidade e das diretrizes internas da empresa possa confiar na mesma forma de agir de seus companheiros. O princípio da confiança é um critério que pode ajudar a atividade de determinar se uma pessoa infringiu ou não seus deveres de trabalho em equipe dentro de uma organização¹⁸.

Contudo, em relações verticais dentro da empresa, decorrentes de delegações de função, não se pode admitir que os deveres de vigilância e controle do delegante sejam superados pela aplicação do princípio da confiança, estes casos são regidos pelo que se denomina de princípio da desconfiança decomposto nos deveres de vigiar em sentido estrito, conhecendo o que fazem os subordinados, e o dever de evitar a atuação ilícita dos subordinados, neutralizando suas atuações delitivas¹⁹. Ao administrador de

organizações empresariais complexas a ausência do dever de se informar e se preocupar em como está trabalhando uma terceira pessoa, ponto central do princípio da confiança, é substituída pelo princípio da desconfiança por meio do qual se exigem deveres de supervisão, controle e vigilância da atuação de terceiros²⁰.

Não se pode, porém, falar em graus estandardizados de confiança ou desconfiança. A aplicação destes princípios não será igual para todos, pois o nível de confiança permitido ou o nível de desconfiança exigido dependerão do plano em que a pessoa se mova e da posição que ocupe dentro da organização, levando a que a responsabilização criminal por inobservância de deveres de vigilância e supervisão dependa da posição da pessoa dentro da empresa²¹.

A forma mais adequada à satisfação das exigências de vigilância e controle de seus subordinados, impostas aos administradores de empresas complexas, será por meio da criação e implementação de estruturas internas capazes de desempenhar estas exigências, visto que não seria possível o exercício direto e constante da vigilância sob pena do administrador transformar sua atividade laboral em atividade policial. Sendo assim, somado às exigências político-criminais contemporâneas em demandar das empresas uma tomada de postura ativa para evitar práticas criminosas, o dever de vigilância tem na figura das investigações empresariais internas um dos seus principais meios de efetivação.

3 As investigações internas como instrumento de defesa empresarial

Embora possa ser considerado um fenômeno relativamente recente para o direito penal brasileiro e por isso pouco se produziu sobre o assunto, as investigações internas já vinham sendo utilizadas com intensidade no direito norte-americano desde os anos setenta. As investigações internas fazem parte de uma realidade surgida nos Estados Unidos a partir do escândalo watergate, quando então a SEC (Securities and Exchange Commission) criou o programa de denúncia voluntária, movida pela falta de estrutura para promover as intrincadas investigações que demandariam as complexas redes de corrupção reveladas naquele momento. Este modelo não só se espalhou por outros países como até os dias atuais as investigações internas são incentivadas nos Estados Unidos por meio de reduções de penas àquela pessoa jurídica que comunicar a ocorrência dos ilícitos, nos termos descritos na Sentencing Guidelines Manual²².

Como destacado, as investigações internas guardam relação direta com a manifestação criminal praticada pelos membros de organizações empresariais complexas, no exercício de suas atividades laborais e em favor destas empresas, por isso devem ser vistas sob uma perspectiva restritiva, excluindo-se o trabalho de levantamento de informações por crimes cometidos contra a empresa.

As investigações internas consistem em esclarecimentos de fatos que podem dar lugar a responsabilidades da empresa ou de seus órgãos de representação, normalmente relacionadas a casos de ilícitos úteis à empresa, tais como corrupção ou formação de cartéis, excluindo-se desta definição casos de ilícitos praticados por empregados em desfavor da empresa²³. Ao contrário do controle, que se exerce de forma preventiva como instrumento de gestão empresarial, a investigação interna será reativa, com vistas a tentar reconstruir o que já se passou²⁴. Podem, ainda, ser consideradas como investigações internas tanto aquelas produzidas por membros da empresa como as conduzidas por pessoas externas a organização empresarial, em todo caso, estimula-se que investigações voltadas a apurar condutas de departamento legal ou da alta direção sejam conduzidas por agentes externos²⁵.

Como se pode ver, a investigação interna é um trabalho que objetiva conhecer sobre possíveis ilícitos praticados por pessoas físicas internas à pessoa jurídica e em favor desta, ou seja, de práticas irregulares que tiveram por objetivo trazer resultados a empresa, de tal sorte que sem o oferecimento de benefícios por este trabalho não haveria interesse jurídico da empresa em realizá-las.

O incentivo à produção de investigações pela própria empresa por delitos praticados em seu benefício se justifica por razões político-criminais e mesmo pragmáticas. Além de funcionar como meio de prevenção de outras práticas ilícitas na empresa, possuem objetivos práticos em razão da dificuldade que os aparatos de persecução penal estatais encontram em realizar investigações e compreender a complexidade das organizações empresariais. O objetivo da investigação interna é conhecer a natureza e a extensão de condutas incorretas praticadas dentro de um coletivo que podem trazer benefícios tanto ao Estado como à empresa. O Estado se beneficia por ter a possibilidade de penetrar nas complexidades de estruturas empresariais, o que possibilita a descoberta de condutas suspeitas de forma mais eficiente do que a colocação em marcha de todo aparato estatal. Já a empresa poderá se beneficiar pela melhora de sua imagem no mercado, bem como pode utilizar as investigações por ela conduzidas para atenuar ou excluir responsabilidades²⁶.

Assim, podem ser identificados como finalidades das investigações internas o esclarecimento, a interrupção e a sanção de comportamentos irregulares, como também a obtenção de informações sobre deficiências dos sistemas de controle da empresa, prevenção ao cometimento de novas irregularidades e, principalmente, evitação de responsabilidades, já que, ao não instaurar uma investigação diante de indícios de irregularidades cometidas em benefício da empresa, a direção pode incorrer em infração do seu dever de vigilância²⁷.

Ao abordar as investigações internas à luz da realidade alemã, SAHAN explica que não há nenhuma determinação normativa do momento em que a existência de investigação ou seus resultados devem ser comunicados às autoridades competentes, mas que, na prática, o Ministério Público está disposto a outorgar benefícios às empresas e seus dirigentes em eventuais pedidos de sanções quando as empresas se antecipam e fornecem esclarecimentos de fatos problemáticos²⁸.

No caso espanhol, por exemplo, onde o Código Penal prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica para diversas condutas típicas, há previsão expressa de incentivos pela promoção de investigações pela própria empresa. O artigo 31 quater, do Código Penal espanhol estabelece como circunstâncias atenuantes da responsabilidade penal das pessoas jurídicas o fato de realizarem, posteriormente ao cometimento de delitos, ações como confessar os fatos, colaborar com as investigações fornecendo provas, reparar o dano e promover medidas para reprimir futuros delitos²⁹. Assim, consoante a experiência espanhola, a promoção de investigações internas é uma medida defensiva evidente, na medida em que seus resultados podem ser utilizados para auxiliar as autoridades públicas em troca de benefícios na aplicação da pena. Não se trata de uma medida apenas ética ou reputacional, mas de evidente instrumento defensivo no curso de processo penal.

No caso brasileiro, onde a responsabilidade penal da pessoa jurídica é limitada a delitos contra o meio ambiente, o principal estímulo legal à promoção de investigações internas vem da Lei n. 12.846/2013 (LGL\2013\7382).

A chamada Lei Anticorrupção estabelece elevadas sanções pecuniárias às empresas por casos de corrupção praticados por seus membros, bem como limita muito o direito de defesa ao estabelecer a responsabilização objetiva da pessoa jurídica por tais condutas. Assim, a colaboração com as autoridades públicas surge como via de escape ao exercício da defesa e, seguramente, o meio mais eficaz para viabilizar essa colaboração será a obtenção de informação por intermédio de investigações internas.

O artigo 7º, inciso VII, da Lei n. 12.846/2013 (LGL\2013\7382) estabelece que será considerado como circunstância da aplicação de sanções a cooperação da pessoa jurídica com a apuração dos ilícitos. O levantamento indiciário realizado por meio de análise documental interna acesso aos correios eletrônicos e tomadas de depoimentos, ainda na esfera privada pela própria empresa, ou por pessoa por ela contratada para esta finalidade, será o meio mais eficaz de colaborar com a atuação investigativa estatal

visando usufruir de diminuição das possíveis sanções impostas. Ainda, esta colaboração pode gerar reflexos em eventuais procedimentos penais instaurados contra sócios, dirigentes e administradores.

Outro estímulo legal às investigações internas que ganha força na realidade brasileira, gerando consequências no processo penal e na esfera de responsabilização penal, é a possibilidade de celebração de acordos de leniência.

O artigo 16 da Lei 12.946/2013 (LGL\2013\13227), prevê a possibilidade de isenção de sanções e redução de 2/3 da pena de multa em caso de identificação de envolvidos e obtenção de informações e documentos que demonstrem a materialidade e autoria dos ilícitos³⁰. Desta forma, a celebração de acordo com as autoridades públicas e a total colaboração com as investigações por atos de corrupção praticados em favor da empresa é método defensivo que pode gerar relevante vantagem econômica à pessoa jurídica envolvida nos comportamentos ilegais.

O que se pode extrair deste estímulo a realização de investigações internas como meio de defesa da pessoa jurídica e dos integrantes de sua cúpula é que referidas investigações não serão praticadas de forma imparcial, mas com a finalidade de gerar resultados, quais sejam: identificação de fatos e pessoas envolvidas. Há um evidente conflito de interesses entre o trabalho privado de investigação realizado pela pessoa jurídica envolvida e a atividade pública de persecução penal. Diante das atuais tendência de delegação de funções estatais de prevenção e persecução penais a particulares, as investigações internas são vistas como equivalentes funcionais ao processo penal, porém não se pode perder de vista que entre ambos há uma diferença fundamental em razão da natureza privada daquela, pois quem a inicia, finaliza e toma das decisões, ao final, será a própria empresa³¹. Por tais razões deve ser vista com prudência a possibilidade de aproveitamento dos indícios produzidos em investigações internas como prova no processo penal.

4 O conflito entre garantias processuais penais e a utilização de investigações internas como instrumento de prova

As investigações internas, como sobejamente exposto, constituem-se em relevante instrumento de defesa corporativa e, nessa medida, passam a ocupar um espaço proeminente dentro da rotina empresarial. Representante da acentuada marcha de privatização do processo penal, derivada do fomento e da necessidade jurídica de implementação de programas de integridade (compliance), as investigações internas se tornaram uma realidade indelével. As internal investigations, nesse novo panorama de cultura empresarial de autorregulação, se destacam, talvez, como principal fonte de informação e arrecadação de documentos e elementos de prova em favor da pessoa jurídica, não só em eventual acordo a ser firmado com as autoridades públicas, mas também como corolário do compromisso de respeito à ética empresarial³²⁻³³.

À empresa, enquanto alvo do poder estatal, o binômio investigação-cooperação igualmente se apresenta como um instrumento extremamente vantajoso se observados os efeitos prejudiciais que podem advir das investigações públicas. A investigação interna, se antecipada, poderá, por exemplo, impedir a decretação de medidas cautelares em prejuízo da empresa (como é o caso de bloqueios de ativos e apreensões de equipamentos e documentos) e, por conseguinte, reduzir os danos reputacionais decorrentes das grandes operações policiais-judiciais³⁴. Tudo isso coloca as investigações internas no centro da pauta de debates que tende a permear as novas discussões doutrinárias do processo penal.

Em linhas gerais, as investigações internas têm por finalidade angariar elementos de informação, a partir da iniciativa da própria empresa, que sirvam de substrato à colaboração entre o ente coletivo e as autoridades públicas diante de quadros de crimes cometidos por meio da pessoa jurídica ou, igualmente, de um mecanismo interno de

detecção e combate aos desvios de conduta na seara corporativa³⁵. No mais das vezes, a forma de condução do procedimento investigatório não culmina numa instrução preliminar imparcial, porquanto os seus fins – ao contrário da investigação pública – visam justamente servir de arrimo às decisões da empresa, seja no sentido de afastar e sancionar seus componentes (caráter vinculado ao direito trabalhista), seja no sentido de colaborar com as autoridades públicas (com reflexos efetivos no direito penal e processual penal), como verdadeiro meio de defesa. É nessa medida que se observam, de forma mais ou menos aguda, choques entre o direito privado, então marco regulatório da atividade empresarial, com as garantias processuais penais dos investigados.

As investigações internas, enquanto reflexos da privatização da investigação e do processo penal, não estão, num primeiro olhar, sujeitas às regras limitadoras da atividade investigatória. Ao menos não na mesma intensidade a que se submetem os órgãos estatais, com amplo destaque à Polícia Judiciária e ao Ministério Público. As relações que derivam das investigações internas têm maior vinculação, ao que parece, com o direito trabalhista e os limites do poder controlador do empregador, do que, propriamente, com os limites do processo penal.

No ponto, aliás, MOOSMAYER³⁶, sob a perspectiva do direito alemão, ressalta, dentre outras coisas, que “as investigações internas distintamente das investigações realizadas pelas autoridades públicas não estão sujeitas ao direito processual penal, senão ao direito do trabalho [...]”. GRECO e CARACAS³⁷, por seu turno, partindo da mesma premissa do direito germânico, indicam que a problemática perpassa, precipuamente, pelo eventual conflito que podem gerar as obrigações justrabalhistas se postas em comparação com os princípios informadores do processo penal. Poderia, in casu, ocorrer verdadeira discrepância entre o dever de informação que o empregado deve ao empregador em face da garantia fundamental da não autoincriminação. Outra perspectiva, especialmente apontada por NIETO MARTÍN³⁸, está no perigo que as investigações internas podem apresentar enquanto reforço demasiado do poder de controle (ou até mesmo coerção) da empresa diante dos empregados.

Nota-se, pois, que os problemas decorrentes da investigação interna não são poucos e muito menos simples. Tem-se como ponto de sensível tensão, efetivamente, a possibilidade de aproveitamento da prova produzida no bojo das investigações internas, então conduzidas por particulares em nome de uma pessoa jurídica, em procedimentos públicos de persecução penal. Na seara da investigação interna, em tese, seria possível à pessoa jurídica acessar, sem qualquer ordem judicial, elementos probatórios então inalcançáveis às autoridades públicas sem o aval do poder judiciário e, notadamente, sem os estritos limites impostos à investigação pública. Um dos exemplos residiria no acesso aos correios eletrônicos do empregado e no acesso às informações presentes em seu smartphone funcional. Tudo isso somado à possibilidade da feitura de entrevistas pessoais diretamente com o funcionário investigado.

4.1 Elementos para instauração da investigação interna

O primeiro ponto atinente às investigações internas, sem dúvida, reside no grau de suspeita que deve existir para que se possa enxergar como lícita e devida a instauração do procedimento de investigação. A questão, num primeiro momento, pode parecer trivial, contudo, desempenha relevante importância no que concerne ao aproveitamento da prova produzida em procedimentos criminais públicos e externos.

A investigação interna, enquanto procedimento reativo, surge como opção da empresa justamente quando se tem presente um quadro de suspeita de atividades irregulares. conforme explica NIETO MARTÍN³⁹, tais suspeitas podem advir, por exemplo, dos denominados canais de denúncia (whistleblowing), acaso existentes, ou de fontes que transcendam à própria pessoa jurídica, como notícias veiculadas na imprensa, notificações judiciais, inquéritos policiais, queixas de consumidores em demandas na seara cível. A primeira questão, portanto, que se põe é justamente acerca de qual grau

de suspeita, a partir da comunicação dos atos irregulares, permitiria a instauração do procedimento investigatório.

A empresa, na condição de investigadora, não está, *prima facie*, submetida aos mesmos limites de prova que os investigadores públicos, fato que, a princípio, permitir-lhe-ia, após a formalização da investigação interna, adotar medidas invasivas a fim de angariar novos elementos informativos suficientes a embasar suas decisões, inclusive no sentido de colaborar com as autoridades públicas. Ou seja, a instauração da investigação interna, a partir da mera suspeita, poderia, em tese, permitir o acesso a dados relativos à intimidade dos investigados/empregados sem o necessário controle do poder judiciário – situação que, ao revés, não ocorreria no âmbito público.

Conforme a doutrina de NIETO MARTÍN⁴⁰, para que possa ser vista como lícita, a investigação interna deve se basear em um juízo mínimo de verossimilhança da suspeita, porquanto o início do procedimento de instrução privado, por si, já detém o condão de afetar demasiadamente o direito das pessoas envolvidas, sem mencionar os altos custos econômicos da investigação. Caso contrário, o investigador privado, além de violar a finalidade do instrumento, utilizando indevidamente os mecanismos da empresa, lesionaria direitos fundamentais dos investigados, como sua intimidade e honra. E tal grau de verossimilhança tem mais razão quando a notícia de irregularidade provém de canais de denúncias anônimas, vez que é preciso se separar as denúncias reais daquelas tão só formuladas de má-fé. Adverte MONTIEL⁴¹, que o mais correto seria que o nível de suspeita requerido das empresas fosse superior àquele exigido por parte do Estado – no caso, para recebimento de eventual denúncia criminal –, justamente porque em um Estado de Direito, pautado pelo respeito às garantias constitucionais, não é lícito que um ente privado, como a pessoa jurídica, possua instrumentos coercitivos e investigativos maiores que o Estado, a quem a Constituição incumbe a legitimidade política para tanto. Por isso a importância de diligências prévias por parte da empresa a fim de confirmar, num juízo de cognição sumária, o grau de verossimilhança das suspeitas, para só aí se optar pela instauração formal da investigação e, adiante, pela adoção de novas medidas investigatórias, sobretudo aquelas de caráter invasivo.

A propósito, como bem delineado por MONTIEL⁴², a investigação interna não pode se confundir com um ato de caça às bruxas. Quer-se com isso dizer que o empregador, a partir de uma suspeita infundada, não pode, sob o argumento de apuração de irregularidades internas, patrocinar ações de invasão da intimidade dos empregados, como, por exemplo, a devassa dos correios eletrônicos, a gravação de ligações telefônicas ou colocação de aparelhos ocultos de captação de voz no ambiente laboral, tão só com a finalidade de investigar suas vidas privadas ou eventual suspeita de conspiração contra os interesses da empresa. E isso persiste mesmo que sejam, efetivamente, encontrados indícios de irregularidade após a adoção das medidas de invasão, pois nesse caso, faltaria o primeiro requisito essencial à validade do ato, qual seja, a verossimilhança da suspeita.

Nessas circunstâncias, por faltar razoabilidade e proporcionalidade no procedimento investigatório, derivado do puro arbítrio do empregador ou de quem detenha competência para instauração da investigação interna, as provas obtidas durante o curso do procedimento não poderiam ser consideradas válidas sob qualquer circunstância. Com efeito, eventual aproveitamento por parte das autoridades públicas não poderia ser aceito, pois se valeria da ilicitude probatória levada a termo pelo particular – em total desrespeito às garantias do investigado – como atalho ou subterfúgio para persecução penal de pessoas ligadas à empresa mediante o uso de instrumento probatório bastante limitado aos investigadores públicos, numa verdadeira fraude de etiquetas⁴³⁻⁴⁴.

Para que se possa, num primeiro momento, afirmar a licitude e, posteriormente, o aproveitamento da prova produzida no decorrer da investigação interna, é preciso que a instauração do procedimento de investigação, em si, esteja amparado num juízo de verossimilhança mínima da suspeita para, só depois, se optar pela adoção de medidas investigativas mais invasivas. Neste primeiro ponto, é possível entender que a

investigação interna instaurada sem elementos prévios de verossimilhança da suspeita é absolutamente ilícita e, nesse sentido, tudo o que dela derive também o será. Por outro lado, a licitude da instauração da investigação interna – ou seja, amparada em suspeita firme – não é critério suficiente para validar tudo o quanto seja produzido no curso da instrução privada, ela é só primeiro limite.

4.2 Possibilidade de aproveitamento da prova oral

Como dito, o aproveitamento da prova produzida no bojo de investigações internas não se resume à licitude ou não da instauração do procedimento. A questão da verossimilhança da suspeita é só o primeiro limite de análise sobre a licitude da prova. O fato de que a suspeita seja verossimilhante e, por conseguinte, a instauração da investigação seja lícita, por si só, não é suficiente para afirmar a possibilidade de aproveitamento dos elementos amealhados. A depender da figura probatória adotada, é preciso que outros limites sejam observados, máxime quando a prova produzida derive de meio de obtenção amplamente invasivo.

No caso da investigação pública, por exemplo, é possível a interceptação telefônica, a busca e apreensão de documentos e coisas, até mesmo de aparelhos informáticos e telefônicos, como é o caso de correios eletrônicos e aplicativos de conversa. No entanto, tais medidas, quando requeridas pelo investigador público, estão submetidas a um controle estrito de legalidade e necessidade por parte do Poder Judiciário, por intermédio do que se convencionou chamar de “Juiz de garantias”⁴⁵. E tal juízo, como se sabe, pauta-se (ou deveria se pautar) sob o aspecto da existência de indícios mínimos da conduta delitiva (*fumus comissi delicti*) e da necessidade daquele meio de prova em específico, o que exige que as medidas invasivas requeridas não sejam o primeiro instrumento utilizado e que a suspeita, sobre a qual se pautou o pleito, não seja rasa e incipiente⁴⁶.

Já no que toca à investigação privada, os mesmos limites impostos à investigação pública não são exigidos, ao menos não no mesmo nível de rigor estabelecido como limite ao Estado, o que culmina num marco regulatório mais flexível. De outro vértice, a flexibilização não significa ausência de limites e muito menos um preceito permissivo amplo. As medidas investigatórias adotadas pela empresa, no âmbito das internal investigations, para que possam ser trasladadas para o interior do processo penal público devem se pautar por preceitos processuais mínimos. É diante desse quadro que cabe questionar: o que vale e o que não vale nas investigações internas?

Para se responder ao questionamento proposto, em primeiro lugar, não se pode perder de vista que a investigação interna, a despeito de não se constituir em procedimento público, deve, sim, ser limitada por preceitos mínimos que garantam ao investigado o respeito de suas garantias fundamentais. Ou seja, ainda que se possa, efetivamente, falar em maior flexibilidade na condução da instrução privada, tal fator, isoladamente, não pode servir de fundamento à violação de direitos. E mais. Não pode servir como subterfúgio das autoridades públicas – em troca de benefícios e isenções de responsabilidade da empresa – para obtenção de provas inacessíveis por meio da investigação pública.

Em segundo lugar, a resposta à questão formulada também deverá perpassar pelo choque existente entre as normas trabalhistas aplicáveis à relação empresa-empregado, e os limites do processo penal constitucional. Não se pode perder de vista, por exemplo, a existência de deveres do empregado, inclusive atinente à cessão de informação, derivado do contrato de trabalho, como também de um dever do empregador em respeitar a intimidade e a honra do seu empregado, somado aos demais direitos fundamentais, como é o caso do direito à não autoincriminação.

Seria, por exemplo, aplicável o direito do empregado, na condição de investigado em procedimento privado, não produzir prova contra si mesmo, sobretudo quando instado a prestar declarações nas denominadas “entrevistas”, que nada mais são do que uma

inquirição conduzida pelo responsável por presidir a investigação interna?

Nesse ponto, as peculiaridades da situação exigem uma reflexão mais detida sobre todo o procedimento de investigação interna.

Segundo NIETO MARTÍN⁴⁷, é preciso, antes mesmo do início das inquirições de empregados e, eventualmente, da adoção de medidas probatórias invasivas, que sejam postas à disposição dos funcionários as informações essenciais dos objetivos da investigação. É imperativo que seja de conhecimento dos interessados, v.g., se a investigação tem por finalidade servir como instrumento de colaboração com as autoridades públicas, ou se a finalidade visa puramente detectar deficiências internas, sem a imposição de sanções disciplinares. A partir disso, os empregados poderão avaliar, em efetivo, quais são suas implicações diante do contexto da investigação e saber, precisamente, até que ponto poderão se ver diante da hipótese de autoincriminação.

Contudo, o próprio autor pontua que não há, propriamente, um direito do trabalhador, na condição de entrevistado, ao silêncio. Para NIETO MARTÍN⁴⁸, o poder diretivo do empresário lhe permite questionar o investigado sobre os meandros de sua atividade profissional, incumbindo ao funcionário responder com o máximo de detalhe, ainda que a informação possa servir de substrato à sua incriminação, pois vige, na hipótese, o dever contratual cuja violação poder ensejar na demissão (talk or walk). Por outro lado, ressalva que há casos em que se permite ao empregado recusar responder perguntas feitas no decorrer das entrevistas, sobretudo quando as questões não são relativas diretamente ao objeto de sua prestação laboral. Nesse caso, o entrevistado poderia invocar seu direito ao silêncio, caso vislumbrasse a possibilidade de incriminação, sem a possibilidade de se considerar como violação ao contrato de trabalho.

Já MONTIEL⁴⁹ aduz que a investigação interna, malgrado possa ser utilizada por autoridades públicas e possa apurar condutas criminais, não se constitui em procedimento público e interessa, em primeiro lugar, à empresa, que, por sua vez, não possui poder persecutório no âmbito judicial. Por consequência, a norma de regência do procedimento é eminentemente privada, o que significa dizer que não há uma liberdade de declaração do empregado a partir do princípio *nemo tenetur se detegere*, pois tal axioma não seria imperativo do direito trabalhista. No entanto, partindo da mesma premissa, o autor considera que as declarações do empregado, no sentido de se autoincriminar somente poderiam ser manejadas como substrato das decisões internas da empresa – no sentido de lhe aplicar alguma sanção disciplinar ou demiti-lo –, justamente por servirem ao interesse da pessoa jurídica. Com efeito, não poderiam ser aproveitadas no processo penal, visto que este possui caráter repressivo e punitivo.

Pelo panorama posto, nota-se que ambas as posições apresentam problemas. Dizer apenas que há um dever de informar por parte do empregado não parece suficiente para justificar o afastamento de garantias constitucionais daquele que se vê alvo da inquirição do empregador. E aqui não caberia sequer diferenciar se as perguntas são relativas ao objeto da prestação laboral ou não. Basta pensar que se as declarações fossem prestadas diante de autoridade do Estado, a quem de fato incumbe a repressão do crime, seria possível ao suspeito não responder às perguntas feitas. Não cabe pensar que o empregador teria um poder superior ao Estado.

E o quadro seguiria tormentoso mesmo que houvesse a existência de cláusula específica no contrato de trabalho dando conta da renúncia ao direito ao silêncio na órbita da investigação interna. Observe-se que, no âmbito do direito do trabalho, vigora o princípio da hipossuficiência do trabalhador, em que as regras e princípios justralhistas se constituem em verdadeiro mecanismo de proteção da parte menos favorecida no âmbito da relação de emprego⁵⁰, objetivando, com isso, retificar no prisma jurídico, o evidente desequilíbrio fático das partes contratantes⁵¹. Em consequência, é difícil, num debate simplista, afirmar a validade do consentimento dado pelo empregado, sobretudo em relações desiguais, como forma de legitimação da renúncia de direitos. Ainda haveria o risco concreto de se transformar a investigação em atalho para as autoridades, pois

bastaria ao Ministério Público ou à Polícia incentivar a investigação interna em detrimento da persecução pública, oferecendo benefícios à empresa, para depois se utilizar das informações prestadas pelo empregado.

Mas, igualmente, seria problemático afirmar que as informações obtidas mediante a inquirição do empregado, por meio da entrevista, somente seriam restritas à esfera interna da empresa, no sentido de se decidir pela aplicação de sanções ou não. Basta imaginar o caso em que um dos investigados relata o cometimento de diversos crimes em nome da empresa. Nesse caso, a empresa não poderia mais do que demitir o empregado com base nas informações, porém, eventual colaboração com as autoridades públicas, mediante um acordo de leniência, seria obstada diante da impossibilidade de aproveitamento da prova no processo penal e, assim, a pessoa jurídica perderia um meio importante de defesa – principalmente se considerado que a investigação serve, em primeiro plano, aos seus interesses. No mais, não parece adequado deixar toda a questão a cargo da investigação privada, como defendido por MOOSMAYER⁵², quando estão evidenciadas as graves consequências penais do procedimento.

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.

Tudo isso, com a faculdade do empregado ser assistido por advogado, ter acesso a tudo o quanto foi produzido – ressalvadas as diligências em andamento – e, igualmente, preservar seu direito ao silêncio quando ouvido na condição de suspeito (mesmo que as perguntas sejam dirigidas especificamente ao objeto de sua prestação laboral). E mais. É preciso que não haja coerção sobre o conteúdo da declaração do empregado, deixando claro que a recusa, por ela mesmo⁵³, não culminará na demissão. Mesmo assim, o aproveitamento destes depoimentos está submetido às limitações estabelecidas no artigo 155, do Código de Processo Penal, produzindo efeitos apenas de confirmadas em procedimento contraditório judicial.

4.3 Relativização da intimidade: o problema das expectativas de privacidade

A segunda questão, atinente ao aproveitamento da prova decorrente da investigação interna, diz respeito aos elementos de informação oriundos de medidas invasivas promovidas no curso da investigação interna. Nesse contexto, por exemplo, podemos relacionar a exigência feita em relação ao empregado de renúncia ao direito de sigilo dos correios eletrônicos, ou também, em certos casos, à renúncia ao direito de sigilo telefônico, muitas vezes postas pelas empresas como condição do contrato de trabalho. Em circunstâncias normais, tal prova, no âmbito do processo penal, passaria por inúmeros controles judiciais e legais. A estrutura regulamentar destas espécies de prova está na lei n. 9.296/96 (LGL\1996\65), que estabelece as regras para interceptação telefônica.

No caso de interceptação telefônica, por exemplo, somente seria admissível tal prova como lícita no processo penal se, cumulativamente, fosse demonstrada a presença de indícios mínimos de autoria na infração penal, a impossibilidade de se alcançar a prova por outros meios disponíveis e, por fim, que o crime apurado é punido com pena de reclusão. Tudo isso sem mencionar, especificamente, a necessidade estrita de observância de prazos razoáveis na condução da medida invasiva⁵⁴. O mesmo não ocorre no âmbito das investigações internas, onde estes limites não necessitam ser observado, em princípio.

Assim, partindo-se da finalidade da norma restritiva, cujo objetivo é “[...] servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela

produção da prova”⁵⁵, a prova violadora de intimidade produzida na investigação particular em si, não parece ilícita. Ora, se a prova não partiu propriamente do Estado, como afirmar que houve a ilicitude por abuso do poder estatal? O uso da prova produzida pela própria empresa em prejuízo do empregado, por intermédio de uma interceptação privada, não acarretaria maior óbice em sua utilização para fins de incriminação. Porém, da mesma forma como ocorre no caso das entrevistas, o problema não é simplório.

As indigitadas provas, como se observa, decorrem da violação da intimidade do trabalhador por parte da própria empresa. Aqui o problema transcende à questão da autoincriminação, como ocorre nas entrevistas, e atinge diretamente os limites da atividade investigativa empresarial na devassa dos dados do empregado. O debate, nessa esfera, pauta-se sobre as obrigações decorrentes do contrato de trabalho e o poder diretivo do empregador concomitantemente aos limites constitucionais da violação da intimidade, ainda que relativa ao ambiente laboral.

Para se buscar uma tentativa de resolução dessa questão, a doutrina propõe algumas hipóteses.

Segundo NIETO MARTÍN⁵⁶, o primeiro passo na apuração da licitude da medida invasiva perpassa pelo chamado teste de proporcionalidade. Esse juízo prévio, grosso modo, serviria como mecanismo de preservação da intimidade do empregado, ao mesmo tempo em que desempenharia a função de “juízo de garantias” da investigação interna. Com isso, antes da adoção de qualquer medida invasiva, o responsável pelo procedimento deve apurar a necessidade do meio de prova – e justificar tal necessidade – a partir do esgotamento de outros mecanismos menos invasivos e com conteúdo semelhante, como seria o caso, por exemplo, da análise do histórico de sítios eletrônicos acessados pelo funcionário em substituição à devassa das mensagens eletrônicas.

Mas somente o teste de proporcionalidade não é suficiente para assegurar a higidez da prova e, por conseguinte, sua licitude diante do direito constitucional à intimidade. É preciso que a prova seja vista a partir das expectativas de privacidade do empregado⁵⁷. Isso quer dizer, em linhas gerais, que os requisitos do teste de proporcionalidade deverão ser mais rigorosos na medida em que as expectativas de intimidade sejam maiores para aquele determinado contexto.

A intimidade do empregado, nessas situações, será menor na mesma proporção em que for cientificado sobre as possibilidades de ser alvo de monitoramentos e quebras de sigilo. E tal ciência, como destacada NIETO MARTÍN⁵⁸, não pode cingir-se a simples comunicações pretéritas, feitas há anos, no momento da assinatura do contrato de trabalho, é preciso que a ciência seja atual, constante e ostensiva.

Algumas situações, nesse contexto, podem ser destacadas. A violação de caixas de correio eletrônico, v.g., não se mostraria ilícita quando precedida de intensa e constante cientificação dos empregados sobre a possibilidade de acesso aos dados em caso de instauração de procedimentos internos de investigação. Nesse caso, não se abriria espaço para uma ampla expectativa de intimidade por parte do funcionário e, nessa extensão, não poderia ser invocada violação de seus direitos.

Por outro lado, existem situações em que as expectativas de intimidade são elevadas, mesmo no ambiente empresarial. Nessas hipóteses, o respeito à intimidade se torna impeditivo à invasão, sob pena de completa ilicitude da prova. Um exemplo disso reside na proteção dos ambientes cedidos pela empresa para armazenamento de bens pessoais dos funcionários, como é o caso de armários e gavetas. A despeito do ambiente físico pertencer à empresa, é legítimo ao empregado possuir expectativa de privacidade sobre esses espaços, porquanto destinados especificamente à guarda de seus objetos pessoais, os quais não se confundem com os objetos da empresa e, por isso mesmo, a garantia de sua proteção pode ser oponível ao próprio empresário⁵⁹. Ademais, são espaços especialmente cedidos pelo empregador para que os funcionários possam

desenvolver sua intimidade no interior do ambiente empresarial. Esses espaços de armazenamento, a propósito, não se restringem aos ambientes físicos. A mesma proteção é dada aos ambientes virtuais. Por exemplo, a cessão de um espaço nos computadores para que os funcionários guardem informações pessoais, ainda que depositados em sistema gerido pela empresa, permitem ao empregado criar expectativas de privacidade sobre eles, pois não se confundem com os interesses da empresa e tampouco com a prestação laboral.

O quadro posto, como se depreende, permite afirmar que seria possível advogar pela possibilidade de utilização da prova pelas autoridades estatais e pela própria empresa, enquanto meio de defesa. Contudo, somente é admissível o traslado de seu conteúdo se, diante de um juízo de garantias mínimas, ficar sedimentado que, naquele contexto específico, o empregado não detinha expectativas de privacidade (decorrente da contínua e constante cientificação) e, principalmente, que o uso do mecanismo probatório foi adotado como ultima ratio diante do esgotamento dos demais meios de obtenção da informação, dentro de um teste de proporcionalidade, compreendendo-se como satisfeitas as garantias constitucionais de respeito e preservação da intimidade e privacidade.

5 Considerações finais

Os acontecimentos políticos e sociais vivenciados pelo Brasil na última década produziram reflexos no processo penal, dentre eles está o aproveitamento de material probatório produzido em investigações internas empresariais como prova. A manifestação criminal em organizações empresariais complexas, marcadas pela divisão de trabalho e delegação de funções trouxe uma nova realidade a ser trabalhada pelo direito penal, figuras como a responsabilidade por omissão imprópria, princípio da confiança e deveres internos de controle e vigilância demandam a revisão da aplicabilidade de conceitos dogmáticos, o mesmo ocorre com o processo.

Dentre as figuras que exigem uma adequação do processo penal à realidade dos crimes corporativos, aqueles cometidos em benefício de empresas, pode-se destacar a investigação interna. Utilizada como meio de exercício do dever de vigilância empresarial, nos últimos anos, e mais propriamente após a entrada em vigor da Lei anticorrupção no Brasil, a investigação interna constitui um relevante meio de defesa para empresas e seus membros de alto escalão contra acusações por condutas ilícitas praticadas por seus componentes em benefício da organização. Esta característica é estimulada por lei e tem por fundamento trazer resultados não só para a empresa como também ao Estado na difícil tarefa de promover investigações dentro destas organizações complexas. Contudo, o aproveitamento destas investigações como prova em processo penal não pode ser feito sem atentar-se à sua relação com as garantias processuais.

Há um manifesto conflito entre o caráter privado das investigações internas, realizadas de forma parcial com objetivo de produzir material de defesa para a empresa e apontar responsáveis por fatos ilícitos e a natureza pública da investigação criminal produzida pelos órgãos de persecução penal. O aproveitamento de documentos e informações fornecidos pela empresa beneficiária de um ilícito, a partir de uma investigação interna pelas autoridades públicas como prova em processo penal deve passar por uma filtragem à luz das garantias processuais. Os pontos mais relevantes, neste caso, serão estabelecer critérios para a instauração de investigações internas, os limites a utilização de prova oral produzida nas investigações e os limites das provas obtidas mediante quebra de privacidade e intimidade.

Não se pode admitir como prova informações colhidas a partir de investigações instauradas sem indícios mínimos de irregularidade, é necessário que a investigação interna seja precedida de critérios de proporcionalidade, com verossimilhança das ilicitudes a serem investigadas. O aproveitamento de depoimentos e entrevistas produzidas na investigação interna exige a plena advertência do depoente, seja de seus

direitos, da finalidade de seu depoimento ou dos objetivos pretendidos pela empresa com a investigação, respeitando-se a garantia fundamental de não autoincriminação. Por fim, as informações e documentos obtidos na investigação interna por meio de mitigação de privacidade e intimidade do empregado poderão ser utilizadas como provas em processo penal quando produzidas dentro de critérios de necessidade, respeitada a expectativa de privacidade.

Sem negar de forma absoluta o valor probatório das investigações internas no processo penal, o que iria de encontro com os fundamentos pragmáticos e político-criminais dos estímulos estatais a tais investigações, é necessário que seu aproveitamento respeite as garantias processuais, sob pena de possibilitar ao Estado a utilização transversa de meios de investigação a ele negados. Desta forma, respeitadas as garantias de não autoincriminação e proteção à intimidade e à privacidade, principalmente, poderão os documentos e informações colhidas pela empresa ser utilizados como indícios ou provas no processo penal.

Referências

BARDÓN, Carolina Bolea. Responsabilidad penal de las personas físicas. Delegación en funciones. Deberes de control y vigilancia. In: Manual de derecho penal, económico y de empresa: parte general y parte especial:(adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal): doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. t. II. Valência: Tirant lo Blanch, 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Interceptação telefônica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito de trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NIETO MARTÍN, Adán Nieto (dir.). El derecho penal económico en la era compliance. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

ESTRADA i CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). El Derecho Penal en la era Compliance. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación de Hechos Delictivos en Estructuras Empresariales Complejas. In: CIIDPE, 2009.

FRISCH, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa: Responsabilidad penal en el ámbito de las responsabilidades de la empresa y de la división del trabajo. In: MIR PUIG, Santiago; LUZON PEÑA, Diego-Manuel (dir.). Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona: JM Bosch Editor, 1996.

GRECO, Luís; CARACAS, Christian. Internal investigations e o princípio da não auto-incriminação. In: LOBATO, José Danillo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). Comentários ao direito penal econômico brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico: Parte General y Especial. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2014.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.) et al. Manual de cumplimiento penal en la empresa. Valência: Tirant Lo Blanch, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2014.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte General adaptada a la L. O. 1/2015*. 5. ed. València: Tirant lo Blanc, 2016.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *El Criminal Compliance desde la Perspectiva de la Delegación de Funciones*. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, V. XXXV, 2015, p. 745.

MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa*. In: *Revista de derecho (Valparaíso)*, n. 40, 2013.

MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y Alcance de las Investigaciones Internas en la Empresa*. In: MIR PUIG, Santiago; MIRENTXU CORCOY, Bidasolo; Gómez Martín, Víctor (dir.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal*, Montevideú-Buenos Aires: B de F, 2014, p. 496.

MONTIEL, Juan Pablo. *Lineamientos de Integridad: breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento*. In: MONTIEL, Juan Pablo. *Reporte en Compliance: Lineamientos de Integridad*. Buenos Aires: Crimint, 2018.

MOOSMAYER, Klaus. *Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. València: Tirant Lo Blanch, 2013.

NANDAYAPA, Carlos Faustino Natarén. *El criminal compliance en México: un enfoque crítico desde los principios del proceso penal*. In: *Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa*, v. 5, n. 10, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. *Introducción*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. València: Tirant Lo Blanch, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones internas*. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. València, Tirant Lo Blanch, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*. Montevideú-Buenos Aires: BdeF, 2014.

SAHAN, Oliver. *Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado*. In: KUHNER, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBIGA GIMENO, Iñigo Ortiz (ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016.

SCHUNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*. In: ADPCP, V. LV, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico: Parte General y Especial*. València: Tirant lo Blanch, 2010.

1 BARDÓN, Carolina Bolea. *Responsabilidad penal de las personas físicas. Delegación en funciones. Deberes de control y vigilancia*. In: *Manual de derecho penal, económico y de*

empresa: parte general y parte especial:(adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal): doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Valência: Tirant lo Blanch, 2016. Tomo II. p. 53.

2 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Fundamentos del derecho penal de la empresa. Madrid: Edisofer, 2016. p. 123

3 Ibid., p. 94

4 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación de Hechos Delictivos en Estructuras Empresariales Complejas. In: CIIDPE, 2009, p. 05.

5 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico: Parte General y Especial. Buenos Aires-Montevideú: B de F, 2014. p. 112.

6 BOLEA BARDON, 2016, p. 51.

7 TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico: Parte General y Especial. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 175.

8 SCHUNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. In: ADPCP, v. LV, 2002, p. 16.

9 SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 117.

10 FRISCH, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa: Responsabilidad penal en el ámbito de las responsabilidades de la empresa y de la división del trabajo. In: MIR PUIG, Santiago; LUZON PEÑA, Diego-Manuel (dir.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona: JM Bosch Editor, 1996. p. 113.

11 ROBLES PLANAS, Ricardo. Estudios de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico. Montevideú-Buenos Aires: BdeF, 2014.p. 259-260.

12 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El Criminal Compliance desde la Perspectiva de la Delegación de Funciones. In: Estudios Penales y Criminológicos, v. XXXV, 2015, p. 745.

13 BOLEA BARDON, 2016, p. 52.

14 FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, p. 21.

15 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.) et al. Manual de cumplimiento penal en la empresa. Valência: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 278.

16 DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NIETO MARTÍN, Adán Nieto (dir.). El derecho penal económico en la era compliance. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 173.

17 TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 313.

18 FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, p. 18.

19 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte

General adaptada a la L. O. 1/2015. 5. ed.Valência: Tirant lo Blanc, 2016. p. 505.

20 SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 211.

21 FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, p. 26.

22 ESTRADA i CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). El Derecho Penal en la era Compliance. València: Tirant lo Blanch, 2013. p. 197-198.

23 SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHNER, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBIGA GIMENO, Iñigo Ortiz (ed.). Compliance y teoría del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 246.

24 MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y Alcance de las Investigaciones Internas en la Empresa. In: MIR PUIG, Santiago; MIRENTXU CORCOY, Bidasolo; Gómez Martín, Víctor (dir.). Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal, Montevideú-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 496.

25 MONTIEL, Juan Pablo. Lineamientos de Integridad: breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento In. MONTIEL, Juan Pablo. Reporte en Compliance: Lineamientos de Integridad, , Buenos Aires: Crimint, 2018. p. 15.

26 MONTIEL, 2018, p. 489-490.

27 SAHAN, 2013, p. 251-252.

28 Ibid., p. 252-253.

29 Artículo 31 quater.

1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

30 Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

31 MONTIEL, 2018, p. 488.

32 MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). El derecho penal económico en la era compliance. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 140.

33 "Para los expertos en compliance resulta igualmente claro que las investigaciones internas representan una parte esencial de cualquier programa de cumplimiento efectivo, que además de las medidas de prevención debe investigar y sancionar los comportamientos irregulares" (MOOSMAYER, 2013, p. 137).

34 NANDAYAPA, Carlos Faustino Natarén. El criminal compliance en México: un enfoque crítico desde los principios del proceso penal. In: Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa, v. 5, n. 10, 2018.

35 MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In: Revista de derecho (Valparaíso), n. 40, 2013. p. 258-259.

36 MOOSMAYER, 2013, p. 140.

37 GRECO, Luís; CARACAS, Christian. Internal investigations e o princípio da não auto-incriminação. In: LOBATO, José Danillo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). Comentários ao direito penal econômico brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 788.

38 NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). El derecho penal económico en la era compliance. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 24.

39 NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. Manual de cumplimiento penal en la empresa. Valência, Tirant Lo Blanch, 2015. p. 232.

40 Ibid., p. 235.

41 MONTIEL, 2013, p. 268-269.

42 MONTIEL, 2013, p. 259.

43 NIETO MARTÍN, 2015, p. 234-235.

44 "Conviene no perder de vista que la investigación interna puede convertirse en un proceso penal 'teledirigido' por parte del fiscal o del juez, en una puerta abierta al fraude de las etiquetas, en que el Estado prescinde de las estrictas reglas del juego que presiden el proceso penal, para intentar investigar, por medio de la empresa, a través de un marco jurídico más flexible como son los de las investigaciones internas. [...] En muchos casos la investigación interna será la antesala de la investigación penal, un complemento de la misma, cuando no llana y simplemente un sustitutivo".

45 LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 258.

46 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 711.

47 NIETO MARTÍN, 2015, p. 240.

48 Ibid., p. 252.



49 MONTIEL, 2013, p. 271-272.

50 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito de trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 193.

51 "Informa este princípio [da proteção] que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, em suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho". (DELGADO, 2012, p. 193).

52 MOOSMAYER, 2013, p. 140.

53 O que não impede a demissão se, após finalizada a investigação interna, houver prova suficiente da infração cometida pelo empregado. O conteúdo da proibição, a nosso ver, recai apenas na obrigatoriedade da declaração. Ou seja, somente o fato de optar pelo silêncio não é suficiente para justificar a demissão, pois, caso contrário, a prova seria proveniente da coação psicológica e não da espontaneidade, o que a tornaria ilegal.

54 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Interceptação telefônica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88-97.

55 PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 367.

56 NIETO MARTÍN, 2015, p. 247.

57 NIETO MARTÍN, 2015, p. 247-249.

58 Ibid., p. 247.

59 NIETO MARTÍN, 2015, p. 248.