

## Foro de Actualidad

Portugal

# INVESTIGAÇÕES INTERNAS E COMPLIANCE: UM “PRÉ-PROCESSO PENAL”?

Francisco Proença de Carvalho e Mafalda Fuzeta da Ponte  
*Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Lisboa)*

### **Investigações internas e Compliance: Um “pré-processo penal”?**

*Atendendo à crescente tendência de responsabilização das pessoas coletivas e dos seus dirigentes, os programas de cumprimento normativo têm assumido uma grande relevância no seio da vida das empresas. Nesses programas, incluem-se as investigações internas, que visam apurar / confirmar a prática de certos ilícitos. Com o presente texto pretendemos fazer uma resenha das principais limitações que este tipo de investigações enfrenta no nosso Direito, alertando para o facto de que, dentro de um contexto de “direito penal empresarial”, estas investigações são, cada vez mais, uma fase prévia ou paralela ao processo penal “formal” a ter em consideração.*

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

INVESTIGAÇÃO INTERNA, CUMPRIMENTO NORMATIVO, COMBATE À CORRUPÇÃO, PROCESSO PENAL.

### **In-house investigations and compliance: a pre-criminal proceeding?**

*Considering the growing trend towards the accountability of legal persons and their managers, compliance programs have assumed great relevance within the life of companies. These programs include in-house investigations, which aim to ascertain / confirm the practice of certain unlawful acts. With the present text, we intend to summarise the main limitations that this type of investigations face in light of Portuguese Law, highlighting that, within a “business criminal law” context, these investigations are becoming a previous or parallel phase to the “formal” criminal proceeding.*

#### **KEYWORDS:**

IN-HOUSE INVESTIGATIONS, COMPLIANCE, FIGHT AGAINST CORRUPTION, CRIMINAL PROCEEDING.

FECHA DE RECEPCIÓN: 27-11-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 1-12-2020

Proença de Carvalho, Francisco; Fuzeta da Ponte, Mafalda (2021). Investigações internas e compliance: um “pré-processo penal”? *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 199-206 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introdução

---

A evolução legislativa e jurisprudencial respeitante à responsabilidade penal e contraordenacional das pessoas coletivas e respetivos dirigentes associada ao dano reputacional que práticas ilícitas podem causar, tornaram os programas de cumprimento normativo (*compliance*) um tema com crescente e imparável importância na vida das empresas. Essa relevância já existe há vários anos nos setores regulados, mas tem vindo a estender-se à generalidade do tecido empresarial. Um sistema de *compliance* bem delineado e efetivamente aplicado, confere às empresas e a quem nelas exerce posições de direção uma maior proteção relativamente aos cada vez maiores e diversificados riscos penais, contraordenacionais e reputacionais.

Neste artigo, abordaremos uma matéria específica de *compliance*: as investigações internas corporativas. Apesar de serem uma prática há vários anos instituída noutras jurisdições, trata-se de uma realidade relativamente recente em Portugal, podendo ainda subsistir algum preconceito quanto à possibilidade das empresas realizarem investigações “próprias” sobre alegados ilícitos praticados na sua organização.

Embora não exista (ainda) regulação específica sobre esta matéria, desde que respeitados determinados limites e princípios (alguns abordaremos neste artigo), nada impede que as empresas adotem estes procedimentos. Pelo contrário, poder-se-ão considerar uma exigência de sistemas de *compliance* efetivos dentro de um contexto de comprometimento das empresas com o Estado no combate a fenómenos ilícitos, especialmente de cariz económico-financeiro. Não entendemos esta matéria como uma espécie de “processo penal privado”. Não se trata de substituir o papel das autoridades públicas competentes na investigação de ilícitos. No entanto, dentro de um contexto de “direito penal empresarial” é cada vez mais uma fase prévia ou paralela ao processo penal “formal” a ter em consideração. Se bem executadas, estas investigações podem representar uma colaboração muito útil entre as empresas e os investigadores públicos na prevenção e repressão da criminalidade e impactar positivamente na posição jurídica da empresa num qualquer processo.

Estes procedimentos internos têm vindo a gerar crescente importância na nossa atividade como advogados em matéria penal e contraordenacional. É cada vez mais comum a contratação de advogados externos às empresas e de especialistas em *Forensic* para a realização destes procedimentos com o objetivo de lhes conferir maior profissionalismo, rigor e objetividade. Sendo matéria que não está especificamente regulada na lei, consideramos relevante abordar alguns dos temas, problemas e cautelas que entendemos deverem ser considerados em investigações internas.

## 2. Considerações gerais

---

### 2.1. O conceito

A investigação interna é uma fase dos sistemas de *compliance* que tem por finalidade apurar / confirmar determinados factos potencialmente ilícitos levados ao conhecimento da empresa, por exemplo através de denúncia, auditorias internas, notícias de imprensa ou mesmo por uma qualquer ação das autoridades judiciais, como por exemplo buscas e acusações.

Na prática, realizam-se normalmente através de meios de obtenção e análise de informação constante de fontes públicas, dos arquivos e servidores da empresa, realização de entrevistas a colaboradores (incluindo os “suspeitos”) e execução de procedimentos de análise de e-mails profissionais. Na sequência da investigação realizada e da elaboração de um relatório final sobre os factos apurados, a empresa poderá tomar decisões mais fundamentadas quanto às opções a adotar, as quais poderão passar, por exemplo, por procedimentos laborais, penais e de alteração dos mecanismos de controlo interno.

### 2.2. A estratégia nacional do combate à corrupção

Em setembro de 2020, foi apresentada a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024 (cfr. [ficheiro.aspx \(portugal.gov.pt\)](https://www.portugal.gov.pt)). Resulta claro do texto que se pretende acentuar uma cultura de maior envolvimento do setor privado no combate a este fenómeno. Uma das prioridades em destaque é precisamente “*comprometer o setor privado na prevenção, deteção e repressão da corrupção*”. Nesse capítulo, destaca-se a intenção política de dar às empresas um papel central na prevenção e deteção de práticas corruptivas, estabelecendo-se a obrigatoriedade de adoção de programas de cumprimento normativo “*nas empresas de grande e média dimensão e a previsão de consequências para a sua não adoção*” (como por exemplo, a não satisfação da condição de acesso a procedimentos de contratação pública e sanções contraordenacionais). Por outro lado, pretende-se ir mais longe do que o regime previsto no artigo 11.º do Código Penal e dar incentivos positivos para que as empresas adotem estes sistemas, nomeadamente criando mecanismos legais mais claros e amplos (à semelhança do que acontece noutras jurisdições) de isenção ou atenuação da responsabilidade penal, administrativa e contraordenacional das pessoas coletivas. Ao mesmo tempo, com este aprofundar do envolvimento das instituições privadas vislumbram-se “*ganhos também do ponto de vista da prevenção, deteção e repressão de comportamentos ilícitos por parte das pessoas individuais, nomeadamente por via da possibilidade de denúncia no canal da empresa, e conseqüente investigação interna, e do seu contributo para a responsabilização penal ou contraordenacional da pessoa individual*”.

Destaca-se também a intenção de fazer constar da lei processual as condições em que a prova obtida em investigações internas pode ser valorada em processo penal ou contraordenacional. Esta é matéria omissa e quase tabu no nosso sistema, pelo que, muito embora ainda estejamos apenas no campo das “boas intenções”, espera-se que efetivamente se venha a fazer uma maior clarificação deste tema para que se acentue a segurança jurídica num campo que levanta ainda algumas dúvidas aos intervenientes no sistema.

### 2.3. O elo entre o Estado e as Empresas

Conforme já antecipado, com exceção de alguns setores regulados (como por exemplo, bancário e financeiro e, muito especialmente, no âmbito da prevenção do branqueamento de capitais) não existe ainda qualquer regulação geral sobre os procedimentos e auditorias internas. Estamos, por isso, no puro campo da autorregulação: cada empresa adota (se e quando assim entender) procedimentos específicos de averiguação e de controlo interno. Ainda assim, estas práticas são, cada vez mais, incentivadas pelo Estado, que pretende incrementar uma cultura de cooperação entre as entidades públicas e as empresas, na descoberta e punição de ilícitos.

Existem claras vantagens nesta “parceria público-privada” entre Estado e empresas. Por um lado, se as empresas conduzirem os seus próprios procedimentos de averiguação e investigação interna, e se, depois disso, comunicarem o sucedido à entidades competentes, o Estado, por esta via, terá acesso a meio de prova que dificilmente obteria de outro modo. Na realidade, tratando-se de prova que é recolhida no seio da empresa, parece evidente que é a própria empresa que consegue obter mais facilmente essa prova. Aliado a este fator, existirá uma redução de custos do Estado (que, assim, pode levar a cabo uma investigação menos minuciosa).

Por outro lado, as empresas têm todo o interesse em evitar ou reduzir as sanções que lhes podem ser aplicadas e, uma boa forma de o alcançar, é através da prevenção, aliada à deteção e reação empresarial (cfr. TAVARES LOBATO, José Danilo, *Considerações Críticas sobre Criminal Compliance e Corrupção*, in *Novos Estudos sobre o Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2020, pp. 28 e 29). Além disso, afigura-se altamente vantajoso para a empresa não estar envolvida num escândalo penal ou contraordenacional, pelo que a investigação e controlo internos apresentam-se como importantes instrumentos antecipatórios e preventivos. Em última análise, a existência de mecanismos efetivos de *compliance* pode servir para demonstrar que o ilícito foi cometido contra ordens ou instruções expressas de quem de direito, o que pode ser decisivo para desresponsabilizar a pessoa coletiva (cfr. SOUSA MENDES, Paulo de, *Law Enforcement e Compliance*, in *Novos Estudos sobre o Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2020, p. 17).

## 3. Os principais desafios e limitações

A grande maioria das investigações internas — sendo conduzidas no seio e pela própria empresa — incidem sobre um comportamento ou omissão por parte de um ou mais trabalhadores da empresa. Por esse motivo, surgem algumas limitações à prática e à condução das investigações intrínsecas à própria relação (laboral) que se estabelece entre o empregador — a empresa que leva a cabo a investigação — e o trabalhador — o indivíduo alvo dessa investigação. Há, portanto, alguns desafios que se colocam às investigações internas, que derivam do direito do trabalho.

Por outro lado, e na medida em que a averiguação interna pode conduzir à descoberta de um ilícito penal, também têm de se nortear pelos princípios do nosso direito processual penal. Porém, e porque estas investigações internas não são conduzidas pelo Estado, mas sim pelo próprio empregador, poderá haver mais discricionariedade e facilidade na obtenção da prova, o que, *do outro lado da moeda*, traz maiores cautelas ao procedimento.

Além disso, as auditorias e investigações internas devem ter sempre um barómetro presente, materializado no princípio da proporcionalidade, sob pena de se incorrer no risco de existir violação de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

### 3.1. O direito do trabalho

*Ponto prévio* a qualquer investigação interna não pode deixar de ser — por imposição expressa do Código do Trabalho — o respeito pelos direitos de personalidade do trabalhador. Entre estes direitos, encontra-se o direito à confidencialidade de mensagens e de acesso à informação. Com efeito, aquando de uma investigação interna — a qual, muitas vezes, poderá passar por averiguar o conteúdo de mensagens eletrónicas — o empregador deve ter presente que o trabalhador goza de confidencialidade e reserva de todas as mensagens e comunicações de carácter pessoal. Reconhecemos que, não raras vezes, pode ser ténue a linha que separa o pessoal do profissional. Assim, sendo lícito ao empregador controlar o desempenho profissional do seu trabalhador, pode ser importante definir bem as regras de utilização do correio eletrónico profissional. Por esta via, o empregador poderá ter mais facilidade em aceder ao conteúdo dos correios trocados, conquanto que a delimitação entre contexto profissional e pessoal está melhor definida. Neste campo, parece-nos também importante que não sejam realizados pesquisas genéricas aos e-mails profissionais, mas que as análises forenses sejam delimitadas por parâmetros concretos, como por exemplo, palavras chave sobre a matéria profissional em investigação.

*Em primeiro lugar*, o empregador — portanto, a empresa que pretenda *investigar* o seu trabalhador — tem que ter presente a finalidade com que irá proceder à *investigação* do seu trabalhador: Já existem indícios de uma prática ou omissão ilícita? Há uma mera desconfiança de que algum ilícito possa ter sido cometido (ou possa vir a ser)? É apenas uma auditoria de rotina? Estes são alguns exemplos de questões que o empregador tem que ver respondidas, pois que, consoante as respostas e, por conseguinte, consoante a finalidade da investigação, os métodos, meios e recursos para proceder a essa investigação serão variáveis.

*Em segundo lugar*, e consoante a finalidade da auditoria (*i.e.*, conforme as repostas que forem dadas às questões acima), a empresa terá que optar entre seguir uma investigação interna *ad hoc* ou se, ao invés (ou até cumulativamente), escolhe adoptar um dos procedimentos tipificados na lei. É que, por um lado, nada proíbe o empregador de implementar e conduzir uma investigação atípica, não regulada e prevista na lei. De facto, bastará que o empregador observe os direitos do trabalhador para que possa conduzir a sua própria investigação, determinando, por si, o conteúdo, o prazo, os meios de obtenção de informação, etc.. Por outro lado, o empregador poderá optar por seguir uma de duas vias, diretamente previstas no Código do Trabalho: (i) procedimento prévio de inquérito; e (ii) procedimento disciplinar. A escolha entre um procedimento e outro terá que ver, essencialmente, com os dados e informação que o empregador já tem na sua posse: ou seja, se o empregador já está em condições de emitir uma nota de culpa (fundamentada), então, parece que o mais lógico será seguir diretamente para o procedimento disciplinar. No entanto, se o empregador não está ainda munido da informação necessária (como seja o lugar e tempo da infração, as circunstâncias concretas da mesma, etc.), então, neste caso, poderá ser iniciado um procedimento prévio de inquérito. Seguindo-se um dos procedimentos tipificados, especial aten-

ção é necessário ter quanto aos requisitos e prazos de cada um desses procedimentos, sob pena de invalidade dos mesmos.

Por fim, e *em terceiro lugar*, e consoante a finalidade do meio de investigação, algumas cautelas devem ser tidas em consideração com os meios utilizados, para recolha da informação. Referimo-nos, designadamente, às limitações respeitantes à gravação de chamadas telefónicas (que não pode servir para controlar o desempenho profissional do trabalhador, cfr. n.º 1 do artigo 20.º do CT), à videovigilância (que apenas é permitida para proteção de pessoas e bens, cfr. n.º 2 do artigo 20.º do CT), aos dados obtidos através de dispositivos de geolocalização, à recolha de dados biométricos (que visa o mero controlo da assiduidade, cfr. artigo 202.º do CT), etc. Significa isto que, para que o empregador possa fazer uso da informação recolhida através destes meios, essa recolha tem que estar legitimada pelo fim a que se destina, sob pena de não poder ser utilizada. Além disso, a própria instalação dos mecanismos utilizados tem de ser, ela mesma, válida, respeitando as normas em vigor em cada momento.

Uma nota final merece ser dada ainda a respeito de uma outra cautela já implícita no que acima referimos, mas que convém realçar: a proteção de dados pessoais. De facto, a matéria de proteção de dados tem sido fortemente regulada, quer a nível internacional, quer a nível nacional, donde têm derivado fortes exigências para as empresas, aquando do tratamento dos dados pessoais dos seus colaboradores. Por esse motivo, no seio de uma investigação interna, assume particular relevância o tratamento cuidado dos dados pessoais dos trabalhadores envolvidos nessa investigação. Isto até porque, decerto, que a empresa não estará interessada em sujeitar-se a cometer uma infração, no âmbito da condução de uma auditoria interna, pelo incorreto tratamento dos dados pessoais dos seus colaboradores. Não obstante, há que ter presente que se trata de proteção de dados *pessoais*, de tal modo que aí não se incluem os dados que sejam profissionais, ainda que a linha, por diversas vezes, seja ténue.

### **3.2. O direito processual penal: a estrutura *tradicional* do processo penal e a validade da prova obtida**

De um outro *prima*, "*a investigação funciona como motor de arranque do processo penal*" (cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *A investigação criminal como motor de arranque do processo penal*, Polícia Portuguesa, Lisboa, nº 122, (Mar-Abr 2000), p. 2-5.). Tradicionalmente, o nosso direito processual penal assenta numa estrutura muito típica: inicia-se com a notícia do crime; segue-se o inquérito; depois, abrir-se-á, ou não, instrução; terminando o processo com o julgamento e eventual fase de recursos. O processo em si e os distintos órgãos que levam a cabo cada uma das etapas está expressamente tipificado na lei.

Com efeito, as investigações e auditorias internas, na medida em que se destinam a descobrir ou a fundamentar um determinado ilícito ou infração, podem vir a dar origem a um processo penal, mas acabam por se intrometer naquele que é o *percurso normal* e tradicional do processo. Isto porque o inquérito, a investigação compete ao Ministério Público, cujo trabalho é coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal. Ora, em nenhum destes momentos há, aparentemente, margem para a intervenção do empregador, que levou por sua conta uma investigação própria (ainda que, posteriormente, se possa constituir Assistente). Não obstante, desde que cumpridas as regras para

obtenção lícita de prova e o respeito pelo direito de personalidade do indivíduo, não parece haver motivos para proibir a intervenção do empregador, o qual, entre outros, poderá noticiar o crime ao Ministério Público. Porém, já parece estranho que o empregador possa carrear para o processo informação e dados que, de outra forma, o Ministério Público não poderia ter obtido.

A este propósito, é importante realçar que alguns desafios e obstáculos podem colocar-se ao nível probatório. Na realidade, algumas cautelas é necessário ter com os meios de obtenção de prova. Nessa medida, além dos pressupostos impostos pelo Código do Trabalho (já acima referidos), há que ter em devida conta as normas do Código de Processo Penal. Tudo isto para assegurar a validade da prova, para que esta possa vir a ser lícitamente carreada para um processo (iniciado ou a iniciar) e aí ser devidamente valorada. Obviamente que os métodos proibidos de prova previstos no artigo 126.º do Código de Processo Penal aplicam-se, por maioria de razão, nas investigações internas realizadas por entidades privadas. Aliás, especiais cautelas devem ser adotadas, para que o “feitiço não se vire contra o feiticeiro” e sejam as empresas responsabilizadas por crimes praticados no decurso de investigações.

Por fim, deve ser ponderado o equilíbrio (muitas vezes, difícil) entre o direito à não incriminação do trabalhador e a cooperação que o mesmo deve ter com o procedimento (tipificado ou não) de investigação interna. Ou seja, por um lado, o próprio Código do Trabalho parece aceitar que o empregador valora a confissão do trabalhador; por outro lado, *“já é duvidoso que o empregador possa conduzir o trabalhador à sua auto-incriminação, sem lhe dar conta do contexto em que o faz”* (cfr. cfr. ALMEIDA, Joana, *Investigações Internas: Ponderações e limites*, in *Novos Estudos sobre o Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2020, p. 74).

### 3.3. O direito constitucional: os direitos das pessoas coletivas e das pessoas singulares

Intimamente ligado com o ponto anterior, está a potencial violação dos direitos fundamentais do indivíduo-alvo da auditoria interna. De facto, *“o sistema jurídico não pode contemporizar com a violação da esfera da privacidade dos trabalhadores ou com a realização de interrogatórios pela entidade empregadora que obriguem à autoincriminação dos trabalhadores”* (cfr. SOUSA MENDES, Paulo de, *Law Enforcement & Compliance*, in *Novos Estudos sobre o Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, 2020, pp. 19 e 20).

Portanto, observadas que estão, entre outras, as regras já acima identificadas, a investigação e auditoria interna deverá ter sempre como barómetro princípio da proporcionalidade, em sentido lato. Como tal, em primeiro lugar, a *adequação* impõe que as medidas tomadas sejam ajustadas ao fim que se destinam (seja iniciar um despedimento, seja monitorizar a atividade da empresa, seja descartar/confirmar a potencial prática de uma infração). Em segundo lugar, a necessidade determina que a medida tomada seja aquela que, entre várias que se encontram à disposição do empregador, menos lesa os direitos do trabalhador. Por fim, e em terceiro lugar, a proporcionalidade em sentido estrito pressupõe que as *vantagens* que potencialmente sejam alcançadas ultrapassem os *prejuízos* que daí advêm. Deste modo, uma investigação interna que não obedeça a estes critérios e, sobretudo, que não seja por eles pautada, poderá ser facilmente sindicada, do ponto de vista da sua legalidade.

## 4. Conclusões

---

Observando o que existe de melhores práticas de *compliance* no mundo e as intenções políticas de promoção da cooperação entre entidades privadas e públicas no combate à criminalidade económico-financeira, prevê-se que os próximos tempos serão de progressos em Portugal em matéria de generalização dos programas de cumprimento normativo e de maior responsabilização das empresas nesta matéria.

No campo penal, não obstante o princípio da legalidade obrigar o Ministério Público a proceder à abertura de inquérito e a investigar sempre que toma conhecimento da prática de um crime, a realidade é que o Estado tem meios limitados de investigação. Na prática, é natural que centre as suas atenções na criminalidade mais violenta, com maior projeção pública e danosidade social. Por esta razão, parece-nos uma ilusão ou um “momento de sorte” ter semelhante “empenho” das entidades públicas na investigação de ilícitos cujo dano se reflete, essencialmente, no seio de uma empresa privada. As investigações internas podem, assim, ter uma relevante importância como uma espécie de “pré processo penal” em que parte do trabalho realizado possa ser devidamente aproveitado num processo criminal “oficial”. Quanto mais o investigador “público” puder aproveitar do trabalho realizado pelo investigador “privado”, melhores são as possibilidades de sucesso de um processo-crime para investigação e repressão em tempo útil de eventuais práticas ilícitas ocorridas nas organizações privadas.

É desejável que um sistema que tem na sua génese um princípio de autorregulação não seja descaracterizado por uma excessiva regulação. No entanto, no que respeita às investigações internas, um “investigador” que não esteja devidamente consciente dos seus limites legais pode ser propenso ao abuso e à violação de direitos fundamentais, com a correspondente impossibilidade de aproveitamento da prova recolhida num inquérito dirigido pelas autoridades competentes. Afigura-se, assim, desejável que a intenção constante da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção seja convertida em lei e, conseqüentemente, se clarifiquem em lei processual as condições em que a prova obtida em investigação interna pode ser valorada.