INVESTIGAÇÕES INTERNAS NO ÂMBITO DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* E O COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES COM O PROCESSO PENAL

Luís Ricardo de Oliveira Dantas, servidor público do Tribunal de Justiça de Estado de Sergipe, Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FRDP/USP, mestrando em Direito Penal e Ciências Criminais pela Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla/España.

RESUMO: O objetivo deste artigo é discutir a produção e possibilidade de compartilhamento de provas produzidas no âmbito do programa de *compliance* das empresas com o processo penal, sob a perspectiva dos direitos fundamentais e garantias processuais dos indivíduos investigados. Por meio de revisão bibliográfica, buscamos analisar alguns elementos de *compliance*, bem como a doutrina acerca do compartilhamento de prova no processo penal. Abordamos questões sensíveis acerca da produção da prova nas investigações internas, bem como se essas questões afetariam o seu posterior compartilhamento com o processo penal. Ao final, propomos a admissibilidade do material probatório produzido em uma investigação interna em que houve amplo respeito às garantias penais e processuais penais do indivíduo, atentando para o que dispõe a nova Lei n. 13.964/2019 acerca do valor probatório dos elementos colhidos durante a investigação criminal.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance*. Investigação interna. Prova. Processo penal.

INTERNAL INVESTIGATION IN THE COMPLIANCE PROGRAMS AND THE SHARING OF INFORMATION WITH THE CRIMINAL PROCESS

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the proof production and the possibility of sharing evidence produced under the companies compliance program with the criminal process, under perspective of fundamental rights and procedural guarantees of investigated individuals. Through literature review, we want to analyze some elements of compliance, as well as the doctrine about sharing evidence in criminal proceedings. We address some sensitive questions about the production of evidence in internal investigations, as well as whether these issues would affect their further sharing with criminal proceedings. In the end, we propose the admissibility of the proof produced in an internal investigation in which there was broad respect for the criminal and procedural guarantees of the individual, paying attention to the new act 13.964/2019 about the probative value of the proof produced during a criminal investigation.

KEYWORDS: Compliance. Internal investigation. Proof. Criminal proceedings.

SUMÁRIO: Introdução; 1. *Compliance* e responsabilidade penal da pessoa jurídica; 2. A doutrina da prova no processo penal; 3. A investigação intraempresarial e o compartilhamento de informações colhidas para fins de persecução penal; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

As corporações atualmente exercem grande protagonismo, com elevado nível de desenvolvimento tecnológico e uma economia altamente globalizada e integrada. Foi a partir dos anos 90 que essa realidade começou a ser desenhada, alterando o perfil da política criminal

internacional.[1]

É sob essa perspectiva que o objeto de estudo passa a recair sobre indivíduos que, majoritariamente, se comportam conforme os tradicionais códigos de conduta – em relação ao não cometimento dos chamados *street crimes* -, mas encontram em estruturas de oportunidade aprendizagem no âmbito corporativo para a prática de delitos econômicos.[2]

Adán Nieto Martín, tentando explicar o fenômeno da criminalidade corporativa, afirma que os atuais modelos de programas de *compliance* são uma resposta clara ao paradigma do *structural crime*.[3] Para o referido autor, a conduta delitiva é determinada por fatores ambientais, com origem no grupo, e que, "adicionalmente, a estrutura de poder dentro da empresa é a que determina as pessoas com um maior 'risco penal'".[4] Assim, a função dos programas de *compliance* seria a de "compensar os fatores criminógenos que têm sua origem na corporação".[5]

Com o incremento do interesse estatal sobre as pessoas jurídicas na dinâmica da sociedade pós-moderna observa-se a adoção cada vez mais difundida de mecanismos de controle e responsabilização, com ênfase para os programas de *compliance.*[6] Buscando implementar mecanismos uniformes de controle da atividade empresarial, bem como mitigar as infrações cometidas no âmbito negocial, espraiou-se a política de autorregulação regulada e responsabilização penal das pessoas jurídicas, na esteira do que já era consolidado em países de *common law.*[7]

Visando atender as demandas que o Estado regulador impõe, as empresas devem possuir não só mecanismos de prevenção no âmbito dos seus programas de *compliance*, como também sistemas internos com normas de investigação e responsabilização de possíveis infratores.[8]

Nesse sentido, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e os programas de *compliance* podem acabar por conduzir a uma privatização do processo penal,[9] com uma possível oposição entre os postulados e garantias de um direito penal e processual penal clássico com a sociedade econômica pós-clássica.[10]

A problemática acima impõe que estudemos os limites que devem existir para que empresas, visando cumprir disposições de autorregulação regulada, desempenhem funções eminentemente estatais, investigando e impondo sanções a eventuais violações legais ou a seu código de conduta.[11] Ademais, devemos nos debruçar sobre a possibilidade, bem como de que forma e com qual valor, elementos colhidos em investigações internas poderiam ser compartilhadas para fins de persecução penal.

---

[1] SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 175.

[2] Id. *Cumprimento normativo, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 123.

[3] NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores), op. cit., p. 62-63.

[4] Ibid., p. 63.

[5] Ibid., p. 62-63.

[6] FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. *Pessoas Coletivas e os Programas de Compliance: A problemática da Prova Compartilhada com o Processo de Pretensão Democrática*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre, vol. 4, n. 3, set/dez. 2018. p. 1280.

[7] Ibid., p. 1278-1279.

[8] Ibid., p. 1280.

[9] NIETO MARTÍN, op. cit., p. 119.

[10] SAAD-DINIZ, Eduardo. *Novos modelos de responsabilidade empresarial: A agenda do direito penal corporativo*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (organizadores). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 93.

[11] SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para controle da criminalidade econômica*. In: OLIVEIRA, William Terra de ... [et al.]. *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 314.

Sob essa perspectiva, o problema que se impõe para este artigo é discutir sobre a possibilidade e em quais circunstâncias poderia ocorrer o compartilhamento válido do material produzido em investigações intraempresariais com órgãos de persecução penal, sem descuidar dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo investigado, notadamente a presunção de inocência e o *nemo tenetur se detegere*.

Pretende-se confirmar as hipóteses de que: (i) a investigação privada por parte do empregador é admitida, desde que respeitados os direitos e garantias fundamentais do investigado, mantendo-se a supervisão pelas autoridades públicas, de modo a garantir que não se ultrapasse os limites estabelecidos por nosso ordenamento jurídico; (ii) admitida a possibilidade de compartilhamento do material colhido com as autoridades públicas para fins de persecução penal, sua valoração deve ser semelhante àquela que possui os elementos de informação produzidos no curso de um inquérito preliminar.

Por meio de breve revisão bibliográfica, destacando-se a doutrina brasileira, espanhola e portuguesa, bem como com análise crítica acerca da legislação pertinente, buscamos suscitar importante discussão sobre o problema atual da condução de investigações privadas no âmbito das empresas e a vulneração de direitos fundamentais dos investigados, com ênfase no compartilhamento e valoração de informações eventualmente colhidas nessas investigações com a persecução penal.

O estudo em tela foi desenvolvido em quatro capítulos. No primeiro capítulo é feita uma análise retrospectiva dos programas de *compliance* e sua íntima ligação com a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Após, é analisada a doutrina da prova em nosso processo penal, com especial enfoque na discussão acerca da admissibilidade da prova emprestada. O terceiro capítulo, último antes das considerações finais, busca analisar a dinâmica da investigação interna no âmbito dos programas de *compliance*, a produção de material probatório e os seus limites, o dever de observância dos direitos fundamentais dos investigados, bem como a possibilidade de aproveitamento do material colhido em eventual ação penal.

1 *COMPLIANCE* E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Neste capítulo buscaremos analisar de forma breve parte da origem e evolução, bem como função e elementos dos programas de *compliance*. Tentaremos também expor de que forma as investigações intraempresariais, e sua intrínseca ligação com a responsabilização da pessoa jurídica – inclusive na esfera penal –, podem influenciar na avaliação do funcionamento dos programas de cumprimento normativo.

É a partir da evolução tecnológica que ocorreu na parte final do século XX e início do século XXI, em uma velocidade sem precedentes, que a sociedade e a economia foram alteradas e dinamizadas de maneira singular. Com isso, a economia, por meio das grandes corporações, assumiu protagonismo na condução dos negócios e da sociedade de forma nunca antes vista.[12]

A grande complexidade das organizações, bem como as deficiências regulatórias dos poderes estatais, em razão da sua falta de conhecimento técnico adequado para lidar com a gestão dos riscos em uma sociedade moderna, já se apresentavam como justificativas suficientes à adoção de uma postura mais desreguladora.[13]

E é sob essa perspectiva que é concebida, no início da década de 1980, a ideia de regulação responsiva (*responsive regulation*), a qual se convencionou no Brasil chamar de autorregulação regulada.[14] Com isso, iniciou-se a tentativa de regular as instituições privadas por meio de

[12] FRANÇA JÚNIOR, op. cit., p. 1282.

[13] NEIRA PENA, Ana María. *La instrucción de los processos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2017. p. 326.

[14] SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 32.

sistemas de *compliance*, códigos de conduta, regras de governança corporativa, análise de riscos, preocupando-se, ainda, com o estabelecimento de certa uniformização em relação a questões tidas como prejudiciais ao regular funcionamento da economia e sociedade.[15]

Todavia, faz-se necessário um aparte a fim de esclarecer que não estamos a pregar adesão incondicional ao controle social do negócio (autorregulação), tampouco pedir mais regulação por meio de intervencionismo estatal. Conforme lição do Professor Eduardo Saad-Diniz, o mais recomendável neste ponto é "a priorização das estratégias de controle social do negócio e uma combinação mais sofisticada entre regulação e responsabilidade".[16]

A autorregulação é a autoimposição de padrões de conduta. Quando o Estado estabelece um marco geral de autorregulação, metanormas que servem para regular como devem ser estabelecidas as normas das empresas e os seus princípios básicos, temos o que chamamos de autorregulação regulada.[17] Por sua vez, Saad-Diniz define *compliance* como: "estruturas implementadas na organização empresarial para detecção, apuração e reação, com vistas ao incremento da prevenção e redução das infrações econômicas na atividade empresarial".[18]

Na virada do século, vários escândalos financeiros ganharam destaque, como, por exemplo, o Caso Parmalat, na Itália, e a fraude contábil e financeira perpetrada pela Enron e Arthur Andersen nos Estados Unidos. A partir de então, com a edição do *Sarbanes Oxley Act* (SOX), de 2002, o Estado norte-americano, procurando uma resposta à crise de confiança que se instalou, conferiu ao *compliance* caráter mais punitivo em relação às empresas que operam em bolsa de valores. Com o objetivo de garantir a confiabilidade e transparência necessários ao mercado, o SOX altera a orientação dos *compliance programs*, que passaram a ter seu cumprimento cogente (*mandatory compliance*).[19]

Como forma de incentivar a implementação de efetivos programas de *compliance*, bem como sistemas de organização e gestão adequados, visando à prevenção, descobrimento e controle de delitos, parte da doutrina considera de suma importância a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica.[20] Essa responsabilização, já consolidada em países de *common law*, teve início no julgamento do emblemático caso *New York Central & Hudson River v U.S*., em 1909, quando a *Supreme Court* estadunidense inovou, impactando o controle sobre a criminalidade empresarial, entendendo que se deve sancionar "o superior para que este se encarregue de fazer cumprir a lei a seus subordinados".[21]

Sem necessariamente entrar no mérito dessa discussão, nos interessa aqui demonstrar a importante vinculação que há entre a responsabilidade penal da pessoa jurídica e os programas de *compliance*, que com a responsabilização dos entes coletivos passam a ter maior sentido e alcance.[22] Teríamos o chamado vício ou defeito[23] de organização como "fator de tipicidade penal em desfavor da pessoa jurídica".[24]

Uma das mais importantes estratégias atuais de política criminal contra a deliquência econômica[25] no âmbito de um sistema de cumprimento normativo é a existência de um

---

[15] FRANÇA JÚNIOR, op. cit., p. 1285.
[16] SAAD-DINIZ, *Ética negocial*... op. cit., p. 33.
[17] NIETO MARTÍN, *O cumprimento normativo*. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). op. cit., p. 40-41.
[18] SAAD-DINIZ, *Ética negocial*... op. cit., p. 131.
[19] NIETO MARTÍN, *O cumprimento...,* op. cit., p. 32.
[20] NEIRA PENA, op. cit., p. 318.
[21] NIETO MARTÍN, *O cumprimento...,* op. cit., p. 36.
[22] SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 132.
[23] SAAD-DINIZ; SILVEIRA, op. cit., p. 87.
[24] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 227.
[25] ANTUNES, Maria João. *Privatização das investigações e compliance criminal*. Revista portuguesa de ciência criminal. Ano 28, n. 1, janeiro-abril 2018. p. 122.

confiável e eficiente canal de denúncia (*whistleblowing*).[26] É dever de uma gestão pautada pelas boas práticas de governança corporativa garantir o controle interno das fontes de risco, implementando procedimento de investigação interna baseado em um sistema de denúncias de fatos e atividades que possam configurar violações às normas legais ou código de conduta e ética da empresa.[27]

Podemos definir o *whisteblower* como "a pessoa que revela informação negativa sobre uma organização (pública ou privada) com a que, geralmente, tem algum vínculo, o que lhe permite ter um maior conhecimento sobre suas práticas e seu pessoal".[28] A importância dessa ferramenta no programa de *compliance* da empresa é fundamental, como demonstrou pesquisa recente divulgada pela *Association of Certified Fraud Examinors*. Segundo dados publicados, nas organizações que possuem canais de denúncia, 46% das fraudes foram descobertas em razão dos referidos canais. Por sua vez, nas empresas que não possuem sistema de *whistleblowing*, somente 30% das irregularidades foram identificadas por meio de denúncias internas.[29]

Corroborando a importância dos canais de denúncia para os programas de *compliance*, podemos mencionar a *Federal Sentencing Guidelines*, documento que sugere critérios de orientação a juízes federais norte-americanos de modo a permitir certa uniformização dos seus julgados. A partir de 2004, a *Federal Sentencing Guidelines*

> incluiu os canais de denúncia entre os conteúdos que deve ter um *effective compliance program* para que possa operar como atenuante da responsabilidade da entidade ou, em determinadas circunstâncias, suspender a execução da pena.[30]

Consequência lógica de um sistema de *whistleblowing* é a necessidade de se contar com procedimentos de investigação interna. Notícias divulgadas na imprensa, demandas cíveis, reclamações de consumidores, denúncias ou queixa-crime, além de notificações judiciais, podem fazer com que se iniciem investigações internas no âmbito das empresas. Essas investigações podem visar esclarecer delitos cometidos contra a pessoa jurídica ou infrações que podem dar lugar à responsabilidade empresarial, mas também podem ter por objeto eventuais delitos cometidos contra outros trabalhadores ou infrações ao código de ética e conduta do ente coletivo, sem que, necessariamente, constituam fatos criminosos.[31]

Adentrando agora no âmbito da regulação doméstica pertinente ao tema, após a publicação da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), bem como do Decreto n. 8.420/2015, que regulamentou a referida lei, houve por aqui pretenso estímulo à adoção de ferramentas de *compliance* por parte das empresas. A mencionada legislação, seguindo orientação de organismos internacionais, tratou da responsabilização civil e administrativa – não criminal, como visto acima, que permanece apenas em relação a delitos ambientais – de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra administração pública nacional e estrangeira.[32]

Todavia, analisando o referido diploma, resta evidente o desajuste do legislador em relação ao sistema de sanções adotado. A Lei Anticorrupção, nas palavras de SARCEDO:

---

[26] SPINELLI, Mário Vinícius Classen. *Whistleblowing e canais institucionais de denúncia*. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores), op. cit., p. 285.

[27] PINTO, Nathália Regina. *A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 151.

[28] MORENO, Beatriz García. *Whistleblowing e canais institucionais de denúncia*. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores), op. cit., p. 259.

[29] SPINELLI, op. cit., p. 285.

[30] MORENO, op. cit., p. 263.

[31] NIETO MARTÍN, Adán. *Investigações internas*. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). op. cit., p. 294.

[32] SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 166.

> relega quase à irrelevância jurídica todos os esforços empreendidos pelas empresas no sentido de estruturar e implementar de fato boas práticas de governança corporativa e programas de *compliance*, na medida em que iguala na mesma vala comum da responsabilidade objetiva empresas efetivamente comprometidas com políticas de prevenção de riscos e delitos a empresas descomprometidas em relação a esses objetivos.[33]

Ademais da imprecisão da expressão "levar em consideração", utilizada pela Lei Anticorrupção para se referir à avaliação de um programa de *compliance* para fins do *quantum* de sanção será aplicada, que permite um amplo espaço de interpretação judicial e uma consequente instabilidade no processo de atribuição de responsabilidade – "o que pode minar a consistência dos programas de *compliance"-,*[34] o legislador sequer previu a possibilidade de exclusão da imputação à pessoa jurídica em razão de um efetivo e bem estruturado programa de *compliance*,[35] como está previsto em outras legislações estrangeiras, como o Decreto Legislativo 231, de 2001, da Itália, e a Lei chilena n. 20.393, de 2009.[36]

Outra crítica feita à legislação anticorrupção brasileira, e que pode ter forte influência no desenvolvimento das investigações intraempresariais, dado o interesse que terão as empresas em de alguma forma mitigar as pesadas sanções que poderão ser aplicadas, é justamente em relação à gravidade e extensão das sanções previstas no mencionado diploma. O que, para BOTTINI, "corresponde ou ultrapassa aquelas previstas em normas expressamente incriminadoras", com um "caráter de lei penal encoberta".[37] Sem falar na adoção da responsabilidade objetiva em relação às pessoas jurídicas, o que dificultará sobremaneira a promoção da defesa por parte das empresas.

2 A DOUTRINA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Sem a pretensão de esgotar o tema, dada a sua complexidade, que suscita grandes discussões doutrinárias, passaremos a expor a doutrina da prova em nosso processo penal, com a necessária distinção entre prova e elemento de informação, analisando, ainda, em quais condições poderá ocorrer o compartilhamento válido de material probatório colhido em procedimentos diversos.

O vocábulo prova é notadamente um termo que possui diversas acepções, tanto em seu uso cotidiano, quanto no meio jurídico, enquanto termo técnico. Neste sentido, mas de forma genérica, entende-se por prova atividades que são realizadas no âmbito do processo, visando colher dados necessários e suficientes acerca do que foi alegado pelas partes, a fim de fundamentar a análise e decisão do juiz da causa.[38]

Por meio da prova busca-se a reconstrução histórica aproximativa de um fato, por meio de atividade das partes, acusação e defesa, bem como do juiz, sempre à luz dos princípios constitucionais e processuais penais, notadamente o do devido processo legal, bem como seus consectários contraditório e amplitude de defesa.[39]

Considerando a importância que terá para o desenvolvimento deste artigo, é de absoluta valia diferenciar elemento de prova e elemento informativo de investigação. Essa distinção se deve

---

[33] Ibid., p. 168-169.
[34] SAAD-DINIZ, *Ética negocial...* op. cit., p. 162.
[35] SARCEDO, op. cit., p. 168.
[36] MORENO, op. cit., p. 263.
[37] BOTTINI, Cruz Pierpaolo. *A lei anticorrupção como lei penal encoberta*. Consultor Jurídico, julho/2014. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>. Acesso em: 17 Jan. 2020.
[38] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Limites ao compartilhamento de provas no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 122, ago/2016. p. 45.
[39] LOPES JR., AURY. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 422.

ao modo como está estruturado o sistema misto de processo penal. Com forte influência francesa, no *Code d' instruction criminelle*, de 1808, o sistema misto consiste em duas fases, sendo a primeira secreta, escrita e sem a participação da defesa; na segunda fase os elementos obtidos são trazidos a juízo e debatidos em audiência pública, oral e observado o contraditório.[40]

O legislador pátrio, no art. 155 do Código de Processo Penal, valorou de maneira distinta as duas modalidades, considerando o propósito de cada uma. Os elementos de prova são dirigidos ao juiz, integram o processo penal, servem à sentença e são obtidos sob a luz da publicidade e do contraditório. Por sua vez, os elementos informativos se referem a uma hipótese, são produzidos na investigação preliminar, sob um juízo de probabilidade, servindo a *opnio delicti* do acusador.[41]

Vale aqui ressaltar que com a entrada em vigor da nova Lei n. 13.964/2019, que alterou vários dispositivos da nossa legislação penal e processual penal, a distinção entre prova e elementos de informação resta ainda mais evidente. Segundo a nova lei, que institui a figura do chamado Juiz das Garantias (Art. 3-A e ss. do Código de Processo Penal), a este caberá atuar durante a investigação, até o recebimento da peça acusatória. Na fase do julgamento, quando terá atuação outro magistrado, este não manterá contato com o que foi produzido durante a investigação, já que os autos da fase anterior permanecerão acautelados na secretaria do Juízo, à disposição das partes, não devendo ser apensados aos autos da ação penal, ressalvada a documentação relativa às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de prova ou de antecipação de provas (art. 3-C, § 3º, CPP).

A intenção do legislador é reafirmar que somente valerá como prova o que for produzido oralmente perante o juiz responsável pelo julgamento, evitando qualquer contaminação, ainda que inconsciente, do julgador pelo material colhido durante a investigação. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. e Morais da Rosa asseveram que "Só assim estará assegurada a distinção entre atos de investigação e atos de prova e, por consequência, efetivado o direito de ser julgado com base em 'prova', produzida em contraditório judicial".[42]

Assim, tem-se que a única verdade admitida é a processual, ou seja, aquela "produzida no âmago da estrutura dialética do processo penal, com plena observância das garantias de contradição e defesa".[43] Não haveria razão para que o legislador conferisse o mesmo valor probatório a ambos os elementos. Aqueles colhidos por uma autoridade administrativa, em um procedimento preponderantemente inquisitorial, não submetidos ao contraditório e ampla defesa, não poderiam jamais suplantar elementos colhidos perante a figura do juiz, "praticada no curso da fase processual, com plena observância da publicidade, oralidade, imediação, contraditório e ampla defesa".[44]

Os elementos de prova podem ser constituídos no interior de determinado processo penal, ou, ainda, extraprocessualmente, oportunidade em que serão submetidos a um controle não contextual, mas *a posteriori*, quando introduzidos no processo, podendo as partes discutirem o conteúdo das informações, juntar novos dados ou, ainda, requerer realização de outras diligências.[45]

Em relação ao valor probatório dos diferentes elementos de prova que adentram no processo, Magalhães Gomes Filho afirma que "os princípios de imediação e oralidade, que sugerem que a prova com a qual o juiz teve um contacto direto é mais forte do que aquela obtida de fontes

---

[40] GOMES FILHO, op. cit., p. 46-47.
[41] LOPES JR., op. cit., p. 435-436.
[42] LOPES Jr. Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda o impacto do juiz das garatias no processo penal. Consultor Jurídico, dezembro, 2019. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal#author>. Acesso em 20 Jan. 2020.
[43] LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 206.
[44] Ibid., p. 207.
[45] GOMES FILHO, op. cit., p. 50.

mais remotas".[46]

Abordando especificamente a prova emprestada ou compartilhada, esta refere-se à possibilidade de utilização de provas produzidas em processo diverso e autônomo em um outro feito, desde que preenchidos alguns requisitos. Quanto à forma, a prova emprestada sempre será documental. Todavia, no processo que se vale do empréstimo, os elementos probatórios devem ingressar com natureza e eficácia idênticas ao do processo de origem.[47]

Para que possa haver o compartilhamento de provas, é imprescindível a observância no processo de origem das garantias processuais insculpidas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, notadamente o contraditório e a ampla defesa. Outra exigência a ser observada, segundo a doutrina especializada, é que a prova tenha "sido produzida, no primeiro processo, perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contato, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la".[48] Quem não houver participado do primeiro processo jamais poderá ver os efeitos da prova emprestada contra si.

Gustavo Badaró vai mais além, afirmando que o objeto da prova deve ser "o mesmo nos dois processos e que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo".[49] Concluindo que:

> a prova produzida no processo originário deve ser trasladada em sua integralidade para o processo de destino. Ou seja, não se pode pretender transportar apenas parte da documentação do meio de prova, o que impediria uma valoração completa da mesma.[50]

Ainda sobre o compartilhamento de material probatório, faz-se necessária uma breve explanação acerca do compartilhamento de elementos de informação obtidos, via de regra, no âmbito da investigação preliminar. Parece prevalecer o entendimento segundo o qual não há óbices à possibilidade de compartilhamento de informações obtidas em procedimentos investigatórios diversos, desde que tenha havido a devida observância do que dispõe a lei que disciplina atividades típicas das investigações, bem como, por óbvio, a Constituição Federal, sob pena de ilicitude da prova obtida.[51]

Por fim, abordando o que pensa o Supremo Tribunal Federal sobre o tema, é possível verificar posição no sentido da admissibilidade da prova emprestada. Contudo, somente poderá fundamentar sentença condenatória em situações que existam outros elementos de convicção a corroborá-la.[52] Foi nesse sentido a fundamentação contida no HC 95.549:

> Não há nulidade por terem sido juntadas aos autos do processo principal – e eventualmente relevadas na sentença de pronúncia – provas emprestadas de outro processo-crime, pois o que se exige é que não tenha sido a emprestada a única a fundamentar a sentença de pronúncia.[53]

3 A INVESTIGAÇÃO INTRAEMPRESARIAL E O COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES COLHIDAS PARA FINS DE PERSECUÇÃO PENAL

Adentrando mais precisamente no tema objeto do estudo aqui desenvolvido, buscamos tratar

---

[46] Id. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 96.
[47] Id. *Limites ao compartilhamento...* op. cit*.,* p. 51-52.
[48] Ibid*.,* p. 52.
[49] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 401.
[50] Ibid., p. 404.
[51] GOMES FILHO, *Limites ao compartilhamento...* op. cit*.,* p. 59.
[52] Ibid., p. 56.
[53] STF - HC: 95549 SP, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 28/04/2009, Primeira Turma.

das nuances que possui uma investigação intraempresarial, com toda problemática inerente ao exercício de uma atividade investigativa por particulares, bem como a implicação que podem ter tais particularidades no curso da persecução penal e no aproveitamento, pelas autoridades públicas, do material colhido pela empresa.

A investigação interna possui importantes funções na dinâmica da pessoa jurídica, ressaltando importante efeito comunicativo de funcionamento e seriedade do programa de *compliance* e sistemas de controles internos da empresa.[54] Para Ana María Neira Pena,

> Una investigación interna es, em esencia, un esfuerzo de la corporación por esclarecer las irregularidades acaecidas en el seno de la misma – esto es, si efectivamente ha tenido lugar uma infracción, cual es su naturaleza y su alcance dentro de la organización, si continua produciéndose en el presente, quien está involucrado, quién es responsable, por qué ocurrió y si se trata de um hecho aislado o de um problema sistemático o extendido por toda la organización – siendo el ámbito de la indagación, normalmente, determinado por la propia entidad.[55]

Pode-se afirmar que o objetivo da investigação empresarial é similar ao de uma instrução penal, ou seja, descobrir os fatos com relevância penal, bem como quais os indivíduos responsáveis. Para tanto, utilizar-se-á preponderantemente da compilação de informações documentais e da realização de entrevistas com os membros da pessoa jurídica, que deverão ser conduzidas, via de regra, por advogados internos ou por profissionais externos contratados com a específica finalidade de conduzir as investigações no âmbito da empresa.[56]

O ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e o Decreto n. 8.420/2015, em seu art. 42, incisos XI, XII e XV, prevê, de forma insatisfatória, como já visto anteriormente, a existência de investigações internas no âmbito das empresas, como forma de apoio à colaboração das pessoas jurídicas, em busca de incentivos legais, como, por exemplo, possibilidade de assinatura de acordos de leniência e redução de multas em processos administrativos.[57]

Em que pese a legislação pertinente, inexistem normas específicas acerca de como deverá ser conduzida a investigação interna.[58] Ao passo que o incremento da relação colaborativa Estado-empresa implica vantagens para ambos, também pode representar grandes riscos para o direito de defesa e suas garantias asseguradas em nosso ordenamento.[59] Portanto, há que se garantir, como se buscará demonstrar, que "a cooperação privada na investigação criminal deve rodear-se de uma série de garantias que compensem os riscos que tais investigações geram".[60]

Deve-se estar atento aos riscos que cercam a investigação particular, sobretudo quando há, como nos casos de investigação intraempresarial, uma relação de superioridade e ascendência da empresa/empregador em comparação com o empregado/investigado, que pode fazer com que, na prática, o subordinado, temeroso sobre o futuro do seu emprego, colabore, ainda que a contragosto, bem como acate, de forma subserviente, a realização de diligências que podem ser empreendidas em desrespeito aos seus direitos e garantias fundamentais.[61]

---

[54] BELTRAME, Priscila Akemi. *Investigações internas*. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). op cit., p. 335.
[55] NEIRA PENA, op. cit., p. 318.
[56] Ibid., p. 336.
[57] BELTRAME, op cit., p. 335.
[58] Ibid., p. 337.
[59] PAIS, Ana. *Os programas de compliance e o risco de privatização do processo penal. Em especial, a problemática da 'prova emprestada' e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. V. II, 2017. p. 671.
[60] ANTUNES, op. cit., p. 125.
[61] PAIS, op. cit., p. 672.

Dentro dessa realidade, ponderação relevante e necessária é a atinente ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Tal princípio, que diz respeito ao direito à chamada autodefesa negativa, vem expresso no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como no art. 14, 3, g, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, além de constar no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Estamos a tratar de um direito fundamental em favor de qualquer investigado, garantindo-lhe o direito ao silêncio, o que impede que lhe seja imposto o dever de prestar informações contra si mesmo.[62] Igualmente, abrange "o direito de não servir como testemunha quando tal posição puder de alguma maneira comprometer o exercício do direito ao silêncio".[63] Ademais, é também direito do indivíduo, ao menos desde o marcante julgamento do caso *Miranda v.s. Arizona*, em 1966, no qual foi efetivamente consagrado o *nemo tenetur se detegere* como princípio fundamental, ser esclarecido sobre o *privilege against self-incrimination*.[64] Nesse sentido, BACIGALUPO afirma que "o Estado é fiador de que o suspeito não se incriminará contra a sua vontade, porque a lei atual impõe às autoridades que investigam crimes o dever de instruir qualquer pessoa que seja interrogada".[65]

O direito ao *nemo tenetur se detegere* (não autoincriminação), para ROBERTS e ZUCKERMAN, "é baseado historicamente na rejeição ao autoritarismo, métodos escusos de investigação criminal e, consequentemente, representa a vitória da liberdade e da justiça sobre a tirania e o despotismo".[66] Manuel da Costa Andrade, resumindo o instituto, afirma que "o *nemo tenetur* protege contra toda a forma de colaboração activa para a sua própria condenação, desde que coercitivamente imposta".[67]

Transportando para a realidade de investigação no âmbito da empresa, pode-se afirmar que o empregado possui, em decorrência do poder de direção que detém o empresário, com origem no contrato de trabalho, o dever de veracidade e obediência,[68] no que concerne a sua prestação laboral.[69] Contudo, a nosso sentir, em eventual conflito entre o direito a não autoincriminação e o dever de colaboração e lealdade do empregado, deve-se partir "da premissa da prevalência dos direitos fundamentais reconhecidos ao trabalhador face ao direito de controlo do empresário".[70]

Para Neira Pena:

> cabe advertir que, aunque el ámbito natural del aplicación del derecho a no declarar es el processo penal, cuando una conversación entre particulares se encuentra preordenada a aportar tales prueba a un futuro proceso, la garantia puede encontrar cierta aplicación extrajudicial.[71]

Como tentativa de solucionar na prática tal questão, Nieto Martín sugere:

> informar completamente ao entrevistado acerca de qual é sua situação legal, quais são seus direitos e que destino a empresa pode dar a sua declaração. Nesta espécie de Miranda empresarial, chamada assim por suas semelhanças à leitura de direitos que

[62] CARDOSO NETO, Lauro Pinto; CORDEIRO, Nefi; PAES, José Eduardo Sabo. Criminal compliance antilavagem: prevenção penal por agentes privados e o direito ao silêncio. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, maio/ago 2019. p. 103

[63] LOPES Jr.; GLOECKNER, op. cit., p. 518.

[64] SANGUINÉ, Lívia de Maman. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: nemo tenetur se detegere*. Boletim IBCCRIM, Ano 18, nº 221, abril/2011. p. 10-11.

[65] Apud CARDOSO NETO; CORDEIRO; PAES., op. cit., p. 103.

[66] Apud Ibid., p. 104.

[67] Apud PAIS, op. cit., p. 675.

[68] Ibid., p. 675.

[69] NIETO MARTÍN, *Investigações internas*... op. cit., p. 315.

[70] PAIS, op. cit., p. 674.

[71] NEIRA PENA, op. cit., 361.

> se faz às pessoas no momento de sua prisão, há que se deixar, ademais, absolutamente claro que a pessoa que realiza a investigação, seja um advogado externo ou interno, representa exclusivamente os interesses da empresa.[72]

Na sequência, direito fundamental de estatura semelhante ao *nemo tenetur* e que, da mesma forma, deve ser preservado durante a investigação interna, é a concepção já consagrada em normas de cunho constitucional e internacional da presunção de inocência. Para Zanoide de Morais, há três significados de aplicação da presunção de inocência:

> norma de tratamento (deve-se evitar o não tratamento do acusado como inocente até o advento ou não do trânsito em julgado da condenação), norma probatória (relacionada à carga probatória: fixando o sujeito, o objeto e o modo probatórios) e norma de juízo (uma vez já colhido o material probatório e em caso de sua insuficiência, o magistrado deve absolver o acusado).[73]

Decorre da presunção de inocência, bem como do seu "caráter político, que conecta os direitos fundamentais ao processo penal",[74] a obrigatoriedade de que a constatação do delito, pode-se dizer, a investigação, bem como a aplicação da pena, deverão observar todas as garantias, devendo ocorrer por meio de um processo e com uma sentença judicial ao final. Para Aury Lopes Júnior, trata-se "do princípio reitor do processo penal garantista e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância".[75] Complementa o referido autor:

> A presunção de inocência opera como verdadeiro freio contra a pretensão de verdade totalizante, protagonizada pelo sistema inquisitorial. Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal garantista, deve ser maximizada em todas as suas nuances.[76]

Trazendo a discussão para o âmbito da empresa, pode-se afirmar também que a presunção de inocência deverá ter influência no momento de decisão pela abertura de uma investigação interna. Em decorrência do princípio da proporcionalidade, juntamente com a presunção de inocência, exige-se que haja um mínimo de verossimilhança na suspeita para que seja aberta uma investigação intraempresarial. Caso contrário, poderá se estar utilizando das ferramentas da empresa de forma contrária ao dever, bem como lesionando a honra e outros direitos fundamentais de eventuais investigados.[77]

No entanto, devemos deixar claro que o grau de verossimilhança da suspeita exigido para que seja iniciada uma investigação intraempresarial é menor do que deve existir para abertura de um inquérito policial, por exemplo. E é assim por conta do dever de direção e vigilância que possui o empresário, bem como em razão da própria função das investigações internas de incentivar a investigação de fatos que, não raro, o Estado ainda não está legitimado a investigar, considerando os limites impostos ao exercício do *ius puniendi* estatal.[78]

Ainda que possa parecer, à primeira vista, que as garantias do *nemo tenetur se detegere* e presunção de inocência são estranhas a um procedimento de investigação privada empresarial, é correto afirmar que tais investigações são de grande interesse estatal, e, dessa forma, sendo

---

[72] NIETO MARTÍN, *Investigações...* op. cit., p. 316.
[73] Apud DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. *A Aplicação do in dubio pro societate nos feitos cíveis e criminais e o (des)prestígio à presunção de inocência*. Boletim IBCCRIM, Ano 27, nº 322, setembro/2019. p. 12-14.
[74] LOPES Jr.; GLOECKNER, op. cit., p. 74.
[75] Ibid., p. 70.
[76] Ibid., p. 79.
[77] NIETO MARTÍN, *Investigações...* op. cit., p. 297.
[78] Ibid., p. 298.

possível a instauração de procedimento criminal contra o empregado investigado, poderíamos considerar a atuação empresarial como ações estatais.[79] Portanto, em caso de inobservância das garantias acima citadas, como buscaremos demonstrar mais adiante, eventuais elementos colhidos nessas investigações deverão ter seu valor probatório declarado nulo.[80]

Importante discussão é a pertinente ao acesso mais facilitado que possui a empresa a documentos – relacionados à vida particular e profissional do empregado –, bem como ao correio eletrônico, computadores, *smartphones,* colocados à disposição do funcionário.[81] Prevalece, em nível de jurisprudência, a concepção segundo a qual é admitido ao empregador

> monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida [...].[82]

Dessa forma, sendo "instrumentos de produção",[83] careceria o empregado de expectativa de privacidade quando da utilização dos referidos canais disponibilizados pela empresa para o desempenho de suas atividades, estando o empregador, no âmbito de uma investigação interna, ou mesmo no exercício cotidiano de sua função de vigilância, autorizado a consultar tais instrumentos e documentos,[84] desde que haja o conhecimento por todos de que o uso daquelas ferramentas está sujeito a monitoramento pela empresa e que sua utilização para fins particulares não será admitida.[85]

Porém, cumpre distinguir as esferas de proteção pessoal e laboral, já que mesmo no interior da empresa podem ser concedidos espaços aos funcionários para o exercício de sua intimidade.[86] E, dessa forma, há ingerências que, dada a sua gravidade, não poderão ser toleradas, ainda que haja o consentimento do empregado. Para Juan Pablo Montiel, a captura de imagens em banheiros ou vestiários, exames genéticos compulsórios, interceptação de correspondência estritamente pessoal e devassa em armários pessoais, não podem ser toleradas, podendo violar direitos fundamentais, a legislação trabalhista, e, inclusive, configurar condutas criminosas por parte do empresário.[87]

Já não mais se discute que nenhum direito fundamental tem conteúdo absoluto. Portanto, como dito acima, há intromissões legítimas do empresário na esfera da intimidade do trabalhador. Contudo, deve haver limites, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, para que a intromissão seja considerada válida, requerendo, assim: a existência de um fim legítimo, bem como certo grau de suspeita. Portanto, a título de exemplo, as chamadas *fishing expeditions*, que são intromissões prospectivas, com objetivo de pescar eventual irregularidade, não são admitidas, sendo consideradas ilícitas.[88]

Absolutamente inaceitável é a intromissão ocorrida em relação à interceptação das comunicações telefônicas por parte do empregador. É pacífico que a reserva de jurisdição

---

[79] NEIRA PENA, Ana María. *La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privtización del proceso penal: el peligro para los derechos de los trabajadores*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza Barbosa de. (Orgs.) *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira.* São Paulo: LiberArs, 2015, p. 157.
[80] Id., *La instrucción...* op. cit., 362.
[81] NIETO MARTÍN, *Investigações...* op. cit*.,* p. 308.
[82] TST - RR: 613002320005100013 61300-23.2000.5.10.0013, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005.
[83] NIETO MARTÍN, *Investigações...* op. cit*.,* p. 309.
[84] Ibid*.,* p. 309.
[85] BELTRAME, op cit*.,* p. 338.
[86] NIETO MARTÍN, *Investigações...* op. cit*.,* p. 311.
[87] MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alncance de las investigaciones internas de la empresa*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL. Valparaíso, Chile, 2013. p. 262.
[88] NIETO MARTÍN, *Investigações...* op. cit*.,* p. 309.

contida no art. 5º, XII, da Constituição Federal, é requisito insuperável para interceptação das comunicações telefônicas, inclusive no âmbito laboral.

Nesse mesmo sentido, utilizando-se da influência ibérica e europeia continental como um todo que possui o nosso Direito, podemos citar o que pensa o Tribunal Supremo da Espanha, que já se posicionou de forma bem clara, afirmando que:

> no contempla, niguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, telefono, etc. propriedad de terceiro ajeno al comunicante), ni del caráter del tempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado ("correo corporativo"), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia.[89]

Os empregados não perdem seus direitos quando ingressam em uma entidade privada, sendo mantidas sua autodeterminação, liberdade, intimidade, dentre outros. Admite-se, sim, a limitação de tais direitos no âmbito laboral, todavia somente naquilo que for o mínimo imprescindível para que seja assegurado o desempenho satisfatório de suas funções profissionais.[90] Para Neira Pena:

> incluso existiendo protocolos o sistemas de control debidamente comunicados a los empleados, si estos destruyen por completo el ámbito de privacidad de los individuos, afectando al núcleo essencial de tales derechos, las medidas adoptadas al amparo de tales protocolos abusivos deberían considerarse igualmente ilícitas.[91]

Importante destaque também deve ser dado, para que haja um compartilhamento válido de elementos colhidos na investigação interna com autoridades públicas, à necessidade de manutenção da cadeia de custódia da prova, visando à preservação da integridade do material probatório colhido,[92] sobretudo com as novidades trazidas nessa matéria pela Lei n. 13.964/2019.[93]

Como entendemos restar demonstrado nos parágrafos acima, é possível afirmar que empresas que se propõem a proceder com investigações internas devem ter em mente que inobservâncias de direitos fundamentais dos empregados investigados podem resultar, conforme doutrina majoritária, na impossibilidade de utilização do material probatório, com reflexos evidentes no seu compartilhamento com o poder público, colocando em questão, inclusive, a validade de provas obtidas diretamente a partir desta circunstância, segundo a doutrina conhecida como *Fruit of the Poisonous Tree*.[94] Como assevera Gustavo Badaró: "A posição mais razoável e que melhor garante os direitos individuais é aquela que reconhece que a ilicitude da obtenção da prova se transmite às provas derivadas, que, igualmente, devem ser consideradas inadmissíveis no processo".[95]

Partindo do pressuposto de que a investigação interna não vulnerou os direitos fundamentais dos investigados, tampouco extrapolou o empresário do seu poder-dever de controle e vigilância, passemos ao compartilhamento dos elementos colhidos em investigação interna com autoridades públicas, para fins de persecução penal.

---

[89] NEIRA PENA, *La instrucción...* op. cit., p. 369.
[90] Ibid., p. 351.
[91] Ibid., p. 373.
[92] BELTRAME, op cit., p. 342.
[93] A Lei n. 13.964/2019 incluiu o Art. 158-A no Código de Processo Penal: "Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte".
[94] NIETO MARTÍN, *Investigações...* op. cit., p. 305.
[95] BADARÓ, op. cit., p. 418.

Para Nieto Martín, "não tem sentido não poder utilizar no processo penal a informação procedente de atividades lícitas e legítimas, de acordo com o direito do trabalho e constitucional".[96] Em sentido contrário, ainda que em um contexto de colaboração com a administração tributária, o autor português Manuel da Costa Andrade defende que:

> a comunicação entre os procedimentos-ambiente e o processo penal é interrompida pela *estrita vinculação* ao fim dos dados auto-incriminatórios resultantes do cumprimento dos deveres de colaboração e cooperação que ordenamentos como o direito tributário fazem impender sobre o cidadão.[97]

Em uma investigação interna desenvolvida com observância aos direitos e garantias fundamentais do investigado, não parece haver sentido a proibição de eventual compartilhamento de elementos colhidos entre procedimentos de investigações diversos.[98]

No entanto, a nosso ver, sobretudo após a vigência da Lei n. 13.964/2019, como dito no capítulo anterior, os atos praticados em investigação interna no âmbito do programa de *compliance* devem ser admitidos com valor probatório limitado, semelhante ao valor que possuem os elementos de informação colhidos durante o inquérito policial, já que: "as diligências levadas a cabo na instrução preliminar não podem servir como fonte de convencimento do órgão jurisdicional no momento da sentença".[99]

Como dito anteriormente, atos produzidos em investigação preliminar possuem caráter informativo, são obtidos de forma inquisitória e com o objetivo de formar "um juízo de probabilidade idôneo a sustentar a *opinio delicti* do órgão de acusação ou de fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz".[100]

Para que fique claro, pensamos, inclusive, por coerência ao que foi exposto no capítulo anterior acerca da introdução em nosso sistema do juiz das garantias, que o juiz responsável pelo julgamento de eventual ação penal que teve origem em investigação intraempresarial sequer deve ter contato com o material por ela produzido, ressalvadas as exceções trazidas pelo art. 3-C, § 3º do CPP, a fim de evitar a contaminação do julgador por material produzido sem a jurisdicionalidade necessária para a devida produção da prova.

Como resta evidente, por tudo que foi acima exposto, a dinâmica de investigação no âmbito do *compliance* da empresa é bastante distinta daquela que se observa em investigações criminais conduzidas por autoridades policiais ou membros do Ministério Público. As normas que regem a investigação no âmbito da empresa são essencialmente de natureza administrativa, contratual, trabalhista e empresarial, sendo, ainda, conduzida, obviamente, por particulares.[101]

As investigações internas apresentam vantagens, tanto para os entes coletivos, que podem se ver recompensados por sua colaboração – ainda que no Brasil esta compensação não pareça ser suficientemente clara e satisfatória, como visto acima –, como para o Estado, levando-se em conta os recursos que são poupados pelos órgãos encarregados da investigação criminal, bem como na maior facilidade e rapidez que pode haver no acesso a meios de prova por parte da empresa em uma investigação interna.[102]

Em que pese a importância das investigações internas para a eficácia dos programas de *compliance*, é raríssimo encontrar autorregulação estabelecendo a pauta, as normas, as fases, a extensão e condições que deve ser submetida a investigação interna.[103] Em ordenamentos

---

[96] NIETO MARTÍN, *Investigações...* op. cit*.,* p. 325.
[97] Apud PAIS, op. cit*.,* p. 683.
[98] GOMES FILHO, *Limites ao compartilhamento..., op cit.,* p. 58.
[99] TORRES, Vegas Apud LOPES Jr.; GLOECKNER, op. cit., p. 208.
[100] GOMES FILHO, *Limites ao compartilhamento..., op cit.,* p. 58.
[101] FRANÇA JÚNIOR, op. cit*.,* p. 1304.
[102] ANTUNES, op. cit*.,* p. 124.
[103] MONTIEL, op. cit., p. 266.

estrangeiros, como também na legislação pátria, possível premiação conferida à pessoa jurídica em razão de colaboração com apuração de infrações não está condicionada à existência de normas de cooperação circunscritas em um programa de *compliance* orientado por princípios e valores éticos.[104]

Contudo, não significa que as investigações internas não estão sujeitas a regras e limites semelhantes as que estão as investigações criminais dirigidas por órgãos oficiais de Estado. É preciso respeitar as garantias fundamentais do indivíduo na busca pela verdade, não se justificando sua vulneração.[105] Se de outra forma pensássemos, estaríamos a admitir que o legislador não só aceita o afronte aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, senão premia tal violação com efeitos atenuantes das sanções aplicadas à empresa.[106]

Nos parece claro que a inexistência de uma autorregulação processual interna acaba por implicar em falta de garantia para o investigado, bem como em uma falta de previsibilidade de como se dará a atuação da empresa durante a investigação.[107] Para Pablo Montiel:

> el estabelecimento de un código procedimental contribuye significativamente a garantizar la transparencia de las práticas, del mismo modo que permite delinear com claridade los roles que asumirá cada parte en la investigación. Todo ello haría pensar que no sólo resulta conveniente una autorregulación, sino que incluso, ello debería ser obligatorio, sobre todo si se tiene en cuenta la relevancia de las investigaciones internas en el sistema de "compliance management".[108]

No mesmo sentido, Neira Pena defende a adoção de "ordenanzas procesales internas" por parte das pessoas jurídicas, que serão responsáveis por delimitar as fases da investigação, as faculdades investigativas do empresário ou encarregado, as condições que se darão os interrogatórios e entrevistas, bem como a extensão dos deveres de informação dos empregados investigados.[109]

Defende Nieto Martín que, ao menos, "deve-se determinar com clareza quais são os objetivos, escopo, duração e demais limites da investigação". Continua o doutrinador espanhol:

> determinar se a investigação tem como finalidade unicamente a correção das deficiências do sistema, sem buscar a responsabilização individual e imposição de sanções disciplinares, ou se a investigação tem como finalidade certa ou possível a cooperação com uma investigação penal ou administrativa ou a adoção de medidas disciplinares. [...] um pressuposto básico do *fair trial* nas investigações internas é a informação aos empregados acerca de qual é sua finalidade. Só deste modo é possível que avaliem suais serão suas respostas e seu grau de envolvimento na investigação.[110]

Portanto, deve-se mais uma vez destacar que investigações internas, privadas e desreguladas, sem a necessária supervisão por parte das autoridades públicas, implicam riscos que de maneira alguma podem ser desprezados, devendo aplicar as cautelas necessárias para que se evitem desrespeitos aos direitos dos eventuais investigados, bem como possíveis manipulações de informações, com construções de falsos relatos ou utilização de bodes expiatórios que assumam

---

[104] Ver o que dispõe o art. 7º, VII, da Lei n. 12.846/2013, que traz, de maneira isolada, como um critério a ser levado em consideração na aplicação das sanções ao ente coletivo: "VII – a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 23 de nov. de 2019.

[105] NEIRA PENA, *La instrucción...* op. cit., p. 340-341.

[106] Ibid., p. 354.

[107] NIETO MARTÍN, *Compliance, criminologia...* op. cit., p. 120.

[108] MONTIEL, op. cit., 266.

[109] NEIRA PENA, *La instrucción...* op. cit., p. 340.

[110] NIETO MARTÍN, *Investigações...* op. cit., p. 302.

a responsabilidade individual para que a empresa obtenha as vantagens da colaboração.[111]

A potencial falta de independência e neutralidade do investigador, contratado pela pessoa jurídica com particular interesse no resultado da investigação, não deve ser tratada como questão menos importante, devendo, invariavelmente, ser tomada em consideração pelas autoridades de *enforcement*, considerando o risco existente para o descobrimento da verdade, principal finalidade do processo penal.[112]

Corre-se o risco de, em se negando a necessidade de observância das garantias processuais no âmbito de uma investigação interna, incrementar a possibilidade de que as autoridades se utilizem do ente privado como agente ou braço executor de investigações, visando ter acesso a fontes de prova sem se submeter às regras do devido processo legal.[113]

Sendo a privatização de deveres tradicionalmente estatais uma realidade,[114] como no caso de investigações intraempresariais, em razão da redução dos custos e incremento da eficácia da persecução penal,[115] devemos estar atentos para que a "racionalidade instrumental econômica" não colonize o direito penal, relegando os direitos constitucionais a um estágio de excepcionalidade.[116]

É necessário que nossas autoridades, bem como as entidades privadas, sobretudo no desempenho de atividades de cunho eminentemente público, tenham em mente que a eficiência na persecução penal não é valor absoluto, e o procedimento investigatório "não é somente veículo de realização do direito penal material, mas também direito constitucional aplicado, sendo indicador da cultura política e jurídica de uma sociedade".[117]

Se o Estado admite repassar ao particular parcela do seu poder-dever, "ele deve eleger cuidadosamente e controlar a realização destas missões pela esfera privada conforme a ordem",[118] bem como verificar em que medida a segurança jurídico-penal tradicional, insculpida nos princípios da culpabilidade, presunção de inocência e proibição de autoincriminação, pode ser refletida em sistemas sancionatórios privados de autorregulação regulada.[119] Para Nieto Martín: "si la investigación interna es la antesala del processo penal, hay que ofrecer garantias similares".[120]

Encaminhando-se para a conclusão, podemos afirmar que, do ponto de vista ético, é dever da empresa um procedimento de investigação justo, que ao final possa impor sanção disciplinar a algum empregado. Um ente coletivo que se pretende em conformidade legal

> não pode aspirar impor um sistema de valores se, na promoção destes valores, através da investigação de infrações ou a imposição de sanções, não respeita princípios elementares do devido processo ou não respeita os direitos fundamentais dos investigados.[121]

O dever de diligência que possui o empresário impõe que a empresa aja nos limites da

---

[111] Ibid., p. 334-335, 343.
[112] Ibid., p. 343-344.
[113] Ibid., p. 357-358.
[114] FRANÇA JÚNIOR, op. cit., p. 1301.
[115] ANTUNES, op. cit., p. 124.
[116] GLOECKNER, Ricardo J.; DA SILVA, David L. *Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do 'nemo tenetur se detegere'*. Direito UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 1, n. 1, 1 jan. 2014. p. 161.
[117] CARDOSO NETO; CORDEIRO; PAES., op. cit., p. 90.
[118] DÖLLING, Dieter. *Direito penal, Estado e sociedade: sobre a privatização das missões da persecução penal*. In: OLIVEIRA, William Terra de ... [et al.]. op. cit., p. 32.
[119] SIEBER, op. cit., p. 314.
[120] NIETO MARTIN, Adan. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el derecho penal*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. Compliance y teoría del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 48.
[121] NIETO MARTÍN, *Investigações...* op. cit., p. 296.

legalidade, como consequência direta da observância de boas práticas corporativas e responsabilidade social, bem como em decorrência da obrigação de que se evite os riscos legais para o ente coletivo relacionados a eventual infração penal ou administrativa.[122]

Podemos afirmar que a investigação privada deve estar revestida de uma série de garantias, baseadas no devido processo legal, assegurando o direito do investigado: (i) de ser informado com clareza dos fatos que lhe são imputados; (ii) de ter acesso às distintas provas já colhidas no curso da investigação; (iii) de fazer alegações e apresentar provas que entenda oportunas; e (iv) de ver resguardada sua presunção de inocência e o *nemo tenetur se detegere.*[123]

Por tudo que foi argumentado, entendemos necessário que se tenha claro que as investigações internas das empresas não devem substituir as investigações criminais oficiais por parte do Estado, tampouco eximir as autoridades públicas de suas funções investigatórias, devendo ser entendidas como complemento a auxiliar as investigações criminais oficiais, quando realizadas em consonância com os parâmetros traçados pela Constituição Federal e legislação pertinente.[124]

Ainda que de forma mais ou menos intensa, as investigações internas reproduzem uma certa privatização do processo penal, obrigando, assim, a que se busquem os limites e contrapesos necessários à manutenção do equilíbrio em todo ambiente da persecução penal, sempre evitando o que seria uma "redução intolerável das garantias do processo penal".[125] Ainda que o marco jurídico da investigação interna seja diverso, fundado sobretudo no direito do trabalho, o direito processual penal deve ser observado como sua referência.[126]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no desenvolvimento do artigo, estamos a observar uma tendência de privatização de funções eminentemente estatais. Todavia, concluímos que esse processo precisa ser mais bem guiado, com incentivos para que as empresas possam se autorregular em relação às investigações internas, em consonância com os valores e garantias próprios de um Estado Democrático de Direito, a fim de que seja reconhecidamente válida a colaboração particular-Estado no âmbito da persecução penal.

Procuramos deixar claro que o cumprimento normativo a que se propõem os programas de *compliance* deve também alcançar a prevenção de eventuais violações e delitos que possam ser cometidos durante a atividade de cumprimento penal, buscando-se sempre o equilíbrio entre a eficácia dos *compliance programs* e o respeito aos direitos fundamentais, não podendo de forma alguma negligenciar as garantias fundamentais do investigado, notadamente o *nemo tenetur se detegere* e a presunção inocência.

Em que pese ser uma questão controversa, tivemos por objetivo demonstrar que, embora possua várias peculiaridades, uma investigação levada a cabo no interior da empresa não se restringe a uma relação de natureza privada. Dessa forma, deve-se guardar, na maior medida possível, similaridades com a investigação pública, respeitando de forma inequívoca os direitos e garantias do investigado. Somente assim, sendo assegurado uma espécie de devido processo legal na investigação interna da pessoa jurídica, é que poderemos considerar a possibilidade de compartilhamento de elementos colhidos nessa fase com as autoridades públicas, de modo a formar um juízo de probabilidade idôneo apto a sustentar a *opinio delicti* do órgão acusador.

Se há, tanto um incentivo governamental quanto uma assunção de responsabilidade por parte da pessoa jurídica em relação à investigação de condutas perpetradas em seu interior, o Estado

[122] Ibid., p. 298.
[123] Ibid., p. 324.
[124] NEIRA PENA, *La instrucción...* op. cit., 347.
[125] NIETO MARTÍN, *Investigações...* op. cit., p. 333-334.
[126] Ibid., p. 297.

deve fiscalizar de maneira efetiva em quais condições ocorre tal investigação, a fim de assegurar que todas as garantias constitucionalmente conferidas ao investigado estão de fato sendo observadas. Independente do caminho a ser seguido por Estado e empresas, o soterramento de importantes garantias penais e processuais penais no âmbito dos programas de *compliance* não deve ser uma opção.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Ano 28, n. 1, janeiro-abril 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

BELTRAME, Priscila Akemi. Investigações internas. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

BOTTINI, Cruz Pierpaolo. A lei anticorrupção como lei penal encoberta. Consultor Jurídico, julho/2014. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>. Acesso em: 17 Jan. 2020.

CARDOSO NETO, Lauro Pinto; CORDEIRO, Nefi; PAES, José Eduardo Sabo. Criminal compliance antilavagem: prevenção penal por agentes privados e o direito ao silêncio. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, maio/ago 2019.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. A Aplicação do in dubio pro societate nos feitos cíveis e criminais e o (des)prestígio à presunção de inocência. *Boletim IBCCRIM*, Ano 27, nº 322, setembro/2019.

DÖLLING, Dieter. Direito penal, Estado e sociedade: sobre a privatização das missões da persecução penal. In: OLIVEIRA, William Terra de ... [et al.]. *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. Pessoas Coletivas e os Programas de Compliance: A problemática da Prova Compartilhada com o Processo de Pretensão Democrática. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 4, n. 3, set/dez. 2018. p. 1280.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

___. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 122, ago/2016.

GLOECKNER, Ricardo J.; da silva, DAVID L. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do 'nemo tenetur se detegere'. Direito UnB – *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 1, 1 jan. 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6a. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES Jr. Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda o impacto do juiz das garantias no processo penal. Consultor Jurídico, dezembro, 2019. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal#author>. Acesso em 20 Jan. 2020.

MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alncance de las investigaciones internas de la empresa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL*. Valparaíso, Chile, 2013.

MORENO, Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). *Manual de cumprimento*

normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
NEIRA PENA, Ana María. La autorregulación y las investigaciones internas corporativas como forma de privtización del proceso penal: el peligro para los derechos de los trabajadores. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luiza Barbosa de. (Orgs.) *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira.* São Paulo: LiberArs, 2015.
___. *La instrucción de los processos penales frente a las personas jurídicas*. Valência, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2017.
NIETO MARTÍN, Adán. A prevenção da corrupção. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas.* 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
___. Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
___. Investigações internas. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas.* 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
___. O cumprimento normativo. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas.* 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
___. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del derecho penal.* Madrid: Marcial Pons, 2013.
PAIS, Ana. Os programas de *compliance* e o risco de privatização do processo penal. Em especial, a problemática da 'prova emprestada' e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. V. II, 2017.PINTO, Nathália Regina. A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.
SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
___. Cumprimento normativo, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
___. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
___. Novos modelos de responsabilidade empresarial: A agenda do direito penal corporativo. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (organizadores). *Tendências em governança corporativa e compliance.* São Paulo: LiberArs, 2016.
SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
SANGUINÉ, Lívia de Maman. O Direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: nemo tenetur se detegere. *Boletim IBCCRIM*, Ano 18, nº 221, abril/2011.
SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. Tese de Doutorado –

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra de ... [et al.]. *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.
SPINELLI, Mário Vinícius Classen. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: GOMES, Rafael Mendes; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coordenadores). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas.* 2a. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

Recebido em: 09.10.2020
Aprovado em: 12.11.2020