

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 2- 2021

ISSN 1517-1957

INVESTIGAÇÕES INTERNAS: MELHORES PRÁTICAS INTERNACIONAIS E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Alexandre Ditzel Faraco e Gabriela Costa Carvalho Forsman

Ao longo dos últimos anos tem se verificado um fenômeno de multiplicação de investigações internas no Brasil. Primeiro, houve uma ampliação do seu escopo de tal sorte que passassem a abranger temas como corrupção e ilícitos relacionados, tais como lavagem de capitais, em razão dos importantes avanços legislativos globais relacionados ao combate à corrupção. Em segundo lugar, investigações internas sofreram mudança de escala diante da perseguição de empresas brasileiras com presença no exterior por autoridades estrangeiras.

O aumento de investigações multijurisdicionais e ausência de regulamentação específica sobre a matéria no Brasil fez com que as práticas locais fossem fortemente influenciadas pelas práticas internacionais. Apesar de haver benefícios na uniformização de tais práticas em âmbito internacional, é necessário considerar as particularidades da cultura e do ordenamento jurídico brasileiro.

Investigações internas devem resultar na identificação e mitigação de riscos à pessoa jurídica que a promove e, para tanto, devem ser conduzidas de forma efetiva e lícita. A licitude dos procedimentos investigativos deverá ser analisada diante do ordenamento jurídico sob o qual se desenvolvem.

Para melhor aproveitar os benefícios resultantes de investigações internas, essas devem se valer de métodos e boas práticas consolidados dentro dos limites do exercício legítimo da autonomia privada, respeitando a esfera de direitos de terceiros, sob pena de incorrer em ilicitude e obrigação de indenizar.

Nesse sentido, a má condução de investigações internas pode gerar incremento dos riscos aos quais a empresa objeto estaria inicialmente sujeita. Por exemplo, há casos em que a inobservância de tais métodos e boas práticas resultou em ações trabalhistas (*e.g.*, por ter havido coação de funcionários na obtenção de cooperação) e, inclusive, determinação judicial de refazimento de

investigação interna (e.g., por falta de independência na condução das atividades investigativas)¹.

Este artigo se propõe a apresentar de forma sintética o que seria um conjunto de melhores práticas em investigações internas no contexto da cultura e legislação brasileira, de modo que sua realização leve a resultados efetivos sem incrementar os riscos associados.

O que são investigações internas e quais os seus meios

Investigação interna designa, de forma geral, o conjunto de atividades promovidas por um particular, no exercício de sua autonomia privada, para apurar fatos que possam afetar seus interesses.

Os objetivos visados pelo particular podem ser múltiplos e sobrepostos, como a identificação de eventuais atos ilícitos que atingiram o seu patrimônio, conflitos de interesse, irregularidades cometidas por empregados ou prestadores de serviços, o exercício do seu direito de defesa – a chamada “investigação defensiva” – e a obtenção de provas para demandar em juízo.

Para apuração dos fatos o particular pode se valer dos mais variados meios, desde que lícitos. Terá limitações em relação ao que é viável fazer por não deter os mesmos poderes de órgãos estatais de persecução penal ou administrativa. O uso de técnicas invasivas ou coercitivas pelo particular – como interceptações telefônicas, quebra de sigilo bancário, ações controladas – será em regra ilícito.

Em determinadas circunstâncias poderá o particular recorrer a métodos invasivos ou coercitivos para reconstrução e prova de fatos. Mas dependerá, para tanto, da atuação de autoridades com poderes legais para impor tais medidas. Nesse sentido, o particular pode conseguir acesso a

¹ V., por exemplo, o Inquérito Criminal nº 1.16.000.000393/2016-10 e Procedimento Administrativo de Acompanhamento nº 1.16.000.001755/2017-62. A Justiça Federal deferiu o pedido do Ministério Público Federal do Distrito Federal (“MPF/DF”) de refazimento de investigação interna contratada por empresa do ramo de celulose no âmbito da Operação Greenfield por entender que essa não teria sido conduzida de forma independente. O MPF/DF explicou que o órgão de apuração dos trabalhos de investigação interna era composto por empregados da empresa, incluindo um réu da Operação Greenfield.

documento em posse de terceiro por meio de pedido ao juiz competente para que ordene a sua exibição (v. artigo 396 do Código de Processo Civil).²

Embora esses meios possam ser referidos a atividades de “investigação” de fatos em sentido amplo, não são próprios de investigação qualificada como “interna” – i.e., no âmbito do domínio privado do particular. Ademais, o trabalho em regra é feito de forma sigilosa e sem envolver terceiros que não tenham compromisso de confidencialidade com o particular, o que é necessário para preservar o interesse de quem a realiza e a decisão do que fazer com os resultados alcançados.

Considerando as limitações dos meios disponíveis, as investigações internas são feitas principalmente a partir de documentos e informações detidos pelo particular ou a ele acessíveis. Isso pode parecer trivial – e em alguns casos é – mas frequentemente envolve conjunto complexo de atividades. Não se trata apenas de revisitar pastas organizadas em arquivos, mas localizar informações potencialmente relevantes em bases eletrônicas com milhões de documentos.

Mesmo em relação a documentos que sejam detidos pelo particular pode haver limitação no seu uso para fins de investigação interna. É o caso de mensagens ou dados eletrônicos armazenados em servidores de uma empresa, mas que dizem respeito a informações privadas de seus empregados.³

Além daquilo que está sob domínio do particular ou pode ser por ele acessado, as atividades de investigação interna podem abranger terceiros que tenham algum vínculo jurídico que implique dever de cooperar com o interessado para o esclarecimento dos fatos. É o caso de empregados ou prestadores de serviços em relação às atividades desempenhadas no contexto dos respectivos contratos. Ou fornecedores e parceiros de negócio que aceitaram, no âmbito de seus contratos, a possibilidade de o contratante realizar auditorias e ter acesso a documentos.

² O que não implica inadmitir a licitude do uso de certas técnicas invasivas de produção de prova diretamente pelo particular. A captação ambiental de sinais acústicos ou gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores pode ser tida como válida para fins de defesa – v. por exemplo STF, Embargos de Declaração no Segundo Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 602.724- PR, data de julgamento: 10/09/2013. Mas essas situações se revestem de certa excepcionalidade e não constituem meio ordinário de investigações internas.

³ Como se verá em seção subsequente, isso não impede necessariamente o uso desses documentos e informações. Mas é necessária análise específica das circunstâncias sob as normas aplicáveis – que podem envolver mais de uma jurisdição – para concluir pela licitude do uso.

Ainda em relação a terceiros, a investigação pode eventualmente se beneficiar da cooperação daqueles que, mesmo não tendo vínculo jurídico que os obrigue a cooperar, prestar contas ou apresentar esclarecimentos, decidam fazê-lo de forma voluntária. Normalmente esses terceiros são aqueles que podem ter seus interesses afetados pelos resultados da investigação.

Assim, os principais meios de investigação interna vão envolver (i) a localização e análise de documentos com conteúdo relevante para o entendimento dos fatos, e (ii) a entrevista de pessoas com conhecimento sobre os fatos. A depender do objeto, podem abranger ainda (iii) a realização de perícia por especialista – como análise técnica para avaliar origem de defeito de fabricação de equipamento ou de violação a sistema de segurança de dados.

Tais meios sempre terão caráter privado e não se confundem com provas produzidas em juízo ou por autoridade administrativa. As entrevistas realizadas não constituem “prova testemunhal”, que a rigor é colhida em juízo e envolve o exercício do contraditório – i.e., todas as partes podem formular perguntas. Registros das entrevistas terão o valor de declarações constantes em documentos particulares assinados, as quais presumem-se verdadeiras em relação aos signatários (v. artigo 219 do Código Civil). A análise pericial irá gerar um laudo técnico privado, mas que não é equivalente à prova pericial produzida em juízo, a qual também pressupõe a participação de todas as partes envolvidas.⁴

Os resultados alcançados pela investigação interna podem constituir meios de prova lícitos e terão em regra caráter documental. Muitos dos procedimentos e melhores práticas no âmbito de investigações internas têm como foco garantir a higidez e validade dessas provas. Concomitantemente buscam estar atentos a eventuais direitos de terceiros que possam ser atingidos pelas atividades investigativas; esse cuidado está ligado ao primeiro aspecto – pois a não observância de direitos de terceiros pode invalidar a prova –, assim como evita a prática de atos ilícitos que possam gerar pretensões contra quem promove a investigação.

As atividades desenvolvidas no âmbito de investigação interna privada se orientam, portanto, por esses dois vetores. Primeiro garantir resultado útil ao particular, o que não se limita à obtenção de determinado conhecimento sobre os fatos, mas inclui poder usar aquilo que permite esse conhecimento – documentos, registros de entrevistas, declarações e opiniões

⁴ Eventualmente esse parecer técnico pode substituir a realização de perícia judicial, como admitido pelo Código de Processo Civil: *Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.*

técnicas – como prova lícita. Ao mesmo tempo, alcançar esse resultado nos limites do exercício legítimo da autonomia privada, respeitando a esfera de direitos de terceiros, de forma a não comprometer a utilidade da investigação e não gerar responsabilidade por atos ilícitos.

Esses aspectos gerais precisam ser avaliados a partir das especificidades do ordenamento jurídico que irá disciplinar, no caso concreto, o exercício da autonomia privada. Embora questões de ordem prática de como executar essa atividade não sejam propriamente jurídicas e haja uma aproximação entre o que se faz no âmbito corporativo em diferentes países, a preservação do valor probatório e o respeito à esfera de terceiros envolve análise específica ao direito de cada país.

Em geral os sistemas jurídicos não disciplinam especificamente a investigação interna, ou definem procedimentos próprios ou delimitam como e quando realizá-la. São questões que se colocam no âmbito da autonomia privada do particular. Mas há normas, ainda que não específicas ao tema, que podem nortear ou restringir decisões sobre esses pontos.

Investigações internas do direito brasileiro

O tema das investigações internas ganhou relevo no contexto brasileiro em período mais recente, em função dos avanços legislativos e institucionais relacionados ao combate à corrupção.

Houve ampliação do uso de técnicas de obtenção de provas em que particulares envolvidos em ilícitos são incentivados a colaborar com as autoridades em troca de benefícios – as colaborações premiadas na esfera penal⁵ e os acordos de leniência em âmbito cível e administrativo.⁶ Concomitantemente, a Lei 12.486/13 trouxe sistema específico de sancionamento de pessoas jurídicas privadas envolvidas ou beneficiárias de atos de corrupção. Esse sistema, baseado em responsabilização objetiva do particular, independente de discussões quanto a culpa ou dolo, implicou

⁵ A adoção de um modelo de justiça penal negociada remonta à Lei 9.099/95 que disciplinou os Juizados Especiais Criminais e tinha como foco infrações de menor potencial ofensivo. É apenas com a Lei 12.850/13, voltada ao tratamento de organizações criminosas, que a colaboração premiada efetivamente se insere como meio de obtenção de prova pela autoridade de persecução penal e estratégia de defesa para aqueles envolvidos em crimes de alta complexidade e repercussão.

⁶ No âmbito administrativo, os acordos de leniência foram usados pela primeira vez no âmbito da legislação de defesa da concorrência. O instituto foi adotado posteriormente pela Lei 12.846/13.

aumento do risco de exposição a sanções pesadas no âmbito do exercício da atividade empresarial.⁷

Evidente as razões pelas quais a relevância e utilidade das investigações internas se ampliam para as sociedades empresárias privadas como decorrência dessas mudanças. De um lado, interessados em obter os benefícios associados à cooperação com autoridades precisam aportar provas relevantes do ilícito que reportam – i.e., é condição desses acordos que o particular possa “alavancar a capacidade investigativa” das autoridades.⁸ As investigações internas são meios para obtenção dessas provas que serão oferecidas voluntariamente às autoridades.

De outro, o regime estrito de responsabilidade objetiva, ao ampliar os riscos de sanções e facilitar a punição dos particulares, estimula a adoção de programas de integridade – ou de *compliance* – que permitam melhor controlar esses riscos e prevenir práticas ilícitas. A Lei 12.846/13 prevê, ainda, como fator de incentivo, que a existência de programas efetivos dessa natureza pode mitigar a responsabilização da pessoa jurídica (v. artigo 7º, VIII). Não há obrigatoriedade de adoção desses mecanismos,⁹ mas foram criados fortes incentivos a que as empresas o façam e exijam o mesmo de seus parceiros comerciais.¹⁰

Programas de integridade efetivos pressupõem a existência de procedimentos críveis para recebimento de denúncias e apuração de irregularidades – i.e., de realização de investigações internas aptas a identificar e fazer cessar eventuais irregularidades. De pouco valem declarações de princípios e compromisso de respeito a certos parâmetros

⁷ Responsabilizar pessoas jurídicas por atos de corrupção não é propriamente novidade no direito brasileiro. Há inúmeras leis que se sobrepõem e são usadas com esse propósito – Lei de Improbidade Administrativa, leis de licitações federais, estaduais e municipais, leis disciplinando a atuação dos tribunais de contas. A Lei 12.846/13 inova por ser o primeiro diploma legal com foco específico na responsabilização da pessoa jurídica privada e o fazer com base em responsabilização objetiva (v. Alexandre Ditzel Faraco, “Lei de Defesa da Concorrência e Lei Anticorrupção: sobreposições e conflitos normativos”, *Revista de Direito Público da Economia* n. 59).

⁸ V. artigo 4º da Lei 12.850/13 em relação à colaboração premiada e artigo 16 da Lei 12.846/13 sobre acordos de leniência.

⁹ Essa obrigatoriedade existe apenas em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista – v. artigo 9º da Lei 13.303/16.

¹⁰ A previsão de responsabilidade objetiva e a amplitude com que os ilícitos são definidos na Lei 12.846/13 podem criar para o particular o risco de ser responsabilizado por atos ilícitos praticados por seus parceiros comerciais. Essa situação é evidente, por exemplo, na hipótese de agente ou representante comercial que angaria oportunidades em benefício de outrem.

normativos se no âmbito interno da empresa pouco ou nada se faz para apurar eventuais desvios.

Assim, o recurso a investigações internas é inerente a adoção de programas de integridade que se pretendam efetivos.¹¹ Essa constatação se reflete em normas editadas para fixar parâmetros de avaliação de referidos programas para fins de verificar se aplicável o citado fator de mitigação previsto no artigo 7º, VIII, da Lei 12.846/13. O Decreto 8.420/15, que regulamenta a Lei 12.846/13, estabeleceu dentre os parâmetros para avaliação de programas de integridade a existência de “canais de denúncia de irregularidades” e “procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas” (artigo 42, X e XII).

Essas referências normativas não disciplinam questões específicas sobre como devem ser os procedimentos de investigação interna e o que deve ser feito pelo particular. Apenas enfatizam a necessidade de mecanismos eficazes como parte de programa de integridade empresarial que se pretenda crível, mantendo na esfera da autonomia privada a decisão de como organizá-las.¹²

¹¹ Investigação internas são instrumentos para apurar fatos que ocorreram. Programas de integridade eficazes preveem também a existências de mecanismos de monitoramento voltados a prevenir – ou ao menos limitar a extensão – de certos fatos, os quais usualmente se baseiam em parâmetros de análise do fluxo de dados eletrônicos nos sistemas de uma empresa.

¹² Em documento de orientação da Controladoria-Geral da União (“CGU”) voltado ao setor privado, com diretrizes sobre programas de integridade, há previsão de que tais programas devem trazer normas de procedimentos sobre investigações internas. Mas não há detalhamento de quais deveriam ser essas normas (“*A detecção de indícios da ocorrência de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, deve levar a empresa a iniciar uma investigação interna, que servirá como base para que sejam tomadas as providências cabíveis. Normas internas devem tratar de aspectos procedimentais a serem adotados nas investigações como: prazos, responsáveis pela apuração das denúncias, identificação da instância ou da autoridade para a qual os resultados das investigações deverão ser reportados* – v. Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas de 2015; disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>). Há também referência expressa, ainda que genérica, às investigações internas em outro documento de orientação editado pela CGU sobre como deve ser feita a avaliação de programas de integridade no âmbito de processos administrativos sancionadores – *Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR* de 2018 (disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>). O documento destaca, dentre os critérios a serem levados em conta na avaliação, a capacidade do órgão responsável pelo programa de integridade de realizar investigações internas e se foram realizadas investigações para apurar a ocorrência de atos semelhantes àqueles investigados no processo administrativo.

Apesar da associação das investigações internas, no contexto brasileiro, com os avanços nos mecanismos de combate à corrupção, o seu uso não está necessariamente ligado a esse tipo de ilícito e precede os eventos referidos acima. Investigações internas feitas no âmbito das empresas já eram comuns para apurar diferentes tipos de desvios de condutas – como assédio, furto, apropriação de bens, conflitos de interesses, danos, violação de sistemas, suborno privado – com o potencial de impactar negativamente a organização empresarial.

O que houve no período mais recente, em decorrência das medidas de combate à corrupção, foi uma mudança de escala dessas investigações – seja em termos da quantidade de empresas que passaram por processos dessa natureza, seja em relação à dimensão e abrangência das investigações. Isso resultou também no avanço e na disseminação no país de técnicas e práticas mais eficazes à consecução dos fins das investigações.

Evidência de que o tema não é propriamente novo é o fato de já existir conjunto de decisões de tribunais superiores abordando diferentes aspectos dessa atividade. Há nessas decisões o reconhecimento de que se trata de atividade que se insere no exercício legítimo da autonomia privada,¹³ ao

¹³ V. STJ, Agravo em Recurso Especial nº 284.518 - GO (2013/0010128-7), data de julgamento: 19/08/2013. A questão é discutida de forma mais frequente na Justiça do Trabalho. V. a título de exemplo as seguintes decisões: “*DANO MORAL. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. INVESTIGAÇÃO DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES COMETIDAS POR EMPREGADOS. ABUSIVIDADE. Não se pode olvidar que a investigação interna procedida pelo empregador, a fim de se apurar a prática de possíveis irregularidades cometidas pelos empregados, não constitui ato irregular ou ilícito da empresa, já que tal se insere no seu poder diretivo, quando assume os riscos do empreendimento econômico. Porém, deve o empregador observar os limites deste poder investigativo, de maneira a não adotar uma conduta abusiva, violadora dos direitos da personalidade, que atente, por sua sistematização, contra a dignidade, a integridade física ou psíquica do trabalhador, ameaçando o seu emprego ou degradando o meio ambiente do trabalho, o que, sem sombra de dúvida, gera dano moral e enseja o pagamento de indenização, nos termos dos artigos 5-o, inc. X, da CF e 186 do Código Civil.*” (TRT – Recurso Ordinário 590607 01079-2006-037-03-00-0 – Data de julgamento: 12/05/2007). “*JUSTA CAUSA. IMEDIATIDADE ENTRE O ATO FALTOSO E A DISPENSA. PERDÃO TÁCITO NÃO CONFIGURADO. A ausência de imediatidade entre o ato faltoso e a resolução do contrato de trabalho por justa causa não caracteriza perdão tácito quando a reclamada instaura sindicância para apuração da falta cometida e posterior efetivação da dispensa por justa causa. A exigência de prévia instauração de sindicância em empresas de grande porte é salutar. E a apuração dos fatos, por certo, demanda algum tempo e se reveste de natureza complexa, pois carece de efetiva apuração, com investigação cuidadosa por parte do empregador, justamente para que não aja injustiça na punição. De tal sorte, o procedimento não admite solução instantânea e, via de consequência, os dias ou alguns meses tomados para apuração dos fatos ocorridos de maneira alguma implicam perdão tácito. Este (perdão tácito) poderia restar presumido ante a falta de interesse do empregador na apuração da falta, o que efetivamente não ocorreu no presente caso. Recurso de revista parcialmente conhecido e*

mesmo tempo em que se enfatiza os seus limites e a necessidade de se respeitar a esfera de terceiros que possam ser afetados por determinada investigação.

As normas que impõem limites à autonomia privada nesse âmbito não tratam especificamente de investigações internas, mas abrangem garantias e direitos individuais de matriz constitucional e regras e princípios que balizam o direito contratual privado – tanto na esfera trabalhista, como na civil. Assim, o acesso a documentos, ainda que estejam no âmbito da empresa, precisa considerar o respeito à privacidade e à imagem das pessoas. Entrevistas, que não passam de reuniões privadas, não podem recorrer à coação moral ou ao constrangimento.

Há, portanto, conjunto extenso de normas que podem, no caso concreto, impor limitações ao exercício da autonomia privada em investigações internas. Para a presente análise não é necessário organizar quadro exaustivo de quais seriam essas normas, cuja incidência, ademais, dependerá das situações concretas às quais se volta determinada investigação. Avaliar a existência e extensão de eventual obrigação de terceiro de prestar esclarecimentos e informações, por exemplo, dependerá do tipo de vínculo jurídico que mantém com quem realiza a investigação.

Mas é certo, porém, que as atividades de investigação interna sofrem restrições em função de garantias e direitos de terceiros que possam ser por ela atingidos – como investigados ou colaboradores.

Essa dimensão é destacada no Provimento 188/18 editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sobre modalidade específica de investigação interna – as chamadas “investigações defensivas” conduzidas por advogados, que têm como propósito a *obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte*.¹⁴ O Provimento exige que *[d]urante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas* (artigo 5º).

desprovido.” (TST – Recurso de Revista 580844-91.1999.5.15.5555 – Data de julgamento: 10/03/2004).

¹⁴ Conforme artigo 1º do referido provimento: *Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.*

A norma, é verdade, dirige-se ao advogado que conduz investigação interna, e não à sociedade e foi publicada por órgão de classe, tendo a sua aplicação e eficácia, portanto, limitadas por diversas razões. Ainda assim, constitui parâmetro relevante para qualquer análise crítica sobre a solidez de uma investigação interna específica, em especial quando conduzida por advogados.

Como assegurar investigações eficientes, úteis e lícitas? A prática das investigações internas

E ampla, como visto, a margem de liberdade de que goza o particular para decidir como organizar uma investigação interna; essa liberdade só encontra limitação, como também discutido, na esfera de direitos de terceiros que possam ser afetados pelo exercício de investigação.

Dito isto, há parâmetros metodológicos gerais e boas práticas consolidadas que servem como referência e permitem avaliar se determinada investigação pode ser reputada como adequada e suficiente. Esses parâmetros e práticas repetem-se, em larga medida, em diferentes jurisdições. A prática brasileira recente é inequivocamente influenciada por aquela de outros países¹⁵.

Especificidades dos ordenamentos jurídicos e culturas locais podem determinar cuidados e rotinas específicos para assegurar a higidez da prova produzida e o respeito à esfera dos direitos de terceiros. Mas o que se faz em diferentes países não é fundamentalmente diverso, pois em essência trata-se do emprego eficiente em âmbito privado de meios aptos à apuração de determinado conjunto de fatos.¹⁶

Por óbvio o particular pode decidir desenvolver procedimentos próprios e limitar a extensão das atividades – assim como pode simplesmente decidir não fazer nada. Mas não poderá esperar alcançar os resultados visados a partir de escolhas irrazoáveis e decisões arbitrárias inaptas a efetivamente apurar os fatos. Como já ressaltado acima, a decisão quanto aos procedimentos adotados também será limitada pela necessidade de se respeitar direitos e garantias de terceiros.

¹⁵ E influencia também, como é natural que ocorra, a prática de jurisdições próximas e menos maduras no tocante, por exemplo, a atividades anticorrupção.

¹⁶ Para análise pormenorizada e comparada de procedimentos de investigação interna em diferentes jurisdições, v. Judith Seddon et. al. *The practitioner's guide to global investigations*. London: Law Business Research, 2016.

A organização de uma investigação interna deve garantir que a atividade seja *eficiente, útil e lícita*. Eficiente para empregar os meios e recursos disponíveis numa extensão compatível com seu escopo e objetivo; *útil* para assegurar apuração dos fatos e seu eventual uso como prova; e *lícita* para respeitar direitos de terceiros potencialmente afetados, sem comprometer os resultados ou gerar prejuízos.

Investigações internas consistentes são tipicamente organizadas em torno das seguintes etapas: (i) avaliação do contexto fático e delimitação do escopo da investigação; (ii) coleta, processamento e análise de dados e documentos; (iii) entrevistas; e (iv) análise e apresentação de resultados. Essa sequência não pretende descrever a ordem cronológica daquilo que é feito. Há atividades que podem ser realizadas concomitantemente. Resultados parciais de análise documentais podem demandar novas entrevistas – e vice-versa. Trata-se de trabalho dinâmico, que pode evoluir em função dos próprios resultados alcançados e exigir revisões e ampliações de escopo. Mas a lista descreve em linhas gerais o que é comumente feito.

A depender dos objetivos da investigação, outras atividades podem ser incluídas. É o caso, notadamente, de perícias e análises técnicas. É frequente, por exemplo, em casos de envolvimento da sociedade empresária em número relevante de atos de corrupção, a avaliação, por especialistas da área contábil, dos procedimentos de registro e demonstrações contábeis da empresa, assim como a realização de testes sobre amostras de transações que possam revelar potenciais irregularidades. Pode-se definir essa amostra a partir de critérios que em si representam indícios de potenciais problemas, como elevado número de notas fiscais sequencias de prestação de serviço e fornecedores com envolvimento conhecido em atos ilícitos.

Avaliação inicial do contexto fático e delimitação do escopo da investigação

A iniciativa de promover uma investigação é provocada por algum fato específico que indique potencial impacto na esfera de interesse do particular. Tais fatos podem ser descobertos, por exemplo, por meio de denúncias internas apresentadas em canais do programa de integridade, medidas de persecução por autoridades públicas, notícias publicadas na mídia, procedimentos de *due diligence* e entrevistas de desligamento de funcionários.

O passo inicial é registrar o ocorrido (*i.e.*, criar um *paper trail* das ações voltadas à apuração dos fatos descobertos) para então se avaliar o contexto fático apresentado e determinar o escopo do quanto deve ser apurado e como fazê-lo. A partir de referida análise, se identifica o período temporal relevante e os indivíduos que podem ter tido participação relevante nos fatos

ou ter conhecimento sobre os fatos sob apuração, denominados *custodiantes*. A formação da lista de custodiantes permitirá delimitar quais documentos e bases documentais devem ser coletados e preservados.

Os documentos a serem considerados no processo incluem: (i) documentos eletrônicos localizados nos dispositivos conferidos ao particular como instrumento de trabalho e respectivos sistemas de armazenamento de documentos em nuvem; (ii) documentos físicos e eletrônicos disponíveis na empresa, tais como contratos, faturas, propostas e projetos; (iii) documentos corporativos, como políticas de integridade, procedimentos internos e atas de reuniões; e (iv) gravações de imagem e voz se existentes (*e.g.*, gravações de chamadas telefônicas e imagens de câmeras de segurança).

O volume dos documentos coletados deve então ser reduzido a universo passível de análise pormenorizada por meio da determinação de palavras-chave a serem empregadas na busca e seleção de tais documentos.

A partir da definição inicial da lista de custodiantes, marcos temporais e palavras-chaves para seleção de documentos, costuma-se redigir um *plano de investigação interna*. Esse documento detalhará o escopo da investigação, sua metodologia, cronograma e recursos a serem usados. Trata-se de providência relevante para adequadamente organizar o trabalho, delimitar seu foco e servir como referência para avaliar os resultados. O plano inicial pode vir a ser revisto e complementado em função dos desdobramentos da investigação – como, por exemplo, na hipótese de identificação de novos custodiantes ou temas relacionados que se mostrem relevantes.

A etapa inicial de delimitação e planejamento da investigação é necessária para que se possa esperar resultado útil de todo o processo. Sem organização e foco adequado o exercício tende a ser dispendioso e inconclusivo; ou restar em plano inócuo de superficialidade. A investigação não pode ser um revirar interminável de todos os documentos e informações existentes, nem tampouco excluir aspectos e custodiantes relevantes. No primeiro caso, além de ineficiente, o procedimento pode gerar custos superiores aos potenciais benefícios e demorar tanto que inviabilize decisões adequadas sobre os fatos apurados. No segundo, terá sido um exercício inútil.

Coleta, processamento e análise de dados e documentos

A análise de documentos é precedida de procedimentos específicos e padronizados de coleta, preservação e validação dos documentos em questão. Tais procedimentos técnicos de tecnologia forense permitem eventual utilização dos documentos como provas uma vez que demonstram a

sua origem e fidedignidade. Permitem, ainda, identificar evidências de eliminação em massa, limpeza e transferência de dados relevantes e a sua recuperação.

Sempre que possível os documentos eletrônicos devem ser coletados por meio da geração de cópias de seu local original. Esse processo é feito de forma a permitir atestar que se trata da reprodução fidedigna e sem interferência da fonte original. São depois processados e disponibilizados em plataformas eletrônicas criadas para facilitar o processo de seleção e revisão dos documentos relevantes.

A análise de tais documentos é feita por diferentes níveis de revisores. Em primeiro nível, os documentos são classificados entre relevantes e não relevantes por diferentes revisores. Em segundo nível, os documentos tidos como relevantes são então revistos e, caso necessário, reclassificados por número limitado de revisores mais experientes. Como forma de garantir a qualidade da revisão documental, garantir consistência de análise e evitar número relevante de falsos negativos (*i.e.*, documentos relevantes marcados como não relevantes), tem-se como uma boa prática selecionar amostra aleatória de documentos classificados como não relevantes em primeiro nível e revê-los em segundo nível.

Há também ferramentas de inteligência artificial que estabelecem padrões de documentos relevantes com base na interação com os revisores e nos tipos de documentos classificados como tais, o que auxilia na redução efetiva do volume de documentos analisados e, portanto, no custo da investigação interna.

As atividades descritas acima podem envolver discussões jurídicas complexas relacionadas à privacidade e imagem dos indivíduos afetados pela investigação interna. É o caso quando se está diante de documentos que não são de domínio público e que estão relacionados à vida pessoal dos empregados cujos dispositivos eletrônicos foram coletados (*e.g.*, especialmente, telefones celulares que são utilizados para fins profissionais e particulares). A avaliação dessas questões faz parte do planejamento de investigação e deve ser realizada a partir do caso concreto, identificando situações que podem demandar o consentimento prévio do indivíduo. No âmbito das regras e códigos internos das empresas é frequente o cuidado com esse tipo de situação e usualmente os empregados são avisados de que não devem ter expectativa de privacidade no uso de dispositivos e sistemas eletrônicos colocados à disposição pelo empregador.

A Lei 13.709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”), que passou a ter eficácia plena recentemente, trouxe novo conjunto de parâmetros

normativos que impactam investigações internas. Além de impor restrições ao tratamento de dados pessoais sensíveis pela empresa que os controla, a LGPD limita e impõe condicionantes à transferência internacional de dados pessoais, atividade comum em investigações envolvendo empresas com atuação em múltiplas jurisdições. Há, no entanto, situações em que a LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais, aplicáveis a investigações internas, tais como o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (artigo 7º, II e artigo 11, II, a), para o exercício regular de direitos, inclusive em processo judicial, administrativo ou arbitral (artigo 7º, VI e artigo 11, II, d) e legítimo interesse do controlador ou de terceiro (artigo 7º, IX).¹⁷

Entrevistas

A realização de entrevistas, em conjunto com a revisão documental, é o principal meio de obtenção de informações relevantes à investigação interna. Ambos possuem caráter complementar e seu emprego concomitante pode ser decisivo para o resultado da investigação.

Por mais bem pensados que sejam os parâmetros da revisão documental, é frequente se deparar com documentos obscuros cujo contexto requer esclarecimentos – é o caso de documentos informais, sem contexto, com linguagem dúbia ou truncada, com siglas ou expressões que sugerem situações que poderiam na prática não existir. Entrevistas com indivíduos colaborativos permitem uma melhor compreensão de tais documentos e de esclarecimento dos fatos objeto de investigação – trata-se de quebra-cabeça cujas peças vão se encaixando conforme os relatos dos entrevistados. As entrevistas se tornam ainda mais relevantes em investigações em que houve destruição de documentos irre recuperáveis.

Naturalmente pode haver conflito de interesse entre quem promove a investigação e a pessoa a ser investigada, bem como os indivíduos podem se recusar a cooperar.¹⁸ Não obstante, dada a importância das entrevistas,

¹⁷ Esta última hipótese não permite o tratamento de dados pessoais sensíveis, isto é, dados sobre “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

¹⁸ Há discussão complexa que gira em torno da aplicabilidade da garantia à não autoincriminação (*nemo tentur se detegere*) às investigações internas que envolvem a apuração de ilícitos penais. V., por exemplo, CARACAS, Christian; GRECO, Luís. Internal investigations e o princípio da não autoincriminação. In. Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro. LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [Orgs.]- Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

investigação que se pretenda ampla e suficiente deve buscar ouvir todos os indivíduos com potencial conhecimento relevante para a apuração dos fatos. Essa providência também garante tratamento condigno ao indivíduo potencialmente afetado pela investigação, que tem o direito de ser ouvido, se assim o quiser, para prestar os esclarecimentos que entender devidos.

As entrevistas devem ser realizadas por integrantes da equipe de investigação a partir de roteiros previamente preparados, com base em informações já apuradas. Os registros das entrevistas são transformados em memorandos que não equivalem a uma transcrição dessas. Não é usual ou sequer recomendado pedir que o entrevistado assine as notas ou aprove o conteúdo da entrevista, que poderia resultar em inconvenientes de ordem prática (*e.g.*, com relação à sua confidencialidade).

Direitos e garantias do entrevistado devem ser preservados também nas entrevistas. Como mencionado anteriormente, é inadmissível o recurso à coação moral. O entrevistado deve ser informado sobre os propósitos da investigação interna e do uso que pode ser dado às informações que prestar. Se quiser se fazer acompanhado por advogado próprio, tem direito a tanto. O papel dos entrevistadores e quem eles representam deve estar claro (*i.e.*, o chamado *Upjohn warning* na prática norte-americana): se forem advogados, o entrevistado precisa ter ciência de que não estão ali para representar interesses dos entrevistados e não têm como eles a relação de cliente-advogado, que inclui o sigilo profissional, mas com o particular que promove a investigação ou é por ela responsável (*e.g.*, a empresa alvo de investigação).

Análise e apresentação de resultados

A última etapa de investigação interna compreende a análise do conjunto de informações apuradas por meio de revisão documental e entrevistas pessoais. Pode-se chegar a resultados que permitam a reconstrução precisa dos fatos, mas é comum que se chegue a resultados, ao menos parciais, inconclusivos. Resultados inconclusivos são também comuns em investigações promovidas por autoridades públicas e, em ambos os casos, não necessariamente traduzem falhas na metodologia e condução das investigações. Esses podem se dar em razão de diversos motivos, tais como limitação de documentação disponível ou os fatos relacionados a funcionários que não se encontram mais na empresa.

A forma de registro dos resultados de uma investigação interna varia conforme as circunstâncias. Podem ser feitos relatórios escritos detalhados ou simplesmente apresentações em reuniões. Mas é recomendável que se mantenha algum registro do plano de investigação e do que foi executado,

caso se pretenda demonstrar no futuro a suficiência e adequação da investigação.

Os relatórios e apresentações podem, ou não, incluir avaliação jurídica dos fatos e orientações de caráter legal. Por exemplo, se o foco era apuração de denúncia de participação em conduta coordenada com concorrentes, a avaliação jurídica considerará se os fatos apurados se enquadram nos ilícitos tratados na legislação concorrencial; e que opções a empresa tem para mitigar potenciais consequências legais.

Quando a investigação é instrumental a trabalho mais amplo de assessoria legal a inclusão desse tipo de análise no relatório final irá ocorrer. Em qualquer caso, porém, o uso a ser feito dos resultados e sua avaliação enquanto meios de prova envolverá sempre algum grau de análise jurídica.

A definição dos destinatários dos relatórios e apresentações dependerá do contexto e objeto da investigação. Quando esta se refere a questões mais pontuais, podem ser simplesmente os gestores das áreas de integridade e outras pessoas dotadas de atribuições relevantes no tema – como recursos humanos ou suprimentos. Há, por outro lado, programas de integridade que preveem a existência de comitês específicos para avaliar desvios de conduta objeto de apuração ou supervisionar as decisões tomadas pelos gestores das áreas afetadas.

Quando as questões envolvem atos de integrantes da alta administração da sociedade empresária – diretores e membros do conselho de administração – e repercussões potencialmente amplas, é de se esperar que o próprio conjunto dos membros da alta administração tome conhecimento dos resultados e avalie encaminhamentos cabíveis. É requisito de programas de integridade que se pretendam efetivos o envolvimento dos principais gestores nesse tipo de exercício.¹⁹

Em casos envolvendo a alta administração em exercício ou acionistas, em que se queira garantir independência da apuração e da decisão do que fazer com os resultados, é comum também a formação de comitês *ad hoc* compostos por integrantes externos à empresa, que será responsável por organizar a investigação e avaliar seus resultados.

¹⁹ V. Decreto 8.420/15: Art. 42. *Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa.*