



XI. OS LIMITES DA INVESTIGAÇÃO PENAL PRIVADA: A OBTENÇÃO DE PROVAS NO ÂMBITO EMPRESARIAL

XI. THE LIMITS OF PRIVATE CRIMINAL INVESTIGATION: OBTAINING EVIDENCE IN THE BUSINESS ENVIRONMENT

Beatriz Maria Rodrigues Lima¹

Rodrigo Silva Barreto²

Recebido em:	22.09.2020
Aprovado em:	15.11.2020

RESUMO: Este estudo, realizado na área Criminal, versa sobre a investigação privada com o intuito de analisar os limites na obtenção de provas na esfera empresarial, tendo em vista os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Para isso, aborda os aspectos gerais das investigações privadas no cenário das empresas, a fim de que se possam compreender os contornos dessa atividade, bem como a ausência de uma regulamentação específica. Noutra viés, foram demonstradas as circunstâncias da obtenção de provas, advertindo sobre as ilicitudes e outros fatores considerados importantes ao assunto, bem como a análise dos direitos fundamentais frente à produção de provas. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, que visa mostrar os limites da investigação privada no âmbito da criminalidade que ocorre em empresas. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica em textos da Legislação Brasileira, com análise em obras e doutrinas, uma vez que se utiliza de princípios e normas tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, essenciais para a compreensão do tema. Concluiu-se de forma prévia, a necessidade de estabelecer uma regulamentação específica para essas situações, ademais o amparo jurídico pode ser extraído da Constituição Federal de 1988 (a qual visa a vedação de provas ilícitas, a privacidade, dentre outras garantias).

Palavras-Chave: Investigação Privada; Ambiente Corporativo; Obtenção de Provas; Direitos Fundamentais; Limites.

ABSTRACT: This study, carried out in the Criminal area, deals with private investigation in order to analyze the limits in obtaining evidence in the business sphere, in view of the fundamental rights and guarantees established by the Federal Constitution of 1988. For this, it addresses the general aspects private investigations in the business scenario, so that the outlines

206

¹ Acadêmica do Xº semestre do Curso de Direito do UniCathedral – Centro Universitário Cathedral., Barra do Garças, Mato Grosso, Brasil. E-mail: beatrizmariarodrigues@hotmail.com. Currículo Lattes: <https://orcid.org/0000-0002-6405-4142>.

² Doutorando em Ciência Jurídico-Criminal pela Universidade de Coimbra/PT. Mestre em Ciência Jurídico-Criminal pela Universidade de Coimbra/PT. Bacharel em Direito pela PUC/RS. Advogado e professor no Curso de Direito do UniCathedral – Centro Universitário Cathedral. E-mail: rodrigo@barreto.br.



of this activity can be understood, as well as the absence of specific regulations. In another vein, the circumstances of obtaining evidence were demonstrated, warning about unlawfulness and other factors considered important to the subject, as well as the analysis of fundamental rights regarding the production of evidence. It is a qualitative research, which aims to show the limits of private investigation in the scope of crime that occurs in companies. Bibliographic research was used in texts of the Brazilian Legislation, with analysis in works and doctrines, since it uses principles and norms, both constitutional and infra-constitutional, essential for understanding the theme. It was concluded in advance, the need to establish specific regulations for these situations, in addition the legal protection can be extracted from the Federal Constitution of 1988 (which aims at prohibiting illicit evidence, privacy, among other guarantees).

Keywords: Private Investigation; Corporate Environment; Taking Evidence; Fundamental rights; Limits.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê, precisamente em seu artigo 5º, os direitos e deveres individuais e coletivos, dentre eles, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, bem como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Dilemas esses presentes quando se trata de investigações em ambientes corporativos.

207

No que diz respeito à criminalidade que ocorre no âmbito de empresas – inclusive na esfera dos programas de *compliance* na área criminal –, as investigações ficam ainda mais restritas aos particulares, pois, nesse tipo de relação, a prova, isto é, o material (frequentemente relacionado à privacidade, intimidade e sigilo), obtida no ambiente dessas pessoas jurídicas, são necessárias e essenciais para a primeira fase da persecução penal – qual seja: a fase investigativa. Nessa perspectiva, atribuem-se aos particulares, funções realizadas por entes estatais. E, por essas investigações serem realizadas por terceiros privados, não há uma previsão legal específica e, desta forma, não existem delimitações nítidas.

Faz-se necessário, portanto, examinar se as atividades investigativas privada em ambientes corporativos corresponderão ao que está estabelecido no ordenamento pátrio brasileiro.

Partindo dessa premissa, este artigo tem como tema: “Os limites da investigação penal privada: a obtenção de provas no âmbito empresarial”, tendo em



vista a análise do seguinte problema: “Quais os limites jurídicos existentes na obtenção de provas das investigações privadas na esfera empresarial?”

A metodologia empregada para a realização do trabalho foi de natureza básica, visto que o principal objetivo foi analisar os limites das provas no processo penal – perante os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal – em relação à investigação privada que ocorre em empresas. Quanto à problemática, trata-se de uma pesquisa qualitativa, demonstrando, desse modo, a investigação privada no campo dos crimes empresariais, e os limites jurídicos existentes, a fim de se obterem provas, visando respeitar as garantias constitucionais. Dessa feita, utilizou-se a pesquisa bibliográfica a partir da Legislação Brasileira, da análise de obras e artigos, tais como os escritos por Bruno Maeda (2013) e Guilherme Nucci (2009). O método de abordagem utilizado na pesquisa foi o dedutivo, em virtude de se utilizarem princípios e leis (Constituição Federal e Código de Processo Penal) em conformidade com a demanda dos limites da obtenção de provas na investigação privada, diretamente na esfera empresarial.

208

A abordagem dessa questão é de importante relevância para o exercício da função investigatória, para que se possa alcançar e demonstrar os limites impostos para que as garantias individuais não sejam desrespeitadas quando ocorre a busca por material probatório, especificamente, em empresas. Com isso, compreende-se a necessidade de analisar essa problemática à luz da atual carta constitucional. Destarte, serão traçadas as particularidades da investigação privada em empresas, as adversidades na obtenção de provas, e a previsão estabelecida pela Lei Maior.

Sendo assim, será construída uma análise a respeito das limitações probatórias na primeira fase da persecução penal, no modo privado e, dessa forma, contribuirá para o conhecimento da sociedade brasileira e dos interessados no assunto.

2 ASPECTOS GERAIS DAS INVESTIGAÇÕES PRIVADAS

Recentemente, foi sancionada uma lei exclusiva para responsabilizar, civil ou administrativamente, pessoas jurídicas por condutas que lesionam a administração pública, a Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção. Essa Lei,



dentre tantas outras finalidades, serviu como instrumento para impulsionar as empresas a aderirem programas de *compliance*, a fim de tomar precauções contra condutas ilícitas e, dessa forma, esquivarem-se de penas legais.

Como consequência disso, vem ganhando mais enfoque a investigação privada, pois consiste em atribuir aos particulares funções de delegar e estimular a atividade investigativa – apesar de não existir um conceito taxativo para tal. Dessa forma, as empresas podem apurar atos que ocorrem em seu ambiente corporativo, sobretudo quando possuem o setor de *compliance*.

Contudo, essa atividade investigativa não possui uma regulamentação legal específica, além disso, a legislação é omissa quanto ao particular interessado realizar ato investigatório para produção de provas. Nesse caso, pode-se aplicar o princípio da legalidade, presente no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal: “Artigo 5º, II: Ninguém será obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. (BRASIL, 1988). É importante mencionar também, a relação que o Código de Processo Penal tem com o artigo exposto neste parágrafo, ao exigir uma lei anterior que defina o crime, bem como uma prévia cominação legal de pena. Neste viés, como não há menção no ordenamento jurídico brasileiro acerca da produção de provas realizada de maneira privada, não há de se falar em ilegalidade dessa atividade.

209

Assim como se pode preconizar o fato de o Superior Tribunal de Justiça reconhecer recentemente ser lícita a produção de provas pelas partes interessadas na fase pré-processual, conforme estabeleceu o ministro Nefi Cordeiro: “A ação penal pode basear-se em elementos probatórios oriundos ou não do inquérito policial, que não é seu suporte exclusivo de justa causa. Assim, admitindo-se em tese a persecução criminal por qualquer fonte confiável de prova, estatal ou particular [...]” (BRASIL, 2016)

No que diz respeito à legitimidade das investigações privadas, esta não é decorrente da previsão estabelecida no artigo 6º, inciso III, do Código Processo Penal, mas pode ser extraída dos direitos fundamentais da ampla defesa e da ação, mencionados no artigo 5º da Constituição Federal.

Ainda sobre tais aspectos gerais, é possível salientar a distinção entre a função do Ministério Público e a do investigador privado. Enquanto o primeiro sempre prezarà pela busca da verdade, independente de qual seja ela, o segundo se preocupará apenas



com os elementos que forem benéficos a si. Dessa forma, reflete Denis Sampaio (2014, p.108): “Sua função não é o esclarecimento de todos os fatos, mas sim a busca de fontes e elementos de prova para o benefício de seu defendente”.

Muitos são os cuidados que devem existir nessas investigações, pois, como não existem “barreiras” bem definidas para a atividade e nem a presença de autoridades do âmbito judicial no momento investigatório, torna-se provável o desrespeito às garantias constitucionais, embora, caso se configure ilícito o material probatório, este não poderá integrar o processo.

É importante mencionar que existem exceções, que são os casos de admissão da prova ilícita, como, por exemplo, a admissibilidade que se baseia na proporcionalidade *pro reo*. Essa corrente defende que o direito à liberdade estará acima de eventual direito ofendido na obtenção da prova. Desta forma, explica Greco Filho (1989, p.112): “Uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente [...] teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”.

210

Com base nos fatores explorados acima, essas investigações – isto é, aquelas realizadas por particulares em ambientes corporativos – podem ser iniciadas a qualquer momento e, de acordo com a sua finalidade, ser executadas para fins preventivos, defensivos ou acusatórios, dessa maneira, agregando elementos a fim de construir defesa própria.

No que tange às investigações defensivas, estas se desenvolvem de forma independente das investigações públicas, efetivando a defesa por meio da livre busca de elementos que evidenciem sua alegação, porém respeitando os quesitos legais e constitucionais para a produção probatória. Nesse ínterim, André Boiani e Édson Luís Baldan (2004) conceituam as investigações defensivas como:

O complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na ante judicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente a coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade



constitucional deferida empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto a investigações ou acusações oficiais. (BALDAN, BOIANI, 2004, p.07)

Diante da necessidade de implantar investigações defensivas no ambiente corporativo, a empresa poderá adentrar em um típico conflito de interesses em relação ao investigado, pois, ao buscar provas para se defender, a empresa pode usar esse mecanismo para acusar outrem – como, por exemplo, um funcionário. Essa forma de investigação – defensiva – possibilita a efetivação de investigações por parte da própria defesa e, dessa maneira, contrabalança os poderes investigatórios acusatórios, proporcionando certo equilíbrio no momento investigativo.

Nesse sentido, vem ganhando mais enfoque dos doutrinadores em razão do artigo 13, do Projeto de Lei do Senado nº 156/09, que visa a Reforma do Código de Processo Penal. Nele se fundamenta a ideia da investigação no âmbito privado – tal qual é descrito: “Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas” (BRASIL, 2009).

211

Desse modo, frequentemente, as empresas apuram adversidades em seu meio laboral, com o intuito de, no futuro, o problema existente não atingir a pessoa jurídica de forma geral, mas ocorra a responsabilidade pelo ilícito em desfavor de pessoas determinadas – colaboradores, funcionários, entre outros. Assim sendo, a participação da defesa no momento da investigação preliminar, por meio da busca de instrumentos de informação que possam beneficiar seus argumentos, é indispensável para propiciar um contraditório eficaz e viabilizar elementos para uma futura decisão justa. Sempre, nesses casos, respeito a forma lícita das provas, em geral, as regras já ora estabelecidas no nosso ordenamento jurídico.

2.1 As Investigações no Âmbito das Empresas e o Criminal Compliance



Existem especificidades em cada empresa que as tornam mais eficientes do que a própria autoridade policial na fiscalização e identificação de ilicitudes, pois essas pessoas jurídicas presenciam diariamente todos os fatos que ocorrem em seu ambiente, desde os mais simples até os mais extremos. Assim, na tentativa de evitar fraudes e supervisionar os funcionários, bem como qualquer conduta que ocorra dentro do ambiente corporativo, tem-se a necessidade de implantar um setor próprio para exercer essa função.

Com base nisso, existe certa transferência da função investigativa pública para a privada, e esta ocorre em ambientes internos através de particulares, por meio – muitas vezes – das estratégias de *criminal compliance*, que, conforme Giovanni Saavedra (2011):

Consiste no estudo e implementação dos controles internos e de outras medidas que podem ser adotadas pelas organizações com o fim de prevenção de crimes. Uma das principais características do *criminal compliance*, que o distanciam do direito penal tradicional, é a sua aplicação preventiva, haja vista que aquele opera na análise *ex post* de crimes. Desta forma, o *criminal compliance* atua *ex ante factum*, buscando prevenir a ocorrência de crimes e, conseqüentemente, evitar a persecução penal, através de controles internos, dentro das empresas ou instituições.” (SAAVEDRA, 2011, p.11).

212

Dessa forma, o Estado privatiza o seu ofício de prevenir, para que parte dessa função seja exercida por um ente privado – no caso, as próprias empresas. Nota-se, com isso, uma mútua contribuição entre o poder estatal e os instrumentos particulares na busca da efetivação da segurança e do combate contra a criminalidade. Assim, acrescenta Bruno Maeda (2013):

Mais do que evitar a criminalidade empresarial, o *compliance* corresponde aos esforços adotados pela iniciativa privada para não só cumprir as exigências impostas por lei e os regulamentos relativos à atividade desenvolvida como também instituir a observância da ética e da integridade corporativa. (MAEDA, 2013, p.167)

O compromisso por parte da empresa de evitar riscos e demonstrar credibilidade se baseará em um código de ética e conduta que ela mesma adotará e o cumprimento de suas normas taxadas será fiscalizado por um setor próprio de *compliance* existente em seu ambiente corporativo. A partir disso, qualquer indício de



irregularidade e violação ao imposto será averiguado e punido internamente. Caso seja necessária a viabilização de medidas judiciais em desfavor de seus colaboradores, o material probatório será aquele provindo da investigação privada interna, ou seja, do setor de *criminal compliance*.

A importância dessa implantação reflete em serviços mais proveitosos dentro da corporação, prevenção da criminalidade em empresas, servindo também como um mecanismo de investigação preventiva e, principalmente, como um ganho de instrumento investigativo que poderá ter como resultado, elementos de prova que só poderiam ser conseguidos a partir de uma ágil investigação interna realizada por departamentos de *compliance*.

Esse tipo de investigação, diferentemente da modalidade pública, pode ter início a partir de pequenos sinais fundamentados ou de forma preventiva e não há a necessidade de um motivo explícito para serem iniciadas. Um importante mecanismo adotado pelos programas de conformidade e que são fundamentais para se ter conhecimento de ilegalidades são os canais de denúncia. Defende Nieto Martin (2013) salientando que:

Sua implantação é recomendável a fim de conferir uma maior possibilidade para que a empresa receba as informações de seus colaboradores ou terceiros que, na sua falta, poderão recorrer diretamente às autoridades públicas, colocando a pessoa jurídica em desvantagem em relação àqueles. (MARTÍN, 2013, p.03)

Embora os programas de *compliance* possuam como finalidade uma gama de práticas precisas que visam estabelecer um meio empresarial ético e transparente, a investigação interna aparece como uma consequência desse viés. Pelo fato de não existir uma legislação específica para regular essa atividade, mas apenas para incentivar – que é o caso da Lei Anticorrupção –, a boa condução investigatória é um fator essencial para que todos os direitos individuais do colaborador investigado devam ser mantidos, pois, dependendo da situação, poderão ocorrer penalizações não só administrativas, mas também cíveis e criminais.

3 A OBTENÇÃO DE PROVAS POR PARTICULARES E AS PROIBIÇÕES PROBATÓRIAS



São muitos os meios de provas existentes no ordenamento jurídico brasileiro utilizados para remontar a realidade e, assim, alcançar a verdade real, como exemplo, a exibição de documentos, ou coisas, prevista nos artigos 355 a 363 do Código de Processo Penal. Entretanto, é necessário haver cautela por parte do investigador privado na hora de buscar meios no ambiente corporativo para demonstrar a verdade dos fatos, pois os crimes existentes nesse local são complexos e geralmente ameaçam interesses de uma coletividade, como, por exemplo, crimes de lavagem de dinheiro e crimes falimentares.

No que diz respeito à regulamentação específica que trate a investigação privada, esta se torna ausente quando tratamos de limites para obtenção de provas de modo privado, embora haja previsões na Lei Maior que podem ser aplicadas nessa situação. Como exemplo, pode ser citado o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais de cada cidadão, dentre eles, direito à intimidade, direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência e das telecomunicações, a inadmissibilidade no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros.

214

Faz-se interessante mencionar, também, a previsão estabelecida pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 207: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho” (BRASIL, 1941).

Dessa forma, os particulares, ao recolherem elementos probatórios, devem observar o objeto da prova (ou seja, aquilo que o juiz precisa ter conhecimento para resolver o litígio), bem como os seus meios (presentes no artigo 155 a 250 do Código de Processo Penal) e o procedimento – a depender da situação. Assim, complementa Kai Ambos (2009, p.08): “As proibições probatórias confirmam que a verdade, de acordo com as famosas palavras do Tribunal Supremo Federal, não deve ser investigada ‘a qualquer preço’, senão que deve considerar os interesses individuais previamente indicados”.

Entretanto, há o entendimento doutrinário de que as provas ilícitas podem ser admitidas quando não evidenciado o nexo de causalidade entre as provas derivadas das



ilícitas ou quando dispostas em proveito do acusado. Com base nisso, defende Fernandes (2002, p.87) que “Seria inaceitável que o acusado fosse condenado apenas porque a demonstração de sua inocência só pode ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita.”

Um aspecto relevante, nesse contexto, é a distinção entre a prova ilícita e a prova ilegítima. Enquanto a primeira é entendida como aquela obtida através da violação de norma de direito material, a segunda, para sua obtenção, há violação de norma de direito processual, conforme entendimento de Nucci (2009, p.353): “(...) as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual.” Assim sendo, é importante afirmar que o fato de ser admitida uma prova que foi irregularmente constituída, a fim de atestar a inocência da pessoa jurídica no âmbito criminal, não o absolveria de reparar o prejudicado no âmbito cível.

Nesse contexto, pode-se afirmar, a partir da interpretação e da clareza do texto constitucional ao garantir o contraditório e a ampla defesa, bem como as normas impostas no atual Código de Processo Penal, em especial o artigo 157, que trata da inadmissibilidade das provas ilícitas, que, embora não haja uma regulamentação legal específica para instruir essa atividade, ela não é considerada proibida, pois poderá ser conduzida por particulares, desde que haja observância aos preceitos legais. Por fim, o investigador não poderá usufruir da sua posição privilegiada de pessoa jurídica para conseguir elementos probatórios oriundos da ilicitude. As garantias constitucionais devem ser respeitadas a todo o momento.

215

3.1 A Produção de Provas no Ambiente Corporativo

Para se adentrar neste assunto contínuo ao capítulo anterior, mas que abrange algo mais específico, que é o ambiente corporativo, partir-se-á da questão de a empresa não possuir uma regulação para a atividade investigatória interna. Também, pode-se afirmar que essa ausência não a impossibilita de realizar mecanismos de apuração, porém, para isso, deve ser frisada a questão de serem atendidos todos os preceitos



presentes no ordenamento pátrio, e não ocorrer a violação de nenhuma diretriz estabelecida, caso contrário, terá como consequência o não aproveitamento do material colhido, que será considerado ilícito ou ilegítimo.

Dessa feita, é possível afirmar, com clareza, que as empresas possuem mais acesso às informações contidas em seu ambiente do que o Estado, pois, por exemplo, a partir de um simples contrato de trabalho, o contratante (no caso, a empresa) pode ter admissão para monitorar o serviço prestado pelo contratado (ou seja, o colaborador dessa empresa).

Consequentemente, por meio de câmeras de monitoramento, e-mails corporativos, registros de acesso à internet, gravadores de áudio, dentre tantos outros recursos, são obtidos dados de grande relevância para o sucesso de uma investigação, que, logo se transformam em materiais probatórios para a viabilização de medidas administrativas ou judiciais. Entretanto, o investigador privado, ao utilizar dos mecanismos investigatórios (o monitoramento) que a pessoa jurídica possui, não poderá beneficiar-se destas funções para conseguir informações a qualquer custo. Deve haver observância ao ordenamento jurídico.

216

Como mencionado no parágrafo anterior, muitos são os meios para obtenção de informações, implantados pela empresa, a qual tem livre acesso sobre eles, porém se faz importante observar que meios são permitidos como prova e quais não são permitidos.

Quanto às conversas realizadas em aplicativos de mensagens instantâneas (a título de exemplo: WhatsApp, Messenger, Instagram, entre outros), efetuadas em computadores da empresa, é impossibilitado o seu monitoramento, com base na linha de jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho. Assim, esclarece o desembargador Lino Faria Petelinkar em acórdão de Recurso de Ordinário:

O ato patronal de monitoramento de mensagens enviadas e recebidas através de e-mail pessoal do empregado, sem a autorização deste, assegura-lhe o direito a indenização por danos morais por violação à intimidade e a vida privada. (BRASIL, 2013)

Em relação às gravações de conversas dentro do ambiente corporativo (geralmente, a partir de gravadores de áudio instalados dentro de salas de reunião), não



serão consideradas ilícitas, assim assegura o STF: “A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa” (BRASIL, 2003).

No que tange às filmagens obtidas a partir de câmeras localizadas nos terminais da empresa, serão possibilitadas a sua utilização e até mesmo podem servir como material probatório, desde que não violem a intimidade e a privacidade da parte, pois o objetivo desta ferramenta é a proteção do ambiente e a segurança física dos colaboradores. Assim, não poderão ser instaladas em locais que violem a privacidade dos funcionários (como por exemplo, banheiros e vestiários) ou de um ou outro funcionário, de modo específico.

E, no que diz respeito ao e-mail corporativo (diferentemente do e-mail particular, o qual se considera ferramenta de uso pessoal), por ser considerado uma ferramenta de trabalho, não estará incluído no que tange à inviolabilidade do sigilo de correspondência, previsto no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, acrescenta o relator Ives Gandra Martins Filho (2008) em decisão de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista:

217

Se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de e-mail corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não apresenta violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa. (BRASIL, 2008)

Com base nisso, é notável que os limites da privacidade do empregado não podem ser considerados absolutos e sofrerão limitações quando colidirem com a violação de outros direitos e garantias fundamentais ou, até mesmo, devido o direito de propriedade do empregador – este, por sua vez, ao prover meios (como exemplo, o e-mail corporativo) para o empregado realizar suas funções, poderá ter o direito de fiscalizar o serviço.

Diante do exposto, pode-se observar que, durante a busca por provas no ambiente corporativo, o investigador privado pode esbarrar em limites que não estão fixados em uma regulamentação específica, mas, no ordenamento pátrio, no



entendimento de doutrinadores e diversas jurisprudências. Com isso, nem todos os meios que a pessoa jurídica tem ao seu alcance podem ser utilizados como meio de prova, muitos deles podem ser considerados ilícitos, pois derivam da ilicitude, ou seja, violam garantias do indivíduo. Por fim, o material probatório, decorrente da violação do direito material, não pode ser recuperado, bem como não poderá gerar qualquer efeito no processo, e, assim, nada relacionado a ele será aproveitado.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À INVESTIGAÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais, sendo considerados aqueles inerentes a todo ser humano e previstos em nosso ordenamento pátrio, se abrangeram de tal forma, que conforme interpretado em nossa atual previsão constitucional, sua concretização não se dá somente frente ao Estado, mas também nas relações privadas.

Como tratado no capítulo anterior, pode-se notar que as consideradas provas ilícitas são vedadas (embora haja entendimento doutrinário contrário, em casos de serem utilizadas em proveito do acusado e quando não evidenciado o nexos de causalidade entre as provas derivadas das ilícitas), de acordo com o artigo 5º, LVI, da Lei Fundamental de 1988, conforme exposto: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). Além disso, são conceituadas pelo artigo 157 do Código de Processo Penal como: “As obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

218

Quanto à prova ilícita, será possível a sua utilização se, através dela, existir um direito fundamental visto como mais importante, na análise do caso em julgamento, conforme previsão estabelecida pelo artigo 257 do Código de Processo Penal:

Art. 257. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.

Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos. (BRASIL, 1941).



Pode-se dizer que o direito à prova encontra limitações provindas dos direitos fundamentais, resguardados pela atual Constituição, como a título de exemplo, a proteção à intimidade, ao sigilo das telecomunicações, à privacidade, dentre outros. A partir disso, assegura Eliomar da Silva Pereira em sua obra Teoria da Investigação Criminal que “Os direitos e garantias fundamentais atuam como disposições legais de caráter negativo, na medida em que dizem o que não se pode fazer na investigação criminal” (PEREIRA, 2010, p.185).

No que tange à privacidade – sendo visto ao longo do trabalho como um importante direito a ser protegido durante o momento investigativo –, temos um direito (o qual abrange a intimidade, a honra, a imagem, dentre outros) que rotineiramente é violado, muitas vezes, violação essa que envolve questões polêmicas. Nessas situações de violação, deve haver observância quanto à abrangência desta lesão, pois quando este direito entra em conflito com outros direitos, é necessário que exista certa ponderação pautada pela proporcionalidade e a razoabilidade. Desta forma, esclarece o STF, em decisão de Habeas Corpus:

Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no artigo 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. (BRASIL, 2008)

Um ponto de grande importância é saber identificar a natureza da norma violada na produção da prova, pois, se a norma violada provier de natureza processual, seus efeitos afrontarão o processo, mas, se essa norma for de direito material, seus reflexos atingirão os direitos fundamentais.

Com isso, quando há violação de norma de direito material, algumas das garantias resultantes do direito à privacidade, à intimidade ou à integridade física do indivíduo estarão sendo desrespeitadas. Essas garantias foram vistas com grande valor pelo constituinte, de modo a delimitar o direito à prova, tendo-o como ilícito ou inadmissível quando produzido com afronta a essas garantias. Porém, havendo respeito



às garantias constitucionais e principalmente a dignidade da pessoa humana, a prova é perfeitamente admitida, como na presente decisão do TRT em Recurso Ordinário:

Não restando evidenciada a prática de qualquer ato atentatório à dignidade da empregada, uma vez que a empresa-ré apenas se utilizou dos meios legais para elucidar fato concernente ao desaparecimento de documentos originais do interior da empresa. Com efeito, se, em momento algum a laborista sofreu acusação indevida ou ofensa à sua dignidade, deve-se manter incólume a sentença que indeferiu o pedido de indenização a título de reparação por danos morais, pleiteado pela autora. (BRASIL, 2011).

Nesse contexto, faz-se necessário mencionar alguns dos direitos positivados e que devem ser respeitados para uma eficaz investigação. Primeiramente, encontra-se no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, o direito ao investigado de ficar calado, sendo voluntário a ele colaborar ou não com a investigação.

Outro importante direito é o que diz respeito ao princípio da presunção da inocência, estabelecido no inciso LVII, e prevê que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado, dessa maneira, na fase investigativa, não há de se falar em criminoso. Por fim, previsto no inciso X, está o direito à privacidade, no qual se encontra também a previsão da intimidade, honra e imagem – dispositivo este, essencial quando se trata de investigações privadas, em que, muitas vezes, há o desrespeito a essa garantia e, caso ele ocorra, o prejudicado poderá valer-se de medidas judiciais.

A investigação privada em um ambiente corporativo deve preservar os direitos individuais de cada investigado. Nesse sentido, o Estado aparece como uma figura de proteção a essas garantias e fiscalizador da Lei, a partir da Constituição Federal de 1988. Os direitos fundamentais nela estabelecidos devem permanecer acima de qualquer outra previsão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação privada realizada no ambiente corporativo é um assunto recente e que vem ganhando enfoque por meio do incentivo indiretamente proposto pela Lei



12.846 (Lei Anticorrupção) e visto, de forma prática, por meio do estabelecimento de eficientes programas de *compliance* em empresas.

A princípio, a investigação privada não possui uma regulamentação específica, entretanto, o atual ordenamento jurídico possui muitas previsões que podem delimitar a função do investigador privado. Dessa forma, pode-se afirmar que os limites da investigação privada se encontram expressos no ordenamento pátrio – precisamente nos incisos LV e LVI, do artigo 5º, da Carta Magna, que dispõe sobre contraditório, ampla defesa e vedação à produção de provas ilícitas –, doutrinas (por exemplo, doutrinadores como Kai Ambos e Nieto Martín que abordam o assunto e foram utilizados ao longo do trabalho) e diversas jurisprudências.

A investigação privada está amparada na legislação, como na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), Lei do Detetive Particular (Lei nº 13.432/2017) e no Código de Processo Penal, embora neste, encontram-se limites que definem os contornos das investigações de modo geral, podem servir para a modalidade privada.

221

A Constituição Federal de 1988 – a qual estabelece a fundamentação necessária em seu artigo 5º para legitimar essa modalidade de investigação (privada) por meio dos direitos fundamentais de ampla defesa e ação –, o Código de Processo Penal – em seu artigo 157, inadmite a produção de provas ilícitas, ou seja, aquelas obtidas com violação às normas legais e constitucionais –, demais legislações – como as mencionadas no parágrafo anterior – e diversos entendimentos jurisprudenciais. Nesse sentido, enumeram-se as seguintes possibilidades, obtidas no decorrer do trabalho, em relação ao que pode ser utilizado como mecanismo investigatório:

Sobre as conversas realizadas em aplicativos de mensagens instantâneas, realizadas em computadores de propriedade da empresa, considera-se impossibilitado o seu monitoramento por parte do empregador, tendo em vista os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado. Posto isto, a prova obtida com violação a essas garantias, serão consideradas ilícitas e o empregado poderá ser indenizado por dano moral e material.

Sobre as gravações de áudio realizadas dentro do ambiente corporativo, são consideradas lícitas e podem servir como instrumento de prova. Assim sendo, nada terá de ilicitude no material probatório provindo de escutas de áudio em ambientes.



Sobre as imagens de câmeras localizadas nos terminais da empresa, é possível a sua utilização como meio de prova, desde que não viole a intimidade e a privacidade da parte. Desta forma, elas deverão ser instaladas em ambientes que não venham a expor a pessoa física de forma vexatória, como exemplo, a instalação em banheiros ou vestiários.

Sobre o e-mail corporativo, visto que é considerado ferramenta de trabalho, é admitido o seu acesso e monitoração pelo empregador, posto que essa atitude não apresenta violação ao sigilo de correspondência, previsto na atual Lei Maior.

Dessa forma, o objetivo proposto neste trabalho foi atingido, bem como a problemática pôde ser respondida, pois o ordenamento jurídico brasileiro estabelece previsões importantes para esse tipo de atividade investigativa, bem como traz consigo garantias e direitos individuais que devem prevalecer a todo o momento (independente de se tratar de uma relação privada) e servem como limites na busca por provas, sob pena do material colhido não poder ser aproveitado e a pessoa jurídica ter de indenizar o funcionário que teve seu direito violado.

222

As conclusões alcançadas demonstram uma linha tênue das perspectivas de uma investigação privada. Elas passam sempre por uma análise do caso concreto e daquilo que não vai de encontro ao direito à privacidade, em regra, aos direitos e garantias da Lei Maior. Por fim, é possível obter uma conclusão prévia: a necessidade de estabelecer uma regulamentação específica para essas situações.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. **Las prohibiciones de utilización de pruebas em el proceso penal alemán** – fundamentación teórica y sistematización. Polít. crim., n. 7, A1-7, p. 8, 2009. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf. Acesso em: 25 set. 2019. (Tradução livre).

BOIANI, André; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim IBCCrim**, ano 11, n. 137 p. 7, 2004.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso em: 02 set. 2019.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Senado. **Projeto de lei nº 156/09**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 10 set. 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais**. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES.

MARTÍN, Adan Nieto. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información em el proceso penal. In: **Diário LA LEY**, n. 8120, 5 de julho de 2013.

223

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. São Paulo: Almedina, 2010.

SAAVEDRA, Giovanni A. Compliance: reflexões iniciais sobre criminal compliance. **Boletim IBCCRIM**. Ano 18. N. 218, Jan/2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim218.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: Possível renovação da influência pós “Código Rocco” sobre a *indagine difensiva*. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). **Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, Carlos Henrique da (Coord). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.