

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 28 • N.º 1 • janeiro-abril 2018 • DIRETOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS
Periodicidade quadrimestral • Preço desta edição: Euros 20,00 (IVA incluído)

30 ANOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

SEPARATA

PRIVATIZAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES E COMPLIANCE CRIMINAL

Maria João Antunes

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Os programas de *compliance*, enquanto programas vocacionados para prevenir e reprimir práticas contrárias às normas *na* empresa, *contra* a empresa ou *através da* empresa, também têm em vista a prevenção e a repressão de comportamentos criminosos.

Além de se repercutirem no âmbito do direito penal, nomeadamente na responsabilidade penal das pessoas coletivas, os programas de *compliance* projetam-se no processo penal, em nome da realização da justiça e da descoberta da verdade. Por via dos programas de cumprimento normativo no âmbito empresarial, as pessoas coletivas juntam-se à administração estadual da justiça penal na descoberta e na investigação reconhecidamente difícil da criminalidade económico-financeira.

Poder-se-á mesmo dizer que as pessoas coletivas se aliam à administração estadual da justiça penal, já que não são negligenciáveis os benefícios decorrentes de tal aliança. Se, por um lado, pode estar em causa a isenção ou a atenuação da responsabilidade

de penal das pessoas coletivas, como já sucede, por exemplo, no direito espanhol, bem como no italiano e brasileiro ao nível da responsabilidade administrativa destas entidades⁽¹⁾; por outro, a existência de um programa de *compliance* pode mesmo levar à não promoção processual, o que sucede em países como, por exemplo, a França e os Estados Unidos, onde vigora o princípio da oportunidade quanto à promoção processual penal, bem como em países onde vigore um tal princípio no âmbito do direito processual não penal, seja ele de natureza administrativa ou contraordenacional⁽²⁾. Além do mais, a existência de um programa de *compliance* pode evitar a aplicação ou a execução de medidas processuais de natureza cautelar (medidas de coação), tal como se prevê, expressamente, no direito italiano⁽³⁾.

Ainda que não existam propriamente estudos empíricos que o confirmem, conclui-se que os incentivos de natureza adjetiva aca-

⁽¹⁾ Cf., respetivamente, artigo 31.º bis, n.ºs 2 e 4, do Código Penal espanhol, artigos 12.º, n.º 2, alínea b), e 17.º, alínea b), do *Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, diploma que disciplina a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas, das sociedades e das associações sem personalidade jurídica, e artigos 7.º, inciso VII, da Lei n.º 12.846/2013, de 1 de agosto, diploma sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e outras providências, e 5.º, § 4.º, do Decreto 8.420/2015, de 18 de março, que regulamenta esta Lei.

⁽²⁾ Para uma síntese sobre os reflexos substantivos e adjetivos dos programas de *compliance* nos Estados Unidos, cf. FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, *Proceso Penal y Persona Jurídica*, Marcial Pons, 2012, p. 25 e s. E, ainda, ADÁN NIETO MARTÍN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, in *Compliance y Teoría del derecho penal*, Marcial Pons, 2013, p. 48 e ss.

⁽³⁾ Cf. artigo 49.º do *Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, que consagra a possibilidade de suspensão das medidas cautelares. Sobre esta repercussão dos programas de *compliance*, SERGIO SEMINARA, “*Compliance y Derecho Penal: la experiencia italiana*”, in *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Editorial B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2014, p. 140, e ADÁN NIETO MARTÍN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, p. 48.

bam por ser mais eficazes do que os de natureza substantiva⁽⁴⁾. Do ponto de vista dos negócios, para a empresa é vantajoso não se ver sequer envolvida num processo criminal. O que nos remete para as vantagens da consagração do princípio da oportunidade no âmbito do processo penal em que seja arguida uma pessoa coletiva e, genericamente, para a questão das diferenciações ao nível da tramitação processual consoante o arguido seja pessoa singular ou coletiva⁽⁵⁾.

De um outro ângulo, poder-se-á assinalar também que a existência de um programa de cumprimento normativo poderá mesmo evitar que as instâncias formais de controlo venham a ter conhecimento da prática do crime. Por exemplo, em caso de continuação criminosa, a denúncia interna e a investigação subsequente na empresa e pela empresa poderão interromper tal prática e não chegar a notícia de qualquer crime àquelas instâncias; na hipótese de o crime ainda não ter ultrapassado o estágio da tentativa, a denúncia e a investigação internas poderão evitar a consumação da infração. Não obstante dever prever mecanismos internos de denúncia, a empresa não passa a ter o dever de denunciar os crimes de que toma conhecimento.

2. A privatização da investigação criminal no âmbito dos programas de *compliance*, no sentido específico da colaboração empresarial na investigação da existência de um crime, na determinação dos seus agentes e da responsabilidade deles e na descoberta e recolha das provas, ocorre por via da realização de investigações

(4) Assim, ADÁN NIETO MARTÍN, “Investigaciones internas, *whistle-blowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *La Ley*, 3283/2013, p. 2.

(5) Em Portugal, ao alargamento da responsabilidade penal das pessoas coletivas não têm correspondido alterações ao nível do processo penal, diferentemente do que tem sucedido em outros países, nomeadamente em Espanha e em França. E em Itália e no Brasil, no âmbito da responsabilidade administrativa destas entidades.

internas por parte da empresa, que poderão ter origem em canais de denúncia que a própria empresa promove e institucionaliza. Analisados os riscos em que a pessoa jurídica incorre quanto à prática de crimes e elaborado que seja um código normativo interno, há que prever sanções em caso de incumprimento normativo, bem como criar mecanismos de denúncia que darão origem a investigações na própria empresa ⁽⁶⁾.

Os canais de denúncia de crimes relevam de uma nova lógica em que a lealdade empresarial através do silêncio e da ocultação dos podres da empresa é substituída pela lealdade através da delação, numa lógica que substitui a delação na comunicação social ou junto das autoridades pela delação corporativa, trilhando o caminho de uma cultura de luta contra a criminalidade empresarial. Tais canais inscrevem-se, mais genericamente, numa das mais importantes estratégias da política criminal atual contra a criminalidade empresarial: fomentar as denúncias por parte dos particulares ⁽⁷⁾.

Em países, como por exemplo, os Estados Unidos, a circunstância de o programa de *compliance* prever um canal de denúncias é valorada expressamente para o efeito de atenuar a responsabilidade criminal da pessoa coletiva ou de suspender a execução da pena. Na Itália, a lei prevê que a sanção pecuniária aplicada à pessoa coletiva seja atenuada se tiver sido adotado e tornado efetivo

⁽⁶⁾ Sobre isto, JUAN ANTONIO LASCURAÍN, “Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2015, p. 104 e ss.

⁽⁷⁾ Sobre isto, RAMON RAGUÉS I VALLÉS, “El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: *whistle-blowing* interno v. *whistleblowing* externo”, in *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Editorial B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2014, p. 458 e ss., e ADÁN NIETO MARTÍN, “Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación...”, p. 3 e s. Sobre o fenómeno do incentivo à denúncia no direito interno, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2018, p. 72.

um modelo organizativo idóneo a prevenir a prática das infrações ocorridas, constituindo os procedimentos de denúncia um critério para aferir de tal idoneidade⁽⁸⁾. No Brasil, prevê-se que seja levada em consideração na aplicação das sanções administrativas à pessoa jurídica a existência de mecanismos e procedimentos internos de incentivo à denúncia de irregularidades⁽⁹⁾.

Com efeito, às investigações internas que têm lugar no âmbito dos programas de *compliance* podemos associar o efeito de privatização do processo penal. Através de determinados mecanismos (isenção ou atenuação da responsabilidade criminal da pessoa coletiva ou não promoção processual), o Estado premeia as empresas que colaborem no processo penal no esclarecimento da prática de um crime que lhe seja imputado ou imputado a si e a pessoa singular⁽¹⁰⁾.

Mais especificamente, poder-se-á mesmo dizer que o Estado premeia a pessoa coletiva que contribuir para o esclarecimento do crime imputado ou imputável à pessoa singular. Corre-se mesmo o risco de poder afirmar que um dos objetivos principais da responsabilização penal das pessoas coletivas é fomentar a cooperação entre a empresa e o processo penal. E não restam dúvidas que, dentro desta estratégia político-criminal, as investigações internas constituem um mecanismo fundamental de cooperação. A pessoa coletiva é responsabilizável criminalmente, mas o Estado abre mão de tal responsabilização ou de uma responsabilização total a troco da colaboração da empresa no esclarecimento das respon-

⁽⁸⁾ Cf. artigo 12.º, n.º 2, alínea b), do *Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231*.

⁽⁹⁾ Cf. o artigo 7.º, inciso VII, da Lei n.º 12.846/2013, de 1 de agosto. Sobre esta previsão, RENATO SILVEIRA/EDUARDO SAAD-DINIZ, *Compliance Direito Penal e a Lei Anticorrupção*, Editora Saraiva, 2015, pp. 189 e s. e 348 e s. E, ainda, artigos 41.º e 42.º do Decreto 8.420/2015, de 18 de março, muito especialmente o inciso X do artigo 42.º

⁽¹⁰⁾ ADÁN NIETO MARTÍN, “Investigaciones internas”, in *Manual de cumplimiento en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 231 e ss. e 260 e ss.

sabilidades individuais. Com vantagens evidentes para os órgãos estaduais de perseguição criminal, se pensarmos na redução dos custos particularmente elevados das investigações no âmbito empresarial e no acesso a meios de prova que a empresa obtém mais facilmente. É com propriedade que se assinala um processo penal a três mãos ⁽¹¹⁾ – pessoa coletiva e órgão estadual de perseguição criminal, de um lado, e pessoa singular, de outro – um processo penal que, de um ponto de vista material, tem “início” nas investigações internas levadas a cabo pela empresa e na empresa.

Investigando internamente factos que poderão dar origem à sua responsabilidade criminal, esclarecendo factos com o objetivo de se defender e de encontrar o responsável individual, a pessoa coletiva traçará eficazmente a sua estratégia de defesa penal, sem perder de vista as vantagens que lhe são oferecidas em termos de punição ou até de não promoção processual e de sujeição a medidas processuais de natureza cautelar, se oferecer prova no processo penal em que possa vir a ser envolvida. Ou, mais amplamente, se já tiver um programa de *compliance* eficaz, com canal de denúncias e procedimento de investigações internas institucionalizados, podendo até bastar que se comprometa a pôr em execução um tal programa de cumprimento normativo.

3. Esta privatização das investigações de natureza processual penal que certamente reduzirá os custos da investigação e aumentará a eficácia da perseguição penal no âmbito da criminalidade económico-financeira implica, porém, um grande risco para direitos fundamentais das pessoas singulares e especificamente para o seu direito de defesa quando também esteja em causa a sua responsabilização penal.

⁽¹¹⁾ Cf. ADÁN NIETO MARTÍN, “Investigaciones internas”, p. 258, e “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, p. 46 e ss. No mesmo sentido, FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, *Proceso Penal y Persona Jurídica*, Marcial Pons, 2012, p. 26 e s.

As provas obtidas no âmbito das investigações internas que serão depois oferecidas ao processo penal sê-lo-ão à margem dos princípios gerais do processo penal, sê-lo-ão sob o domínio do poder de direção do empregador, no enquadramento dos princípios e regras do direito do trabalho e do direito comercial. Ocorre aqui um fenómeno de interseção entre o direito privado e o direito público⁽¹²⁾.

A tensão incontornável entre a realização da justiça e a descoberta da verdade material e a proteção dos direitos fundamentais coloca-nos a questão da valoração no processo penal de meios de prova obtidos no âmbito de uma investigação interna. A questão de saber se podemos tomar de empréstimo meios de prova como, por exemplo, os que constituem o produto de interrogatório feito pelo advogado da empresa a um seu trabalhador, o qual pode muito bem ocorrer debaixo da máxima *talk or walk*; ou o produto de acesso a documentos guardados no computador do trabalhador ou de interceção do seu correio eletrónico, sem que o trabalhador tenha sido sequer advertido previamente de que não deveria ter qualquer expectativa quanto à privacidade do seu uso. Ou mesmo que lhe tenha sido feita tal advertência.

A única resposta que pode ser contraposta a quem, pura e simplesmente, recuse a valoração dos meios de prova produzidos no contexto das investigações internas, é a de que a cooperação privada na investigação criminal deve rodear-se de uma série de garantias que compensem os riscos que tais investigações geram. Por um

(12) Sobre isto, ADÁN NIETO MARTÍN, “Investigaciones internas, *whistle-blowing* y cooperación...”, p. 7 e ss., e JUAN PABLO MONTIEL, “Sentido e alcance de las investigaciones internas en la empresa”, in *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Editorial B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2014, p. 511 e ss. Entre nós, ANA PAIS, “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*”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 671 e ss.

lado, as investigações internas deverão obedecer às garantias básicas e irrenunciáveis do processo penal, o que mostra o quanto é relevante elaborar um *código* que regulamente as *investigações internas*; por outro, o direito processual penal só deverá valorar os meios de prova obtidos com respeito pelos direitos fundamentais⁽¹³⁾.

Se é verdade que as investigações levadas a cabo na empresa pela empresa podem representar um grande risco para os direitos fundamentais das pessoas singulares, não é menos certo que, apesar de levadas a cabo com a intenção de preparar uma estratégia empresarial de defesa, tais investigações podem virar-se contra a pessoa coletiva à qual é imputada a prática de um crime. E por isso se adverte que, na relação processual entre os órgãos de perseguição criminal e a pessoa coletiva, há que preservar os meios de prova obtidos pela empresa nas investigações internas, com a finalidade de se defender da imputação da prática de um crime. A administração estadual da justiça penal não deverá usar tais meios de prova, contra a vontade de quem os produziu tendo em vista o exercício do direito de defesa no processo penal.

Note-se, ainda, agora já no plano da relação processual pessoa coletiva pessoa singular, que a apresentação de meios de prova obtidos em investigações internas pode ter o sentido de os contrapor, enquanto meios de defesa da empresa, à defesa da pessoa singular. E não apenas o sentido de contrapor tais meios de prova à acusação do Ministério Público, o que evidencia que o processo penal é também palco de conflitos entre direitos. No caso, entre o direito de defesa da pessoa coletiva e o direito de defesa da pessoa individual, sem que isto deva significar que as garantias de defesa que o processo penal deve assegurar são as mesmas e têm igual conteú-

(13) Neste sentido ADÁN NIETO MARTÍN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, p. 48.

do independentemente da natureza da pessoa⁽¹⁴⁾. O artigo 12.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa dispõe que *as pessoas coletivas gozam dos direitos compatíveis com a sua natureza*⁽¹⁵⁾.

As investigações internas levadas a cabo no âmbito dos programas de *compliance* encerram, de facto, alguns perigos, na medida em que podem constituir-se como uma *antecâmara do processo penal* estadual, privatizando-o⁽¹⁶⁾.

(14) Sobre isto, cf. ANA PAIS, *ob. cit.*, p. 677 e ss.

(15) Sobre isto, com referências jurisprudenciais, MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, p. 19.

(16) Assim, ADÁN NIETO MARTÍN, “Investigaciones internas”, p. 234.

