



Faculdade de Direito

Universidade Nova de Lisboa

Ana Carolina Inverno Branco

As investigações internas no âmbito do *criminal compliance*:

Legitimidade e alcance

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito, na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem

Orientador:

Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Lisboa

Setembro de 2020



Faculdade de Direito

Universidade Nova de Lisboa

Ana Carolina Inverno Branco

As investigações internas no âmbito do *criminal compliance*:

Legitimidade e alcance

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito, na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem

Orientador:

Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Lisboa

Setembro de 2020

DECLARAÇÃO ANTI PLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas.

Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, setembro de 2020

Ana Carolina Inverno Branco

DECLARAÇÃO DO NÚMERO DE CARACTERES

Declaro que o corpo da dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, desde a introdução até à conclusão, ocupa um total de 197 295 (cento e noventa e sete mil, duzentos e noventa e cinco) caracteres.

Lisboa, setembro de 2020

Ana Carolina Inverno Branco

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais um agradecimento especial, pelo apoio incondicional, por serem modelos de determinação e por me terem ensinado a nunca desistir.

À minha família e amigos, por me terem acompanhado ao longo deste caminho, nunca permitindo que o ânimo se esmorecesse. E ao Tomás, pela infindável paciência.

Ao Professor Doutor Frederico Costa Pinto um agradecimento pela atenção e disponibilidade demonstrada na orientação desta Dissertação, mas também por todo o saber que transmitiu ao longo da Licenciatura e do Mestrado.

Um agradecimento, também, à Universidade Nova, por toda a formação e oportunidades que me proporcionou.

LISTA DE ABREVIATURAS

BdP – Banco de Portugal

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CdVM – Código de Valores Mobiliários

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

CO – *Compliance Officer*

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DCIAP - Departamento Central de Investigação e Ação Penal da Procuradoria-Geral da República

DPA – *Deferred Prosecution Agreements*

EBA – *European Banking Authority*

ESMA – *European Securities and Markets Authority*

EUA – Estados Unidos da América

MP – Ministério Público

NPA – *Non Prosecution Agreements*

RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

RGCO – Regime Geral das Contraordenações

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UIF - Unidade de Informação Financeira

RESUMO

O desenvolvimento do *criminal compliance* resultou de uma convergência de fatores: o crescimento exponencial da criminalidade económico-financeira, a evidente incapacidade do Estado para investigar este tipo de crimes e, ainda, a consagração da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Paralelamente ao programas de *compliance*, também as investigações internas conduzidas pela própria empresa, ganharam importância, tendo por objetivo averiguar alegadas infrações penais que ocorram dentro, a favor ou por meio da empresa.

A articulação das investigações internas com o processo penal, apesar de necessária, suscita questões diversas, cujas particularidades importa analisar.

Nesta lógica, o presente estudo pretende, em primeiro lugar, delimitar os poderes das pessoas jurídicas no âmbito de tais investigações, as quais, embora decorram ao abrigo do Direito Privado, têm por objeto factos com relevância para o Direito Penal, definindo, em concreto, quais os direitos e garantias disponíveis aos trabalhadores, com especial foco no *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Em segundo lugar, procurar-se-á definir em que termos podem ser valorados, no âmbito do processo penal, os elementos obtidos pela pessoa jurídica numa investigação interna e entregues voluntariamente às autoridades públicas.

Com particular pertinência, questionar-se-á se estamos perante uma privatização da investigação criminal, na qual é a própria pessoa jurídica que garante a existência dos elementos de prova necessários para as autoridades públicas, em troca de eventuais vantagens processuais.

PALAVRAS-CHAVE: *criminal compliance*; investigações internas; direitos dos trabalhadores; garantias processuais; limites da prova.

ABSTRACT

The development of criminal compliance is the result of a convergence of factors: the exponential growth of economic and financial criminality, the obvious inability of the State to investigate this type of crimes, and the creation of the criminal liability of legal persons.

Alongside compliance programs, internal corporate investigations conducted by the company itself have also gained in importance, aiming to investigate alleged criminal offences that occur within, in the name or through the company.

The articulation between internal investigations and criminal proceedings, although necessary, raises several questions, the particularities of which must be analyzed.

In this logic, the present study aims to, first, define the powers of legal persons within the scope of such investigations, which are carried out under private law, but concern to facts relevant to criminal law. Furthermore, we will try to establish the rights and guarantees available to workers in these investigations, with special focus on the *nemo tenetur se ipsum accusare* principle.

In a second moment, the present study will evaluate in what terms the elements obtained in internal corporate investigation and voluntarily handed over to the public authorities, may be valued in criminal proceedings.

Moreover, it will be questioned if we are facing a privatization of the criminal investigation, in which it is the legal person itself who obtains the necessary evidence for the public authorities, in exchanges for possible procedural advantages.

KEYWORDS: *criminal compliance*; internal investigations; employees' rights; procedural guarantees; limits of evidence.

INTRODUÇÃO

Compliance significa *cumprimento*, tem origem no verbo *to comply* e surge frequentemente associado à necessidade de controlo da atividade económica, cada vez mais evidente nas sociedades contemporâneas, numa lógica de identificação dos riscos e criação de mecanismos de controlo para detetar incumprimentos e sancioná-los, os designados programas *compliance*.

O desenvolvimento da criminalidade económico-financeira evidenciou a incapacidade das instâncias públicas na sua repressão, obrigando a intervenção penal a deslocar o seu foco para a *prevenção* da lesão dos bens jurídicos. Neste cenário, os programas de *criminal compliance* surgem como meio adequado a erradicar a prática de ilícitos em nome, a favor ou por meio das pessoas jurídicas, antes dos mesmos ocorrerem.

Associados ao desenvolvimento de programas de *criminal compliance* encontramos, assim, interesses públicos, de controlo da atividade económica e realização da justiça, bem como interesses privados, de mitigação do risco de incumprimento e de aplicação de eventuais sanções. Perante esta convergência de interesses, atribuiu-se uma crescente relevância ao *compliance*, inclusivamente no âmbito penal, enquanto fator de exclusão ou atenuação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o que se verificou com especial incidência nos sistemas de *common law*. No entanto, esta tendência não tardou a chegar aos ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica, com destaque para o caso espanhol e italiano.

Face ao panorama internacional, cumpre enquadrar os programas de *compliance* no ordenamento jurídico português, onde a sua existência ainda é tímida, surgindo apenas nos setores de atividade regulada, nos quais a sua instituição é difícil e tardia.

Distante, independentemente da criação de programa de *criminal compliance* estruturados e efetivos, há sempre o risco residual de ser cometido um facto ilícito no seio da empresa. Desta forma, os programas devem prever e regular as investigações internas, isto é, averiguações a desenvolver dentro da empresa perante eventuais ilícitos, com o objetivo de determinar o que aconteceu, os seus responsáveis e, conseqüentemente, sancioná-los. Concomitantemente, a pessoa jurídica obtém elementos que comprovem a sua conformidade com o direito vigente, o que terá reflexos na exclusão ou atenuação da sua responsabilidade penal.

As investigações internas, ao serem reguladas pelo Direito Privado, são de difícil articulação com o processo penal, desde logo, porque a relação laboral é intrinsecamente desequilibrada, o empregador, entidade que investiga, exerce poderes de supervisão, de direção e poderes sancionatórios sob os trabalhadores.

Este desequilíbrio pode traduzir-se em abusos durante o processo de investigação, a título de exemplos, podem ser realizadas entrevistas aos trabalhadores sob a máxima *talk or walk*; podem aceder a documentos guardados no computador do trabalhador ou interceptar o seu correio eletrónico sem qualquer advertência prévia e respeito pela sua esfera da vida privada.

Face ao exposto são evidentes as tensões entre as investigações internas e os direitos dos trabalhadores, uma vez que as investigações são conduzidas, em princípio, à margem das mais elementares garantias de defesa que caracterizam o processo penal e a investigação criminal, com especial destaque para o princípio da não autoincriminação.

Esta dificuldade de articulação torna-se ainda mais premente ao considerarmos que o objetivo último da pessoa jurídica é a obtenção de vantagens próprias no âmbito de um eventual processo penal contra si. Tal significa que, em nome da cooperação com as autoridades públicas, a pessoa jurídica tem interesse em entregar os elementos obtidos durante a investigação dos quais resulte a exclusão da ilicitude da sua atuação ou a exclusão da sua culpa, mesmo que impliquem a incriminação direta dos trabalhadores.

Não obstante a entrega dos elementos recolhidos, a respetiva utilização em processo penal não é livre, nem pode ser feita acriticamente, vigorando limites inerentes às exigências da lei processual penal.

Assim, começaremos por aprofundar as tensões que surgem do confronto com os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, propondo-se de seguida um conjunto de limites à atuação da pessoa jurídica, de modo a legitimar as investigações internas e os elementos obtidos no seu decurso. Por fim, concluir-se-á pela admissibilidade (ou não) da transferência e valoração dos elementos obtidos no processo penal.

CAPÍTULO I – AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS NO ÂMBITO DO *CRIMINAL COMPLIANCE*

1. Programas de *compliance*: a *autorregulação regulada*

A. Origem e algumas características

A organização das empresas que atuam nos setores regulados caracteriza-se pelo desenvolvimento de sistemas de *compliance* ou programas de cumprimento enquanto modelos de organização e gestão empresarial.

No essencial, estes programas consistem na definição de um conjunto de normas e procedimentos internos que visam garantir que a atividade da empresa decorre em conformidade com a legislação aplicável, com as diretrizes internas instituídas – nomeadamente, códigos éticos e de conduta –, e com todos os deveres, que, independentemente da sua natureza, vinculam a entidade.

Assiste-se, por conseguinte, à delegação nas empresas das funções de gestão e controlo dos riscos, mais concretamente, à delegação da prevenção de ilícitos, função própria do Estado, numa lógica de *autorregulação*.¹

Contudo, a *autorregulação* pura não é suficiente (ou eficiente). Por um lado, as empresas têm outros interesses económicos que facilmente se sobrepõem à necessidade de incorporação e respeito pelas normas de prevenção e controlo. Por outro lado, o Estado mantém o seu poder regulatório e sancionatório. Assim, devemos antes falar em *autorregulação regulada*, que se define pela “subordinação da *autorregulação* da entidade privada aos fins e interesses estaduais”.²

Nestes termos, o Estado e as entidades públicas mantêm os seus poderes de regulação, supervisão e sanção, mas as empresas colaboram no processo regulatório – o que lhes é, como veremos, vantajoso. Além do mais, as empresas detêm uma quase total liberdade nessa tarefa, sendo cada entidade livre de dispor e disciplinar o sistema de cumprimento nos termos que considere mais adequados.

¹ RODRIGO SÁNCHEZ RIOS e CAIO ANTONIETTO, “Criminal Compliance. Prevenção e Minimização de Riscos na Gestão da Atividade Empresarial”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 23, Vol. 114, maio/jun. 2015, p. 350.

² ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Económico – Uma Política Criminal na Era Compliance*, Almedina, 2019, p. 48.

Podemos, então, afirmar que o *compliance* constitui um instrumento de supervisão empresarial.³ Na verdade, aos dias de hoje, uma parte imprescindível da gestão e organização eficaz das empresas passa pela existência de mecanismos de prevenção, controlo e mitigação do risco de incumprimento, o que inclui normas legais, de natureza interna e estatutária, ao ponto de surgirem verdadeiros sistemas que operam na ordem interna da entidade a que respeitam.

Subsiste, porém, a pergunta: como chegámos a este ponto?

Os sistemas de *compliance* surgem devido à incapacidade do Estado de supervisionar e controlar a atividade empresarial, incapacidade essa que pode ser atribuída a diversos fatores, desde logo, à globalização e ao incessante desenvolvimento tecnológico, que deram origem a empresas transnacionais, com estruturas cada vez mais complexas e menos transparentes.

Com efeito, foi nos anos 80 que JOHN BRAITHWAITE desenvolveu o conceito de *enforced-self-regulation*. Perante a incapacidade de as agências estaduais fiscalizarem diretamente a atividade das empresas, BRAITHWAITE defendeu que a forma de combater a criminalidade empresarial passa pela mobilização da sociedade civil para tal tarefa.⁴

Depois, os programas de cumprimento surgiram como reação aos grandes escândalos económicos - *Parmalat, Enron, World-Com, Siemens* - que nem os Estados nem as entidades de supervisão conseguiram evitar.

Não obstante, autores como ADAN NIETO MARTÍN vão mais longe, considerando que a génese dos programas de *compliance* está na transformação do modelo capitalista para um modelo económico em que a regulação e supervisão do mercado está entregue a entidades reguladores e em que os programas de cumprimento surgem como forma de controlo das empresas. Denominam tal modelo de *regulatory capitalism*.⁵

³ THOMAS ROTSCH, “Criminal Compliance”, *InDret*, 1/2012, p. 2

⁴ ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA, “Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais”, *RPCC*, Ano 25 n.º 14, jan.-dez. 2015, pp. 125-126.

⁵ Cfr. ADÁN NIETO MARTÍN, “Introducción”, *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant Lo Blanch, 2013; entre nós, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Almedina, 2019, p. 125. Contra, RODRIGO SÁNCHEZ RIOS e CAIO ANTONIETTO, “Criminal Compliance. *op. cit.*, p. 344, que adotam uma perspetiva mais pragmática, considerando que as exigências de intervenção e regulação decorreram de situações concretas, nomeadamente os já referidos escândalos financeiros.

Não se pode deixar de concordar. Vivemos um período em que a intervenção do Estado na sociedade e na economia se está a alterar e a adaptar a novas realidades, reflexo perfeito de tal ideia são os setores bancário e financeiro, provavelmente os setores mais regulamentados, onde surgem constantemente novas normas legais e regulamentares, mais complexas e exigentes, provenientes de fontes supranacionais e que levantam a questão: como pode o Estado, efetivamente, garantir o seu cumprimento?

A típica forma de reação do Estado para compelir ao cumprimento das regras, o sancionamento do incumprimento, revela-se nestes setores claramente ineficaz.⁶ Por um lado, a sanção não obsta à ocorrência da infração, por outro aquela surge, regra geral, demasiado tarde, fundamentando a ideia que o sistema de justiça e o sistema económico são antagónicos, funcionam a velocidades diferentes e segundo regras opostas.

Perante este cenário, foi inevitável procurar outras soluções que fomentassem o cumprimento por parte dos destinatários das normas e os programas de *compliance* surgiram como mecanismos preferenciais para atingir tal fim, nomeadamente, por serem potencialmente aplicáveis a todas as áreas do Direito.

O presente estudo pretende focar exclusivamente o *criminal compliance*, âmbito em que os programas de *compliance* surgem como mecanismos de prevenção de infrações com relevância penal, cujo objetivo é evitar que as pessoas singulares cometam delitos em nome, a favor ou por meio da empresa⁷, através da implementação de um sistema interno de prevenção penal.

⁶ Segundo JOÃO LABAREDA, “O instrumento tradicional típico usado para garantir a coercibilidade é o sancionamento repressivo, nas diversas modalidades que reveste, designadamente de natureza punitiva e compulsória. Ainda assim, revela-se bastas vezes insuficiente e ineficaz”, in *Contributo para o Estudo do Sistema de Controlo e da Função de Cumprimento (“Compliance”)*, Instituto dos Valores Mobiliários, 2014, p. 5.

⁷ JUAN ANTONIO LASCURAÍN, “Los Programas de Cumplimiento como Programas de Prudencia Penal”, *RPCC* 25, 2015, p. 105 (“la empresa cumple si consigue que sus miembros cumplan las normas básicas (penales) que condicionan su conducta”). Fornecendo um conceito de programas de prevenção de riscos penais, ÓSCAR SERRANO ZARAGOZA afirma que estes são “un conjunto de medidas de carácter preventivo y reactivo que la persona jurídica adopta, implementa y desarrolla con la finalidad de conseguir configurar su estructura organizativa con un nivel de transparencia tal que dificulte extraordinariamente tanto la consumación de un delito em su beneficio por parte de alguna persona física vinculada a la misma (...)”, “Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, Junio 2016, p. 204. Entre nós, TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, Cultura Corporativa e Culpa Penal da Pessoa Jurídica”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2018, p. 61.

Estes sistemas foram especialmente impulsionados pela criação de normas penais de responsabilização da pessoa jurídica, tendo sido esta ameaça penal uma das razões que incentivou as empresas a tomarem medidas com vista ao controlo e deteção de ilícitos.⁸

Note-se que não estamos a falar de uma política geral de prevenção de crimes, mas antes de medidas *concretas e idóneas* a evitar que tais crimes ocorram. Desta forma, o primeiro passo na implementação de um sistema de *compliance* é uma prévia análise do risco, nomeadamente, a determinação dos crimes em especial suscetíveis de serem cometidos através da empresa ou dentro dela.

A título de exemplo, no setor da intermediação financeira o risco de ser praticado um crime de abuso de informação privilegiada (artigo 378.º CdVM) ou outros crimes contra o mercado é elevado, pelo que, além das medidas de *compliance* previstas no CdVM, seria de promover a utilização de softwares que restrinjam o acesso a informação ou sistemas de alertas, bem como a inclusão de cláusulas contratuais sobre o uso de informação privilegiada.

A fase de análise de risco é, evidentemente, imprescindível, devendo anteceder a criação do sistema de normas *per se*, porém, não existe nenhuma legislação que nos diga quais as fases de implementação, o conteúdo ou estrutura obrigatórios de um programa de *compliance*.

Tendencialmente, podem identificar-se dois grandes modelos de *compliance*, conforme a vertente que esteja mais acentuada: um modelo orientado para a criação de valores éticos e promoção de uma cultura de legalidade dentro da empresa; e um outro concebido enquanto modelo de autovigilância e controlo.

O mais comum nas empresas é combinar elementos dos dois modelos, instituindo-se um programa com uma *vertente de regulação e prevenção*, com o objetivo de diminuir os riscos de incumprimento, através, por exemplo, da criação de códigos de conduta e realização de auditorias internas e externas; e uma *vertente reativa*, de investigação e sancionamento.⁹

⁸ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, Cultura Corporativa e Culpa Penal da Pessoa Jurídica”, *op. cit.*, p. 73.

⁹ Já o modelo de elaboração de um programa de *compliance* delineado por Marc Engelhart tem três colunas: *formulação* (identificação e análise dos riscos, estruturação do programa, nomeadamente com a definição de medidas de prevenção e mecanismos de identificação de condutas desviantes – canais de denúncia); *implementação* (divulgação das medidas, ações de formação, promoção de uma cultura de cumprimento); e

Neste contexto surgem as investigações internas, cujo objetivo é expor, investigar e, quando necessário, sancionar as infrações detetadas. Com efeito, consideramos que um programa de *compliance* eficaz terá de ter ambas as vertentes, a preventiva e a reativa, caso contrário pode revelar-se inútil.

Aliás, um sistema efetivo de prevenção de crimes e outras infrações passa pela criação de um catálogo de infrações e sanções internas aplicáveis em face de violações das normas de *compliance*, demonstrando *tolerância zero* perante condutas ilícitas, independentemente dos benefícios que delas possam advir para a empresa.

Apesar das considerações tecidas relativamente ao modelo ideal, a análise da eficácia programa deve ser feita, necessariamente, de forma casuística, tendo em conta a natureza da empresa a que aquele se destina e o específico objetivo do programa.

Por exemplo, na ponderação do modelo de *compliance* a adotar e respetiva estrutura, deve ser tido em conta o mercado em que a empresa opera, mas também o seu tamanho e a complexidade da estrutura empresarial. Consequentemente, nas grandes multinacionais ou nacionais não só é manifesta a necessidade de institucionalizar órgãos de *compliance* independentes, como é, aliás, aconselhável a criação de um departamento de *compliance*, com um *chief compliance officer* e diversos trabalhadores encarregues de colocar em prática, monitorizar e atualizar o programa de *compliance*. Num polo oposto, nas pequenas e médias empresas, pode bastar instituir a função de *compliance officer*, a qual pode até resultar da cumulação de funções de membros da Administração - o que, como veremos, não é ideal.

Independentemente do tipo de empresa, é imprescindível a aplicação do programa de *compliance* a todas as atividades, económicas ou não, desenvolvidas por aquela e a todos os seus colaboradores¹⁰, o mesmo deverá ser, ainda, equacionado em relação a entidades ou pessoas terceiras que colaborem com a empresa, tal como empresas que sejam subcontratados.

consolidação e aperfeiçoamento (regulação de mecanismos de resposta perante práticas ilícitas – investigações internas -, previsão de sanções e de uma avaliação contínua ao programa, para atualização e garantia de efetividade) – cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Económico*, op. cit., pp. 58-59.

¹⁰ Segundo JOÃO LABAREDA uma das características de um sistema de controlo interno de risco é a universalidade (*Contributo para o Estudo do Sistema de Controlo e da Função de Cumprimento*, op. cit., 2014, pp. 45 e 49).

Mais, os cargos diretivos, *maxime* o órgão de administração, devem ser especialmente visados, uma vez que detêm o verdadeiro poder de decisão¹¹, ou seja, a par dos diferentes níveis de hierarquia deve existir diferentes graus de responsabilidade.

Por tudo o exposto, é possível identificar nove princípios gerais que são aplicáveis e que caracterizam os programas de *compliance*¹²: (i) *legalidade*, os programas estão sujeitos à lei; (ii) *liberdade*, devendo existir uma margem de autonomia das empresas na estruturação do programa; (iii) *proporcionalidade*¹³, que se traduz na adequação do programas aos riscos que procuram evitar; (iv) *universalidade* ou *transversalidade*, aplica-se a todas as atividades e colaboradores; (v) *cognoscibilidade* ou *transparência*, implica que os programas sejam suscetíveis de ser conhecidos e compreendidos; (vi) *continuidade*, na medida em que está em constante adaptação; (vii) *internalidade*, uma vez que é uma função da empresa; (viii) *independência*; e (ix) *sindicabilidade*, quer por terceiros, quer pela própria empresa.

Conclui-se, pois, que nunca o clamor pela adoção de estratégias de autorregulação foi tão grande como hoje. A criação de programas eficientes de *compliance* é uma realidade a que as empresas se têm que adaptar nas mais variadas áreas do Direito, incluindo no âmbito penal, no qual os programas de *compliance* de podem revelar especialmente vantajosos.

B. Objetivos, vantagens e desvantagens

Os programas de *compliance* visam, em primeira linha, promover uma cultura empresarial de ética e de cumprimento do Direito¹⁴; contudo, muitos consideram que o

¹¹ Aplicação de um princípio essencial do *compliance*, *tone from the top* ou *tone at the top*, segundo o qual cabe aos líderes e responsáveis pelo poder decisório dentro da empresa darem o exemplo e demonstrarem que atuam em conformidade com o sistema de cumprimento implementado. PILAR BALTAR FILLOL e JUAN CUENCA MÁRQUEZ (“Compliance laboral: problemática de la compatibilización de las medidas disciplinarias con la autorregulación de las empresas (“soft law”)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, abril 2018, p. 27) falam numa lógica de pirâmide, em que a cultura de cumprimento deve vir do topo para que um programa de *compliance* seja eficaz.

¹² JOÃO LABAREDA, *Contributo para o Estudo do Sistema de Controlo e da Função de Cumprimento*, *op. cit.*, 2014, pp. 57-71.

¹³ IGNACIO LLEDÓ BENITO, *Corporate Compliance: la prevención de Riesgos y Delitos en las organizaciones penalmente responsables*, Dykinson, S.L., 2018, pp. 51-55 (“debe imperar el principio de proporcionalidad, de modo que todo modelo de Compliance se adecúe al perfil de cada organización”).

¹⁴ THOMAS ROTSCH, “Criminal Compliance”, *op. cit.*, p. 5; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Económico*, *op. cit.*, p. 57; SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, *op. cit.*, p. 123.

seu objetivo final é o de evitar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas ou, no limite, dos altos cargos da empresa, numa lógica de transferência de responsabilidade.

Ou seja, podemos discutir se estes programas foram criados em benefício das pessoas coletivas (enquanto mecanismos de isenção da responsabilidade e escudo de proteção¹⁵) ou em benefício do sistema jurídico, para garantir o pontual cumprimento normativo.

Efetivamente, concebeu-se uma responsabilidade penal autónoma da pessoa jurídica, independente de qualquer juízo de reprovação das pessoas singulares, mais concretamente, derivada de um *defeito de organização*, que permitiria aos membros da empresa cometerem delitos em seu favor ou através da empresa.¹⁶

Neste cenário, em que a organização defeituosa justifica a responsabilidade penal direta da empresa, os programas de *compliance* surgem como forma de demonstrar que a entidade implementou medidas concretas para evitar o crime em causa, obstando à sua responsabilização. Todavia, este não é, nem deve ser, o núcleo dos programas de *compliance*, o que se torna difícil de defender quando olhamos para as experiências de outros ordenamentos jurídicos.

No ordenamento espanhol adotou-se o modelo de responsabilidade pelo defeito de organização, assumindo os programas de cumprimento um papel de destaque expressamente consagrado no Artigo 31 bis. do Código Penal Espanhol.¹⁷ Nos termos da

¹⁵ PAULO CÉSAR BUSATO, “O que não se diz sobre o *criminal compliance*”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2018, pp. 25-26 (“a substituição da heterorregulação pela autorregulação conduz a uma burla preliminar da responsabilidade penal e do controle judicial, assistindo-se a uma verdadeira “privatização do processo penal””).

¹⁶ Entre os autores que defendem o defeito de organização como fonte de responsabilidade das pessoas coletivas destacam-se Carlos Gómez-Jara Díez, Klaus Tiedemann e, entre nós, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Económico – Uma Política Criminal na Era Compliance*, Almedina, 2019, p. 65. Bastante crítica desta solução de responsabilidade penal pela “desorganização”, TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, Cultura Corporativa e Culpa Penal da Pessoa Jurídica”, *op. cit.*, pp. 74-76, defendendo, no limte, uma responsabilidade administrativa.

¹⁷ **Artículo 31 bis. do CP Espanhol:** “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. (...)”

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

norma legal, se a pessoa jurídica adotou um modelo de organização e gestão eficaz para a prevenção de delitos (ao que se acrescentam outras condições, como a existência de um órgão independente de vigilância que atue diligentemente), a sua responsabilidade é excluída ou atenuada.

Também em Itália a pessoa jurídica não é penalmente responsabilizada se provar que implementou um modelo de organização idóneo a prevenir ilícitos e que a pessoa singular atuou, não só em violação dos seus deveres, como também com a específica intenção fraudulenta de contornar o modelo instituído pela empresa.¹⁸

Ainda no âmbito europeu, podemos encontrar como causa da extinção do processo penal a promessa de instituir um programa de cumprimento, é o que acontece em França para determinadas infrações, com destaque para o crime de corrupção.¹⁹

No exemplo paradigmático dos EUA, ordenamento em que os mecanismos de oportunidade têm um papel de destaque, o *compliance* assume relevância jurídico-penal expressa nos *U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations*²⁰ e na *Sarbanes-*

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena (...)."

¹⁸ **Artigo 6 do Decreto Legislativo 8 giugno 2001**: "1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b). (...)".

¹⁹ **Artigo 41-1-2 do Código de Processo Penal**: "I. – Tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République peut proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits prévus aux articles 433-1,433-2,435-3,435-4,435-9,435-10,445-1,445-1-1,445-2 et 445-2-1, à l'avant-dernier alinéa de l'article 434-9 et au deuxième alinéa de l'article 434-9-1 du code pénal, pour les délits prévus aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts et leur blanchiment, ainsi que pour des infractions connexes, de conclure une convention judiciaire d'intérêt public imposant une ou plusieurs obligations suivantes : 1° Verser une amende d'intérêt public au Trésor public (...) 2° Se soumettre, pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures énumérées au II de l'article 131-39-2 du code pénal (...)".

²⁰ Disponível em www.ussc.gov/guidelines.

Oxley Act,²¹ aplicável ao setor financeiro, enquanto elemento atenuante na determinação da pena, não como causa de exclusão da responsabilidade.

Face ao *supra* exposto, percebe-se a razão para tantas vezes se levantarem no sentido de o *compliance* funcionar como arma a favor das empresas, com o objetivo de afastar a sua responsabilidade penal. Vejamos como se poderá ultrapassar esta ideia.

Primeiro, a implementação de um programa de *compliance* cria uma rede de deveres para todos os trabalhadores da empresa, em especial para os seus dirigentes, desenvolvendo-se uma cultura de cumprimento que extravasa o simples respeito pelas normas penais.

Depois, existem mecanismos específicos que procuram evitar que os programas de *compliance* surjam como meros artificios para fugir à responsabilidade penal ou transferi-la para um qualquer empregado da empresa que surja como bode expiatório.²²

Com efeito, revela-se de máxima importância a institucionalização de um órgão de *compliance* (um *compliance officer* ou outro), independente e eficaz, com efetivos poderes dentro da empresa. Tal independência pode ser conseguida e garantida, nomeadamente, através da segregação funcional entre a área do controlo e da atribuição de poderes de iniciativa e da garantia de acesso a todo o tipo de informação. No entanto, a criação desta figura não pode servir para que seja nela imputada a responsabilidade da empresa.

Mais, a regulação dos programas de *compliance* por parte do legislador e uma concreta supervisão por parte das entidades reguladoras, imporá às empresas diretrizes mínimas a cumprir.

Por fim, os programas de *compliance* no âmbito penal não devem ter impacto ao nível de juízos de imputação, antes e no limite, devem influenciar a sanção aplicável, enquanto atenuante da pena e a tramitação processual, enquanto mecanismo de oportunidade.

²¹ Disponível em www.soxlaw.com/.

²² ADÁN NIETO MARTÍN, “Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: Any Solution?”, in *Eucri* 3/2012, p. 125.

No sentido de ser inadmissível a interferência dos sistemas de *compliance* na imputação (ou não) do ilícito à pessoa jurídica, encontramos PAULO CÉSAR BUSATO. Segundo o autor a consequência jurídico-penal mais adequada para o *compliance* é considerá-lo uma atenuante da pena, que deverá ser reduzida de forma proporcional ao nível de efetividade do programa.²³

Assim, o objetivo primordial de qualquer programa de *compliance* é, e deve ser, o controlo do cumprimento pela entidade empresarial dos deveres (seja qual for a sua origem) a que está sujeita, numa lógica de prevenção e mitigação do risco de possíveis sanções. O Direito Penal surge como um dos sistemas normativos a considerar, sendo o objetivo do *criminal compliance* a redução do risco de um ilícito e respetiva sanção, surgindo a mitigação da responsabilidade penal como um fim eventual e indireto.

Independentemente da posição adotada relativamente à natureza e merecimento dos objetivos dos programas de *compliance*, as suas vantagens, quer para o Estado, quer para as entidades privadas, individual e coletivamente consideradas, são manifestas.

Desde logo, a instituição de programas de *compliance* satisfaz interesses públicos, como o regular funcionamento do mercado, uma vez que as entidades empresariais atuam em consonância com as normas legais em vigor, a garantia da concorrência leal entre os *players* de mercado, não surgindo entidades a obter vantagens indevidas com recurso a infrações e a confiança generalizada nos agentes económicos nos serviços e produtos que se oferecem.

Atualmente, a estrutura das empresas é cada vez mais complexa, menos transparente e transcende fronteiras, o que torna a investigação e repressão de condutas ilícitas cada vez mais difícil, pelo que a *autorregulação regulada* surge como uma solução eficaz para tais dificuldades. Não só porque diminui a probabilidade de infrações, mas porque pode revelar importantes informações a utilizar pelas autoridades públicas, que podem ser, inclusivamente, partilhadas com as suas congéneres noutros países.

²³ PAULO CÉSAR BUSATO, “O que não se diz sobre o *criminal compliance*”, *op. cit.*, 2018, pp. 50.

Algumas das vantagens enunciadas são também do interesse direto das empresas, nomeadamente, a confiança dos agentes económicos pode traduzir-se no aumento do volume de negócios, no mais fácil acesso a financiamento e na captação e retenção de talento.²⁴

Existem, ainda, outras vantagens a considerar, em especial de cariz reputacional. Os meios de comunicação atribuem cada vez mais importância a estas matérias e há uma crescente reivindicação social pela implementação de medidas de controlo nas grandes empresas. Aliás, o incumprimento normativo potencia o risco reputacional, gerando uma imagem externa negativa, existindo, por isso, um claronexo entre o risco de incumprimento e o risco reputacional.²⁵

Deste modo, o *compliance* surge como parte da estratégia de negócio das empresas, já não basta que aquelas vendam os seus produtos ou serviços, devem fazê-lo com respeito pelas normas legais e éticas.

Tal como tudo, também os programas de cumprimento também comportam aspetos negativos. Além do já evidenciado protesto de que estes apenas servem para proteger as empresas, funcionando como mecanismo de desresponsabilização, existem outros fatores que logram menção.

²⁴ *Ernst & Young* (2017): uma empresa que possui um forte Programa de *E&C (Ethic and Compliance)* e, assim, evita práticas corruptas em sua organização, tende a atrair os melhores talentos do mercado para compor o seu quadro de funcionários (fonte: www.ey.com/en_gl/assurance/how-to-drive-the-future-of-compliance-with-integrity-in-the-spotlight); *PricewaterhouseCoopers* (2007) – a nível mundial, 38% das empresas que implementaram regras éticas e programas de *compliance* foram vítimas de delitos económicos, contra 54% das empresas semelhantes que não implementaram tais medidas (cfr. ULRICH SIEBER, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa”, *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 96); Relatório Global de Corrupção (2009) – “empresas com programas de combate à corrupção e normas éticas sofrem até 50% menos corrupção e estão menos sujeitas a perder oportunidades de negócio do que as empresas sem esses programas”, logo, possuem uma vantagem competitiva (fonte: www.transparency.org/whatwedo/publication/relatorio_global_de_corrupcao_2009_corrupcao_e_o_setor_privado).

²⁵ Neste sentido, JOÃO LABAREDA, “O cumprimento é, pois, um fator de prestígio e reputação, de que nenhum agente está, verdadeiramente, em condições de prescindir”, *Contributo para o Estudo do Sistema de Controlo e da Função de Cumprimento (“Compliance”)*, *op. cit.*, 2014, p. 11.

Primeiro, o desenvolvimento e execução de um programa de *compliance* implica custos: a alocação de capital humano a esta função, a constante monitorização do seu cumprimento, a investigação de eventuais suspeitas, e a necessidade de formação de todos os intervenientes e destinatários.

Porém, concomitantemente, os programas de *compliance* previnem perdas económicas decorrentes da aplicação de sanções e de danos reputacionais. Veja-se, a este propósito, a pesquisa *The True Cost of Compliance* realizada em quarenta e seis empresas, a qual concluiu que a ausência de um programa de *compliance* custa cerca de três vezes mais do que a sua existência.²⁶ Neste sentido alude-se à pertinente afirmação de PAUL MCNULTY, antigo *US Deputy Attorney General*: “If you think compliance is expensive –try non-compliance”.

Segundo, os grandes crimes económicos de pendor mediático – como o caso *Enron* e *Worldcom* –, desenrolaram-se em empresas com programas de cumprimento. Tal levamos, certamente, a questionar a efetividade destes programas. Esta não é, porém, uma verdadeira desvantagem, uma vez que a descoberta de ilícitos resulta da concretização desses mesmos programas.

Finalmente, e com maior relevância, as investigações internas desenvolvidas no âmbito dos programas de *compliance* podem levar a violações de direitos fundamentais dos trabalhadores. Este é um perigo que não se deve atribuir à generalidade dos programas de *compliance*, sendo intrínseco à própria relação laboral, pois o poder disciplinar surge associado à posição do empregador naquela.

A enunciação das vantagens e desvantagens dos programas de *compliance* não se pretendeu exaustiva, mas permite-nos concluir que estes programas são uma realidade global, estando as empresas que ainda não os implementaram a perder tempo, competitividade e, no fim, vantagens económicas. Não obstante, o tecido empresarial português, constituído maioritariamente por pequenas e médias empresas, ainda está longe de explorar a potencialidade do *compliance* enquanto forma de melhorar o seu posicionamento no mercado e limitar os riscos de incumprimento.

²⁶ Realizada pelo *Ponemon Institute LLC*, em 2011, fonte: www.ponemon.org/local/upload/file/True_Cost_of_Compliance_Report_copy.pdf.

C. Enquadramento no ordenamento jurídico português

No atual panorama nacional a instituição de programas de compliance pode resultar, por um lado, da lei (quer seja uma mera recomendação ou uma imposição), e por outro, da criação de mecanismos internos no âmbito da liberdade e autonomia das entidades empresariais.

Do ponto de vista legal, destacam-se:

- Aviso n.º 5/2008, de 01/07 do BdP, tem como destinatárias as instituições de crédito, as sociedades financeiras e sucursais situadas em Portugal, prevê a implementação e execução de “*uma função de compliance independente, permanente e efetiva, para controlar o cumprimento das obrigações legais e dos deveres a que se encontram sujeitas*”, enumerando um vasto conjunto de deveres (artigo 17.º);
- Código dos Valores Mobiliários, artigos 254.º-A, 305.º a 305.º-G²⁷ e Regulamento CMVM n.º 1/2010, de 01/02, impõe a adoção de um código de governo;
- Código das Sociedades Comerciais, artigos 70.º, n.º 2 e 420.º, n.º 5, obriga as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado a implementar um sistema de controlo interno e de gestão do risco;
- Lei n.º 147/2015, de 09/09, Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora (artigo 72.º), conjugado com a Norma Regulamentar n.º 8/2009-R (artigo 20.º), preveem o dever das empresas de seguros e de resseguros e das entidades gestoras de fundos de pensões disporem de um sistema de gestão de riscos eficaz;
- Lei n.º 83/2017, de 18/08, Medidas de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo, estabelece deveres de controlo para as entidades visadas²⁸, entre os quais, a implementação de um sistema de controlo interno

²⁷ Relativamente aos intermediários financeiros, estatui o Artigo 305.º-A: “O intermediário financeiro adota políticas e procedimentos necessários para assegurar o cumprimento dos deveres a que se encontra sujeito (...)”; e o Artigo 305.º-B: “1 - O intermediário financeiro deve adotar políticas e procedimentos para identificar e gerir os riscos relacionados com as suas atividades, procedimentos e sistemas, considerando o nível de risco tolerado (...)”.

²⁸ Entidades financeira, entidades não financeiras – como leiloeiras, advogados, concessionários de exploração de jogos –, entidades equiparadas e prestadores de serviços de pagamento sujeitos ao Regulamento (UE) 2015/847 (cfr. artigos 3.º a 6.º da Lei n.º 83/2017, de 18/08).

(artigo 12.º), bem como deveres de colaboração com as autoridades públicas – DCIAP e UIF (artigo 53.º).

Com reflexos no quadro normativo nacional, encontramos as diretrizes europeias e internacionais, que servem de auxiliares interpretativos e bases do regime nacional, bem como a restante *soft law* produzida nesta área, tal como o Relatório do Comité de Supervisão Bancária de Basileia, de abril de 2005, sobre *Compliance and the Compliance function in banks*; o Relatório do OICV – IOSCO, de março de 2006, sobre *Compliance Function at Market Intermediaries*; e as *Guidelines* da EBA de 27 de setembro de 2011 e da ESMA de 6 de julho de 2012.

Ou seja, existem efetivamente estatuições que impõem às empresas (nomeadamente às instituições de crédito, sociedades financeiras e outros intermediários financeiros) o dever de estabelecer e manter uma função de *compliance*, como parte integrante do seu sistema interno de controlo. Este movimento tem vindo a ganhar cada vez mais força, surgindo diplomas que exigem um conteúdo mínimo vinculativo para determinadas entidades.²⁹

Não obstante e ao contrário da tendência nos demais ordenamentos jurídicos europeus, o ordenamento jurídico português no âmbito penal e processual penal não consagra expressamente quaisquer consequências ou efeitos à implementação de programas de *compliance* por parte das empresas, sendo duvidoso que possamos – até por respeito ao princípio da legalidade – enquadrar tal figura nas normas já existentes.

Contudo, encontramos doutrina que atribui à implementação de um modelo de organização, gestão e controlo eficaz e adequado um *efeito eximente da responsabilidade da pessoa coletiva*³⁰, com base no artigo 11.º, n.º 2, alínea b) e n.º 6 do CP, o que implica a eventual relevância dos mecanismos de *compliance* para a exclusão da ilicitude e/ou da culpa.

²⁹ Exemplo paradigmático é a obrigação de gestão dos riscos de branqueamento de capitais e de financiamento de terrorismo, uma exigência presente em cada vez mais setores – cfr. art. 305.º-A, n.º 2, al. c) do CdVM, Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2018, Regulamento CMVM n.º 2/2020, de 17 de março.

³⁰ Expressão de TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, Cultura Corporativa e Culpa Penal da Pessoa Jurídica”, *op. cit.*, p. 59. TERESA QUINTELA DE BRITO – “Relevância dos mecanismos de Compliance na responsabilização penal das pessoas coletivas e dos seus dirigentes”, *Anatomia do Crimes, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 0, 2014, pp. 76-84. Segundo a autora a pessoa jurídica domina a realização do tipo se está ao seu alcance a adoção de medidas organizativas, de gestão e vigilância que sejam adequadas a obstar à prossecução do facto, onde se pode relevar os programas de *compliance*.

Apesar de não existir uma consagração expressa da relevância dos programas de *compliance*, estes podem ser valorados nos termos gerais dos artigos 71.º e 72.º do CP, isto é, na determinação da medida da pena enquanto circunstância atenuante, a favor do agente, uma vez que temos um sistema aberto de atenuantes.³¹

Concretamente, a implementação e efetivo funcionamento de um programa de *compliance* poderá ser valorado através das alíneas a) e e) do artigo 71.º do CP, as quais mandam atender ao “grau de violação dos deveres impostos ao agente” e à “conduta anterior ao facto”. Bem como, por existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao facto que diminuam a ilicitude, culpa ou necessidade de pena (artigo 72.º do CPP).

Não obstante, parece ser possível que os programas de *compliance* sejam valorados a outros níveis, o que, contudo, sempre estaria dependente da intervenção do legislador penal. Vejamos.

Numa ótica de prevenção e incentivo à criação de uma cultura de cumprimento, os programas de *compliance* poderiam surgir enquanto injunção ou obrigação da qual depende a suspensão provisória do processo^{32/33}. Ou seja, verificados os requisitos legais para a suspensão provisória previstos no artigo 281.º, n.º 1 do CPP, seria de grande utilidade a exigência de implementação de um programa de *compliance* à pessoa coletiva arguida no processo.

Depois, numa lógica de sanção, caso a pessoa coletiva fosse efetivamente condenada por pena principal, poderia surgir como pena acessória o dever de implementar um programa de *compliance*. O controlo dessa implementação caberia às entidades reguladoras do setor de atividade da empresa visada.

Sendo verdade que não está em causa a perda de direitos normalmente associada às penas acessórias, nos termos do artigo 65.º do CP, esta seria uma forma de incorporar os

³¹ SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, op. cit., p. 134; PAULO SOUSA MENDES, “*Law Enforcement & Compliance*”, op. cit., pp. 14-15.

³² No mesmo sentido, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, op. cit., p. 135.

³³ Na Alemanha, país em que a legislação penal também não faz referência expressa às consequências da implementação de programas de *compliance*, o Tribunal Federal de Justiça Alemão (BGH) teve em consideração no cálculo da coima a aplicar as medidas de *compliance* existentes (BGH de 09.05.2017 – 1 StR 265/16, para. 118).

programas de *compliance* no regime penal e fomentar a sua implementação sem impacto direto nos critérios de imputação e de responsabilidade das pessoas coletivas.

Conclui-se, pois, que no ordenamento jurídico português existe espaço para o crescimento e valorização do *criminal compliance*. Porém, tal está dependente da intervenção do legislador, a qual deverá ser norteada por uma lógica de colaboração entre o Estado e os entes privados e pela criação de uma cultura de cumprimento no mundo empresarial, nunca pela introdução de uma nova causa de exclusão da responsabilidade das pessoas jurídicas, solução adotada em outros ordenamentos de *civil law* e que tem sido alvo das mais variadas críticas.

2. As investigações internas como parte do *criminal compliance*

A. Características das investigações internas e consequentes deveres para as empresas

A efetividade de um qualquer programa de *compliance* depende da sua componente reativa, em concreto, das medidas e estratégia definida para controlar o seu cumprimento, investigar eventuais infrações e sancioná-las. Assim, a previsão e regulação das investigações internas revela-se fundamental.

A origem das investigações internas no âmbito do *criminal compliance*, à semelhança do próprio *compliance*, está ligada ao advento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e à incapacidade do Estado para, perante a atual sociedade globalizada e interligada, com uma multiplicidade de agentes sempre em movimento, prosseguir uma das tarefas inerentes ao poder público, a investigação criminal.

Tal tornou-se evidente com o aumento da criminalidade económico-financeira, praticada pelas empresas ou através delas, caracterizada por não encontrar fronteiras³⁴ e ser praticamente invisível para quem está do lado de fora dos factos ilícitos.

Neste contexto, a colaboração dos entes privados para a descoberta da verdade torna-se necessária, pelo que, em termos de estratégia político-criminal, as investigações internas surgem como mecanismo de cooperação entre as empresas e o Estado³⁵ para

³⁴ Exemplo do caso Siemens cuja investigação se desenrolou em 34 países.

³⁵ MARIA JOÃO ANTUNES, “Privatização das Investigações e Compliance Criminal”, *RPCC*, Ano 28, 2018, p. 123.

apurar os factos relevantes, obter documentos e informações, com o objetivo final de apurar responsabilidades.

O início destas investigações pode ter por base informação proveniente de variadas fontes, sejam internas ou externas à empresa, por exemplo, irregularidades detetadas pelo órgão de *compliance*, auditorias internas, denúncias anónimas dos trabalhadores, dos clientes, dos acionistas ou outros *stakeholders*, ou mesmo notificações de autoridades públicas para uma ação judicial ou administrativa.³⁶ Para mitigar esta proliferação de fontes, o ideal seria que as empresas desenvolvessem mecanismos de denúncias (*whistleblowing*) e sistemas autonomizados para deteção de anomalias e gestão de alertas ou modelos de identificação de práticas suspeitas, capazes de fundamentar o início de uma investigação interna.

Como afirmado, as investigações internas são um instrumento reativo, distinguindo-se de figuras semelhantes como a auditoria, mecanismos de controlo em sentido estrito. Pelo que se coloca a questão: podem as investigações internas ter um carácter preventivo?

A favor da existência de investigações cujo objetivo é evitar a realização de futuros ilícitos encontramos ALBERT ESTRADA CUADRAS e MARIONA LLOBET ANGLI³⁷. Contra tal possibilidade, JUAN PABLO MONTIEL considera que as investigações internas não podem ser preventivas, pois tal significaria assumirem características de controlo, em tudo semelhantes às auditorias, que se encontram no âmbito do controlo empresarial e não da investigação empresarial.³⁸

A implementação de programas de *compliance* é concretizada pelas empresas numa lógica preventiva, contudo, as investigações internas surgem num segundo momento, enquanto reação à prática de factos ilícitos. O que as caracteriza é o facto de surgirem *ex post*, após a violação das normas (ou pelo menos após a existência de uma suspeita), razão pela qual se rejeita que as investigações internas tenham um carácter meramente preventivo.

³⁶ ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo: Las Investigaciones Internas Empresariales”, *RDPP*, 37, 2015, p. 63; SERGIO HERRA, “The American Way of Conducting Internal Investigations”, *The Role of Corporations in Criminal Justice*, *RIDP*, 2019, p. 262.

³⁷ ALBERT ESTRADA CUADRAS e MARIONA LLOBET ANGLI, “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, Ano 22, Vol. 108, maio-junho 2014, p. 157.

³⁸ JUAN PABLO MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, pp. 258-259, nota 32.

Além de reativas têm que ser fundamentadas, a investigação não se pode revelar uma verdadeira “caça às bruxas”³⁹, em que o objetivo não é o de obter informação averiguar uma suspeita de uma infração, mas antes realizar uma investigação e monitorização aos trabalhadores da empresa.

No âmbito do *criminal compliance*, as investigações internas têm como objeto factos ilícitos com relevância penal, contudo, este tipo de averiguações pode incidir sobre infrações de direito laboral, proteção de dados, propriedade industrial e intelectual, incumprimentos contratuais, entre outros que não relevam para o presente estudo.

Considerando que o objeto da investigação são factos com relevância penal, distinguem-se as investigações *pré-judiciais* e *parajudiciais*⁴⁰. Enquanto as primeiras são anteriores ao início de qualquer processo ou investigação levada a cabo por entidades públicas, tendo normalmente origem numa denúncia interna; as segundas desenvolvem-se paralelamente aos processos públicos, tendo por base o mesmo objeto, isto é, os mesmos factos potenciadores de responsabilidade criminal.

Pergunta-se, pois, qual o objetivo e o interesse das empresas em proceder a estas investigações, quer anteriores, quer simultâneas ao processo penal.

A regulação e realização de investigações internas tem benefícios em termos de custos reputacionais, pois a empresa pode realizar um controlo dos danos que advêm do conhecimento público de um qualquer facto ilícito. Também, o controlo da investigação pela própria empresa facilita o normal funcionamento dos negócios.⁴¹

Mais relevantes são as possíveis vantagens processuais. As investigações internas realizadas pela pessoa coletiva para a descoberta da verdade, uma vez que demonstram a colaboração na realização da justiça, podem conduzir à atenuação da pena que vier a ser aplicada, impedir a materialização de uma acusação contra a pessoa jurídica ou excluir a sua responsabilidade.

³⁹ Expressão de JUAN PABLO MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *op. cit.*, pp. 259-260.

⁴⁰ ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, p. 63; JORDI GIMENO BEVIÀ, “Las diligencias de investigación en la lucha ante la criminalidad empresarial”, *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 303; JUAN PABLO MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *op. cit.*, pp. 260-261.

⁴¹ ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, pp. 66-67.

Em concreto, nos EUA, ordenamento em que a colaboração e os mecanismos de oportunidade detêm um papel central, as investigações internas são já um instrumento generalizado e surgem como forma de privatização da investigação que estaria a cargo dos órgãos públicos. A empresa, por meio da sua colaboração, tem a possibilidade de negociar a não acusação através dos chamados *DPA (Deferred Prosecutorial Agreement)* e *NPA (Non Prosecutorial Agreement)*.⁴²

Já em Espanha, a introdução da responsabilidade penal das pessoas coletivas no Código Penal implicou a previsão da figura das investigações internas, que não correspondem a um *dever*, mas antes a uma possibilidade, funcionando a colaboração como uma atenuante (Artículo 31 bis. do CP Espanhol), ou seja, estamos perante um ónus. Tal colaboração na investigação consiste, nomeadamente, na entrega de elementos decisivos para a descoberta dos responsáveis pelos factos ilícitos.⁴³

Adicionalmente, a existência de um programa de cumprimento normativo efetivo, que reaja rapidamente perante uma suspeita de factos ilícitos, poderá mesmo evitar que as instâncias públicas venham a ter conhecimento da prática do crime. Por exemplo, em caso de atuação criminosa contínua, a denúncia interna e a investigação subsequente pela empresa podem interromper tal prática e impedir que a mesma seja extrapolada para as instâncias públicas competentes, não lhes chegando a notícia do crime. Igualmente, na hipótese de o crime ainda não ter ultrapassado o estágio da tentativa, a denúncia e a investigação internas podem evitar a consumação da infração.⁴⁴

Por fim, também o Estado tem inegáveis vantagens, desde logo em termos de custos, através da poupança de recursos materiais e humanos na investigação dos factos, bem como ao nível da eficiência e eficácia da investigação, pois a empresa está melhor posicionada para investigar os factos e dispõe de conhecimentos especializados quanto à estrutura empresarial e ao objeto do negócio.

⁴² Nos EUA as investigações internas são já uma prática generalizada, ao ponto de serem vistas como uma espécie de colaboração público-privada ou uma técnica de outsourcing das funções de investigação penal, segundo JORDI GIMENO BEVIÁ “En la praxis, ello se traduce en que realice prácticamente toda la investigación de forma privada y posteriormente revele sus resultados a la Fiscalía. Por ello, en realidad se trata de una autentica “privatización de la investigación”” (“Las diligencias de investigación en la lucha ante la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, p. 304). No mesmo sentido cfr. ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, p. 66; ALBERT ESTRADA CUADRAS e MARIONA LLOBET ANGLI, “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario”, *op. cit.*, pp. 153-154.

⁴³ JORDI GIMENO BEVIÁ, “Las diligencias de investigación en la lucha ante la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, p. 302; ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, pp. 58-60.

⁴⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, “Privatização das Investigações e Compliance Criminal”, *op. cit.*, pp. 121.

Porém, e à semelhança dos programas de *compliance*, a par das vantagens, as investigações internas têm as suas desvantagens.

A empresa tem custos associados à prossecução de investigações internas, a título de exemplo, a AVON PRODUCTS pagou 93.3 milhões de dólares para investigar uma suspeita de violação do *Foreign Corrupt Practices Act* e a SIEMENS A.G reportou mais de 1 bilhão de dólares em custos com uma investigação global também no âmbito da corrupção.⁴⁵

Depois, se a investigação for de conhecimento público pode lesar a reputação da empresa, principalmente se as suspeitas se revelarem infundadas, mesmo que sejam apenas do conhecimento dos trabalhadores, podem criar tensões entre aqueles e afetar o regular funcionamento dos negócios.

Existem, ainda, desvantagens para o processo penal e para o Estado enquanto responsável pela tutela dos bens jurídicos, concretamente, existe um manifesto perigo de enviesamento dos elementos obtidos e divulgados na sequência de uma investigação interna. A empresa pode sentir-se tentada a conduzir a investigação a seu favor, ocultando ou destruindo elementos incriminadores ou fazendo a responsabilidade recair sobre um trabalhador de escalão hierárquico inferior.

Com efeito, torna-se inevitável questionar a independência de quem conduz a investigação e é, simultaneamente, o visado de um eventual processo penal.⁴⁶ Neste sentido, afirma PAULO CÉSAR BUSATO que “não parece lógico, em razão de que muitos dos casos mais graves de ofensas a bens jurídicos dos últimos tempos têm relação com as pessoas jurídicas, que se entregue a elas mesmas a possibilidade de definir que provas deverão ser produzidas para a apuração de responsabilidade”.⁴⁷

Por fim, e de forma mais flagrante, existe a possibilidade de as investigações internas lesarem direitos fundamentais. As investigações passam, essencialmente, pela obtenção

⁴⁵ Cfr. The New York Times, de 05.03.2012, disponível em <https://dealbook.nytimes.com/2012/03/05/the-mounting-costs-of-internal-investigations/>.

⁴⁶ ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁴⁷ PAULO CÉSAR BUSATO, “O que não se diz sobre o *criminal compliance*”, *op. cit.*, p. 26.

e análise de documentação existente⁴⁸ e pela realização de entrevistas aos trabalhadores da empresa, o que inclui os titulares de órgãos de decisão.⁴⁹

Ou seja, investigações internas demasiado intrusivas podem gerar responsabilidade da empresa por infrações laborais, de proteção de dados ou mesmo penais. Algo que, com maior acuidade, se verá.

Do exposto podemos extrair uma primeira conclusão: se as vantagens de implementar um programa de *compliance*, contra a opção de não implementar, superam em larga medida as desvantagens, já a tomada de decisão quanto a iniciar ou não uma investigação interna deve ser melhor ponderada.

Contudo, pode-se discutir se existe se quer tal margem de decisão, ou se as empresas têm o dever de iniciar uma investigação interna perante uma denúncia ou uma suspeita de factos ilícitos.

A doutrina alemã defende a existência de um dever indireto da empresa investigar, enquanto parte dos deveres de um sistema de *compliance*, cujo fundamento é a função de direção e supervisão da empresa. Nos EUA e em Espanha apenas existe uma coerção fáctica, isto é, não há uma obrigação legal de realizar investigações internas, mas existem importantes benefícios para as empresas que o fazem, tais como a não persecução de um processo penal ou a diminuição da pena.⁵⁰

No ordenamento nacional, o primeiro ponto a destacar é a inexistência de qualquer dever legal da empresa iniciar uma investigação interna por factos ilícitos. Podemos, porém, perguntar se esse dever deveria existir. Ora, a investigação criminal é uma tarefa atribuída ao Estado, pelo que, no limite as empresas podem ter o ónus de investigar, mas nunca a obrigação de o fazer.

Não existindo um dever legal de iniciar as investigações, também não parece que se possa teorizar um nível de suspeita necessário para iniciar uma investigação,

⁴⁸ Um dos primeiros passos nas investigações internas deverá ser a suspensão de processos de destruição de documentação, por exemplo, no caso da *Arthur Andersen* a destruição de documentos levou mesmo a uma acusação de obstrução da justiça – cfr. SERGIO HERRA, “The American Way of Conducting Internal Investigations”, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁹ SARAH HELENE DUGGIN, “Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview”, *COLUM. BUS. L. REV.* 859, 2003 (“Documents are the bare bones, but interviews are the heart and soul of an internal investigation”).

⁵⁰ JUAN PABLO MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *op. cit.*, pp. 263-265.

contrariamente ao defendido por JUAN PABLO MONTIEL, para quem as empresas, ao se converterem no *brazo extendido* da justiça, apenas deveriam poder iniciar estas investigações quando existe o mesmo nível de suspeita que se exige para o início de uma investigação judicial.⁵¹

Outro dever das empresas, na sequência das investigações internas, que merece ser discutido é o da entrega dos elementos obtidos.

Nos EUA as autoridades públicas requerem que as empresas entreguem todas as informações obtidas que determinem o trabalhador que cometeu a infração (*Yates Memorandum*).⁵² Ora, este é o segundo momento em que as investigações internas podem revelar-se ilícitas, podendo implicar o atropelo de garantias processuais penais, concretamente, a violação do direito à não autoincriminação. Tal será desenvolvido mais à frente, podendo desde já avançar-se que não existe uma obrigação expressa na lei das empresas entregarem os elementos que recolham.

Feito o enquadramento desta figura, cumpre extrair a conclusão final: estaremos perante uma privatização da investigação criminal e, conseqüentemente, uma privatização do próprio processo penal?

Responder positivamente⁵³ pressupõe que se atribui a entidades privadas funções que sempre estiveram sobre monopólio estatal, das autoridades públicas, passando a existir um processo penal a várias mãos, que tem “início” nas investigações internas conduzidas pela empresa e na empresa.⁵⁴

Adiamos, por ora, a resposta a tal pergunta. Concluindo este ponto com a necessidade de previsão e expressa regulação interna das investigações empresariais, são poucas as empresas que se autorregulam nesta matéria, o que se torna grave quando olhamos para o efeitos e conseqüências que tais investigações podem ter, pelo que existindo um

⁵¹ *Idem*, p. 269.

⁵² SERGIO HERRA, “The American Way of Conducting Internal Investigations”, *op. ci.*, p. 261.

⁵³ No sentido de estarmos perante uma efetiva privatização do processo penal, ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, p. 56; ANA E. CARRILLO DEL TESO, “Corporations in criminal proceedings: how do internal investigations affect employees' human rights?”, *The Role of Corporations in Criminal Justice*, RIDP, Maklu, 2019, p. 291; entre nós, MARIA JOÃO ANTUNES, “Privatização das Investigações e Compliance Criminal”, *op. cit.*, pp. 123 (“às investigações internas que têm lugar no âmbito dos programas de compliance podemos associar o efeito de privatização do processo penal”).

⁵⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, “Privatização das Investigações e Compliance Criminal”, *op. cit.*, pp. 124.

programa de *compliance* e a possibilidade de se realizarem investigações no seu âmbito, a regulação daquelas deveria ser obrigatória⁵⁵.

B. Os sujeitos envolvidos e o seu papel: a empresa, o trabalhador, o *compliance officer* e o advogado

Nas investigações internas são as pessoas jurídicas, entes privados, os detentores da direção da investigação, num claro contraste com o processo penal, em que esta função está a cargo de uma entidade pública, o Ministério Público (MP).

Tal tem necessárias consequências, pois enquanto que o MP atua com base em interesses públicos e gerais, os titulares do poder de direção nas investigações internas tenderão a atuar com vista à salvaguarda dos interesses da empresa, decidindo de forma autónoma e independente a necessidade de investigar e a estratégia a seguir.

Outra grande distinção prende-se com os sujeitos envolvidos. Enquanto no processo penal o titular da fase de investigação é o MP, auxiliado nas diligências pelos OPC, nas investigações internas há uma multiplicidade de sujeitos envolvidos na direção das investigações, não existindo uma regra legal específica quanto a quem deve pertencer o papel de coordenação e decisão.

A empresa, ou o empregador, encontra o fundamento dos seus poderes inquisitórios no Direito Laboral, que lhe atribui o dever de garantia da segurança da empresa e dos próprios trabalhadores, bem como o dever de bom governo da empresa. Simultaneamente, são lhe concedidos direitos inerentes à gestão e proteção do próprio património e o poder de direção sobre os trabalhadores.

Não obstante os órgãos de administração terem inerente à sua função poderes de direção e investigação, não lhes compete realizar as investigações internas, mais não seja porque poderão ser os titulares de tais cargos os visados por aquelas.

⁵⁵ No mesmo sentido, JUAN PABLO MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *op. cit.*, p. 266.

Assim, somos reconduzidos a outras figuras, nomeadamente ao *compliance officer* (*CO*) – o *gatekeeper* ou *vigilante interno da empresa*.^{56/57} Este é o responsável por vigiar o cumprimento sistema de *compliance*, quer das obrigações legais impostas, quer das normas internas resultantes de códigos de conduta e ética.

Pela sua função o *CO* é a figura que se encontra melhor posicionada para realizar as tarefas de investigação e recolha de informação relacionada com incumprimentos dessas normas. Acresce que é, em princípio, o responsável por receber quaisquer denúncias relacionadas com incumprimentos do programa de *compliance* e a sua função caracteriza-se pela independência, pelos poderes de vigilância sobre todos os trabalhadores, inclusivamente os titulares de altos cargos da empresa e pelos poderes autónomos de iniciativa e controlo⁵⁸.

Por estas razões, muitos consideram ser o *CO* quem tem competência para iniciar e levar a cabo as investigações internas.⁵⁹ Porém, existe outro sujeito na estrutura da empresa que se posiciona como possível responsável por tal tarefa, o advogado interno ou *in-house lawyer*⁶⁰, que tem, por excelência, o conhecimento necessário para realizar as investigações internas dentro dos limites legais e constitucionais.

As funções destes dois sujeitos dentro da empresa não se confundem. À partida o *in-house lawyer* tem como função o aconselhamento jurídico sobre normas legais; já ao *CO* compete a fiscalização do cumprimento dessas normas legais.⁶¹

⁵⁶ Expressões de TIAGO GERALDO, “A Responsabilidade penal do *compliance officer*: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2018, p. 269.

⁵⁷ Não sendo o objeto do presente estudo os limites da responsabilidade do *CO*, cumpre apenas fazer menção há posição generalizada e reconhecida pelo Tribunal Federal de Justiça Alemão (BGH 5 StR 394/08, de 17.07.2009) de que o *CO* tem um dever de garante, sobre o tema, entre outros, TIAGO GERALDO, “A Responsabilidade penal do *compliance officer*...”, *op.cit.*, pp. 267-299.

⁵⁸ NORBERTO MATA BARRANCO; JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER, *et al.* - *Derecho Penal Económico Y de la Empresa*, Dykinson, 2018, p.150.

⁵⁹ JUAN CUENCA MÁRQUEZ E JAUME CABECERANS CABECERANS - “El Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, fev. 2015, p. 3.

⁶⁰ Sobre a caracterização e estatuto desta figura, cfr. FILIPE MATIAS SANTOS, “O advogado interno (*in-house lawyer*): estatuto e particularidades do segredo profissional”, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2018, pp. 171 e ss.

⁶¹ Cfr. ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA, “Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais”, *op.cit.*, p. 139.

Qualquer uma das soluções, isto é, ser o *CO* ou o advogado interno a realizar a investigação traz vantagens em termos de custos e qualquer um deles terá especial conhecimento sobre o funcionamento e organização da empresa, o que será menos disruptivo à normal atividade da empresa, também por pertencerem aos quadros da empresa têm uma maior confiança dos investigados, os trabalhadores.⁶²

Todavia, existe uma terceira hipótese, recorrer a um advogado ou sociedade de advogados externos à empresa para realizar a investigação (*outsourcing*). Esta solução garante uma maior imparcialidade, independência e credibilidade da investigação, bem como dos resultados obtidos⁶³, note-se que tanto o *CO* como o *in-house lawyer* são trabalhadores da empresa, estabelecendo com ela um vínculo laboral que não desaparece durante uma investigação interna.

Mais, tendencialmente o *outsourcing* garante um conhecimento especializado e maior disponibilidade de recursos. Ao que se acrescenta que o advogado externo não está a investigar colegas ou superiores hierárquicos, circunstância que acarreta sempre condicionantes, mesmo que inconscientemente.

A par de tais vantagens, surgem problemas de compatibilidade de funções, da definição do estatuto em que o advogado externo intervém e do regime de segredo dos documentos produzidos por aquele, se por um lado as comunicações com a empresa, recomendações estão abrangidas pelo sigilo profissional, os documentos finais que são produzidos apenas estarão abrangidos, em princípio, pelo segredo da empresa.

Nos EUA, ordenamento jurídico em que as investigações internas estão mais desenvolvidas e são, atualmente, consideradas uma prática comum, surgem sociedades de advogados especializadas na realização destas investigações, sendo uma verdadeira

⁶² JORDI GIMENO BEVIÁ, “Las diligencias de investigación en la lucha ante la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, p. 307.

⁶³ Entre outros, PAULO BEXERRA DE MENEZES REIFF *et al.* – “O Papel do Advogado nas investigações internas”, *Revista do Advogado*, Ano XXXIV, dezembro 2014, n.º 125, p. 95; SARAH HELENE DUGGIN, “Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview”, *op. cit.*, (“The consensus is that outside counsel should ordinarily direct the investigation (...) In addition, government officials traditionally have been more willing to credit the results of investigations conducted by outside counsel.”); JUAN ANTONIO LASCURAÍN, “Los Programas de Cumplimiento como Programas de Prudencia Penal”, *op. cit.*, p. 113, o autor também admite esta possibilidade, nomeadamente em empresas de menor dimensão.

oportunidade de negócio, como vimos, aliás, pelos valores pagos por empresas como a SIEMENS AG e a AVON PRODUCTS.⁶⁴

Assim, a questão que se coloca é: a quem devem pertencer os poderes de coordenação e decisão nas investigações internas? Se certo é que não existe uma resposta consensual, não menos certo será que também não existe uma resposta correta ou errada. Na falta de legislação específica sobre o tema, caberá à empresa decidir quem será o responsável e a quem serão atribuídos tais poderes.⁶⁵

Parece-nos, porém, que o essencial é a previsão nas normas de *compliance* de quem é o responsável. Depois, qualquer uma das opções tem as suas vantagens, devendo, porém, ser um advogado a realizar a investigação, uma vez que este possui os conhecimentos legais para tal e garante a confidencialidade de determinados documentos.

Salienta-se que, independentemente de ser um *in-house lawyer* ou advogados externos, há algo que não muda: são advogados da empresa, não dos trabalhadores. Este facto implica que o investigador atua no interesse exclusivo da empresa e que a confidencialidade das comunicações e documentos redigidos nas investigações internas funda-se na relação cliente-advogado com a empresa, pelo que a faculdade de renunciar à confidencialidade está nas mãos daquela.⁶⁶

C. Enquadramento no ordenamento jurídico português

No âmbito penal não existe qualquer regulação ou previsão referente às investigações internas, o nosso ordenamento jurídico esta figura é regulada pelo Direito Laboral. Ou

⁶⁴ SERGIO HERRA, “The American Way of Conducting Internal Investigations”, *op. cit.*, pp. 260-261, em especial nota 4.

⁶⁵ Por exemplo, no Grupo TAP cabe ao Comité de Ética decidir sobre o encaminhamento adequado de situações que configurem violação das práticas de boa conduta empresarial, podendo recorrer a assessoria especializada interna ou externa para apoio, esclarecimentos e aconselhamento (Código de Ética e Boa Conduta Empresarial, de 20.07.2018, 4.4.1, p.11, disponível em www.tapairportugal.com/pt/sobrenos/manuais); no Novo Banco tal competência pertence ao Comité de Compliance do Conselho Geral e de Supervisão, em articulação com o Diretor Coordenador do Departamento de Compliance, podendo ser solicitada a intervenção do Departamento de Auditoria e Inspeção e de outros departamentos ou de terceiros (Comunicação de Irregularidades-Whistleblowing, de 12.02.2020, 2.7, p. 5, disponível em www.novobanco.pt/site/cms.aspx?labelid=COMPLIANCE).

⁶⁶ Nomeadamente o segredo profissional que protege o conteúdo das entrevistas realizadas aos trabalhadores, segundo SERGIO HERRA, “The American Way of Conducting Internal Investigations”, *op. cit.*, p. 266.

seja, apesar destas investigações se desenvolverem no espaço do *criminal compliance*, tendo por objeto factos com relevância penal, são reguladas pelo Direito Privado.⁶⁷

Porém, que estamos perante uma realidade que a lei laboral não regula especificamente, não se confundindo com o procedimento disciplinar nem com o procedimento prévio de inquérito previstos no Código do Trabalho. Porém, o facto de não estarem reguladas, não significa que sejam proibidas.⁶⁸

Esta intersecção com o Direito Privado levanta problemas de articulação com as garantias processuais penais e os direitos fundamentais dos investigados, pois, considerando os poderes que o empregador tem na relação laboral, não se pode exigir à empresa que atue com a mesma diligência do Estado quando inicia e conduz uma investigação criminal.

Contudo, também não existe uma livre margem de atuação, o poder de direção e supervisão a que os trabalhadores estão sujeitos tem limites legais, mormente os direitos constitucionalmente consagrados.⁶⁹ Em sentido oposto, atente-se aos EUA, ordenamento em que o empregador tem praticamente acesso livre aos dados dos trabalhadores, facto que explica, em larga medida, o sucesso e o avanço das investigações internas no país, mas que torna as *corporate internal investigations* infindavelmente mais perigosas.

Apesar do quadro legal e das normas penais serem omissas quanto a estes mecanismos de investigação interna, tal não significa que sejam irrelevantes num eventual processo penal. Estas podem, à semelhança dos programas de *compliance*, ao demonstrarem a colaboração da pessoa coletiva para a descoberta da verdade, ser valoradas como atenuante da pena, nos termos do artigo 71.º do CP.

Aliás, no nosso ordenamento já existem mecanismos de atenuação da pena como consequência da colaboração do agente – a título de exemplo, veja-se o artigo 368.º-A, n.º 9 e 374.º-B, n.º 2, alínea a) do CP, que prevê uma atenuação da pena caso o agente

⁶⁷ MARIA JOÃO ANTUNES, “Privatização das Investigações e Compliance Criminal”, *op. cit.*, p. 125: “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”.

⁶⁸ JOANA ALMEIDA, “Investigações internas: ponderações e limites”, *Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2020, p. 62.

⁶⁹ JOANA ALMEIDA enuncia como limites à atuação investigatória do empregador direito à não incriminação e à privacidade dos trabalhadores, a finalidade do meio de investigação utilizado e sua validade, por exemplo, prévia autorização da CNPD para a instalação de câmaras (“Investigações internas: ponderações e limites”, *op. cit.*, pp.73-78).

auxilie na obtenção ou produção de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis.

De qualquer forma, não existindo no ordenamento penal português uma previsão legal expressa, não existe o dever de regular as investigações internas; iniciar investigações internas perante uma suspeita ou denúncia de um crime; e, muito menos, de entregar os resultados da investigação às autoridades públicas.

Apesar deste cenário, começamos a assistir à introdução desta figura nos regulamentos internos e códigos de conduta das empresas portuguesas. A título meramente exemplificativo, refira-se o do Novo Banco, que prevê a possibilidade de existirem investigações e diligências de obtenção de prova, com posterior participação às autoridades externas competentes⁷⁰; ou do Santander, o qual determina que, perante uma denúncia, deve ser promovida uma investigação interna com vista ao apuramento dos factos, onde é recolhida toda a informação e documentação consideradas oportunas.⁷¹

Distrate, nas instituições e documentos supramencionados apenas se refere que as investigações internas existem e qual a entidade responsável por as conduzir, não se densificando a forma como aquelas se realizam.

Assim, apela-se à criação de regras internas que regulem estas investigações, nomeadamente, as suas fases, os poderes do empregador e seus limites, o responsável pelas investigações, os deveres dos trabalhadores no decurso de uma investigação, as regras aplicáveis aos interrogatórios dos trabalhadores e à recolha de documentação e, acima de tudo, o uso que poderá ser dado a estes elementos obtidos pela empresa.

Estes são apenas alguns dos pontos a regular, que permitem garantir um mínimo de previsibilidade e legalidade a esta figura, ainda pouco desenvolvida no nosso ordenamento jurídico.

⁷⁰ Comunicação de Irregularidades - Whistleblowing, de 12.02.2020, 2.7, p. 5, disponível em www.novobanco.pt/site/cms.aspx?labelid=COMPLIANCE.

⁷¹ Código Geral de Conduta, Versão 2 C.12-2020, p. 27, disponível em www.santander.pt/codigo-conduta.

CAPÍTULO II – PROBLEMAS DE ARTICULAÇÃO ENTRE O *CRIMINAL COMPLIANCE* E O SISTEMA PENAL

1. Introdução aos problemas

Os programas de *criminal compliance* têm por objetivo prevenir a violação de normas penais e criar uma cultura de cumprimento com a lei. Não obstante, as investigações internas desenvolvidas no âmbito destes programas podem traduzir-se numa atividade ilícita. Estamos, assim, perante um verdadeiro paradoxo – a prevenção do ilícito ser ela própria ilícita.

Do ponto de vista dos trabalhadores, o problema coloca-se em dois níveis. Em primeiro lugar, as investigações internas podem levar a que sejam cometidas violações de direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados.

É consensual que existem intromissões na esfera jurídica dos trabalhadores tuteladas pela lei laboral, por exemplo, o rastreio e bloqueio de páginas web consultadas no local de trabalho ou no meio eletrónico disponibilizado pelo empregador, a captação de imagens por câmaras de vigilância em determinados locais, o controlo de acessos e movimentações através de *keycards*.

Contudo, essas intromissões têm limites e refletem uma colisão de direitos, de um lado o direito à liberdade de gestão empresarial e organização dos meios de trabalho para promoção da produtividade e o direito de supervisão e direção do empregador. Do lado oposto, o direito à proteção da intimidade da vida privada e a proteção de dados pessoais, entre outros direitos fundamentais do trabalhador.

Esta colisão deve ser ponderada, surgindo situações em que a fronteira entre o que é lícito ou ilícito ao empregador não é tão clara e a compressão dos direitos dos trabalhadores não é admissível. Podemos, então, chegar ao ponto de a própria empresa, com a sua conduta, preencher os tipos criminais de violação da correspondência ou de telecomunicações (artigo 194.º do CP), de gravações e fotografias ilícitas (artigo 199.º do CP), entre outras infrações de carácter contraordenacional relacionadas, por exemplo, com o tratamento de dados pessoais.

A dificuldade está, por conseguinte, em definir quais os limites do poder de direção do empregador e até que ponto se admite a restrição dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Em segundo lugar, considerando que estamos no âmbito da investigação de factos com relevância penal – que podem, eventualmente, levar a que seja aberto um inquérito pelas autoridades públicas ou podendo mesmo já estar a decorrer um processo –, existem questões relacionadas com as garantias e princípios processuais penais que se levantam.

Em concreto, o dever de subordinação do trabalhador pode levá-lo a colaborar com a investigação interna apesar de tal prejudicar o seu direito de defesa, desde logo por poder estar a contribuir para a sua autoincriminação.

Vejamos um caso prático: durante as investigações internas desenvolvidas no caso SIEMENS AG, foram realizadas entrevistas a trabalhadores durante uma pausa para chá, sem ter sido entregue ao interrogado um qualquer termo de declaração ou solicitada a sua assinatura, nem tendo sido prestado qualquer tipo de aconselhamento jurídico, o interrogado apenas foi informado do seu dever de colaboração à luz do direito laboral. Numa busca realizada pelas autoridades públicas foram apreendidas as atas dos interrogatórios e os interrogados acabaram por ser constituídos arguidos num processo penal.⁷²

Assim, conclui-se que as investigações internas podem ter efeitos nocivos logo num primeiro momento, quando se realizam e implicam restrições aos direitos fundamentais dos trabalhadores; e depois, num segundo momento, quando os elementos nela obtidos são utilizados num processo penal.

A análise dos efeitos lesivos das investigações internas deve também ser efetuada de um outro ponto de vista, o da própria empresa. Aqui, porém, devem distinguir-se as situações em que a pessoa coletiva entrega voluntariamente os elementos, dos casos em que as autoridades públicas utilizam os seus poderes coercivos.

⁷² IMME ROXIN, “Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 23, Vol. 114, mai.-jun. 2015, pp. 323-324.

Vejamos o que aconteceu no Caso *Volkswagen*, em que o Tribunal Constitucional Alemão determinou que as buscas e apreensões realizadas no escritório dos advogados que representavam a *Volkswagen* com o objetivo de apreender documentos gerados numa investigação interna, não violaram direitos constitucionais da empresa, visto que a restrição dos direitos à intimidade e privacidade dos dados foi proporcional.⁷³

Tal decisão colide com a proferida pelo *Court of Appeal* no Reino Unido, segundo a qual “*it is, however, obviously in the public interest that companies should be prepared to investigate allegations (...) without losing the benefit of the legal professional privilege for the work product and consequences of their investigation*”⁷⁴. Assim, a aplicação do regime do segredo profissional aos documentos e outros materiais obtidos ou criados no âmbito das investigações internas permite proteger a pessoa coletiva e incentivar a investigação por esta dos factos ilícitos que ocorram no seu seio.

Pela discussão levada a cabo na jurisprudência, percebemos que nas situações em que a empresa tem o dever de entrega dos documentos ou é sujeita a medidas coativas que levam à sua apreensão, surgem problemas de articulação com o regime do segredo profissional, bem como com os direitos da empresa que são constitucionalmente consagrados.

Neste patamar surgem, também, problemas a diversos níveis e momentos. Caso a empresa entregue os elementos obtidos, tal pode implicar uma violação do direito de defesa da pessoa coletiva, enquanto consequência necessária da colaboração da empresa com o Estado.⁷⁵ Adicionalmente, se a entrega de tais elementos resultar de coação ou de um dever, surge o tema do alcance e limite do segredo profissional, isto se a investigação for realizada por um advogado. Salienta-se, todavia, não ser o objetivo do presente estudo a análise desta matéria.

Ademais, somos remetidos para as questões enunciadas *supra* sobre a violação de direitos e garantias dos trabalhadores, afinal aqui os interesses da pessoa coletiva são diametralmente opostos aos das pessoas singulares.

⁷³ ANNE SCHNEIDER, “Search and seizure of documents generated in internal investigation – Lessons to learn from European law”, *The Role of Corporations in Criminal Justice, RIDP*, 2019, pp. 311-313.

⁷⁴ Serious Fraud Office (“SFO”) v. ENRC [2018] Court of Appeal, Case No. A2/2017/1514, disponível em www.bailii.org.

⁷⁵ SERGIO HERRA, “The American Way of Conducting Internal Investigations”, *op. cit.*, p. 260.

De qualquer forma, a eventualidade ser cometido um facto ilícito durante a investigação interna não significa, necessariamente, que toda investigação fique sem valor e seja ilícita⁷⁶, muito menos retira a ou anula as vantagens e benefícios que estes mecanismos têm no âmbito do *criminal compliance*.

Por fim, como ponto de especial tensão entre as investigações internas e o processo penal, surge a questão da valoração e aproveitamento dos elementos obtidos pelas pessoas jurídicas por parte das autoridades públicas. Será que estes devem ser considerados mera informação para desenvolver atividades de investigação criminal, elementos para fundamentar a existência de indícios suficientes para a acusação ou prova para convencimento do juiz na determinação da sentença?

As investigações internas dão origem a vários pontos de tensão e problemas de articulação com variados pontos do ordenamento jurídico penal, que merecem ser desenvolvidos e, se possível, resolvidos.

2. Tensão entre as investigações internas, as garantias de defesa e os princípios do processo penal

A. A investigação criminal no direito penal económico

A investigação criminal no âmbito da criminalidade económica apresenta características específicas e enfrenta problemas próprios que se encontram diretamente relacionados com os crimes económico-financeiros.

Primeiramente, esta criminalidade é, até certo ponto, invisível para as autoridades, não existindo no plano físico sinais externos que facilitem a tarefa dos órgãos de investigação criminal. Perfeitamente exemplificativo desta ideia é a comparação entre uma situação em que as autoridades encontram um cadáver baleado ou encontram um balanço contabilístico de variadas operações. Se, no primeiro caso, existem indícios de um crime – sendo a pergunta quem praticou os factos –, no segundo caso, não se parte imediatamente do pressuposto que ocorreu um facto criminoso.

⁷⁶ Cfr. JUAN PABLO MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *op. cit.*, p. 260, “estas desviaciones no hacen ilícitas a las investigaciones internas en sí mismas”.

O exposto evidencia uma segunda característica da criminalidade económica e respetiva investigação, a necessidade de conhecimentos especializados, quer do lado do infrator, quer do lado de quem investiga.

Do lado do Estado, há uma manifesta falta de formação dos OPC e restantes entidades incumbidas da investigação criminal, aliada a uma escassez de meios económicos para investigar os macroprocessos a que a criminalidade económica tende a dar origem.

Do lado oposto, os autores dos crimes não só têm conhecimentos especializados por exercerem a sua atividade no meio em que os factos são praticados, como, muitas vezes, têm aconselhamento jurídico especializado, que lhes permite calcular todos os riscos e consequências legais das suas decisões. Com isto pretende-se evidenciar dois pontos: (i) a fronteira entre a legalidade e a ilicitude é por vezes muito ténue⁷⁷; (ii) a ponderação entre os benefícios económicos da conduta supera o juízo de ilegalidade.

Ao que se acrescenta que no contexto empresarial, existem diversos fatores que dificultam as investigações⁷⁸, nomeadamente a hierarquização e divisão de trabalho e a descentralização da tomada de decisões, o que conseqüentemente dificulta a determinação da responsabilidade individual e respetiva culpabilidade.

Além de serem tecnicamente complexos e surgirem no seio das empresas, os crimes económicos caracterizam-se por se prolongarem no tempo e no espaço, não conhecendo fronteiras. Ora, apesar dos mecanismos de cooperação internacional entre os órgãos públicos encarregues da investigação criminal se terem desenvolvido, a verdade é que esta necessidade de cooperação torna o processo mais moroso e perigoso, no sentido de ser difícil garantir a validade da custódia da prova, ao que se soma o facto de cada ordenamento jurídico ter as suas próprias regras de obtenção da prova e garantias processuais penais.

Inevitavelmente, a velocidade da investigação e da justiça não se coadunam com o mundo económico atual, virtual e imaterial, nem com a criminalidade desenvolvida naquele, o que coloca em causa a efetividade da função sancionatória do Estado e a missão deste de tutela dos bens jurídicos.

⁷⁷ Como bem evidencia ANABELA MIRANDA RODRIGUES, na delinquência económica há múltiplas e sofisticadas maneiras de dar um “banho de legalidade” aos comportamentos, existindo uma aparência externa de licitude (*Direito Penal Económico, op. cit.*, p. 15).

⁷⁸ ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, pp. 51-52.

As dificuldades e os desafios que o Estado enfrenta justificam que se procurem soluções alternativas⁷⁹, sendo o recurso à *autorregulação regulada* e à implementação de programas de *compliance* que preveem investigações internas uma forma de resposta. Principalmente se considerarmos que nestes crimes a melhor, ou mesmo única, fonte de informação são os registos internos da empresa que está a ser investigada, bem como os documentos que estão arquivados ou armazenados nos servidores e os esclarecimentos que os trabalhadores podem oferecer.

Tal explica a solução adotada noutros ordenamentos jurídicos, como os EUA, em que as autoridades públicas requerem que as empresas entreguem todas as informações obtidas que ajudem a determinar o trabalhador que cometeu a infração (*Yates Memorandum*).⁸⁰

Contudo, não nos podemos olvidar de que a investigação criminal é uma atividade processual, cujo objetivo é a descoberta da verdade no processo penal⁸¹, pelo que se rege por princípios e garantias processuais que podem não vigorar nas investigações internas.

Assim, a necessidade de encontrar soluções e mecanismos que respondam às dificuldades probatórias no âmbito do direito penal económico deve ser ponderada, de modo a garantir que não há atropelos a direitos e garantias fundamentais. É, por isso, necessário perceber qual o alcance e limites das investigações internas e se estas são a resposta aos desafios que os órgãos de investigação criminal têm encontrado na criminalidade económica e empresarial.

B. Princípio da legalidade e da oportunidade

A clássica oposição entre o princípio da legalidade e o princípio da oportunidade, enquanto guias do Estado na promoção processual penal, assume especial relevância no âmbito do *criminal compliance*.

⁷⁹ O que tem sido feito pelo legislador quer no domínio do direito processual, por exemplo, através da introdução de mecanismos de diversão e de atenuação da pena, quer no domínio do direito substantivo, por exemplo, através da determinação de outras consequências jurídicas do crime, como a perda alargada de bens.

⁸⁰ SERGIO HERRA, “The American Way of Conducting Internal Investigations”, *op. cit.*, p. 261.

⁸¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, Vol. 3, Universidade Católica Editora, 2015, p. 19.

Segundo o princípio da legalidade, consagrado no nosso ordenamento jurídico no artigo 219.º, n.º 1 da CRP e artigos 262.º, n.º 2 e 283.º do CPP, a iniciativa penal e subsequente acusação é um exercício vinculado do MP, que está obrigado a promover o processo sempre que adquire a notícia de um crime, bem como a deduzir acusação se existirem indícios suficientes, não havendo lugar a um juízo de oportunidade.⁸²

Existem, todavia, pontuais limitações ao princípio da legalidade, consagradas nos artigos 280.º, 281.º e 282.º do CPP, são elas o arquivamento em caso de dispensa de pena e a suspensão provisória do processo. Ou seja, estamos perante soluções de oportunidade dentro da legalidade, uma vez que apenas existem nos casos em que a lei prevê e consoante o preenchimento de pressupostos previamente fixados, pelo que as autoridades públicas, máxime o MP, não possuem qualquer discricionariedade nesta matéria.

Em clara oposição encontramos o princípio da oportunidade, que permite às entidades públicas encarregues da promoção processual e da investigação formularem juízos sobre a conveniência de promover ou não o processo, deduzir ou não uma acusação formal, adaptando casuisticamente a tramitação do processo.⁸³

O “berço” do *compliance* e das investigações internas, os EUA, é um ordenamento jurídico que se caracteriza por conferir uma grande amplitude ao princípio da oportunidade. Assim, o desenvolvimento de formas de diversão aplicáveis às pessoas jurídicas era expectável, funcionando a colaboração da empresa e a existência de mecanismos de *compliance* efetivos como condições para celebrar acordos prejudiciais de não promoção ou de suspensão do processo penal, os já mencionados *NPA* e *DPA*.

Estes mecanismos de negociação, que têm na sua base a existência de programas de *compliance*, têm vindo a ser utilizados na Europa, incluindo em países em que o princípio da oportunidade não tem a mesma longitude que nos EUA. Por exemplo, no Reino Unido os *DPA* dependem de apreciação e aprovação judicial (*Crime and Courts Act 2013*) e em França estes acordos são apenas admissíveis num elenco restrito de crimes económicos, com especial enfoque na corrupção (*Loi Sapin II*, 09.12.2016).⁸⁴

⁸² MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2017, p. 65. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, Vol. 1, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 83-84.

⁸³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, *op. cit.*, pp. 83-84.

⁸⁴ SUSANA AIRES DE SOUSA, “The Relevance of the Collaboration of the Corporation in Criminal Proceedings”, *The Role of Corporations in Criminal Justice*, RIDP, Maklu, 2019, pp. 126-127.

A existência de formas de negociações no âmbito da criminalidade empresarial revela-se especialmente importante, pois a simples acusação formal, face aos efeitos reputacionais, pode implicar a insolvência da empresa, consequências que ficaram conhecidas neste meio como *Andersen effects*, em virtude do processo penal internacionalmente conhecido que culminou na queda da *Arthur Andersen*.⁸⁵

Pela caracterização do processo penal português, nunca será de admitir uma total liberdade do MP na decisão de promoção (ou não promoção) dos processos contra pessoas jurídicas. Admitindo as vantagens dos mecanismos de negociação como os *DPA* e *NPA*, estes desrespeitam princípios basilares do processo penal português, nomeadamente, o princípio da igualdade na aplicação da lei e da independência do processo, que não deve ser permeável a influências externas, como interesses políticos e económicos.⁸⁶

Mesmo não sendo possível a consagração de mecanismos de negociação com as mesmas características e nos exatos termos do que foi feito em países de *common law*, o legislador português deve intervir nesta matéria e, como já defendido no presente estudo, definir como condição para a suspensão provisória do processo ou para o arquivamento em caso de dispensa de pena, a existência de um efetivo programa de *compliance* na empresa arguida e, eventualmente, a colaboração daquela através da realização de investigações internas.

Desta forma, a tensão existente entre o princípio da legalidade e a crescente valorização da *autorregulação regulada* à margem da lei, pode ser mitigada pela introdução de um novo fundamento ou mecanismo de diversão, dependente, claro, da intervenção do legislador neste sentido.

C. Os direitos fundamentais do indivíduo, em especial a reserva da intimidade da vida privada

A relação laboral caracteriza-se por ser uma relação de desequilíbrio, o que se torna evidente quando olhamos para os direitos e deveres que origina: o poder de direção e supervisão do empregador e o correspondente dever de subordinação do trabalhador, que

⁸⁵ SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, *op. cit.*, p. 132.

⁸⁶ Para uma crítica detalhada dos *NPA* e *DPA* cfr. SUSANA AIRES DE SOUSA, “The Relevance of the Collaboration of the Corporation in Criminal Proceedings”, *op. cit.*, pp. 130-132, que destaca a discricionariedade e a possibilidade de lesão de garantias processuais destes mecanismos.

está exposto a uma supervisão praticamente contínua com forte impacto na sua privacidade.

Contudo, a qualidade de *trabalhador* não preclui a sua qualidade de *cidadão*, pelo que a relação laboral não invalida a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais tal como constitucionalmente consagrados, que devem funcionar como *eixo de tolerância e barreira de controlo*⁸⁷ na definição dos poderes do empregador.⁸⁸

Mais concretamente, estão em causa o direito fundamental à privacidade e intimidade da vida privada e outros direitos pessoais constitucionalmente consagrados (artigos 26.º e 34.º da CRP), os quais também têm proteção infraconstitucional (artigos 14.º a 22.º do CT) e são expressamente previstos pelos diplomas internacionais que vinculam o Estado Português, constando do artigo 8.º da CEDH e artigo 7.º da CDFUE.

O direito à intimidade da vida privada abrange o direito de impedir o acesso, bem como a divulgação, da vida privada⁸⁹, o que resulta na proteção do correio eletrónico, telemóvel e computador, bem como tudo o que seja qualificado como dados pessoais - dados de geolocalização, imagens de videovigilância, dados biométricos. Contudo, não estamos perante um direito absoluto, pelo que pode ser legitimamente restringido.

A restrição de direitos fundamentais tem como objetivo salvaguardar outros direitos ou interesses protegidos pela CRP, alcançar a harmonização daqueles e, na medida do possível, garantir a otimização dos direitos, liberdade e garantias de cada pessoa.⁹⁰ A unanimidade da doutrina admite esta restrição não só nos casos expressamente previstos na Constituição e na lei, como também através das denominadas restrições implícitas ou não expressamente autorizadas⁹¹, as quais “não podem deixar de admitir-se para resolver problemas de ponderação de conflitos entre bens ou direitos constitucionais”.⁹²

⁸⁷ Expressões de LURDES DIAS ALVES, *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral*, Almedina, 2020, p. 66.

⁸⁸ Cfr., entre outros, Acórdão do STJ de 05.07.2007, proc. 07S043, disponível em www.dgsi.pt: “O art. 21.º, n.º 1 do CT garante o direito à reserva e à confidencialidade relativamente a mensagens pessoais e à informação não profissional que o trabalhador receba, consulte ou envie através de correio eletrónico, pelo que o empregador não pode aceder ao conteúdo de tais mensagens ou informação, mesmo quando esteja em causa investigar e provar uma eventual infração disciplinar”.

⁸⁹ LURDES DIAS ALVES, *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral*, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁹⁰ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2000, pp. 329 e ss.

⁹¹ A terminologia diverge entre os autores, mas a sua aceitação é consensual.

⁹² GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 391.

Não obstante a sua admissibilidade, a restrição só se justifica para salvaguardar um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido. Como vimos, do lado oposto ao direito à intimidade da vida privada do trabalhador encontramos o direito à liberdade económica e de empresa, sendo o empregador livre para gerir e organizar os meios de trabalho, previsto no artigo 61.º da CRP.

Depois, a admissibilidade da restrição depende da verificação de um conjunto de pressupostos, expressos no artigo 18.º da CRP⁹³, que se traduzem no respeito por critérios de proporcionalidade e na salvaguarda do núcleo essencial de cada direito.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo desdobra-se em três subprincípios. Segundo o princípio da adequação (ou da idoneidade), a medida restritiva deve ser adequada ao fim pretendido; o princípio da necessidade (ou da indispensabilidade) implica que a medida restritiva deve ser indispensável ao fim pretendido, não existindo outras alternativas menos lesivas; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ou da justa medida) consagra a proibição do excesso dos meios utilizados face aos fins obtidos.⁹⁴ Apesar da enunciação geral, este juízo de proporcionalidade apenas pode ser feito no caso concreto, aferindo-se a proporcionalidade perante as circunstâncias de cada potencial conflito de direitos.

Na parte final do artigo 18.º, n.º 3 da CRP encontramos outro pressuposto material para a restrição legítima de direitos fundamentais, segundo o qual a restrição não pode diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Tal significa que não se pode comprimir o direito ao ponto de o “esvaziar” por completo, devendo o núcleo essencial funcionar como barreira intransponível, que assegura a utilidade do direito fundamental.⁹⁵

Assim, existem restrições a direitos fundamentais que são legalmente admissíveis desde que se cumpram determinados pressupostos, o que se aplica quer nas relações Estado-indivíduo, como nas relações entre entidades privadas, no caso empregador-trabalhador.

⁹³ Não obstante o artigo 18.º elencar um vasto conjunto de requisitos de natureza material e formal, nas restrições implícitas existem condições formais que não se verificam – cfr. CATARINA ANASTÁCIO, “O Dever de Colaboração e o *nemo tenetur*”, *RC&R*, Ano 1, n.º 1, jan.-mar. 2010, p. 213.

⁹⁴ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, pp. 392-393.

⁹⁵ *Idem*, pp. 394-395.

O artigo 22.º do CT demonstra precisamente isso, ao consagra um direito de reserva e confidencialidade relativamente a mensagens e informação de natureza pessoal do trabalhador (n.º 1) e, simultaneamente, concede ao empregador a possibilidade de estabelecer regras de controlo dos meios de comunicação da empresa, desde que respeite o princípio da proporcionalidade (n.º 2).

Abordando o tema do ponto de vista das investigações internas, o empregador pode recorrer aos mecanismos de controlo dos meios de comunicação da empresa ou ao sistema de videovigilância para obter informações sobre a prática de delitos, pelo que a legitimidade das investigações irá depender da forma como o empregador acede a tais elementos.

Por exemplo, a colocação de câmaras em casas-de-banho é expressamente proibida e o acesso indiscriminado a mensagens de carácter privado dirigidas ao trabalhador também, pois não é o facto de estas ficarem gravadas em servidores da propriedade do empregador que lhe confere um direito de acesso ilimitado.⁹⁶

A colisão de direitos fundamentais surge, também, numa das práticas mais comuns nas investigações privadas, as entrevistas aos trabalhadores. O direito à intimidade da vida privada impede os investigadores, por regra, de fazer perguntas sobre a vida íntima, sentimental, sexual ou ideológica dos investigados. Segundo ALBERT ESTRADA I CUADRAS e MARIONA LLOBET ANGLÍ, esse tipo de questões são proibidas com fundamento tanto no respeito ao direito à intimidade, como no princípio que proscree a proibição de discriminação por essas causas.⁹⁷ Não obstante, no *criminal compliance*, tais perguntas dificilmente terão alguma ligação com a investigação que está a ser conduzida, uma vez estarão sob suspeita factos penais.

De modo a garantir uma compressão legítima e tolerável dos direitos fundamentais dos trabalhadores é necessário implementar um conjunto de medidas e requisitos *a priori* para a realização de investigações internas. Tal revela-se de máxima importância uma vez que a violação daqueles supõe que os elementos obtidos não podem ser utilizados para

⁹⁶ LURDES DIAS ALVES, *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral*, Almedina, 2020, pp. 31 e 43. Na jurisprudência, por exemplo, Acórdão do STJ, de 07.05.2007, proc. 07S043, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁷ ALBERT ESTRADA CUADRAS e MARIONA LLOBET ANGLI, “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario”, *op. cit.*, p. 181.

fundamentar uma qualquer sanção disciplinar e são de valoração proibida pelas autoridades judiciais.⁹⁸

D. Garantias processuais do arguido, em especial o *nemo tenetur se ipsum accusare*

A CRP, no seu artigo 32.º, n.º 1, consagra expressamente e em termos gerais o direito de defesa no processo criminal. Porém, no nosso ordenamento jurídico vigora o direito de ampla defesa, que se estende ao suspeito, ao imputado, ao acusado e ao arguido, vigora em todo o processo e inclui a defesa pessoal negativa, que se traduz na recusa do visado em contribuir para atos probatórios.⁹⁹

Este complexo direito de defesa abrange, então, o direito ao silêncio, previsto no artigo 61.º, n.º 1, alínea c) do CPP, o qual implica a liberdade de declaração do arguido, bem como o direito à não autoincriminação, também designado *nemo tenetur se ipsum accusares* ou, simplesmente, *nemo tenetur*, princípio que não encontra previsão legal expressa, mas cuja dignidade constitucional é consensualmente admitida, decorrendo, ainda, implicitamente do artigo 6.º da CEDH.¹⁰⁰

Apesar do valor constitucional do *nemo tenetur* não ser discutido, o seu fundamento já o é, distinguindo-se duas correntes, uma *substantiva* ou material e outra *processualista*. A primeira fundamenta o *nemo tenetur* nos direitos fundamentais, mais concretamente na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP); a segunda, advoga que a fonte jurídico-constitucional daquele reside nas concretas garantias processuais que a Constituição consagra em matéria criminal, sendo esta a posição dominante no nosso ordenamento jurídico.¹⁰¹

O *nemo tenetur* traduz-se no direito de ninguém ser obrigado a contribuir para estabelecer a sua própria culpabilidade, abrangendo todas as formas de *colaboração ativa*

⁹⁸ JORDI GIMENO BEVIÁ, “Las diligencias de investigación en la lucha ante la criminalidad empresarial”, *op. cit.*, p. 311.

⁹⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, Vol. 1, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 71-74 e nota 5.

¹⁰⁰ Sobre a origem do *nemo tenetur* cfr., entre outros, AUGUSTO SILVA DIAS E VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, 2009 e SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo*, Almedina, 2019.

¹⁰¹ J. FIGUEIREDO DIAS e M. COSTA ANDRADE, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, Almedina, 2009, pp. 40-41.

para a própria incriminação coercivamente impostas, nomeadamente a recusa a prestar informações e a entregar documentos.¹⁰²

Não obstante, são várias as limitações consagradas pelo legislador a estes direitos, designadamente: o arguido está obrigado a responder com a verdade sobre a sua identidade (artigo 61.º, n.º 6, al. b) do CPP), bem como está sujeito a exames e certas diligências de prova (artigo 61.º, n.º 6, al. c) e 172.º, n.º 1 do CPP).

Ou seja, a própria lei processual penal admite restrições, as quais podem também ser encontradas noutros quadrantes do ordenamento jurídico, nomeadamente, assiste-se a uma compressão do *nemo tenetur* por meio dos deveres de cooperação do contribuinte perante administração tributária e dos deveres de colaboração das empresas perante as entidades reguladoras (CMVM; Autoridade da Concorrência).¹⁰³

A admissibilidade desta restrição é consensual entre a doutrina e jurisprudência. Na doutrina destacam-se FIGUEIREDO DIAS E COSTA ANDRADE, segundo os autores a restrição deve obedecer a dois pressupostos para que seja legítima: a exigência de legalidade (lei prévia e expressa, como os deveres legais de colaboração com a CMVM); e o respeito pelo princípio da proporcionalidade.¹⁰⁴

Também a jurisprudência adotou soluções semelhantes, considerando que o *nemo tenetur* não é um direito absoluto, admite que seja restringido quando em confronto com outros direitos constitucionalmente tutelados, recorrendo à dogmática da restrição de direitos fundamentais.¹⁰⁵

Com efeito, o Tribunal Constitucional¹⁰⁶ julgou não inconstitucional a interpretação normativa com o sentido de que, “após notícia do ilícito, os Reguladores podem intimar os supervisionados visados a fornecer documentação, sob cominação de sanção por incumprimento do dever de colaboração (...) podendo essa documentação assim obtida,

¹⁰² Afirmando ser este o entendimento consensual no panorama nacional e comparatístico, cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (nº 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 144.º, n.º 3989, novembro-dezembro 2014, pp. 139-140.

¹⁰³ SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e deveres de colaboração em matéria tributária”, *Prova Penal Teórica e Prática*, Almedina, 2019, p. 100.

¹⁰⁴ J. FIGUEIREDO DIAS e M. COSTA ANDRADE, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, *op. cit.*, pp. 45 e ss.

¹⁰⁵ Acórdão do TC, 340/2013, de 17.06.2013 (Conselheiro João Cura Mariano). Objeto de crítica por MANUEL DA COSTA ANDRADE - “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito tributário... *op. cit.*”

¹⁰⁶ Acórdão do TC, 360/2016, de 08.06.2016 (Conselheira Ana Guerra Martins).

ser utilizada como prova contra o visado/Arguido e/ou outros, em processos sancionatórios futuros”.

A jurisprudência europeia pronuncia-se igualmente no sentido de serem admitidas restrições ao *nemo tenetur*. O TJUE, de modo geral, considera não ser permitida a recusa da entrega de documentos pré-existentes nem de informação factual, apenas admitindo a recusa de resposta a questões que impliquem diretamente a admissão de uma infração (posição que é tomada por referência ao direito da concorrência).¹⁰⁷

As decisões do TEDH nesta matéria tornaram-se muito úteis na densificação do *nemo tenetur* e não podemos esquecer que as decisões deste Tribunal têm força obrigatória para os Estados-Membros (artigo 46.º da CEDH). A título exemplificativo citam-se três casos com especial relevância e conexão ao objeto do presente estudo.

No Caso *Funke*¹⁰⁸, sobre a admissibilidade da entrega de documentos, o TEDH decidiu que, no âmbito de uma investigação preliminar, a aplicação de sanções penais com o objetivo de obrigar o visado a entregar determinados documentos viola o direito à autoincriminação, principalmente por não existirem indícios da prática de infração penal.

Em confronto com esta decisão, a maioria da doutrina e dos tribunais admite que a obrigatoriedade de conservação e entrega de documentos nos setores sujeitos a supervisão e controlo das autoridades públicas arrasta a legitimidade da sua valoração em processo sancionatório.¹⁰⁹ Existem, porém, ressalvas, SANDRA OLIVEIRA E SILVA apenas admite tal valoração se estiverem em causa documentos legalmente obrigatórios (*required documents*), caso contrário afirma que a compressão ao *nemo tenetur* é inadmissível.¹¹⁰

O Caso *Saunders*¹¹¹ incidiu sobre a valoração em processo penal de declarações anteriores do arguido prestadas sob coerção, tendo o Tribunal decidido que o direito à não autoincriminação abrange quaisquer depoimentos obtidos sob coerção e não apenas as declarações diretamente autoincriminatórias. Ainda, definiu como critério para

¹⁰⁷ FILIPE MATIAS SANTOS, “Compatibilização dos deveres de informação e colaboração com o princípio da não autoinculpação”, *Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2020, p. 489. Fundamentando tal afirmação, entre outros, no Acórdão Mannesmannröhren-Werke AG c. Comissão, de 2011; Acórdão Erste Banke ouros c. Comissão, de 2009; Acórdão Comissão c. SGL Carbon, em 2006.

¹⁰⁸ Acórdão *Funke*, de 25.02.1993, disponível em www.echr.coe.int/echr.

¹⁰⁹ SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo*, op. cit., p. 836.

¹¹⁰ *Idem*, p. 849.

¹¹¹ Acórdão *Saunders*, de 17.12.1996, disponível em www.echr.coe.int/echr.

determinar se existiu violação do direito à não autoincriminação a relação entre a existência da prova e a vontade do arguido.

O *Caso Jalloh*¹¹² merece aqui menção, uma vez que neste aresto o TEDH formulou os critérios gerais para determinar num caso concreto se existe ou não violação do *nemo tenetur*, são eles: a natureza e grau de coerção empregado para obter a prova; a importância do interesse público na investigação e punição da infração; a existência de garantias relevantes no processo; e a utilização dada aos elementos obtidos.

A jurisprudência do TEDH incide sobre as várias dimensões do *nemo tenetur* e, apesar de fragmentárias, é demonstrativa da possibilidade de restrição daquele direito quando confrontado com outros interesses juridicamente tutelados, desde que se preserve o seu núcleo essencial.¹¹³

O *nemo tenetur* torna-se relevante no âmbito das investigações internas realizadas ao abrigo de um programa de *criminal compliance* porque o objeto das investigações são factos com alegada relevância penal e, simultaneamente, o facto de estarmos no domínio do Direito do Trabalho implica que a entidade que investiga detém um poder de direcção e disciplinar sobre o investigado. Ou seja, o trabalhador pode ser confrontado com perguntas ou solicitações de documentos por parte do empregador que resultem na sua incriminação (disciplinar e eventualmente penal), pelo que se coloca a pergunta: pode o trabalhador recusar a colaboração?

Neste cenário, há quem recuse a existência do direito do trabalhador à não autoincriminação, prevalecendo o poder de direcção e supervisão da pessoa jurídica, que pode sancionar com o despedimento o trabalhador que se recuse a cooperar. Tal poderá ser admissível num ordenamento jurídico que atribua aos empregadores um amplo poder de controlo sobre os empregados, tal como nos EUA.¹¹⁴ Todavia, num ordenamento jurídico como o português, essa solução é questionável, como iremos debater.

¹¹² Acórdão *Jalloh*, de 11.07.2006, disponível em www.echr.coe.int/echr.

¹¹³ PAULO SOUSA MENDES, “As Garantias de Defesa e a Jurisprudência do TEDH”, *RC&R*, Ano 1, n.º 1, jan.-mar. 2010, p. 136.

¹¹⁴ Nos EUA, a nível federal, são admissíveis em julgamento penal as provas obtidas por particulares em violação dos direitos constitucionais dos arguidos, que apenas vinculam as autoridades públicas – cfr. JOSÉ NEVES DA COSTA, “Provas ilicitamente obtidas por particulares”, *Prova Penal Teórica e Prática*, Almedina, 2019, p. 175.

Assim, a difícil articulação entre os deveres de colaboração, o *nemo tenetur* e o processo penal não é algo novo no nosso ordenamento jurídico, admitindo-se, aliás, a utilização em processo penal de elementos de conteúdo autoincriminatório que o arguido foi obrigado a divulgar ao abrigo daqueles - falamos do âmbito tributário¹¹⁵ e do âmbito regulatório. Porém, o problema *nunca* se colocou nos moldes em que surge no *criminal compliance*, devido, essencialmente, a duas razões: (i) a pessoa jurídica que conduz a investigação pode surgir como coarguida num eventual processo penal contra o investigado; (ii) a pessoa jurídica está a fazer uso dos seus poderes de investigação, direção e supervisão (e correspondente dever de colaboração do trabalhador) em benefício próprio, pois o seu objetivo último será a obtenção de vantagens processuais, bem como de elementos que afastem a sua responsabilização.

Considerando estas particularidades cumpre analisar se é possível ou não afastar o direito à não autoincriminação nas investigações internas.

Por fim, cumpre salientar que a eventual violação do *nemo tenetur* não se afere no momento em que se solicita a colaboração do investigado, apenas se concretizando face à utilização que a entidade com poderes de investigação dá aos elementos obtidos, isto é, se os elementos são utilizados como meios de prova contra quem os forneceu.¹¹⁶ Assim, é indispensável ter em consideração a utilização que a pessoa jurídica faz dos elementos obtidos nas investigações internas.

Não obstante não ser o objetivo do presente estudo, como mencionado no ponto II.1, não se deixa de fazer uma breve nota à problemática do direito à não autoincriminação do ponto de vista da empresa. Desde logo, discute-se se as pessoas jurídicas podem ser titulares deste direito e, em caso afirmativo, em que termos, nomeadamente, quando exista o dever legal de colaboração com as autoridades públicas.¹¹⁷

¹¹⁵ No direito tributário os órgãos da administração tributária enquanto agentes de inspeção cumprem as funções e realizam as tarefas de órgãos de polícia criminal, tirando proveito da posição de vulnerabilidade em que o contribuinte se encontra, exposto aos deveres de colaboração e despojado do estatuto de arguido com os inerentes deveres de defesa – cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito tributário...”, *op. cit.*, p. 141.

¹¹⁶ CATARINA ANASTÁCIO, “O Dever de Colaboração e o *nemo tenetur*”, *op. cit.*, p. 226.

¹¹⁷ Admitindo o direito à não autoincriminação das pessoa coletivas, FREDERICO COSTA PINTO, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação (Parecer)”, *in Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina, 2009, p. 97. Porém, o autor afasta a admissibilidade de recusar a entrega de elementos exigidos ao abrigo de poderes legais com base naquele direito; tal como a jurisprudência - Acórdão do TC, 360/2016, de 08.06.2016; Acórdão do TJUE Caso *Orkem*, de 18.10.1998.

Ora, por enquanto, não está consagrado um qualquer dever legal das pessoas coletivas colaborarem com as entidades públicas na realização de investigações internas para a descoberta de crimes, pelo que os elementos que se recolham e produzam, caso tenham um conteúdo incriminatório para a pessoa jurídica e extravasem as obrigações legais de registo e publicidade de certos atos, podem estar abrangidos pelo direito contra a autoincriminação da pessoa coletiva.¹¹⁸ No mesmo sentido MARIA JOÃO ANTUNES afirma que “[a] administração estadual da justiça penal não deverá usar tais meios de prova [obtidos pela pessoa coletiva na investigação interna], contra a vontade de quem os produziu tendo em vista o exercício do direito de defesa no processo penal”¹¹⁹.

A tensão entre as investigações internas e as garantias processuais do arguido vai para lá da difícil articulação com o *nemo tenetur*. Existem outras garantias de defesa que são colocadas em perigo, veja-se, por exemplo, a indispensável autorização judicial perante atos de investigação criminal que contendam com os direitos fundamentais e que o empregador não necessita obter.¹²⁰

Assim, na análise das garantias aplicáveis aos trabalhadores nas investigações internas, é necessário ter uma visão panorâmica do processo penal, de modo a assegurar uma efetiva tutela dos direitos daqueles.

¹¹⁸ ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, pp. 64-65.

¹¹⁹ MARIA JOÃO ANTUNES, “Privatização das Investigações e Compliance Criminal”, *op. cit.*, p. 126,

¹²⁰ ANA PAIS, “Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada” e o *principio nemo tenetur se ipsum accusare*”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Instituto Jurídico, 2017, p. 677.

CAPÍTULO III – LEGITIMAÇÃO E ALCANCE DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS E DOS ELEMENTOS OBTIDOS

1. Legitimidade e alcance das investigações internas: elenco de possíveis soluções

Como vimos, o *criminal compliance* e as *corporate criminal investigations* ganharam importância nos EUA, país cujo processo penal se caracteriza pela presença do princípio da oportunidade e pelos amplos poderes concedidos aos empregadores no exercício das suas funções. Porém, é inegável que esta tendência e crescente importância atribuída aos programas de *compliance* já atravessou o Atlântico e chegou aos países europeus, com maior ou menor intensidade, adaptando-se às particularidades de cada ordem jurídica.

O alcance e papel que as investigações internas têm no ordenamento jurídico depende, desde logo, do sistema a que aquele pertença, *common law* ou *civil law*, sendo inevitável que a doutrina apresente uma multiplicidade de soluções para regulação das investigações internas, consoante o quadrante a que pertença. Vejamos, então, qual o “estado da arte” nestas matérias.

Quanto ao primeiro dos temas discutidos, a colisão entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e do empregador, vigora uma aceitação generalizada de que, apesar da sua posição de superioridade, o empregador não detém poderes ilimitados, surgindo, nomeadamente, o direito à intimidade da vida privada dos trabalhadores, como limite, o qual apenas pode ser restringido com respeito pelo princípio da proporcionalidade.

Com efeito, para ANA MARIA NEIRA PENA¹²¹, a legitimidade da intervenção da empresa, de modo a garantir o respeito pelos direitos fundamentais dos trabalhadores, depende, desde logo, da existência de uma norma legal que habilite tal intervenção¹²² e da respetiva vinculação a um fim legítimo. Depois, todas as medidas devem respeitar um juízo de proporcionalidade, bem como a legítima expectativa de confidencialidade relativamente ao uso privado de instrumentos eletrónicos disponibilizados pela empresa.

¹²¹ ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, pp. 82-84.

¹²² Em Portugal a lei laboral atribui expressamente ao empregador poderes de intromissão na esfera dos trabalhadores, p.e. artigo 22.º, n.º 2 do CT.

Os autores JUAN CUENCA MÁRQUEZ e JAUME CABECERANS CABECERANS¹²³, distinguem os casos em que existe *a priori* uma política de usos dos meios eletrónicos disponibilizados ao trabalhador, que preveja expressamente a possibilidade de acesso àqueles meios no âmbito de uma investigação interna, mediante informação aos trabalhadores; dos casos em que vigora uma proibição absoluta de utilização dos meios da empresa.

Caso não exista tal política interna ou proibição de uso, os supramencionados autores admitem que o empregador possa aceder aos dispositivos eletrónicos dos trabalhadores mediante uma avaliação casuística pelo encarregado da investigação interna. Este deve avaliar se existe uma justa causa para a intromissão – “indicio – claro y contundente– de que se está cometiendo una irregularidad” -, bem como, se o meio de investigação que utiliza respeita o princípio da proporcionalidade. Advertem, porém, que em caso de dúvidas e existindo indícios de que foi praticado um ato ilícito, a empresa deve solicitar a intervenção das autoridades judiciais para acederem a tais elementos.

É consensual¹²⁴ que o respeito pelos direitos fundamentais surge como limite a qualquer investigação de factos com relevância penal, quer seja conduzida por autoridades públicas, quer seja conduzida por privados, nomeadamente pelo empregador no exercício dos seus poderes e à luz do Direito do Trabalho.

Quanto ao tema (mais debatido) da extensão das garantias penais às investigações internas, distinguem-se duas posições opostas. Uma primeira tese afasta a aplicação das garantias de defesa que vigoram no processo penal, como o *nemo tenetur*, pois as investigações realizam-se dentro da empresa e são reguladas pelo direito privado, pelo que a relação que se estabelece entre o investigado e o investigador é diferente daquele que se estabelece entre o Estado e os cidadãos no âmbito de um processo penal. Uma segunda orientação considera que estamos perante uma privatização da investigação criminal, o que implica a aplicação das garantias características daquela.

¹²³ JUAN CUENCA MÁRQUEZ E JAUME CABECERANS CABECERANS - “El Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones”, *op. cit.*, pp. 5-6.

¹²⁴ Entre nós, cfr. JOSÉ NEVES DA COSTA, “Provas ilicitamente obtidas por particulares”, *op. cit.*, p. 189; ANA PAIS, “Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal...”, *op. cit.*, p. 680.

Neste sentido encontramos JUAN PABLO MONTIEL¹²⁵, que afasta a extensão do *nemo tenetur* às investigações internas com fundamento nos deveres do trabalhador, na natureza privada desta investigações e no facto de estas não serem por natureza repressivas, por oposição ao processo estatal. Desta forma, impõe como limites às investigações internas as normas que regem o direito laboral e os princípios do Estado de Direito.

IMME ROXIN¹²⁶ defende a mesma posição, afirmando que a autoincriminação é uma consequência obrigatória da assinatura do contrato de trabalho.

Igualmente, ANA MARIA NEIRA PENA¹²⁷ afasta a aplicação dos princípios e garantias processuais penais – tais como o *nemo tenetur* e a presunção de inocência –, que apenas vigoram nas investigações públicas. Porém, ressalva a necessidade de serem adotadas “ordenanzas processuales internas” de modo a respeitar um mínimo de garantias, tais como, um dever de esclarecimento por parte da entidade encarregada por dirigir a investigação.

Ainda, segundo a autora, a recusa do trabalhador em responder a perguntas relacionadas com as funções que desempenha na empresa ou quando estejam em causa factos que podem levar à responsabilidade penal da empresa, não é legítima, podendo servir de fundamento ao seu sancionamento, sobrepondo-se o exercício dos poderes de controlo do empregador¹²⁸. Nestas situações, o direito à não autoincriminação não protege os indivíduos de um despedimento ou outras sanções disciplinares.

Podemos, inclusivamente, ir mais longe na defesa desta posição, considerando que existem riscos resultantes da aplicação das garantias processuais penais no âmbito das investigações internas. Entre eles a possibilidade de provas importantes serem nulas, seja por erros na forma de obtenção, seja por as empresas procurarem inutilizar tais provas obtidas.¹²⁹

¹²⁵ JUAN PABLO MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *op. cit.*, pp. 270-272. Concordando com este autor, entre nós, ANA PAIS, “Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal...”, *op. cit.*, p. 681.

¹²⁶ IMME ROXIN, “Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 23, Vol. 114, mai.-jun. 2015, pp. 334.

¹²⁷ ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, pp. 65; 74-75.

¹²⁸ No mesmo sentido, cfr. Caso *J.P. Johnson v. Case. Ed. Herscher* 669 F.2d 617, de 21.01.1982, conforme SERGIO HERRA, “The American Way of Conducting Internal Investigations”, *op. ci.*, p. 267, o Tribunal determinou que a decisão da empresa despedir um trabalhador por este se recusar a colaborar numa investigação interna é legal.

¹²⁹ HARRY FIRST, “Branch office of prosecutor”, *North Carolina Law Review*, Vol. 89, 2010, p. 80 (“The immediate cost to the criminal justice system from imposing these duties on private companies is the

BRUCE A. GREEN e ELLEN S. PODGOR, autores norte-americanos, seguindo a tendência neste ordenamento jurídico, afastam a “*Fifth Amendment right against incrimination*”, considerando que o empregador tem o poder para despedir o trabalhador caso este recuse a colaboração no processo de averiguações internas.¹³⁰

Na doutrina nacional, não permitindo o prolongamento do *nemo tenetur* para além das fronteiras do processo penal, encontramos ANA PAIS¹³¹, que afasta as garantias impostas numa investigação criminal do âmbito das investigações internas, uma vez que estas se realizam ao abrigo de direito privado.

Também PAULO SOUSA MENDES¹³² afirma que, apesar de ser bastante discutível, para a coerência do sistema processual penal as declarações do arguido dirigidas a pessoas diferentes dos agentes da perseguição penal com vista aos fins do processo não estão abrangidas pela prerrogativa da não autoincriminação.

Portanto, podemos afirmar que a opinião generalizada afasta a aplicação do *nemo tenetur* nas investigações realizadas no ambiente laboral, inclusive as realizadas ao abrigo de programas de *criminal compliance*.

Do lado oposto encontramos quem defenda a aplicação do *nemo tenetur* a todo o direito sancionatório¹³³, abrangendo não só o direito penal e contraordenacional, como também infrações disciplinares, sendo o critério a existência de um quadro sancionatório.

Neste sentido, VÂNIA COSTA RAMOS¹³⁴ atribui esta prerrogativa a todos os sujeitos objeto de procedimentos dos quais possa resultar a sua incriminação e JOANA ALMEIDA¹³⁵

substantial likelihood that important evidence of criminal conduct may be lost to prosecutors through corporate constitutional error, making the enforcement of the criminal law in business crime cases far more difficult”). Também, ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, p. 75.
¹³⁰ BRUCE A. GREEN e ELLEN S. PODGOR, “Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents”, *Boston College Law Revive*, Volume 54, Issue 1, 2013, pp. 87-88.

¹³¹ ANA PAIS, “Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal...”, *op. cit.*, p. 672. Também MANUEL DA COSTA ANDRADE (“*Nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito tributário ... *op. cit.*, p. 137) considera que a tutela do *nemo tenetur* apenas abrange elementos autoincriminatórios quando estes são utilizados ou valorados em processo penal.

¹³² PAULO DE SOUSA MENDES, *A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento*, disponível em http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/Sousa_Mendes_Aproveitamento_das_declaracoes_do_arguido_anteriores_ao_julgamento.pdf, p. 16.

¹³³ AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, 2009, p. 22.

¹³⁴ VÂNIA COSTA RAMOS, “*Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*”, *Revista do Ministério Público*, Ano 27, out-dez 2006, N.º 108, p. 131.

¹³⁵ JOANA ALMEIDA, “Investigações internas: ponderações e limites”, *op. cit.*, pp. 73-74.

elencar o direito à não incriminação como um dos limites impostos ao empregador no desenrolar de averiguações internas.

De outra perspectiva, para compatibilizar o direito à não autoincriminação com as investigações internas, muitos autores defendem a existência de deveres de esclarecimento prévio por parte dos empregadores.

ADÁN NIETO MARTÍN¹³⁶ propõe uma série de garantias que compensem os perigos das investigações internas, nomeadamente, a criação de um conjunto de advertências, designadas “*Miranda empresarial*” (pelas semelhanças com os *Miranda Warnigs* dos EUA), segundo aquelas, o investigador deve advertir o trabalhador sobre a situação em que aquele se encontra, os seus direitos, a possível utilização das suas declarações e o papel do advogado da empresa que representa e defende os interesses daquela. Desta forma, a informação obtida do trabalhador resulta de uma decisão livre e informada.

Também a Câmara Federal de Advogados Alemã, em tese desenvolvida em novembro de 2010¹³⁷, defende a necessidade de um dever de esclarecimento nas entrevistas aos trabalhadores enquanto fator legitimador das investigações internas, numa tentativa de compatibilização com o princípio *nemo tenetur*. Este dever obriga a que os trabalhadores sejam informados da possibilidade de se fazer acompanhar por advogado próprio, de ver e aprovar o termo de declaração resultado da entrevista e ser informados que este pode ser encaminhado para as autoridades públicas.¹³⁸

A observância do dever de esclarecimento nas investigações internas há muito que vigora nos EUA, tendo em 1981 surgido os *Upjohn warnings*¹³⁹. Todavia, estas advertências não incluem o facto de a empresa poder entregar os elementos obtidos às autoridades públicas, auxiliando na incriminação do trabalhador. Por esta razão, os

¹³⁶ ADÁN NIETO MARTÍN, “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *La Ley*, n.º 8120, julio 2013 *apud* ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, nota 81.

¹³⁷ Tese 3, tradução livre: “(2) Ao realizar inquéritos internos, em particular ao entrevistar empregados da empresa, o advogado da empresa deve observar as leis gerais e as normas resultantes dos princípios do Estado de direito; (3) O Advogado da Empresa realiza os seus inquéritos de forma a não prejudicar a qualidade e a valorização da prova (*Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zum Der Unternehmensanwalt im Strafrecht*, Tese 3, disponível em www.brak.de).

¹³⁸ IMME ROXIN, “Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas”, *op. cit.*, pp. 331 e 335.

¹³⁹ *Upjohn Co. V. United States* 449 U.S. 383 (1981).

Upjohn warnings não são uma solução para o conflito de interesses e tensões existentes entre as empresas e os seus trabalhadores nas investigações internas.¹⁴⁰

Com efeito, perante as insuficiências o Juiz FREDERICK LACEY desenvolveu os *Adnarim*¹⁴¹ *warnings*, a serem utilizados pelos entrevistadores no âmbito das investigações internas, os quais, para o que aqui releva, prescrevem:

“I am not your lawyer, I represent the corporation. It is the corporation's interests I have been retained to serve. You are entitled to have your own lawyer. If you cannot afford a lawyer, the corporation may or may not pay his fee. You may wish to consult with him before you confer with me. Among other things, you may wish to claim the privilege against selfincrimination. (...) What you tell me, if it relates to the performance of your duties, and is confidential, will be privileged. (...) It is the corporation's privilege. Thus, not only can I tell, I must tell, others in the corporation what you have told me (...) can disclose to the authorities what you tell me if the corporation decides to waive its privilege. (...) Do you understand?”¹⁴²

Conclui-se, pois, que existe uma tendência para a tentativa de articulação entre as investigações internas e o processo penal, surgindo como solução amplamente defendida¹⁴³ o dever de esclarecimento e advertência do trabalhador quando está em causa a colaboração daquele para a obtenção de elementos com relevância probatória.

Relativamente ao terceiro grande ponto de tensão, o uso das informações obtidas durante a investigação no processo penal estadual, as opiniões voltam a divergir em sentidos diametralmente opostos, que vão desde de uma proibição geral de valoração dos elementos obtidos como prova, até à aceitação da livre transmissibilidade entre os processos. Vejamos com maior detalhe.

ANA MARIA NEIRA PENA¹⁴⁴, ao estabelecer diversos limites aos poderes investigatórios do empregador – *supra* elencados – conclui pela admissibilidade da valoração dos

¹⁴⁰ BRUCE A. GREEN E ELLEN S. PODGOR, “Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents”, 54 B.C.L. Rev. 73 (2013), pp. 115-116.

¹⁴¹ *Miranda* escrito ao contrário.

¹⁴² Cfr., entre outros, SARAH HELENE DUGGIN, “Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview”, *op. cit.*, pp. 945-946.

¹⁴³ SARAH HELENE DUGGIN, “Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview”, *op. cit.*, pp. 958. Entre nós, mas sem desenvolver a ideia, ANA PAIS, “Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal... *op. cit.*, 201.

¹⁴⁴ ANA MARIA NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el Centro de Trabajo”, *op. cit.*, pp. 75 e 77.

documentos gerados nas investigações internas no processo penal segundo as regras de livre apreciação da prova, incluindo gravações e outro tipo de documentos que contenham, inclusivamente, declarações dos trabalhadores.

Para MARIA JOÃO ANTUNES¹⁴⁵ a preservação dos meios de prova obtidos nas investigações internas é essencial na dinâmica do *criminal compliance*, porém, adverte que as garantias básicas do processo penal são irrenunciáveis e só podem ser valorados os meios de prova obtidos com respeito pelos direitos fundamentais.

Como resposta aos problemas levantados pelas declarações dos trabalhadores no âmbito das investigações internas, SCHUR¹⁴⁶ utiliza a *hypothetical clean path doctrine*, segundo a qual devem ser aceites os meios de prova que poderiam ser obtidos com elevada probabilidade sem a declaração do imputado. ANA PAIS¹⁴⁷ critica esta solução, defendendo que é da competência do poder público encontrar meios de prova alternativos, não sendo admissível a existência de meios de prova prováveis ou de presunções.

JUAN PABLO MONTIEL¹⁴⁸ – que afasta a aplicação das garantias processuais penais nas investigações internas, argumentando que outra solução geraria deformações e interferências nas relações jurídicas laborais – afirma perentoriamente que toda a informação incriminadora obtida não poderá ser utilizada no âmbito de um processo penal como meio de prova.

Também IMME ROXIN é perentória na sua posição: “há uma proibição de valoração em relação às entrevistas”¹⁴⁹. Fundamenta esta posição no facto de estarmos no âmbito do Direito do Trabalho, onde estão em causa interesses de natureza jurídico-civil, pelo que o Estado não pode utilizar indevidamente os direitos e deveres que vigoram neste setor para a persecução penal e supressão do direito ao silêncio, em clara violação do mais básico princípio do processo justo e do *nemo tenetur*.

Mais, considera que independentemente de os deveres de esclarecimento serem respeitados em toda a sua amplitude, o trabalhador nunca tem verdadeiramente uma livre

¹⁴⁵ MARIA JOÃO ANTUNES, “Privatização das Investigações e Compliance Criminal”, *op. cit.*, pp. 126.

¹⁴⁶ JUAN PABLO MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *op. cit.*, p. 273, nota 102.

¹⁴⁷ ANA PAIS, “Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal... *op. cit.*, 2017

¹⁴⁸ JUAN PABLO MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *op. cit.*, pp. 271-272.

¹⁴⁹ IMME ROXIN, “Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas”, *op. cit.*, p. 333.

escolha, as suas opções são: ficar em silêncio e, em consequência, ser despedido; ou prestar declarações e, em consequência, autoincriminar-se.¹⁵⁰

Igualmente, entre nós, MANUEL DA COSTA ANDRADE¹⁵¹ propõe como solução à tensão entre o *nemo tenetur* e os deveres legais de colaboração, a proibição de valoração em processo penal dos elementos autoincriminatórios obtidos. Afirmar que “*os deveres de colaboração subsistentes em ramos de direito exteriores ao processo penal não podem projetar-se sobre o processo penal em provas (coercivamente) autoincriminatórias*”. Ora, não há dúvidas que num direito laboral o trabalhador tem um dever de colaborar, o que segundo o autor nunca pode ser usado contra o próprio num processo penal.

No mesmo sentido, e por referência específica às investigações internas, ANA PAIS¹⁵² rejeita a comunicabilidade dos elementos obtidos por violação do *nemo tenetur* para o processo penal, no limite admite a sua utilização para fundamentar uma denúncia, mas nunca a acusação e posterior condenação.

Nenhuma das soluções elencadas é isenta de fragilidades, a título de exemplo, JUAN PABLO MONTIEL¹⁵³ critica a sua própria tese, uma vez que no ambiente específico da criminalidade económico-financeira internacional e extraterritorial, as empresas multinacionais cooperam no desenvolvimento das investigações internas, pelo que a não utilização dos elementos obtidos por recurso à autoincriminação dependeria da perfeita simetria das distintas legislações na proibição de valoração desse material.

Encontramos, ainda, autores que fundamentam a sua posição na distinção entre a prova documental e pessoal, ÓSCAR SERRANO ZARAGOZA¹⁵⁴ afirma que a documentação interna da empresa, desde que gerada e obtida sem violação de direitos fundamentais ou normas legais, pode transitar para o processo penal. Posição idêntica é defendida por FREDERICO LACERDA COSTA PINTO¹⁵⁵, que acrescenta que a prova pessoal somente pode constituir

¹⁵⁰ *Idem*, p. 337.

¹⁵¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito tributário ... *op. cit.*, p. 153.

¹⁵² ANA PAIS, “Os programas de compliance e o risco da privatização do processo penal... *op. cit.*, p. 682.

¹⁵³ JUAN PABLO MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *op. cit.*, p. 272.

¹⁵⁴ ÓSCAR SERRANO ZARAGOZA, “Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 6, Junio 2016, p. 206.

¹⁵⁵ FREDERICO LACERDA COSTA PINTO, “Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal económico”, *Católica Law Review*, Vol. I, n.º 3, nov. 2017, pp. 107-108.

conhecimentos de investigação e nunca prova criminal, uma vez que estamos perante elementos produzidos fora do processo e necessariamente sem as garantias devidas.

Também sobre a aquisição para o processo penal de meios de prova e de obtenção de prova produzidos em processos não penais, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE distingue a prova testemunhal, que tem a sua principal limitação na necessidade de respeito pelo princípio da imediação, dos restantes meios de prova e de obtenção de prova, os quais afirma poderem ser adquiridos para o processo penal desde que o sujeito processual tenha tido oportunidade de participar na sua produção e os possa discutir em juízo.¹⁵⁶

As soluções e propostas de legitimação das investigações internas e elementos obtidos são variadas, com divergências inclusive dentro de um mesmo ordenamento jurídico, não obstante podem-se extrair algumas conclusões. Primeiro, o respeito pelos direitos fundamentais dos trabalhadores é um limite consensualmente aceite; segundo, a transposição das garantias processuais penais para as investigações internas e a admissibilidade da valoração dos elementos obtidos nas investigações internas no processo penal não são realidades separáveis.

Concretizando este segundo ponto, tendencialmente os autores que afastam a aplicação das garantias e princípios básicos do processo penal nas investigações internas, defendem que os elementos obtidos não podem ser valorados num eventual processo penal. Inversamente, aqueles que admitem o direito à não autoincriminação, aliado a um amplo dever de esclarecimento dos trabalhadores, concluem pela admissibilidade dos elementos utilizados.

Elencadas as tendências, cumpre apresentar uma solução que garanta a licitude das investigações internas conduzidas pelos trabalhadores à luz do direito português vigente, o que deve ser feito considerando que o problema surge em dois momentos distintos. Num primeiro momento, discute-se a admissibilidade dos meios utilizados para obter os elementos e, num segundo momento, a admissibilidade de valoração desses elementos no processo penal.

¹⁵⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, op. cit., p. 317.

2. A legitimação das investigações internas e elementos obtidos à luz do direito português

A. Os limites das investigações internas

A intromissão do empregador na esfera jurídica do trabalhador, sobretudo através do acesso a informação existente no telefone, correio eletrónico, computador e outros meios afins, bem como a possibilidade de realizar entrevistas é legítima à luz do direito laboral, resultando do direito de supervisão do empregador e correspondente dever de subordinação do trabalhador.

Porém, este poder de supervisão e controlo tem limites, de modo a garantir que, por um lado, o empregador não atua em violação de direitos fundamentais e, por outro lado, os elementos obtidos podem ser utilizados para fundamentar licitamente uma sanção.

Assim, propõe-se as diretrizes mínimas e limites que o empregador deve ter em consideração na realização de investigações internas, de modo a legitimar a utilização dos elementos nelas obtidos: *(i)* regulação e fundamentação das investigações; *(ii)* respeito pela expectativa razoável de privacidade dos trabalhadores; *(iii)* obediência ao princípio da proporcionalidade; e *(iv)* observância de um conjunto de garantias mínimas.

i) Regulação e fundamento

O primeiro fator de legitimidade de um sistema de controlo é a sua expressa previsão e regulação, nomeadamente no regulamento interno da empresa.

Em concreto, na regulação das investigações internas devem, necessariamente, estar definidos os seguintes pontos: os factos ou as norma cujo incumprimento pode despoletar uma investigação; a entidade competente para a realização da investigação; os poderes e meios de investigação que essa entidade dispõe; o destino dos elementos obtidos – elaboração de um relatório final exclusivamente para uso interno ou possibilidade de entrega dos elementos a terceiros; a duração máxima da investigação; e as consequências da investigação, advertindo para as possíveis sanções disciplinares e/ou apresentação de uma queixa-crime às autoridades públicas.

O objetivo da expressa regulação é o conhecimento por parte dos visados. Ao que se deve aliar canais de suporte para explicação e orientação de um tal sistema, só desta forma se garante o efetivo conhecimento e esclarecimento dos trabalhadores das medidas que podem ser adotadas por parte da empresa.

O segundo fator de legitimidade para a implementação de um sistema de controlo e a intromissão na esfera jurídica dos trabalhadores é a sua fundamentação, as suas finalidades devem estar delimitadas. Nestes termos, deve ficar expresso que a atuação da empresa serve para investigar violações ao programa de *criminal compliance* e, conseqüentemente, violações de normas penais, podendo a investigação culminar na aplicação de sanções ao trabalhador.

Os pontos *supra* indicados que devem constar do regulamento são basilares para legitimar as investigações internas, não obstante, correspondem a um conteúdo mínimo, o que significa que o empregador pode densificar o regulamento conforme o que considere mais adequado, devendo ter em conta, nomeadamente, qual o setor de atividade em que a empresa atua, o seu caráter nacional ou transnacional e o número de funcionários.

Esta liberdade de conformação apenas é admissível perante o atual vazio normativo, não existe legislação específica que defina o procedimento e os limites na realização de investigações internas no âmbito do *criminal compliance*, sem prejuízo das linhas orientadoras estabelecidas pelo direito laboral que não regula esta figura.¹⁵⁷

ii) *Expectativa razoável de privacidade*

Como sobejamente afirmado, um dos principais desafios na realização das investigações internas é delimitar os poderes do empregador de modo a que, do seu exercício, não resultem violações ou restrições inadmissíveis de direitos fundamentais, máxime do direito à intimidade da vida privada. Todavia, apenas podem existir tais violações se, no decurso da investigação, ocorrerem intromissões na esfera *privada* dos trabalhadores – a investigação que recaia no âmbito das funções do trabalhador e na sua esfera profissional não levanta problemas de colisão de direitos.

Os trabalhadores pressupõem um determinado nível de confidencialidade e respeito pela intimidade privada mesmo no âmbito laboral, nomeadamente no que diz respeito à utilização dos meios tecnológicos (telemóvel, computador, endereço de email) disponibilizados pelo empregador, existindo uma certa tolerância ou hábito generalizado

¹⁵⁷ A qual não se deve confundir, como já mencionado, com o procedimento prévio de inquérito, previsto no artigo 352.º do CT, o qual apenas é admitido para fundamentar a nota de culpa e a abertura de um procedimento disciplinar - JOANA ALMEIDA, “Investigações internas: ponderações e limites”, *Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2020, p. 62.

de uso desses meios para fins não profissionais. Neste contexto, torna-se relevante o conceito de “expectativa razoável de privacidade”.

O conceito é utilizado em vários ordenamentos jurídicos, tanto de *common law* como de *civil law*. Nos primeiros, o exemplo paradigmático é o dos EUA, onde o *reasonable expectation of privacy test* é utilizado pelos tribunais na interpretação e imposição de limites admissíveis à *Fourth Amendment*¹⁵⁸.

Nos sistemas de *civil law* destaca-se a jurisprudência dos tribunais superiores espanhóis, que estabeleceu três preceitos para afastar a expectativa razoável de privacidade: determinação prévia de regras de utilização dos meios colocados à disposição dos trabalhadores; aviso anterior à execução das medidas de controlo e determinação de quais serão concretamente adotadas; e respeito pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo na aplicação de tais medidas, nomeadamente através da adoção de medidas preventivas, de modo a esgotar todos os meios alternativos menos lesivos.¹⁵⁹

Nos ordenamentos jurídicos europeus, e com relevância para o português, o grande propulsor da cláusula de expectativa razoável de privacidade foi o TEDH, que estabeleceu um conjunto de diretrizes para legitimação do controlo de dados pessoais e informações respeitantes à vida privada dos trabalhadores por parte do empregador, sem que seja violado o artigo 8.º da CEDH.

As decisões do TEDH permitem extrair os seguintes requisitos para permitir o controlo dos dados dos trabalhadores: (i) prévia proibição do uso pessoal dos meios disponibilizados pelo empregador¹⁶⁰; (ii) aviso da possibilidade de controlo e extensão deste; (iii) prosseguimento de um objetivo lícito, legítimo e apenas perante determinadas circunstâncias¹⁶¹, isto é, a intromissão tem que ser justificada; (iv) a inexistência de meios

¹⁵⁸ A proteção dos cidadãos contra buscas e apreensões por parte das autoridades públicas deve respeitar a expectativa razoável de privacidade - *Caso Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

¹⁵⁹ Entre outras, cfr. decisão do Tribunal Supremo de 26.09.2007 tal como analisada por ALBERT ESTRADA CUADRAS E MARIONA LLOBET ANGLI, “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, *op. cit.*, pp. 165-166.

¹⁶⁰ *Caso Halford c. Reino Unido*, de 25.06.1997.

¹⁶¹ *Caso Copland c. Reino Unido*, de 03.04.2007.

menos intrusivos em conformidade com o princípio da proporcionalidade¹⁶²; e (v) a esfera privada dos trabalhadores não pode ser totalmente esvaziada.¹⁶³

A jurisprudência portuguesa, na sequência das decisões do TEDH, aceitou a validade da cláusula da razoável expectativa, aplicando-a. Neste sentido é determinante o Acórdão do TRE, de 16.02.2016:

“Dois arestos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem são relevantes por outro motivo, por aceitarem uma metodologia, proveniente do *US Supreme Court*, de abordagem destes casos relativos à privacidade que, com essa aceitação, passa a ser critério aceite pela jurisprudência convencional e, como tal, vinculativa para os tribunais portugueses. Referimo-nos à aceitação da cláusula da razoável expectativa de privacidade”.¹⁶⁴

Ou seja, presume-se que há uma certa expectativa de utilização privada dos meios disponibilizados pelo empregador para o exercício da atividade laboral – computador, telefone, endereço de email -, a qual apenas pode ser afastada através de uma expressa proibição de utilização de tais meios para fins não profissionais, caso contrário, prevalece a expectativa de privacidade e confidencialidade e os elementos obtidos na averiguação não podem ser valorados numa investigação interna, nomeadamente para fundamentar um despedimento, pelo que muito menos poderão ser utilizados num eventual processo penal.

Conclui-se, pois, que na regulação das investigações internas nos termos enunciados no ponto anterior, deve ser incluída uma cláusula de proibição do uso privado dos meios disponibilizados ao trabalhador. Este sistema regulatório interno, para que seja legítimo e não viole os direitos fundamentais dos trabalhadores, revela-se complexo, pelo que para garantir o efetivo conhecimento do trabalhador deve ter a forma escrita, ser entregue uma cópia ao trabalhador, que deve ler o regulamento e assiná-lo.

¹⁶² Caso *Bărbulescu c. Roménia*, de 05.09.2017, que reverteu decisão anterior do Tribunal de 12.01.2016, que tinha tido o voto de vencido do Juiz Pinto Albuquerque por a empresa não ter implementado uma estrutura regulatória interna transparente, uma política de implementação consistente e uma estratégia de fiscalização proporcional.

¹⁶³ Caso *Bărbulescu c. Roménia*, de 05.09.2017 § 80.

¹⁶⁴ Acórdão proferido no âmbito do proc. 235/14.9JELSB. Sem se pronunciarem expressamente sobre a cláusula, vários acórdãos aplicam o conceito de “expectativa de privacidade” para concluir pela admissibilidade ou não da atuação do empregador, a título de exemplo, cfr., Acórdão do TRP, de 08.09.2014, proc. 101/13.5TTMTS.P1 e Acórdão do TRL, de 24.09.2014, proc. 431/13.6TTFUN.L1-4, disponíveis em www.dgsi.pt.

Além de se garantir o conhecimento efetivo por parte do trabalhador, o empregador consegue provar que aquele sabia da existência da proibição do uso privado dos meios disponibilizados pelo trabalhador, das medidas de controlo de tais meios, bem como dos métodos de investigação que podem ser utilizados.

A aplicação da cláusula da expectativa razoável de privacidade é particularmente relevante no controlo dos meios utilizados pelos trabalhadores, sendo estes uma importante fonte de prova no âmbito de uma investigação interna. Todavia, a privacidade (ou a expectativa de privacidade) deve ser considerada face a todas fontes de informação, tais como as entrevistas aos trabalhadores ou a captação de imagens pelo sistema de videovigilância.

iii) Princípio da proporcionalidade

A prévia regulação e o consentimento ou exclusão da expectativa de privacidade dos trabalhadores por si só não são suficientes para legitimar a obtenção de documentos e outras informações dos meios eletrónicos que pertençam àqueles, existindo outros limites inultrapassáveis.

Por exemplo, a empresa prevê o recurso à tortura como meio de obtenção de provas numa investigação interna, o trabalhador conhece esta medida e aceita submeter-se a ela. Obviamente, tal não é legalmente admissível, o empregador não o pode fazer e o trabalhador não pode dar o seu consentimento, estamos perante uma lesão intolerável da dignidade da pessoa humana, ao que se acrescenta que a CRP consagra uma proibição absoluta da tortura (artigo 25.º, n.º 2 da CRP).

Desta forma, a mera regulação das investigações internas não é suficiente para a sua legitimação. Como afirmado no ponto II.2.C *supra*, qualquer medida potencialmente restritiva de direitos fundamentais tem que respeitar o princípio da proporcionalidade em todas as suas vertentes, bem como o limite absoluto para a restrição, que consiste no respeito do conteúdo essencial dos respetivos direitos. Vejamos com maior pormenor como se concretizam os três subprincípios da proporcionalidade no âmbito do *criminal compliance*.

Segundo o princípio da adequação as medidas restritivas devem revelar-se como meio idóneo para a prossecução dos fins visados, o que significa que o sistema de controlo dos trabalhadores e os meios de investigação empreendidos, devem ser aptos à descoberta da

verdade material, traduzindo-se em ganhos probatórios e na eficácia da tutela sancionatória.

Ao que se acrescenta que entre os fins visados do sistema de controlo deve estar a salvaguarda de outros direitos constitucionalmente protegidos¹⁶⁵, que no caso consistem no direito do empregador à liberdade de gestão empresarial e organização dos meios de trabalho para promoção da produtividade, bem como o direito (e dever) de supervisão e direção.

Ainda, um sistema de controlo e respetivas investigações internas, deve funcionar de forma direcionada, por exemplo, há suspeitas de que alguém dentro da empresa praticou o crime de abuso de informação privilegiada, ora, as investigações internas e o controlo dos meios de tecnológicos e de informação deve limitar-se aos trabalhadores que tiveram acesso a tal informação. Só desta forma se pode afirmar que as medidas são efetivamente idóneas.

O princípio da exigibilidade ou necessidade implica que a medida tomada seja necessária, não podendo os seus fins ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos dos trabalhadores. Ou seja, a intromissão no correio eletrónico ou no computador do trabalhador, ou a realização de entrevistas, devem surgir apenas como último recurso nas averiguações internas.

Por último, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu* traduz-se na proibição do excesso, na prática significa que não pode existir um sistema de controlo que seja permanente e sistemático, antes este deve ser pontual. No caso das investigações internas implica que estas apenas se iniciem perante uma suspeita fundada de que foi violado o programa de *compliance* e cometido um delito.

A título exemplificativo, uma das formas de garantia que o sistema não é excessivo, seria retirar-lhe o carácter oculto, no sentido de quaisquer medidas de intromissão serem concretizadas na presença do trabalhador.¹⁶⁶

Na análise da proporcionalidade dos métodos de investigação a que o empregador recorre, não podemos esquecer que impende sobre o trabalhador uma série de deveres

¹⁶⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 392.

¹⁶⁶ LURDES DIAS ALVES, *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral*, Almedina, 2020, p. 32. A autora acrescenta que o acesso ao correio eletrónico deve ser realizado na presença de um representante do trabalhador (comissão de trabalhadores, sindicato ou outro).

resultantes da sua condição, sendo nesta sede de especial importância o dever de diligência de garantir a total confidencialidade das suas mensagens de natureza pessoal recebidas no correio eletrónico da empresa, por exemplo, através de pastas devidamente identificadas.¹⁶⁷ Se o próprio trabalhador não separa as duas esferas, privada e profissional, não se pode impor ao empregador um desproporcional ónus nesse sentido.

Aos três subprincípios enunciados acresce, ainda, o respeito pelo núcleo essencial do direito, sendo que a garantia do conteúdo essencial é um *mais* em relação ao princípio da proporcionalidade.¹⁶⁸ Tal significa que um sistema de *criminal compliance* não pode impor uma proibição absoluta ou uma redução a zero da vida privada do trabalhador.¹⁶⁹

Assim, as investigações internas devem ser reguladas e previamente divulgadas aos trabalhadores, devendo os métodos de averiguação, na medida em que restringem os direitos dos trabalhadores, ser proporcionais, necessários e adequados.

iv) *As garantias mínimas de defesa*

Os três pontos anteriores – regulação e fundamentação; respeito pela expectativa razoável de privacidade ou afastamento desta cláusula; sujeição ao princípio da proporcionalidade – são necessários perante quaisquer restrições de direitos fundamentais, pelo que desde que o empregador tenha em consideração estes limites os elementos que obtenha podem ser valorados.

Todavia, o foco do presente estudo são as investigações internas realizadas no âmbito de um programa de *criminal compliance*, as quais recaem sobre factos potencialmente geradores de responsabilidade penal, pelo que se exigem critérios legitimadores e limites acrescidos à atuação do empregador.

Não se pretende uma transposição para as investigações internas das garantias e princípios que vigoram no processo penal, os quais são intrínsecos à relação Estado-indivíduo¹⁷⁰, porém, aqueles não podem estar completamente omissos. Neste sentido,

¹⁶⁷ LURDES DIAS ALVES, *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral*, op. cit., p. 31.

¹⁶⁸ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 395.

¹⁶⁹ *Caso Bărbulescu c. Roménia*, de 05.09.2017 § 80 – “Be that as it may, an employer’s instructions cannot reduce private social life in the workplace to zero. Respect for private life and for the privacy of correspondence continues to exist, even if these may be restricted in so far as necessary”.

¹⁷⁰ Os princípios e garantias do processo penal encontram-se constitucionalmente consagrados, radicando na desigualdade material entre a acusação apoiada no poder institucional do Estado e a defesa, bem como na necessidade de processo ter nos direitos do arguido um limite infrangível – cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 516.

deve ser criado um sistema de garantias nos normativos internos das pessoas jurídicas, que seja adequado aos problemas de articulação entre o *criminal compliance* e o sistema penal.

A garantia do exercício ao contraditório é, manifestamente, imprescindível. Aliás, já é intrínseca ao processo disciplinar no direito laboral, onde se prevê o direito à audiência prévia do trabalhador (artigo 329.º, n.º 6 do CT) e onde o contraditório conhece diversas manifestações: conhecimento dos factos de que se é acusado, possibilidade de consulta dos elementos recolhidos e resposta à acusação, requisição de diligências probatórias.¹⁷¹

No âmbito do processo penal este princípio está expressamente consagrado no artigo 32.º, n.º 5 da CRP e artigo 327.º do CPP, além de ter expressão num conjunto de outros normativos, nomeadamente nos referentes ao estatuto processual do arguido (artigo 61.º do CPP). Apesar de assumir um papel de destaque na audiência de julgamento, o contraditório não deixa de surgir, ainda que mitigado, logo durante a fase de investigação, o inquérito.¹⁷²

Nas investigações internas, apesar de estarmos num fase pré-processual por referência ao processo penal, o direito ao contraditório deve ser garantido, traduzindo-se num direito de audiência do trabalhador perante quaisquer elementos incriminatórios obtidos pelo empregador, sejam documentos ou informações adquiridas em entrevistas.

Se a aplicação do princípio do contraditório nas investigações internas é consensual, pelo contrário e como demonstrado pelas posições doutrinárias descritas, a vigência do princípio contra a autoincriminação é debatida, quer na vertente de recusa de entrega de documentos, quer na vertente de direito ao silêncio.

Por norma, nas averiguações realizadas pelos empregadores, o trabalhador não pode recusar colaborar, pois tal permite fundamentar um despedimento com justa causa, por desobediência de uma ordem direta – colaborar na investigação e responder a perguntas.

No entanto, as investigações internas no âmbito do *criminal compliance* recaem sobre factos geradores de responsabilidade penal e caracterizam-se por serem verdadeiras *investigações defensivas*, em que a empresa conduz as averiguações com o objetivo final

¹⁷¹ JOANA ALMEIDA, “Investigações internas: ponderações e limites”, *op. cit.*, p. 69.

¹⁷² MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, *op. cit.*, pp. 74-75.

de obter elementos para entregar ao Estado e com isso conseguir vantagens processuais enquanto coarguida do trabalhador.

Tais objetivos são impulsionados em ordenamentos jurídicos que preveem mecanismos de negociação processual – como os DPA e NPA dos EUA ou os acordos de leniência brasileiros. Porém, nos sistemas jurídicos europeus também começam a surgir mecanismos que premeiam a colaboração, ainda que não tenham a mesma dimensão. A título de exemplo, no ordenamento português prevê-se a atenuação da pena no crime de branqueamento de capitais (artigo 374.º-B, n.º 2, alínea a) do CP) quando o agente auxilia na obtenção ou produção de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis.

Esta tensão é ampliada quando entram em jogo os interesses do Estado, também eles conflituantes com os do trabalhador, uma vez que através do incentivo ao *criminal compliance* a autoridade pública elimina custos investigatórios e obtém elementos que de outra forma, provavelmente, não conseguiria.

Assim, se estiverem reunidos dois pressupostos: (i) a investigação incide sobre factos com relevância penal; e (ii) a empresa pode entregar os elementos obtidos às autoridades para obter vantagens processuais; então, o trabalhador deve ter direito à não autoincriminação. Caso contrário, o empregador está a aproveitar-se abusivamente da sua posição de poder e da desigualdade intrínseca à relação laboral.

A aplicação da prerrogativa contra a autoincriminação no contexto das investigações internas fundamenta-se, ainda, no facto de aquelas constituírem procedimentos sancionatórios¹⁷³ - visam sancionar o infrator das regras de *compliance* –, em que existe *sempre* a eminência de um processo penal.¹⁷⁴

Ao que se acrescenta que, quando confrontado o *nemo tenetur* com o direito à livre iniciativa e organização empresarial do empregador, o primeiro é manifestamente

¹⁷³ Neste sentido torna-se de máxima pertinência o seguinte aresto do STJ, de 25.09.2014, proc. 414/12.3TTMTS.P1.S1: “III - Enquanto conjunto ordenado de atos dirigido à eventual aplicação de uma sanção, o procedimento disciplinar laboral pode considerar-se um processo (em sentido amplo) de natureza sancionatória, sendo-lhe extensíveis as garantias do art. 32.º, n.º 10 da CRP”, disponível em www.dgsi.pt; e apoiado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/10, de 08/11/2010.

¹⁷⁴ Retomamos a posição de VÂNIA COSTA RAMOS, segundo a autora os deveres de colaboração devem ceder quando o seu cumprimento revista implique a autoincriminação do destinatário - “*Nemo tenetur* e concorrência -Jurisprudência do TCL”, *RC&R*, Ano 1, n.º 1, jan.-mar. 2010, p. 193.

superior, admitindo-se para sua salvaguarda que o segundo seja sacrificado¹⁷⁵. Conclusão que se mantém mesmo ao considerar que o fim último da investigação é a eficácia da prossecução da justiça penal.¹⁷⁶

Admitindo que o trabalhador goza do direito contra a autoincriminação, relembra-se que o mesmo pode ser restringido, porém, essa restrição tem que ser proporcional, adequada e necessária, nunca violando o seu conteúdo essencial¹⁷⁷, estes critérios genéricos carecem de ser aferidos perante a situação em concreto.

A aplicação do princípio do *nemo tenetur* enquanto fator de legitimação da investigação interna e dos elementos nela obtidos, deve ser articulada com o dever de esclarecimento ao trabalhador por parte da entidade competente para dirigir a investigação.

As entidades competentes para o interrogatório no âmbito do processo penal esclarecem o arguido quanto aos seus direitos processuais, em especial, o direito a não responder a perguntas das quais possa resultar a sua incriminação (artigo 61.º, n.º 1, alíneas d) e h) do CPP), tal deve ser transposto para as investigações internas. Estamos, assim, perante o conjunto de advertências já mencionadas, os *Adnarim warnings* e os “*Miranda empresarial*”.

A obrigação de realizar tais advertências ao trabalhador antes de uma entrevista deve ficar expressa no normativo interno da empresa e, preferencialmente, deve ser definida à partida uma formulação modelo que contenha, necessariamente, as seguintes determinações: (i) que o advogado atua em nome e interesse da pessoa jurídica, não do trabalhador; (ii) que as declarações prestadas podem ser transmitidas às autoridades públicas; (iii) que o trabalhador tem o direito a não se incriminar, não necessitando de colaborar em prejuízo próprio.

Este dever de esclarecimento, apesar de garantístico, pode levar a uma paragem nas investigações, seja porque o trabalhador irá procurar um advogado, seja porque se

¹⁷⁵ A doutrina nacional acolhe a conceção da concordância prática de Dworkin e Alexy para solucionar a colisão de direitos, princípios e garantias - cfr. VÂNIA COSTA RAMOS, “*Nemo tenetur* e concorrência - Jurisprudência do TCL”, *RC&R*, Ano 1, n.º 1, jan.-mar. 2010, p. 191.

¹⁷⁶ Caso *O’Halloran and Francis c. Reino Unido*, TEDH, de 29.06.2007, afasta a admissibilidade de restrições ao *nemo tenetur* justificadas pela necessidade de garantir a eficácia da prossecução penal.

¹⁷⁷ Segundo CATARINA ANASTÁCIO (“O Dever de Colaboração e o *nemo tenetur*”, *op. cit.*, p. 217), esse núcleo é atingido quando se transforma alguém no meio direto de prova da própria infração que cometeu.

recusará a prestar informações. Contudo, é a única forma de impedir que o empregador utilize a sua posição de poder para ludibriar o visado pela investigação a colaborar,¹⁷⁸ garantindo que as declarações são prestadas voluntariamente, de forma livre e esclarecida, o que afasta violações do *nemo tenetur*.¹⁷⁹

Neste cenário o empregador fica, em parte, coartado nos seus poderes de direção, não lhe sendo lícito despedir ou sancionar o trabalhador que recuse colaborar.¹⁸⁰ Não obstante, continua a poder exercer os seus poderes coercivos, como obter documentos que estejam no computador do trabalhador ou outros locais, apenas significa que o trabalhador tem a possibilidade de escolher se colabora ou não, caso tal resulte na sua incriminação.

Conclui-se, pois, que a legitimidade das investigações internas no *criminal compliance*, de modo a que não representem uma intromissão ilícita na esfera jurídica dos trabalhadores, devem respeitar uma extensa lista de pressupostos e têm inúmeros limites, tantos que se pode até questionar qual a utilidade na realização deste tipo de averiguações, é quase como se o empregador estivesse constantemente a andar num telhado de vidro e que um passo na direção errada faz com que tudo se quebre e os elementos obtidos sejam inutilizados.¹⁸¹

Nestes termos, relembram-se as vantagens que as investigações internas comportam, desde logo, o controlo de riscos reputacionais, por exemplo, perante um caso mediático, em que ocorra um verdadeiro *trial by media*, a empresa estará em posição de afirmar que promoveu uma investigação para a apuração dos factos, podendo recuperar a sua imagem e credibilidade perante a sociedade e o mercado.

A par de tal vantagem, com reflexos não despiciendos num mundo em que as redes sociais e os meios de comunicação têm um grande impacto, surge a possibilidade de obter

¹⁷⁸ SARAH HELENE DUGGIN, “Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview”, *op. cit.*, p. 941, a autora conclui que “[m]ost experts agree that the strategic advantages of providing some type of pre-interview warning outweigh the disadvantages.”

¹⁷⁹ CATARINA ANASTÁCIO, “O Dever de Colaboração e o *nemo tenetur*”, *op. cit.*, pp. 224-226.

¹⁸⁰ A decisão de declarar ou não deve ser tomada à margem de toda a coerção, seja ela direta ou indireta, incluindo-se na primeira o recurso à força física ou a ameaça de sanções e na segunda consequências desvantajosas mediatas à falta de colaboração cfr. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo*, *op. cit.*, p. 389.

¹⁸¹ Destaca-se que, caso se afaste a aplicação do *nemo tenetur* nas investigações internas, o resultado também é este, a inutilização dos elementos obtidos na investigação, uma vez que a maioria da doutrina defende uma proibição da valoração daqueles no processos penal.

benefícios processuais num eventual ou paralelo processo penal¹⁸² e demonstrar que a pessoa jurídica não esteve envolvida nos factos criminosos.

Além disso, independentemente de todas as regras, limites e garantias que o empregador deve respeitar nas investigações internas, os seus poderes continuam a ser, de certa forma, mais amplos que os do Estado no decurso de uma investigação criminal. No caso, por exemplo, da intromissão nas comunicações, isto é, nos emails ou SMS nos meios eletrónicos disponibilizados ao trabalhador, as entidades públicas para apreenderem este tipo de elementos, de modo a que possam ser valorados como prova no processo, têm que respeitar um conjunto de formalidades, desde logo, é indispensável a autorização judicial (artigos 178.º e 179.º do CPP), enquanto que o empregador, fruto do seu poder de supervisão e direção, tem autonomia para o fazer.

Por fim, o empregador também tem interesse em garantir que todos os elementos são legítima e licitamente obtidos, pois caso contrário não podem ser valorados nem num processo disciplinar ao abrigo do Direito do Trabalho, podendo dar origem a um despedimento ilícito.

A utilidade das investigações internas e dos elementos obtidos é manifesta, falta, porém, saber se aqueles podem ser aproveitadas pelas entidades públicas num processo penal.

B. A (im)possibilidade de valoração dos elementos obtidos no processo penal?

Definidos os limites e formuladas as exigências que devem ser respeitados no decurso de uma investigação interna desencadeada ao abrigo de um programa de *criminal compliance*, cumpre analisar se os elementos obtidos podem ser valorados no processo penal e em que termos.

Antes, porém, torna-se necessária uma delimitação conceptual, quer em virtude da polissemia da palavra “prova”, quer para o enquadramento normativo dos elementos obtidos nas investigações internas.

¹⁸² Cfr. artigos 368.º-A, n.º 8 e 374.º-B, n.º 2, alínea a) do CP.

Os *meios de prova* não se confundem com os *meios de obtenção de prova*, os primeiros são meios de demonstrar a verdade dos factos, os segundos visam a deteção de indícios da prática de um crime e consequente aquisição para o processo de uma prova “pré-existente”, não estando sujeitos ao princípio da imediação.¹⁸³

Diretamente ligados a tais conceitos, surge a ideia de prova *pré-constituída* e *constituenda*, a primeira consiste na prova que antecede o processo, sendo independente do litígio e ao qual não está ligada até ser trazida por alguma das partes, v.g., documentos. A *prova constituenda*, está intrinsecamente ligada ao litígio, formando-se no âmbito do processo, segundo um procedimento legalmente definido, vinculativo e taxativo.¹⁸⁴

Ainda, em matéria de invalidade da prova distinguem-se as consequências das regras de produção de prova, proibição de produção de prova e proibição de valoração de prova. Apenas as proibições de prova surgem como “limite à descoberta da verdade”¹⁸⁵, evitando que a prova seja obtida a qualquer preço e implicam a sua inutilização da prova, nomeadamente, para fundamentar decisões prejudiciais ao arguido.¹⁸⁶

i) *Os limites à transferência de prova*

A possibilidade de utilizar os elementos obtidos num processo sancionatório noutra processo autónomo tem inerente inúmeras vantagens, desde logo do ponto de vista da celeridade e da economia processual. Contudo, também comporta riscos e não pode ser feito de forma livre e acrítica, subsistindo um conjunto de requisitos que condicionam a admissibilidade da transferência.

Primeiro, o processo para o qual os elementos transitam deve ser entre as mesmas partes ou pelo menos a pessoa contra quem se quer fazer valer a prova deve ser a mesma, exigência do princípio do contraditório e da garantia de defesa, o que não exime as autoridades judiciais de ser necessário produzir novo contraditório em sede do processo para o qual a prova transitou¹⁸⁷. Paralelamente, devem ter sido respeitados os limites

¹⁸³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 3.^a ed. atualizada, Universidade Católica Editora, 2009, p. 315.

¹⁸⁴ PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra Editora, 2011, p. 637.

¹⁸⁵ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1.^a ed. (reimpressão), Coimbra Editora, 2013, p. 83.

¹⁸⁶ PAULO SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2018, pp. 177 e ss.

¹⁸⁷ ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Limites ao compartilhamento de provas no processo penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, Vol. 24 (ago. 2016), n. 122, pp. 52-53. O autor conclui que “sob ótica das garantias constitucionais, somente o exame caso a caso e o confronto entre as situações

impostos pelos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, nomeadamente, o direito à intimidade da vida privada e inviolabilidade da correspondência.

Outro requisito tendencialmente exigido para a intercomunicabilidade da prova entre processos sancionatórios é a compatibilidade entre os critérios de legitimação da produção e aquisição da prova nos processos. Tal implica a exclusão da prova cuja obtenção não seja possível de realizar com base no regime jurídico do processo de destino.¹⁸⁸

Ainda, no contexto da transferência da prova, é imprescindível distinguir a prova documental da pessoal.¹⁸⁹ Os documentos (em qualquer uma das formas admitidas pela lei processual penal) são prova pré-constituída, existe independentemente da vontade da pessoa contra a qual é usada, assim, regra geral, podem ser valorados quer no processo de origem, quer no processo de destino.

A prova pessoal deve ser obtida no próprio processo, apesar das declarações transitarem de um processo para outro em formato documental mantêm a sua natureza original, ou seja, as provas com carácter declarativo têm que ser produzidas no âmbito de um processo em concreto.¹⁹⁰ Esta regra encontra o seu fundamento no princípio da imediação, segundo o qual o juiz deve formar a sua convicção independentemente da investigação criminal, e perante a acusação e a defesa.

A perceção imediata e direta da prova pelo tribunal implica que a prova pessoal - depoimentos das testemunhas, acareações e, em especial, as declarações do arguido - só pode ser valorada se produzida em audiência (artigo 355.º do CPP), excluídas as exceções expressamente elencadas na lei (artigos 356.º e 357.º do CPP).

Considerando tais exceções e focando as declarações do arguido anteriores ao julgamento, estas só podem ser valoradas se o mesmo o autorizar ou se tiverem sido

em que foi exercida a defesa no processo original e naquele para o qual é transportada a prova pode indicar a legitimidade do compartilhamento”.

¹⁸⁸ CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA – “Questões processuais da responsabilidade das pessoas coletivas no domínio do direito sancionatório da regulação”, *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra Editora, 2009, pp. 130-131.

¹⁸⁹ FREDERICO LACERDA COSTA PINTO, “Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal económico”, *op. cit.*, p.108: “A legalidade do ato de transferência de prova [documental] para o inquérito resolve a generalidade dos problemas que se podem identificar. Mas o mesmo não acontece ao nível da prova pessoal, pois trata-se de declarações produzidas fora do processo, em contexto distinto da investigação criminal”.

¹⁹⁰ *Idem*. Porém, o autor, por referência ao interrogatório do arguido, admite que o rigor de tais regras deve ser moderado, nomeadamente, nos casos de prova recolhida no âmbito de regimes pré-sancionatórios, como por exemplo, as averiguações preliminares da CMVM.

prestadas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado do seu direito ao silêncio e da possível utilização das suas declarações (artigo 357.º, n.º 1 do CPP).

Assim, o principal limite à transferência de prova, bem como à sua valoração para a decisão final do tribunal, será a sua natureza. Enquanto os documentos podem transitar de um processo para outro, desde que se garanta o contraditório sobre os mesmos e tenham sido obtidos licitamente, com respeito pelos direitos fundamentais; a prova pessoal terá que ser repetida no próprio processo e, mais precisamente, na audiência de julgamento, com as exceções elencadas na lei que permitem a leitura de declarações anteriores.

De notar que os limites elencados apenas se aplicam às provas e não a outros elementos informativos ou de investigação, o que se justifica, uma vez que as provas permitem fundamentar a condenação do tribunal, tendo inerente um juízo de certeza; já os restantes elementos apenas transportam informação idónea a ser utilizada pelos órgãos de investigação.

No caso em estudo, as investigações internas, coloca-se precisamente a questão da qualificação dos elementos obtidos como provas ou mera informação.

ii) Elementos voluntariamente entregues pela pessoa coletiva às autoridades públicas

No ordenamento jurídico português admite-se a existência de averiguações fora da fase de inquérito (v.g. averiguações particulares, administrativas ou policiais preventivas), as quais não se confundem com a investigação criminal. Esta é conduzida por autoridades públicas e é realizada à luz do princípio da tipicidade, com o objetivo de determinar factos puníveis, recolher provas e identificar os possíveis responsáveis.¹⁹¹

Neste cenário as investigações internas surgem enquanto averiguações particulares que *nunca* se podem confundir com a atividade de investigação criminal. Coloca-se, então, a questão de aferir como é que os elementos obtidos naquelas primeiras podem ser valorados no processo penal.

¹⁹¹ FREDERICO LACERDA COSTA PINTO, “Fase de Inquérito e a Evolução do Processo Penal”, *RPCC* 28, 2018, p. 11-12.

Nas situações em que há participação do Estado na atuação do particular, isto é, se as autoridades públicas tiverem conhecimento e aprovarem a atuação daquele, tudo acontece como se a prova tivesse sido obtida por uma entidade pública¹⁹². Tal já não sucede quando as entidades públicas apenas intervêm *ex post*, sendo a pessoa coletiva a entregar-lhe livre e autonomamente o resultado de uma investigação interna, como acontece no âmbito da colaboração com o Estado fundamentada pela *autorregulação regulada*.

Como ficou exposto, no que se refere a documentos, enquanto prova pré-constituída, desde que não tenha sido ilicitamente obtida, pode ser livremente entregue às autoridades públicas no processo penal e valorada como prova – quer para deduzir acusação, quer para fundamentar uma condenação, se for submetida ao contraditório.¹⁹³

Os problemas surgem quanto à leitura das declarações de um trabalhador que é constituído arguido num processo penal subsequente ou paralelo à investigação interna. Nada na lei regula expressamente tal situação, uma vez que estamos perante declarações extraprocessuais, informações transmitidas pelo arguido fora de um quadro da atividade processual, não se aplica o artigo 357.º do CPP.¹⁹⁴

Afastada a exceção de reprodução das declarações¹⁹⁵, a regra geral do 355.º do CPP implica que a prova tem que ser produzida em audiência de julgamento para poder ser valorada na formação da convicção do tribunal, pelo que as declarações dos trabalhadores apenas podem ser utilizadas enquanto fonte de informação para fundamentar ações de investigação por parte dos OPC.

Outra solução implicaria, ainda, a restrição do princípio do contraditório, inerente ao artigo 355.º.¹⁹⁶

¹⁹² JOSÉ NEVES DA COSTA, “Provas ilicitamente obtidas por particulares”, *op. cit.*, p. 170.

¹⁹³ Cfr. FREDERICO COSTA PINTO, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação”, *op. cit.*, p. 110, que admite a valoração de documentos entregues pelo arguido em momento anterior, ao abrigo de poderes de supervisão e correspondentes deveres de colaboração (ainda que por referência ao processo contraordenacional).

¹⁹⁴ PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra Editora, 2011, p. 569.

¹⁹⁵ PAULO SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, *op. cit.*, p. 175 afirma que não é permitida a leitura em audiência de autos e declarações fora dos casos expressamente permitidos (artigos 356.º e 357.º).

¹⁹⁶ Cfr. Acórdão do TRE de 05.05.2015, processo 1084/14.0GDSTB.E1, disponível em www.dgsi.pt: “1. A «substituição» da prova testemunhal, em julgamento, por prova documental, que consubstancia assim uma espécie de declaração documentada, contraria princípios como os da imediação e da oralidade e restringe intoleravelmente o contraditório. 2. A possibilidade dos sujeitos processuais se poderem pronunciar sobre uma declaração documentada não satisfaz o contraditório”.

Assim, as declarações extraprocessuais não podem fundamentar uma condenação, pois a prova sobre o ato comunicacional tem exigências próprias. Tal aplica-se às declarações de testemunhas e do arguido, quanto às segundas a intransmissibilidade das declarações não encontra o seu fundamento somente nas formalidades processuais e nos princípios da imediação, oralidade e contraditório, mas também (e principalmente) na proteção contra a autoincriminação, vigorando um “apagamento para efeitos probatórios” do que o arguido disse anteriormente.¹⁹⁷

Esta é a única solução *legalmente* admissível. Porém, neste cenário, tornam-se quase irrelevantes todas as garantias e limites elencados no ponto anterior (III.2.A) que a pessoa jurídica deve respeitar e, bem como a atribuição do direito à não autoincriminação ao trabalhador em oposição ao seu dever de colaboração com o empregador.

Nestes termos, com o objetivo de não retirar o efeito prático às investigações internas realizadas no âmbito do *criminal compliance*, propõe-se a intervenção do legislador quanto à admissibilidade da leitura de declarações extraprocessuais do arguido desde que verificados os seguintes requisitos:

- (a) o arguido tenha sido devidamente acompanhado por advogado¹⁹⁸ e advertido das consequências processuais-penais das suas declarações. Tal tem por objetivo garantir que as declarações foram voluntária e livremente prestadas¹⁹⁹ e deverá ser demonstrado pela parte que se quer valer dessa prova²⁰⁰;
- (b) a pessoa jurídica tenha prestado as advertências necessárias ao arguido quanto ao seu direito à não autoincriminação e à possibilidade de transmissão dos

¹⁹⁷ PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra Editora, 2011, pp. 637-638.

¹⁹⁸ A pessoa coletiva deve considerar contratar os serviços de um advogado para representar exclusivamente os trabalhadores, o custo que tal implica pode traduzir-se em importantes vantagens caso venha a ser admitida a valoração de tais declarações.

¹⁹⁹ No sentido de o consentimento do trabalhador nunca ser livre decorrente da sua posição de dependência e subordinação, cfr. LURDES DIAS ALVES, *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral*, *op. cit.*, pp.58-59.

²⁰⁰ Por exemplo, através da existência de um termo assinado.

elementos obtidos às autoridades públicas, de modo a não existir uma subversão ou alteração dos fins de tais elementos,^{201/202}

- (c) o arguido tenha a possibilidade de, em juízo, se opor e contradizer as suas declarações anteriores, trazendo à colação elementos relevantes para a valoração pelo juiz, como seja, a anterior prestação de declarações sob ameaça de despedimento.

Respeitando os pressupostos formulados (em tudo semelhantes aos do artigo 357.º do CPP) as declarações do arguido devem poder ser valoradas. Aliás, esta proposta, não só respeita as garantias e princípios inerentes ao processo penal, como é conforme ao princípio do Estado de Direito, que exige a eficácia da justiça e prossecução do crime, o que no caso da criminalidade económico-financeira conduz à criação de novas formas de tornar a investigação criminal e subsequente processo mais eficientes.

No limite, não podendo o tribunal fundamentar a sua convicção nas declarações do arguido produzidas nos termos supra descritos, estas devem poder ser utilizadas como elementos de sindicância crítica, confrontando-as com a prova produzida em audiência, com o objetivo de detetar contradições.

Com efeito, esta é a solução adotada na jurisprudência alemã para valoração de declarações de testemunhas anteriores ao julgamento, denominada de “confronto” (*Vorhalt*), podendo o tribunal fundamentar a sua convicção nas respostas dadas pela testemunha nesse confronto. A solução também foi adotada em Itália face aos elementos obtidos pelo defensor em investigações preliminares.²⁰³

Qualquer uma das opções, apenas será admissível mediante a intervenção do legislador, porém, surgem como forma de relevar e atribuir importância às investigações internas e aos programas de *criminal compliance*, sem violar regras elementares do

²⁰¹ Neste contexto torna-se especialmente relevante a afirmação de MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito tributário ... *op. cit.*, p. 146: “só atinge a fronteira do inexigível e se actualiza o atentado à dignidade humana com a mudança de fim dos dados de sentido auto-incriminatório”.

²⁰² Também, a finalidade dos elementos obtidos nas investigações internas tem que ficar determinada *a priori* no regulamento interno da empresa e no programa de *compliance*, principalmente a possibilidade de os elementos obtidos serem transmitidos às autoridades públicas, no âmbito da colaboração público-privada.

²⁰³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal, op. cit.*, p.887.

processo penal e encontrando um justo equilíbrio entre os interesses das pessoas coletivas, das pessoas individuais e do Estado.

iii) Obtenção de elementos através de meios de coação

Apesar de não ser neste âmbito que surgem as grandes dificuldades de articulação entre o processo penal e as investigações internas, cumpre fazer duas breves notas.

Primeiro, nas situações em que os elementos obtidos nas investigações internas chegam às autoridades públicas por meio da investigação criminal não se colocam os problemas de valoração da prova nos termos enunciados, sendo as principais questões relacionadas com a produção da prova. Neste âmbito, devem ser respeitadas todas as regras e formalidades exigidas pela lei processual, tal como os atos dependentes reserva de juiz, o regime do segredo profissional e o respeito por direitos fundamentais.

Aliás, existem mesmo situações em que a própria lei resolve o problema, por exemplo, as imagens obtidas pelos sistemas de videovigilância podem ser solicitadas pelas autoridades, em cumprimento de despacho devidamente fundamentado. Também, de acordo com LURDES DIAS ALVES, “detetada a eventual infração penal, o responsável deverá, juntamente com a participação, enviar as imagens recolhidas à autoridade judiciária ou ao órgãos de polícia criminal competente”.²⁰⁴

Segundo, quando a pessoa jurídica faz uso dos seus poderes coercivos ao abrigo do Direito do Trabalho, não existe um conflito com o direito à não autoincriminação, pois não está em causa a colaboração do investigado, a obtenção de elementos é independente da vontade daquele – por exemplo, a obtenção de documentos no computador do trabalhador com informação que não é pessoal nem privada.²⁰⁵

Assim, retoma-se a ideia de que os problemas e tensões nas investigações internas derivam dos deveres de colaboração dos trabalhadores e do inerente perigo da pessoa jurídica fazer uso dos seus poderes de investigação, direção e supervisão em benefício próprio, entregando voluntariamente os elementos que obtenha com o objetivo de conseguir vantagens processuais e afastar a sua responsabilização.

²⁰⁴ LURDES DIAS ALVES, *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral*, op. cit., p. 43.

²⁰⁵ Retoma-se o Caso *Sauders c. Reino Unido*, bem como alguma jurisprudência nacional, cfr., entre outros, TRE, de 11.10.2011, proc. 101/09.OGBMMN.E1: “As provas existentes independentemente da vontade do acusado não dizem respeito ao direito ao silêncio e são excluídas do privilégio de não auto-incriminação”, disponível em www.dgsi.pt.

CONCLUSÃO

As sociedades contemporâneas podem ser caracterizadas como sociedades de risco, em virtude da sua exposição às novas ameaças que os progressos tecnológico, científico e económico comportam. Este cenário progressista tornou-se fértil para o desenvolvimento de novas formas de criminalidade e exigiu a intervenção do Estado, enquanto responsável pelo exercício do *ius punendi* e garante da tutela de bens jurídicos.

Foi precisamente o que aconteceu com o desenvolvimento dos crimes económico-financeiros, que acentuaram a incapacidade do Estado no combate à criminalidade empresarial, global e, muitas vezes, imaterial. Em resposta, a intervenção penal passou a focar-se na prevenção de perigos para os bens jurídicos, surgindo, assim, os programas de *compliance*, enquanto mecanismos de mitigação e controlo do risco de incumprimento por parte das pessoas jurídicas, como a solução mais adequada, nomeadamente, quando o objeto do programa é a prevenção de infrações com relevância penal (*criminal compliance*).

A relevância dos programas de *compliance* tem sido crescente, ao ponto de lhes serem atribuídos efeitos de exclusão ou atenuação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em Portugal, estes tipos de efeitos ainda não foram consagrados pelo legislador penal, não podendo, por isso, ser atribuídos aos programas de *compliance*.

Não obstante a lei vigente, admite-se que a instituição de um programa de *compliance* efetivo seja considerada enquanto atenuante da pena e, no âmbito do direito a constituir, existe espaço para valorar estes programas sem desvirtuar as características e princípios aplicáveis ao nosso sistema penal, nomeadamente, enquanto requisito para a suspensão provisória do processo e para a dispensa de pena ou, ainda, enquanto pena acessória.

Paralelamente aos programas de *criminal compliance*, também as investigações internas têm ganho um crescente destaque, embora não tenham previsão legal expressa, desenvolvendo-se, por isso, segundo as regras do Direito do Trabalho.

Os factos sobre os quais incidem as investigações internas são coincidentes com os factos sobre os quais incide uma investigação criminal, o que gera tensões com o Direito Penal, as quais são particularmente intensificadas pelo facto de a pessoa jurídica, que conduz a investigação, atuar com poderes de direção e supervisão sobre o investigado, que tem um dever de colaboração inerente à relação laboral. Acresce que, a pessoa

jurídica atua em benefício próprio, pelo que o seu objetivo último será a obtenção de vantagens processuais ou de elementos que afastem a sua responsabilidade.

Pelo exposto, é manifesto o perigo que estas investigações internas comportam para os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, sendo imperativo estabelecer quais os limites à atuação das pessoas jurídicas neste âmbito.

Em primeiro lugar, estas investigações devem estar reguladas a nível interno, integrando o programa de *compliance* da empresa, de modo a que todos os trabalhadores e, ainda, os potenciais visados por estas, tenham conhecimento da sua existência, características, consequências e fundamento.

Em segundo lugar, os direitos fundamentais dos trabalhadores funcionam como limite aos meios investigatórios na disponibilidade da pessoa jurídica, *maxime* o direito à intimidade da vida privada e à inviolabilidade da correspondência.

Admitem-se, porém, restrições a tais direitos - com a necessária consequência da intromissão do empregador na esfera jurídica privada do trabalhador -, apenas e só na medida em que o sistema de controlo e a investigação respeitem o princípio da proporcionalidade.

Além deste juízo de proporcionalidade, a efetuar casuisticamente, a legitimidade das investigações e, bem assim, do acesso aos meios de trabalho disponibilizados pelo empregador ao trabalhador, dependem da não aplicação da denominada “cláusula da expectativa razoável de privacidade”.

Finalmente, e em terceiro lugar, para que as investigações internas sejam legítimas devem ter como limite as garantias de defesa do trabalhador, mormente, o respeito pelo direito ao contraditório sobre todos os elementos, obtidos na investigação, potencialmente incriminatórios e prejudiciais ao investigado.

Ainda quanto às garantias de defesa do trabalhador, é imprescindível a observância, no decurso das investigações internas, da garantia contra a autoincriminação, uma vez que: (i) para todos os efeitos, se trata de uma investigação de factos com relevância penal, em que os elementos obtidos podem ser fornecidos às autoridades públicas; (ii) está em causa um procedimento sancionatório, pois a pessoa jurídica pretende determinar o responsável pela infração e, conseqüentemente, sancioná-lo; e (iii) a existência dos deveres de colaboração do trabalhador não se configura, nesta sede, como uma restrição

admissível ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, porquanto o titular do direito de supervisão, direção e investigação, isto é, a pessoa jurídica, faz uso da sua posição em interesse próprio, com o propósito de obter informações e elementos para a obtenção de vantagens processuais, de modo a evitar figurar como coarguida do trabalhador.

Assim, se nos restantes pontos do ordenamento jurídico-sancionatório os deveres de colaboração surgem, em primeira linha, como garantes de interesses públicos, aqui assumem verdadeira preponderância os interesses da entidade responsável por apurar os factos, o que é dizer, os interesses privados.

Este direito à não autoincriminação deve ser, necessariamente, aliado a um dever de esclarecimento dos trabalhadores na realização de entrevistas, devendo ser-lhes transmitido, com clareza, (i) o papel do advogado presente (*i.e.*, de defesa dos interesses da pessoa jurídica), (ii) a possibilidade de as declarações por si prestadas virem a ser transmitidas às autoridades públicas e, ainda, (iii) o seu direito à não autoincriminação.

Garantindo o respeito pelos princípios enunciados, a pessoa jurídica pode utilizar os documentos e informação obtidos como fundamento de uma sanção disciplinar, podendo, ainda, entregá-los voluntariamente às autoridades públicas. Porém, tal não deve ser considerado, ou valorado, como um “empréstimo” ou “transferência” de prova, uma vez que tais elementos não foram obtidos no decurso da atividade instrutória levada a cabo pelas competentes entidades públicas.

Neste sentido, as declarações dos trabalhadores, enquanto prova pessoal, devem ser produzidas no âmbito do processo penal com respeito pelas formalidades legalmente exigidas, com a mera possibilidade de serem valoradas como informação estratégica para fundamentar ações de investigação dos OPC. Diferentemente, os documentos podem ser livremente entregues às autoridades públicas, e valorados na dedução de acusação e na formação da convicção do tribunal, enquanto prova pré-existente, desde que a sua obtenção tenha sido lícita.

Efetivamente, nem a leitura das declarações dos trabalhadores, constituídos arguidos, é permitida em sede de audiência: tratando-se de declarações extraprocessuais, fica afastada a aplicação do artigo 357.º do CPP, configurando-se como necessária a repetição da prova pessoal em audiência de julgamento, em respeito às regras formais de produção e valoração da prova (artigo 355.º do CPP), mas também por exigência dos princípios da imediação, oralidade e contraditório.

É, porém, defendida a possibilidade de valoração destes elementos – *de iure condendo* –, por forma a garantir que as investigações internas não fiquem despojadas de efeito útil e, ainda, tendo em conta a promoção da prossecução da justiça no âmbito da criminalidade económico-financeira.

Assim, as declarações devem poder ser lidas e valoradas, se (i) o trabalhador tiver sido acompanhado por um advogado, durante a entrevista; (ii) a pessoa coletiva tiver cumprido os seus deveres de esclarecimento e, ainda, se (iii) for garantido o direito ao contraditório sobre tais declarações, durante a audiência de julgamento. No limite, é defensável a utilização das anteriores declarações enquanto elementos de sindicância crítica, confrontando-as com a prova produzida em sede de audiência de julgamento.

Como tal, torna-se imprescindível a intervenção do legislador penal, por forma a atribuir relevância expressa aos programas de *compliance* no âmbito do processo penal (embora não como fator de exclusão da responsabilidade), a regular as investigações internas que atualmente se desenvolvem num quase vazio normativo e, também, a equacionar a adoção de novas soluções dinâmicas de valoração das declarações extraprocessuais do arguido, obtidas nas investigações internas realizadas no âmbito de programas de *criminal compliance*.

Por fim, é retomada a questão que foi deixada em aberto no texto: estaremos perante uma privatização da investigação criminal e, conseqüentemente, uma privatização do próprio processo penal?

As investigações internas não podem conduzir à privatização do processo penal e da investigação criminal, porquanto tal é atentatório dos mais elementares princípios do Estado de Direito: com efeito, apenas ao Estado é atribuído o *ius punendi*. Este entendimento não implica, no entanto, que se rejeite a inevitabilidade de a *autorregulação regulada* vir a conduzir, no futuro, à privatização da prevenção dos delitos, com todas as suas vantagens e problemas que a mesma acarreta.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.
- ALMEIDA, Joana - “Investigações internas: ponderações e limites”, in PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.) – *Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 59-78.
- ALVES, Lurdes Dias – *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral*, Coimbra: Almedina, 2020.
- ANASTÁCIO, Catarina– “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 1, n.º 1, jan.-mar. 2010, pp. 199-235.
- ANDRADE, Manuel da Costa – “*Nemo tenetur se ipsum acusare* e o direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 144.º, n.º 3989, novembro-dezembro, 2014, pp. 121-158.
- *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1.^a ed. (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- ANTONIO LASCURAÍN, Juan - “Los programas de cumplimiento como programas de prudencia penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, N. 1-4, jan.-dez. 2015, pp. 95-115.
- ANTUNES, Maria João – “Privatização das Investigações e *Compliance Criminal*”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 28, N. 1, jan.-abr. 2018, pp. 119-127;
- *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2017.
- BADARÓ, Gustavo - “Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 22, n. 106, jan.-fev. 2014, p. 157-179.

- BALTAR FILLOL, Pilar; CUENCA MÁRQUEZ, Juan – “Compliance laboral: problemática de la compatibilización de las medidas disciplinarias con la autorregulación de las empresas ("soft law")”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Pamplona, n. 4, abril 2018, pp. 19-37.
- BRITO, Teresa Quintela de – “Compliance, Cultura Corporativa e Culpa Penal da Pessoa Jurídica”, in MENDES, Paulo de Sousa; *et all* (coord.) - *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2018, pp. 57-100.
- “Relevância dos mecanismos de Compliance na responsabilização penal das pessoas coletivas e dos seus dirigentes”, *Anatomia do Crimes, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 0, 2014, pp. 75-94.
- BUSATO, Paulo César – “O que não se diz sobre o criminal compliance”, in MENDES, Paulo de Sousa; *et all* (coord.) - *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2018, pp. 21-55.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CARRILLO DEL TESO, Ana E. – “Corporations in criminal proceedings: how do internal investigations affect employees' human rights?”, *The Role of Corporations in Criminal Justice, Revue Internationale de Droit Pénal*, Maklu, 2019, pp. 289-297.
- COSTA, José Neves da – “Provas ilicitamente obtidas por particulares”, in MENDES, Paulo Sousa (coord) - *Prova Penal Teórica e Prática*, Almedina, 2019, pp. 159-193.
- CUENCA MÁRQUEZ, Juan; CABECERANS CABECERANS, Jaume – “El Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Pamplona, n. 2, fev. 2015, pp. 65-73.
- DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa – *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Jorge Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa – “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, in DIAS, Jorge de Figueiredo; *et all* - *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 11-56.

- DUGGIN, Sarah Helene – “Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview”, *Columbia Business Law Review*, No. 3:859, 2003, pp. 859-964.
- ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona – “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 22, n. 108, mai.-jun. 2014, pp.151-188.
- FILHO, Antonio Magalhães Gomes – “Limites ao compartilhamento de provas no processo penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 24, n. 122, ago. 2016, pp. 43-61.
- FIRST, Harry – “Branch office of prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions”, *North Carolina Law Review*, Vol. 89, 2010, pp. 23-98.
- GERALDO, Tiago – “A Responsabilidade penal do *compliance officer*: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial”, in PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.) – *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 267-302.
- GIMENO BEVIÁ, Jordi – “Las diligencias de investigación en la lucha ante la criminalidad empresarial”, in ASENCIO MELLADO, José (dir.); FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (coord.) – *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 299-321.
- GREEN, Bruce A. e PODGOR, Ellen S.– “Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents”, *Boston College Law Review*, Vol. 54, Issue 1, 2013, pp. 73-126.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor – “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, in MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.) – *Política criminal y reforma penal*, Madrid: Edisofer, 2007, pp. 55-103.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente – “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, in CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.) – *Manual de derecho penal, económico y de empresa: parte general y parte especial*, Tomo 2, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 127-158.

- HERRA, Sergio - “The American Way of Conducting Internal Investigations”, *The Role of Corporations in Criminal Justice, Revue Internationale de Droit Pénal*, Maklu, 2019, pp. 259-270.
- LABAREDA, João – *Contributos para o estudo do sistema de controlo e da função de cumprimento (“compliance”)*, 2014, disponível em www.institutovaloresmobiliarios.pt.
- LAUFER, William S.– “A Very Special Regulatory Milestone”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 20, 392, 2017, disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/jbl/vol20/iss2/4>, pp. 392-428.
- LLEDO BENITO, Ignacio – *Corporate compliance. La prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*, Madrid: Dykinson, 2018.
- MATA BARRANCO, Norberto [et al.] – *Derecho Penal Económico e de la Empresa*, Madrid: Dykinson, 2018.
- MENDES, Paulo Sousa – *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2018;
- “Law Enforcement & Compliance”, in PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.) - *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 11-20;
- “A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, volume II, 1.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1363-1377;
- “As Garantias de Defesa e a Jurisprudência do TEDH”, *RC&R*, Ano 1, n.º 1, jan.-mar., 2010, pp. 121-144.
- MESQUITA, Paulo Dá – *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

- NEIRA PENA, Ana María – “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 37, jan.-mar. 2015, pp. 49-89.
- NIETO MARTÍN, Adán – “Introducción”, *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 11-29.
- “Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: Any Solution?”, *Eucrim* 3/2012, pp. 124-127.
- PABLO MONTIEL, Juan – “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 40, ago. 2013, pp. 251-277.
- PAIS, Ana – “Os programas de *compliance* e o risco da privatização do processo penal. Em especial, a problemática da “prova emprestada” e o princípio *nemo tenetur se ipsum Accusare*”, in COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (org.) - *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, pp. 663-686.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – “A Fase de Inquérito e a Evolução do Processo Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 28, N. 1, jan.-abr. 2018, pp. 9-42;
- “Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal económico”, *Católica Law Review*, Vol. I, n.º 3, nov. 2017, pp. 91-113;
- “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação (Parecer)”, in DIAS, Jorge de Figueiredo; *et all - Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 57-125.
- RAMOS, Vânia Costa – “*Nemo tenetur* e concorrência - Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, *RC&R*, Ano 1, n.º 1, jan.-mar., 2010, pp. 175-198;
- “*Corpus Juris 2000* - Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, *Revista do Ministério Público*, Ano 27, out-dez 2006, n.º 108, pp 125-149.

- REIFF, Paulo Bexerra de Menezes *et alle* – “O Papel do Advogado nas investigações internas”, *Revista do Advogado*, Ano XXXIV, dezembro 2014, n.º 125, pp. 89-96.
- RODRIGUES, Anabela Miranda – *Direito Penal Económico- Uma política criminal na era da compliance*, Coimbra: Almedina, 2019.
- ROTSCH, Thomas – “Criminal Compliance”, *InDret*, N. 1, jan. 2012, pp. 1-11.
- ROXIN, Imme - “Problemas e estratégias da consultoria de *compliance* em empresas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 23, Vol. 114, mai.-jun. 2015, pp. 321-339.
- SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; ANTONIETTO, Caio – “Criminal Compliance. Prevenção e Minimização de Riscos na Gestão da Atividade Empresarial”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 23, Vol. 114, maio-jun. 2015, pp. 341-376.
- SANTOS, Filipe Matias – “Compatibilização dos deveres de informação e colaboração com o princípio da não autoinculpação”, *in* PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.) – *Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 471-500.
- “O advogado interno (*in-house lawyer*): estatuto e particularidades do segredo profissional”, *in* PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.) – *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 171-208.
- SERRANO ZARAGOZA, Óscar – “Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: cómo conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.6, junio 2016, pp. 191-214.
- SCHNEIDER, Anne – “Search and seizure of documents generated in internal investigation – Lessons to learn from European law”, *The Role of Corporations in Criminal Justice, Revue Internationale de Droit Pénal*, Maklu, 2019, pp. 311-321.
- SILVA, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português*, Vol. 3, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- *Direito Processual Penal Português*, Vol. 1, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María - *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, 2.^a ed. Madrid: Edisofer Libros Juridicos, 2016.

SILVA, Sandra Oliveira e – *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo*, Coimbra: Almedina, 2019;

– “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e deveres de colaboração em matéria tributária”, in MENDES, Paulo Sousa (coord) - *Prova Penal Teórica e Prática*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 77-113.

SOUSA, Susana Aires de – *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019;

– “The Relevance of the Collaboration of the Corporation in Criminal Proceedings”, *The Role of Corporations in Criminal Justice, Revue Internationale de Droit Pénal*, Maklu, 2019, pp. 123-133.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros – “Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25 n.1-4, jan.-dez. 2015.

TEIXEIRA, Carlos Adérito – “Questões processuais da responsabilidade das pessoas coletivas no domínio do direito sancionatório da regulação”, in MENDES, Paulo de Sousa; DIAS, Augusto Silva; PALMA, Maria Fernanda (coord.) - *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 104-138.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.09.2014, proc. 414/12.3TTMTS.P1.S1;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.07.2007, proc. 07S043;
- Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, de 07.05.2007, proc. 07S043;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 16.02.2016, proc. 235/14.9JELSB;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 05.05.2015, proc. 1084/14.0GDSTB.E1;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 08.09.2014, proc. 101/13.5TTMTS.P1;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Lisboa, de 24.09.2014, proc. 431/13.6TTFUN.L1-4;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11.10.2011, proc. 101/09.0GBMMN.E1;

todos disponíveis em www.dgsi.pt.

- Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 340/2013, de 17.06.2013 (Conselheiro João Cura Mariano);
- Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 360/2016, de 08.06.2016 (Conselheira Ana Guerra Martins);
- Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 338/10, de 08/11/2010 (Conselheiro José Borges Soeiro);

todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/.

- Caso Funke c. França, de 25.02.1993;
- Caso Saunders c. Reino Unido, de 17.12.1996;
- Caso Halford c. Reino Unido, de 25.06.1997;
- Caso Jalloh c. Alemanha, de 11.07.2006;
- Caso Copland c. Reino Unido, de 03.04.2007;
- Caso O’Halloran e Francis c. Reino Unido, de 29.06.2007;
- Caso Bărbulescu c. Roménia, de 05.09.2017;

todos disponíveis em www.echr.coe.int/echr.

As investigações internas no âmbito do *criminal compliance*: Legitimidade e alcance

- Serious Fraud Office (“SFO”) v. ENRC [2018] Court of Appeal, Case No. A2/2017/1514, disponível em www.bailii.org.
- Caso Katz c. United States, 389 U.S. 347 (1967)
- Upjohn Co. V. United States 449 U.S. 383 (1981)

todos disponíveis em <https://law.justia.com/cases/>.

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| DECLARAÇÃO ANTI PLÁGIO | I |
| DECLARAÇÃO DO NÚMERO DE CARACTERES | II |
| AGRADECIMENTOS | III |
| LISTA DE ABREVIATURAS | IV |
| RESUMO | VI |
| ABSTRACT | VII |
| INTRODUÇÃO | 1 |
| CAPÍTULO I – AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS NO ÂMBITO DO <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> | |
| 1. Programas de <i>compliance</i> : a <i>autorregulação regulada</i> | 3 |
| A. Origem e algumas características..... | 3 |
| B. Objetivos, vantagens e desvantagens | 8 |
| C. Enquadramento no ordenamento jurídico português | 15 |
| 2. As investigações internas como parte do <i>criminal compliance</i> | 18 |
| A. Características das investigações internas e consequentes deveres para as empresas | 18 |
| B. Os sujeitos envolvidos e o seu papel: a empresa, o trabalhador, o <i>compliance officer</i> e o advogado | 25 |
| C. Enquadramento no ordenamento jurídico português | 28 |
| CAPÍTULO II – PROBLEMAS DE ARTICULAÇÃO ENTRE O <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E O SISTEMA PENAL | |
| 1. Introdução aos problemas..... | 31 |
| 2. Tensão entre as investigações internas, as garantias de defesa e os princípios do processo penal | 34 |
| A. A investigação criminal no direito penal económico | 34 |
| B. Princípio da legalidade e da oportunidade | 36 |
| C. Os direitos fundamentais do indivíduo, em especial a reserva da intimidade da vida privada | 38 |
| D. Garantias processuais do arguido, em especial o <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> | 42 |
| CAPÍTULO III – LEGITIMAÇÃO E ALCANCE DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS E DOS ELEMENTOS OBTIDOS | |
| 1. Legitimidade e alcance das investigações internas: elenco de possíveis soluções | 48 |
| 2. A legitimação das investigações internas e elementos obtidos à luz do direito português | 57 |

| | | |
|----|--|----|
| A. | Os limites das investigações internas | 57 |
| B. | A (im)possibilidade de valoração dos elementos obtidos no processo penal? | 68 |
| | CONCLUSÃO | 76 |
| | BIBLIOGRAFIA | 80 |
| | JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA | 87 |