

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CLAYTON IURKIV IZIDORO

**A VALIDADE JURÍDICA DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS
COMO MECANISMO DE DEFESA DAS PESSOAS
JURÍDICAS EM PROCESSOS DE CORRUPÇÃO: uma análise
entre o compliance e a Lei 12.846/13**

CURITIBA

2023

CLAYTON IURKIV IZIDORO

**A VALIDADE JURÍDICA DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS
COMO MECANISMO DE DEFESA DAS PESSOAS
JURÍDICAS EM PROCESSOS DE CORRUPÇÃO: uma análise
entre o compliance e a Lei 12.846/13**

Artigo apresentado à disciplina de Trabalho de Conclusão de
Curso II como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Assis do Rego Monteiro
Rocha Junior

CURITIBA


2023

TERMO DE APROVAÇÃO

A VALIDADE JURÍDICA DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS COMO MECANISMO DE DEFESA DAS PESSOAS JURÍDICAS EM PROCESSOS DE CORRUPÇÃO: uma análise entre o compliance e a Lei 12.846/13

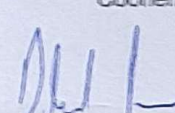
CLAYTON JURKIVIZDO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

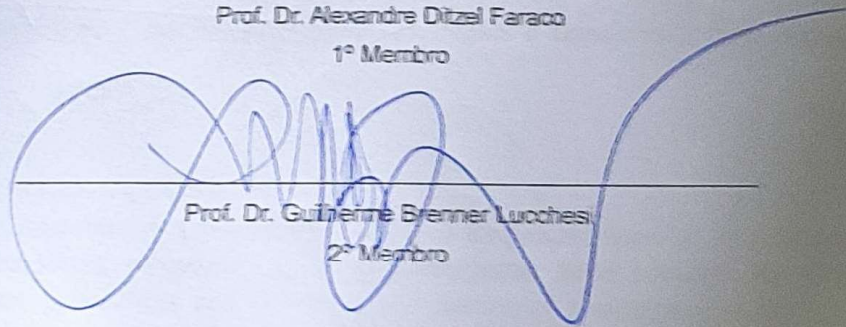


Prof. Dr. Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Junior
Orientador

Coorientador



Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco
1º Membro



Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi
2º Membro

TERMO DE APROVAÇÃO

CLAYTON IURKIV IZIDORO

A VALIDADE JURÍDICA DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS COMO MECANISMO DE DEFESA DAS PESSOAS JURÍDICAS EM PROCESSOS DE CORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE ENTRE O COMPLIANCE E A LEI 12.846/13

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito das Relações Sociais.

Prof. Dr. Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Junior
Orientador – Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR.

Curitiba, de de 2023

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à **minha mãe**, dona Maria, por ter me aguentado e acreditado em mim quando nem mesmo eu acreditava; em sequência, à **minha madrinha**, Natália, que, embora não acreditasse tanto, sempre me motivou a terminar o curso. Para além das duas mulheres mais importantes da minha vida, gostaria de deixar registrado um agradecimento especial aos amigos, desde a Piaçada, ao Grande Dia, à Sté, ao Pedro e ao Caio (amigos que fiz ainda no início da faculdade, em 2016) e, muito provavelmente o que mais se esforçou e me motivou para que eu chegasse até aqui, Vini. Muito obrigado, amigos.

E claro, para além das amizades, gostaria de deixar meus eternos agradecimentos aos meus mestres. Iniciando pelo prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco, que, ainda em 2016, em uma palestra na qual ele apresentou algumas críticas à Lei Anticorrupção, me fez conhecer e querer aprender um pouco mais sobre o compliance, tema que hoje, para além dos estudos, levo como profissão; e, claro, ao meu orientador, Prof. Dr. Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Junior, que sempre me atendeu com muita humildade e excelência, desde a minha pretensão a uma vaga como seu orientando na iniciação científica, até a finalização do meu Trabalho de Conclusão de Curso.

A todos que citei aqui, muito obrigado por tornarem a vida universitária um pouco mais suportável.

RESUMO

Atualmente, o sistema de justiça criminal brasileiro tem enfrentado mudanças de paradigma na atividade de investigação do Estado, na produção da prova e na postura colaborativa como meio de defesa. Com isso, surgiu um fenômeno ainda pouco explorado nacionalmente: as investigações internas. Estas são estimuladas pelos incentivos legais previstos às empresas que vierem a colaborar com a atividade de persecução penal em caso de crimes cometidos em seu benefício. Assim, as pessoas jurídicas são estimuladas a adotar medidas de investigação para conhecer fatos ilícitos praticados por seus membros e identificar responsáveis. Como o assunto ainda é pouco estudado na doutrina nacional, optou-se por realizar uma pesquisa bibliográfica sobre o tema, principalmente em trabalhos estrangeiros, com o objetivo de analisar o aproveitamento destas investigações no processo penal e seu possível conflito com as garantias processuais penais.

Palavras-chave: Investigação Interna; Compliance; Lei Anticorrupção; Delitos Empresariais.

ABSTRACT

Currently, the Brazilian criminal justice system has been facing changes in paradigm in the activity of State investigation, in proof production and in collaborative posture as a means of defense. With this, a phenomenon yet to be explored nationally has emerged: internal investigations. These are stimulated by the legal incentives foreseen for companies that come to collaborate with the criminal persecution activity in case of crimes committed to its benefit. Thus, legal entities are encouraged to adopt investigation measures to know illicit acts practiced by its members and identify responsible parties. As the subject is still little studied in national doctrine, it was decided to carry out a bibliographic research on the theme, mainly in foreign works, with the objective of analyzing the use of these investigations in the criminal process and their possible conflict with the criminal procedural guarantees.

Keywords: Internal Investigation; Compliance; Anti-Corruption Law; Business Crimes

Sumário:

1. Introdução.....	8
2. O programa de Compliance.....	9
3. Questões fundamentais nos programas de compliance	10
4. Infrações em estruturas empresariais complexas.....	12
5. Investigações internas como ferramenta para mitigação de riscos empresariais.....	16
6. A relação entre compliance e a Lei 12.846/13	19
7. Garantias processuais penais e a utilização de investigações internas como instrumentos de prova.....	22
8. A condução de uma investigação interna eficiente, lícita e útil ao processo.....	23
9. Conclusão	29

1. Introdução

É inquestionável que o sistema de justiça penal do brasileiro experimentou alterações significativas nos últimos dez anos, que afetam tanto o Estado, quanto réus e pessoas jurídicas, diante do fenômeno do crime. Ainda que os impactos da chamada "Operação Lava-Jato" - assim como de diversas outras operações midiáticas - sobre o Direito Penal e o Processo Penal brasileiro não possam ser totalmente apontados, nota-se que eles acarretaram efeitos diretos na forma como o Estado procedeu com as investigações e produziu provas - como a administração de colaborações premiadas e a utilização de mecanismos de prova para a divulgação de dados fornecidos por terceiros -, assim como na forma como os acusados e as empresas envolvidas em crimes conduzem suas defesas. Desta forma, percebe-se uma crescente tendência para não se confrontar o processo penal, recorrendo-se à colaboração dos réus com as autoridades públicas responsáveis.

Tendo em vista as consequências das mudanças, principalmente, no que tange às empresas cujos indivíduos são acusados pela prática de crimes em seu benefício, torna-se evidente a postura de evitar o conflito processual com os procedimentos investigatórios públicos e a possibilidade de colaborar na produção de provas para o processo penal. Estes incentivos não são novos no Direito Comparado e são explícitos na legislação brasileira de combate à corrupção. Esta nova abordagem para a defesa necessita de investigações internas dentro da empresa.

Ao tratar da condução da cooperação e das investigações internas, surge uma nova questão ao processo penal: a possibilidade de utilização de provas construídas por empresas particulares como meio de prova em processos judiciais. Esta realidade levanta diversas interrogações, como, por exemplo, qual é a natureza criminal dos documentos, depoimentos e acusações como parte de uma investigação formal? Como garantir as prerrogativas processuais presentes no procedimento penal com investigações conduzidas por particulares? Essas investigações são admitidas como provas? Tais indagações são de extrema relevância para a compreensão dos julgamentos criminais atualmente.

Neste trabalho, o propósito é definir a forma de medição das provas obtidas em investigações internas, assim como o modo de utilizá-las no âmbito do processo penal, com base em um argumento para a sua transição para o inquérito público. Além disso, serão discutidas as possíveis restrições considerando a realidade legal e constitucional do nosso país no que tange ao mecanismo de investigação interna.

A presente pesquisa justifica-se pela pequena doutrina desenvolvida no Brasil sobre o tema das investigações internas. Por meio de uma abordagem bibliográfica de estudos estrangeiros e nacionais – em relação as questões processuais e legais -, pretende-se contribuir para o debate sobre o assunto, considerando a maneira como o crime se manifesta nas complexas estruturas societárias, assim como a utilização de investigações internas como meio de defesa. Além disso, abordar-se-á também a relação destas investigações com as garantias processuais penais no âmbito do processo penal brasileiro. A partir deste material, buscar-se-á uma produção conclusiva acerca do tema.

2. O programa de Compliance

Face ao recrudescimento das leis e à intensa pressão internacional visando estimular a participação do setor privado no adequado gerenciamento de eventuais riscos de mercado, surgiu, como forma de minimização de eventuais danos externos, o instituto do compliance. Tal proposta foi originada a partir da legislação norte-americana, com a criação da Prudential Securities, em 1950, e com a regulamentação da Securities and Exchange Commission (SEC) em 1960, onde foi mencionada a necessidade de institucionalizar os programas de compliance, com o objetivo de estabelecer procedimentos internos de controle e monitoramento das operações entre indivíduos.

Posteriormente, em 9 de dezembro de 1977, foi registrada a Convenção Relativa à Obrigação de Diligência dos Bancos no âmbito da Associação de Bancos Suíços, instituindo as bases para um sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições, cujo descumprimento resultaria na aplicação de sanções como multas e outras penalidades (CERVINI, 2015, p.337). Por fim, destaca-se o Ato Patriótico dos Estados Unidos, de outubro de 2001, criado imediatamente após os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro, estabelecendo, no seu artigo 352, que as entidades financeiras deveriam desenvolver políticas e procedimentos de controle interno para se protegerem contra a lavagem de dinheiro¹.

Verifica-se, assim, que o Compliance pode e deve ser utilizado como uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de práticas ilegais e criminosas, bem como um valioso instrumento de transferência de responsabilidade, que ajuda a amenizar a responsabilidade da pessoa jurídica em caso de patologias corruptivas.

¹ Section 352: Anti-Money Laundering Programs Requires financial institutions to establish anti-money laundering programs, which at a minimum must include: the development of internal policies, procedures and controls; designation of a compliance officer; an ongoing employee training program; and an independent audit function to test programs”.

O termo Compliance está relacionado ao verbo inglês “to comply”, e pode ser entendido como um ato de estar em conformidade com as normas internas e externas (BENEDETTI, 2013, p.203). Além disso, os programas de conformidade também estão ligados à governança corporativa, ou seja, um sistema de direção e organização empresarial, abrangendo mecanismos regulamentares. É comum que os “programas de integridade” sejam considerados como elementos fundamentais das práticas de negócios (GLOECKNER, 2012, p. 75-102).

Todavia, é importante salientar que o instituto do compliance não se limita aos sistemas de controle internos de uma instituição para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques aos clientes, investidores e fornecedores. O instituto do compliance pode ser dividido em dois campos de atuação: um, de ordem subjetiva, que compreende regulamentos internos, como a implementação de boas práticas dentro e fora da empresa e a aplicação de mecanismos em conformidade com a legislação pertinente à sua área de atuação, visando prevenir ou minimizar riscos, práticas ilícitas e a melhoria de seu relacionamento com clientes e fornecedores; e, de outro modo, o segundo campo, é de ordem objetiva, obrigado por Lei, como é o caso dos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro) (BENEDETTI, op. cit., p. 303).

Verifica-se que o Compliance tem como função principal garantir o cumprimento de normas e processos internos, prevenindo e controlando os riscos envolvidos na administração da empresa, obedecendo aos preceitos estabelecidos pela legislação nacional e internacional, segundo o ramo de atividade empresarial em que atua. Em decorrência disso, a regulação do mercado econômico global se tornou possível, pois houve a convergência de normas de direito administrativo sancionador, assentadas em tratados e convenções, que levaram à criação da Lei 12.846/2013.

3. Questões fundamentais nos programas de compliance

Pode-se sustentar que o Compliance pode ser empregado como um meio de controle, garantia e prevenção de atividades ilegais dentro de uma organização, além de ser um importante instrumento para transferir a responsabilidade, minimizando assim a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Por conseguinte, é necessário examinar as diretrizes para criar programas de integridade eficazes, de acordo com as leis nacionais e internacionais vigentes.

No Brasil, foi publicada a Resolução nº 2.554, de 24 de setembro de 1998, pelo Conselho Monetário Nacional, que trata da estrutura dos controles internos. Esta norma foi inspirada no

Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, que emitiu, no mesmo ano, um documento descrevendo treze princípios fundamentais de um sistema de controle interno (GRAZZIOTIN, 2023). Além disso, a Lei 12.683/12 e a Resolução 20 do COAF (Conselho de Atividades Financeiras) também apresentam inovações relacionadas à prevenção à lavagem de dinheiro e à recuperação de ativos.

Diante da estrutura normativa estabelecida, é pertinente indagar a compatibilidade entre as obrigações de observância regulatória e as consequências administrativas a elas inerentes, com o direito à não autoincriminação (GLOECKNER, op. cit., 75-102). Nesse sentido, Gloeckner declara que, caso se aceite a premissa de que as pessoas sujeitas aos deveres compliance podem ser penalizadas administrativamente por não seguir as normas quando suspeitas ou acusadas de branqueamento de capitais, isso implicaria uma infração significativa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

No âmbito do Direito Administrativo Sancionador é comum a aplicação de sanções graves, as quais não se resumem a criminalização, sendo possível sua aplicação devido a observância de princípios constitucionais referentes ao Direito Penal, tais como: tipicidade, irretroatividade, culpabilidade, non bis in idem, devido processo legal, presunção de inocência e prescritibilidade (MELLO, 2007). Assim, a regulamentação da matéria no Brasil tem se intensificado, visando à conformidade do ordenamento positivo. Contudo, as atividades de compliance devem ser adaptadas às necessidades de cada empresa, considerando diferenças quanto ao seu perfil, como no caso das companhias de capital aberto e fechado, ou públicas e privadas, ou ainda entre as empresas de menor porte e as multinacionais (GLOECKNER, op. cit., p. 75-102).

A Portaria MJ 14/2004, modificada pela Portaria MJ 48/2009, instituiu diretrizes para a elaboração de programas de compliance antitruste a serem depositados na Secretaria de Direito Econômico (SDE). A descrição do programa, de acordo com a Portaria, deve conter, entre outros elementos: (a) padrões e procedimentos para a observância da legislação de defesa da concorrência por parte dos funcionários do depositante; (b) indicação e qualificação de um dirigente responsável por coordenar e supervisionar os objetivos do programa; (c) o grau de delegação e fiscalização conferidos aos dirigentes do depositante em relação às negociações, bem como o acompanhamento dos responsáveis pelos contatos com os agentes dos mercados onde atua o depositante; e (d) mecanismos eficazes para identificar e punir os envolvidos em violações à ordem econômica.

É necessário destacar que os profissionais responsáveis pelos programas de compliance, assim como as empresas como um todo e seus dirigentes, têm uma obrigação de meio. Não existe a obrigação de resultado. Assim, devem-se orientar todos os esforços necessários, considerando os recursos humanos e materiais disponíveis, para minimizar os riscos (CERVINI, 2011, p. 337.). Entretanto, não se pode garantir que todos os esforços sejam eficazes para se obter o resultado pretendido, ou seja, a probidade institucional.

A adoção de programas de compliance no Brasil, mesmo com a criação da Lei 12.846/2013, não é obrigatória para as empresas que desejam contratar com a Administração Pública. Além disso, não há imposição de cumprir os moldes propostos pela Portaria MJ 48/2009 ou por orientação do Decreto 8420/2015. Por outro lado, há discricionariedade para criar programas que atendam às características específicas da organização, visando prevenir a ocorrência de ilícitos (ROMANIELO, 2011, p. 253.).

4. Infrações em estruturas empresariais complexas

A fim de entender a tendência crescente de investigações internas no Brasil, torna-se necessário analisar as manifestações criminais em empreendimentos comerciais complexos. Para tal, é importante compreender a estruturação em divisão de trabalho, delegação de funções e atribuição de poderes, o fluxo de informações dessas organizações, as obrigações dos administradores de controle de riscos e os seus reflexos no campo criminal.

As relações e interdependências entre as pessoas são, de fato, cruciais para a realização de tarefas dentro das empresas, não sendo possível imaginar qualquer atividade empresarial que não envolva a interação entre indivíduos. Especialmente em grandes empresas, essas relações são ainda mais profundas e evidentes.

No âmbito empresarial, as relações interpessoais são construídas por meio da estrutura de divisão de trabalho e delegação de funções, sendo importante salientar que não se trata de conceitos equivalentes. A divisão do trabalho é desenvolvida através de relações horizontais, entre indivíduos de mesmo nível hierárquico, enquanto a delegação de funções se dá de forma vertical. Neste último, prevalece o dever de controle e fiscalização, enquanto no primeiro impera o princípio da confiança. Esta estrutura é caracterizada pela divisão de tarefas e atribuição de responsabilidades, permitindo definir o escopo de competência, possibilitando a imputação de responsabilidades aos demais (BARDÓN, 2016, p. 53).

A complexa organização dos negócios tem promovido uma mudança no paradigma tradicional do Direito Penal relativo à distribuição de responsabilidades. Várias vezes, os crimes

são disseminados por toda a organização, tornando-se difícil, ou mesmo impossível, estabelecer de forma clara e precisa as etapas de planejamento e execução. As estruturas de divisão horizontal do trabalho e as estruturas de atribuição de funções perpendicularmente resultam na separação entre o planejamento e a execução, de tal forma que o ato de execução nem sempre é o mais relevante para o Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2016. p. 94).

A realidade atual tem um impacto significativo na atribuição de responsabilidades e na produção de provas desta atividade, o que gera um grande questionamento em relação ao processo penal. A fim de impedir a responsabilidade objetiva decorrente do cargo ocupado na estrutura societária, o Ministério Público tem o dever de não somente provar a relevância dos fatos criminais, mas também a autoria, o que só pode ser realizado reconstruindo a estrutura societária durante o processo. É importante destacar que quanto mais complexa for a organização de um negócio, maior será a dificuldade de cumprir essa tarefa.

As organizações empresariais complexas exigem que as pessoas que as compõem tenham diferentes perspectivas sobre as atividades que são realizadas, inclusive aquelas que possam ser prejudiciais a terceiros. A estrutura de descentralização, divisão de trabalho, atribuição de funções e áreas de competência faz com que as pessoas hierarquicamente superiores, que ocupam cargos estratégicos na empresa, tenham uma visão global, enquanto aquelas que percebem o impacto da sua atividade de forma mais direta, desenvolvidas geralmente por aqueles que se encontram em níveis hierárquicos inferiores, não possuem essa visão geral, o que pode limitar a percepção de atividades potencialmente criminosas. Esta limitação na visão das atividades corporativas deve ser levada em conta, durante o processo e investigação de atividades ilegais. Por um lado, devemos considerar o comportamento individual no contexto da capacidade real de atuação e informação de cada membro da empresa, e, por outro, não se deve ignorar a necessidade de se criarem canais internos para mitigar estas restrições (FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, p. 05).

De acordo com Gomez-Jára Díez, as empresas modernas são marcadas pela descentralização e funcionalização, sendo assim, estruturadas em departamentos, divisões e ramos de negócios. Isso significa que a informação não é transmitida linearmente, mas através de uma rede de informações descentralizada, com conexões transversais, que se tornam mais evidentes em empresas de maior porte. Nesse sentido, o fluxo de informações não pode ser controlado pelos gerentes, uma vez que a descentralização leva à disseminação da informação.

Por este motivo, é função do administrador criar estruturas internas que garantam o fluxo de informações relevantes em relação às atividades empresariais, que, no âmbito criminal, podem ser identificadas como informações relacionadas a atos que ameaçam ou prejudicam o patrimônio jurídico. A análise dessas manifestações criminosas, que acontecem durante atividades econômicas direcionadas a benefício da sociedade, exige a distinção entre execução de tarefas e delegação de funções (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2014. p. 112.).

A Delegação de Funções consiste na atribuição de responsabilidades essenciais para o desenvolvimento dos trabalhos da empresa, diferente da mera designação de atividades. Quanto maior a empresa, maior será a necessidade de delegação. Para que isso seja efetivo, deve-se garantir que os elementos sejam precisos, limitados temporalmente e que abranjam somente uma parte das tarefas de nível superior ou equivalente; além disso, os delegados devem possuir aptidão suficiente para assumir as funções que lhes são conferidas. Em todos os casos, a responsabilidade final pelo procedimento de delegação, fiscalização e controle será de quem efetuou a delegação.

Schuneman afirma que a imputação administrativa não é adequada para as atividades realizadas por empresas complexas. Devido à divisão do trabalho, o processo decisório é descentralizado, o que implica em uma alteração da posição do gestor, que deixa de ter uma área de atuação conhecida para passar a desempenhar uma função de coordenação (SCHUNEMANN, 2002, p. 16).

É impossível, desta forma, exigir que o administrador de grandes empresas atue diretamente para prevenir todos os atos criminosos, perigosos ou consequentes. Seu papel dentro da empresa para prevenir o crime moderno será o de gerenciar riscos. Como tal, o administrador é obrigado a cumprir plenamente as responsabilidades decorrentes da delegação de funções. O que se espera do administrador é que ele crie mecanismos de prevenção capazes de inibir práticas criminosas na área de sua responsabilidade. E, naturalmente, uma das formas de cumprir essa indispensável obrigação será apurar os eventuais atos ilícitos praticados em benefício da empresa.

Atualmente, as investigações internas são cada vez mais aplicadas no Direito Civil como forma de proteger a empresa e seus administradores da responsabilidade por atos cometidos por seus membros ou subordinados. Esta estrutura da empresa torna a tarefa de responsabilizar os crimes cometidos em nome da empresa mais evidente, através de conceitos como a posição do Garante, o dever de controle e vigilância (FRISCH, 1996, p. 113). De acordo com Silva Sanchez

(SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 117.), a estrutura do crime de omissão imprópria é mais adequada para superar as dificuldades na atribuição do crime por meio de um mandato ativo de crime corporativo.

Nesse sentido, a posição de garante do contratante decorre do poder exercido sobre as relações duradouras estabelecidas na empresa, sendo responsável por prevenir danos a terceiros provenientes dessas relações. É sabido que os órgãos de administração que compõem o controle da empresa podem constituir uma fonte de risco, sendo, portanto, a posição do Garante contrário ao poder organizacional (ROBLES PLANAS, 2014, p. 259-260.). Por um lado, o Estado permite a criação de empresas e o emprego de certas atividades econômicas pela possibilidade de obter benefícios (econômicos, sociais, ambientais etc.); por outro, exige que o empresário assuma o controle dos efeitos externos potencialmente prejudiciais de sua prática e o obriga a evitar danos aos interesses jurídicos de terceiros.

Portanto, o empresário é o responsável por garantir as atividades realizadas pela empresa. A delegação das funções não isenta o delegante da responsabilidade criminal, pois isso resulta em uma alteração da sua função dentro da empresa e das expectativas de desempenho. O delegante tem o dever primordial de informar-se sobre o delegado, bem como estabelecer mecanismos de controle para detectar possíveis ilegalidades (BARDÓN, 2016. p. 52.). A organização da empresa pela delegação de funções gera uma mudança parcial da função de garantidor original do empregador. Nessa situação, o delegante tem o dever de controlar, corrigir ou substituir o delegado que não está desempenhando adequadamente a função delegada (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2015. p. 278).

No contexto das responsabilidades criminais dos executivos de empresas complexas, existe uma constante tensão entre o papel de vigilância que surge da delegação de funções e o princípio da confiança (TAVARES, 2009. p. 313.). Quando aplicado a situações de ação humana comum, como é o caso da divisão de trabalho, o princípio da confiança garante que aqueles que cumprem suficientemente os requisitos objetivos possam confiar que outros participantes da mesma atividade atuem da mesma forma. No caso das atividades empresariais, espera-se que aqueles que agem dentro da lei e das normas da empresa possam contar com a mesma conduta de seus colegas. O princípio da confiança pode ser usado como um critério para determinar se alguém viola seus deveres dentro de uma organização.

Nas relações hierárquicas estabelecidas dentro da empresa, com base na divisão de funções, não se reconhece que as responsabilidades de controle e gestão do delegante possam

ser vencidas pela aplicação do princípio da confiança. Em seu lugar, é aplicado o princípio da desconfiança, que se baseia nos deveres de conhecer e monitorar a conduta dos subordinados, bem como de prevenir e neutralizar eventuais ações criminosas deles (FEIJOO SÁNCHEZ, 2009. p. 18). Dessa forma, ao administrador de organizações complexas, não há necessidade de adotar o dever de informar e se preocupar com a atuação de terceiros, previsto no princípio da confiança, pois o princípio da desconfiança exige deles que controlem, acompanhem e vigiem as ações dos terceiros.

É necessário abordar o nível padrão de confiança ou desconfiança. A aplicação desses princípios varia de acordo com o cargo e o nível em que a pessoa atua na organização. Assim, o nível de confiança aceitável ou o nível de desconfiança exigido dependem da posição exercida. Por conseguinte, é necessário que haja responsabilidade criminal se não for cumprido o dever de fiscalização e controle, e que a supervisão seja realizada de acordo com o cargo da pessoa na empresa (FEIJOO SÁNCHEZ, op. cit. 26).

Os dirigentes de empresas complexas têm a obrigação de supervisionar e controlar seus subordinados. Para cumprirem essa exigência, é necessário que sejam criadas e implantadas estruturas internas que possam satisfazer essa demanda, pois, de outra forma, o administrador se veria obrigado a realizar constantemente atividades de vigilância, o que resultaria em uma mudança de suas atividades profissionais para tarefas policiais. Além disso, para que as empresas estejam em conformidade com as exigências político-criminais atuais e possam prevenir atividades ilícitas, é necessário que sejam realizadas investigações internas, sendo este um meio adequado de assegurar a vigência da lei, conforme será analisado em tópico abaixo.

5. Investigações internas como ferramenta para mitigação de riscos empresariais.

Desde a década de 1970, as investigações internas têm sido amplamente utilizadas no direito norte-americano. Esta realidade surgiu a partir do escândalo Watergate, quando a SEC (Securities and Exchange Commission) criou o programa de denúncia voluntária, devido à falta de estrutura para facilitar as complicadas investigações necessárias para desmascarar as complexas redes de corrupção descobertas na época.

Este modelo de investigação tem se expandido para outros países, além de ser incentivado, nos Estados Unidos, pela redução de penalidades à pessoa jurídica que denuncia a ocorrência de atos ilícitos, conforme estabelecido pelo §8B2.1 do Sentencing Guidelines

Manual². Apesar deste se tratar de um fenômeno relativamente novo no direito penal brasileiro, com pouco desenvolvimento sobre o assunto, as investigações internas já têm sido amplamente utilizadas na legislação norte-americana (ESTRADA i CUADRAS; LLOBET ANGLÍ; 2013. p. 197-198).

As investigações internas são necessárias para esclarecer fatos que possam gerar responsabilidade para a empresa ou seu órgão representativo. Estes casos envolvem geralmente vantagem ilegal para a empresa, como fraude, ou ações ilegais dos seus funcionários contra a empresa. Diferente do controle, que tem como objetivo prevenir ações inadequadas, a investigação interna é reativa, com o intuito de reconstituir o que já ocorreu. A investigação pode ser realizada por membros da empresa ou por profissionais externos à organização (MONTIEL, 2018. p. 15).

Há justificativas políticas, criminais e práticas para se incentivar que as empresas investiguem os crimes cometidos em seu próprio benefício. Estes incentivos funcionam como uma forma de dissuasão a outras atividades ilícitas dentro da corporação, além de terem um objetivo prático, pois os órgãos estaduais de persecução criminal realizam investigações a fim de determinar a natureza e extensão do delito (MONTIEL, op. cit. p. 489-490).

Esta iniciativa, que pode ser benéfica tanto para o Estado quanto para a empresa, permite superar as complexidades das estruturas de negócios, permitindo que sejam identificados comportamentos suspeitos com maior eficiência que ao executar diretamente a máquina de estado. Por outro lado, a empresa também se beneficia da melhoria de sua imagem no mercado, bem como da redução ou eliminação da responsabilidade por meio das investigações internas que realiza.

As investigações internas são realizadas com o propósito de elucidar, prevenir e punir condutas indevidas, bem como para obter informações sobre falhas nos sistemas de controle da empresa. Além disso, elas podem ser utilizadas para prevenir novas irregularidades e para evitar responsabilidades legais. É importante que a administração da empresa faça investigações

² §8B2.1 - Effective Compliance and Ethics Program: (a) To have an effective compliance and ethics program, for purposes of subsection (f) of §8C2.5 (Culpability Score) and subsection(b)(1) of §8D1.4 (Recommended Conditions of Probation — Organizations), an organization shall: (1) exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and (2) otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law.

internas quando houver indícios de irregularidades cometidas, pois de outra forma ela estará descumprindo seu dever de vigilância.

No Brasil, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas está limitada a crimes contra o meio ambiente. A Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, oferece o principal incentivo legal para a realização de investigações internas, prevendo multas financeiras para as empresas que cometerem atos de corrupção por parte dos seus integrantes. Esta lei proíbe a defesa da entidade e impõe a responsabilidade objetiva pela conduta da pessoa jurídica. A colaboração com o poder público é a melhor forma de se evitar a execução da defesa e obter informações por meio de investigações internas é a forma mais eficaz de se viabilizar tal colaboração.

De acordo com o artigo 7º, inciso VII, da Lei nº. 12.846/2013, a cooperação da pessoa jurídica na busca de atos ilícitos será considerada como circunstância para a aplicação de sanções. Para facilitar o processo investigativo, o Estado sugere que as empresas realizem análise documental interna, fiscalização de e-mails e a realização de depoimentos, inclusive na esfera privada, a fim de reduzir possíveis sanções. Ademais, tais medidas podem levar à abertura de processos criminais para os sócios, diretores e executivos da empresa.

A realidade brasileira tem ganhado força com a motivação de investimento no país, resultando em consequências no processo penal e no domínio da responsabilidade penal. Uma dessas consequências é a possibilidade de homologação de um acordo de leniência, que tem por objetivo estabelecer compromissos e responsabilidades para as pessoas jurídicas que, de forma voluntária, optam por interromper qualquer envolvimento com práticas ilícitas e adotar medidas que permitam que suas atividades sejam realizadas de maneira ética e sustentável, de acordo com a sua função social. Em contrapartida ao compromisso assumido, acoplado a um efetivo aporte de colaboração que resulte na identificação de outros participantes na infração, além de uma diligente ação na obtenção de dados e documentos que confirmem a irregularidade em análise, a empresa se vê favorecida com a redução das punições previstas (SANTOS, 2018. p. 85).

De acordo com o artigo 16 da Lei nº. 12.846/2013, está prevista a isenção de sanções e a redução da pena em dois terços para aqueles que obtiverem informações e documentos que identifiquem os autores e comprovem a gravidade e a autoria dos crimes. Assim, firmar acordos com órgãos governamentais e colaborar integralmente na investigação de práticas corruptas,

visando à proteção da empresa, é um método defensivo que pode trazer benefícios econômicos significativos às pessoas jurídicas envolvidas em atividades ilícitas.

Investigações internas realizadas por pessoas jurídicas têm como objetivo desvendar fatos e partes envolvidas, a fim de proteger tais entidades e seus membros. No entanto, existem conflitos de interesse entre as investigações internas e as atividades de contencioso público. Isso se deve ao fato de que, devido à tendência de delegar funções estatais de prevenção e persecução a particulares, as investigações internas podem ser consideradas equivalentes funcionais às ações penais. Ainda assim, há uma diferença fundamental entre os dois, pois é a empresa que inicia, termina e toma as decisões finais. Por essa razão, a possibilidade de usar provas obtidas em uma investigação interna como prova em um processo penal deve ser devidamente considerada (MONTIEL, op. cit. p. 488).

6. A relação entre compliance e a Lei 12.846/13

Anteriormente havia sido apontado que a Lei Anticorrupção estimulava as empresas a adotarem programas de compliance, os quais podem resultar na diminuição das possíveis sanções administrativas e/ou judiciais. Após meses de vigência da Lei, o Governo Federal aprovou um regulamento pertinente, o que trouxe maior segurança jurídica para a matéria.

Durante o período prévio à regulamentação da lei anticorrupção, representantes da Controladoria-Geral da União (CGU) estiveram presentes em vários eventos, revelando quais seriam os critérios a serem estabelecidos quando da edição da lei. Estes critérios, que se confirmaram com o lançamento da lei, se fundamentam em três principais pilares: a estrutura do programa; a análise da pessoa jurídica em questão; e a avaliação da eficiência do programa (AYRES, 2023).

O Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, estipula no seu parágrafo único do artigo 41 que as pessoas jurídicas deverão tomar as devidas providências para garantir o constante aprimoramento e adaptação do projeto de compliance considerando as características e os riscos atuais das atividades. De acordo com o artigo 42, foram estabelecidos parâmetros para avaliação dos programas de integridade, destacando-se o inciso XVI, que dispõe sobre a transparência da pessoa jurídica quanto às doações para candidatos e partidos políticos, sujeita à decisão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650 pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, o parágrafo 3º do artigo 42 atenua as exigências para aferição da eficácia do compliance nas microempresas e empresas de pequeno porte, medida esta que já era pleiteada pelo setor privado.

Em 13 de maio de 2014, o Município de São Paulo publicou o Decreto nº 55.107/14, que disciplinou alguns dispositivos da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) em âmbito municipal. O Decreto, no seu artigo 24, estabeleceu parâmetros iniciais para o reconhecimento do compliance, considerando, no âmbito da pessoa jurídica, a existência de mecanismos e procedimentos consistentes de integridade e monitoramento, de sistemas de controle interno, de códigos de ética e conduta para funcionários e colaboradores, de sistemas de recebimento e apuração de denúncias que assegurem o anonimato, de medidas de transparência na relação com o setor público e de treinamentos periódicos com o intuito de promover a política interna de integridade, até que o Poder Executivo Federal estabelecesse, por meio de regulamento, o referido "caput" do artigo 24.

Embora o Estado do Paraná tenha publicado seu regulamento antes do Município de São Paulo, por meio do Decreto nº 10271, de vinte e um de fevereiro de 2014, ele não se manifestou sobre a regulamentação dos programas de compliance. O Decreto 4.954, de 13 de dezembro de 2013, do Estado do Tocantins foi o primeiro a regulamentar a Lei 12.846/2013, mas não trouxe nenhuma inovação em relação ao artigo 7º, inciso VIII da referida Lei. Estas normativas não tiveram qualquer significado para a efetivação do sistema, e assim os Estados terão que aplicar o Decreto federal ou regulamentar novamente a matéria em nível local.

No que diz respeito à incorporação ou fusão de pessoas jurídicas, desde a criação do Projeto de Lei nº 6.826/2010, a doutrina tem se atentado para a necessidade de se levar em consideração na aplicação de sanções a adoção de programas de compliance pela pessoa jurídica sucessora, quando as infrações forem descobertas posteriormente (ORTOLAN, 2012, p. 195). Nesse sentido, o Decreto 8.420/2015, especificamente no inciso VII do §1º do artigo 42, estabeleceu como critério a ser considerado na avaliação dos programas de integridade a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que compõem o grupo econômico, tendo em vista a responsabilidade solidária a que estão sujeitas, de acordo com o estabelecido nos artigos 4, §1º e §2º da Lei Anticorrupção.

A Lei número 12.846/2013 promoveu uma importante mudança, expandindo os mecanismos punitivos para além do Direito penal. Esta norma foi criada com o objetivo de oferecer mecanismos mais adequados ao sistema jurídico-penal para alcançar seus propósitos (LUCCHESI, 2014), no entanto, há discussões a respeito da sua real natureza. Alguns autores argumentam que as sanções, suas extensões e gravidades são similares às sanções criminais, mas para as pessoas jurídicas previstas na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) as sanções são menos severas que as da Lei de Anticorrupção.

Nesse sentido, independente do nome aplicado pelo legislador, as sanções previstas na Lei 12.846/13 possuem gravidade e extensão equivalentes ou superiores às previstas em normas expressamente incriminadoras. Logo, a norma em questão possui características de uma lei penal disfarçada (BOTTINI, 2023). Apesar disso, o peso simbólico das sanções administrativas também tem um efeito preventivo, pois atribui responsabilidade às empresas e incentiva a realização de autoavaliação e a implantação de mecanismos de controle de ilícitos (LUZ, 2011. p. 454-455.).

A presente discussão suscita a questão acerca do direito de não produção de provas contra si próprio (*nemo tenetur se detegere*). Controversos são os entendimentos sobre a obrigatoriedade das empresas em prevenir e detectar as infrações relacionadas à corrupção, sendo responsáveis por colaborar com o Estado. Assim, é imprescindível que os deveres das empresas estejam devidamente descritos na Constituição Federal, de acordo com o seu artigo 5º, inciso II.

É necessário reconhecer que, por meio da estampagem de características punitivas, a condução da aplicação dos programas de compliance deve estar em conformidade com os princípios do Direito Administrativo Sancionador (MEDINA OSÓRIO, 2023). Esta discricionariedade do agente é vinculada a uma série de diretrizes prevista no ordenamento jurídico. Não se pode esquecer que, com a institucionalização do Estado de Direito, as normas de Direito Público passaram a exercer suas principais funções, que são limitar e controlar o poder do Estado, evitando os abusos e irregularidades praticados por aqueles que detém o poder político em prejuízo dos cidadãos.

Assim, os doutrinadores entendem que os princípios e garantias definidos na Constituição Federal, tais como o princípio da legalidade (artigo 5º, XXXIX), o princípio da irretroatividade (artigo 5º, XL), o princípio da intranscendência da pena (artigo 5º, inciso XLV), o princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), o princípio da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV), são elementos fundamentais para a aplicação do poder punitivo estatal. Diogo Moreira Neto e Flavio Amaral Garcia também defendem que é necessário interpretar este núcleo de princípios e garantias constitucionais, inclusive no que diz respeito à Lei Anticorrupção Empresarial (MOREIRA NETO, 2012).

Diante disso, deve-se considerar a necessidade de aplicar os princípios mencionados ao se conduzirem processos administrativos com o objetivo de assegurar a realização dos programas de compliance. Assim, deve-se proceder com base nos princípios da eficiência,

razoabilidade e proporcionalidade, dentre outros, para aplicar as sanções. Estas devem ser aplicadas visando o alcance do resultado ótimo (GABARDO, 2002, p. 128 e ss.), e o Estado deve agir de uma forma imparcial, neutra, transparente e participativa (MORAES, 2013, p. 341), aperfeiçoando os métodos para a execução da Lei 12.846/2013.

Diante da possibilidade da prática de atividades ilícitas acobertadas ou diretamente relacionadas às práticas econômicas e financeiras de uma pessoa jurídica, deve-se examinar minuciosamente a estrutura dos programas de compliance para a aplicação das sanções previstas na Lei 12.846/2013, considerando sempre os princípios pertinentes ao caso.

7. Garantias processuais penais e a utilização de investigações internas como instrumentos de prova

As investigações internas, que foram discutidas anteriormente, são uma ferramenta importante de proteção corporativa e desempenham um papel vital nas rotinas de negócios. Estas representam o rápido avanço da privatização da justiça criminal e da promoção de programas de integridade compliance impostos legalmente. Neste novo contexto de cultura empresarial autorreguladora, as investigações internas representam a principal fonte de informação, de documentos e provas em favor da empresa, tanto para um possível acordo de colaboração com o poder público quanto para o compromisso de cumprir a ética empresarial (MOOSMAYER, 2013. p. 140).

As empresas que se encontram sob o alcance da atuação do Estado podem se beneficiar com a utilização da cooperação investigativa como forma de prevenir possíveis consequências negativas decorrentes de um processo investigativo. A realização de uma investigação interna pode, por exemplo, evitar que medidas cautelares sejam adotadas, tais como bloqueio de bens ou apreensão de equipamentos e documentos. Dessa forma, os danos à reputação decorrentes da execução de tais medidas são reduzidos. Isso tem provocado discussões doutrinárias a respeito do processo penal (NANDAYAPA, 2018).

De forma geral, investigações internas são realizadas pela empresa para reunir informações que possam servir de base para uma colaboração entre a entidade e as autoridades públicas no caso de crimes cometidos por pessoas jurídicas ou em mecanismos internos para detectar e combater falhas corporativas. No entanto, normalmente, as investigações não resultam em uma análise prévia imparcial, pois os seus objetivos não são os mesmos de um inquérito público, mas sim de apoiar as decisões da empresa, seja para demissão e punição de seus membros (com ligação ao direito do trabalho) ou para colaboração com o poder público

(com implicações concretas em matéria penal e processo penal), como um verdadeiro meio de defesa. Desse modo, existe um conflito entre o direito privado e o regime jurídico da atividade empresarial, além da garantia do processo penal dos indivíduos investigados (MONTIEL, 2013, p. 258-259.).

A princípio, as investigações internas como expressão da privatização dos processos investigativos e criminais não estão sujeitas às mesmas regras que limitam a atividade investigativa por parte das agências governamentais, como é o caso da polícia judiciária e do ministério público. Estas relações formadas a partir destas investigações internas estão mais direcionadas ao direito do trabalho e aos limites da autoridade do empregador que aos limites do processo penal.

Percebe-se que há diversos problemas decorrentes das investigações internas, tais como, questões relacionadas à possibilidade de uso de provas obtidas por meio de investigações internas, nomeadamente, a realização de pesquisas por parte de uma pessoa jurídica sem a necessidade de uma decisão judicial. Em consequência, essas provas poderiam tornar-se acessíveis às autoridades públicas, sem a aprovação do judiciário e, principalmente, sem os limites estritos impostos às pesquisas públicas. Neste âmbito, poder-se-ia citar como exemplo a análise do e-mail do funcionário ou a consulta de informações presentes em seu smartphone de trabalho, o que ampliaria a possibilidade de realizar entrevistas diretas com o empregado investigado.

8. A condução de uma investigação interna eficiente, lícita e útil ao processo

É amplo o âmbito de liberdade que as empresas complexas detêm ao organizar uma investigação interna; contudo, tal liberdade encontra-se condicionada às esferas de direitos de terceiros, que de alguma forma podem ser prejudicados pelo exercício de investigação. Assim sendo, existem parâmetros metodológicos gerais e boas práticas consolidadas que funcionam como referência para avaliar se a investigação realizada é adequada e suficiente. Estes parâmetros e práticas são, em sua maioria, comuns em diferentes jurisdições, sendo que a prática brasileira contemporânea é fortemente influenciada por aquela de outros países, conforme já comentado em tópicos acima.

É possível afirmar que as especificidades dos ordenamentos jurídicos e as culturas locais podem influenciar os cuidados e rotinas necessárias para garantir a validade da prova produzida e o respeito às esferas dos direitos de terceiros. Contudo, mesmo que os procedimentos possam variar de um país para outro, a essência da atividade privada de coleta de informações é a

mesma, sendo necessário utilizar meios eficientes para a obtenção de um determinado conjunto de fatos.

É evidente que a empresa pode optar por implementar procedimentos próprios e restringir a extensão das atividades, ou então decidir não realizar nenhuma ação. Contudo, não é possível esperar obter resultados desejados a partir de escolhas e decisões sem fundamento capazes de identificar fatos. Como já foi destacado anteriormente, a decisão de quais procedimentos adotar também estará limitada pela necessidade de se respeitar os direitos e garantias de terceiros.

É imprescindível que a organização garanta que a investigação interna seja eficaz, útil e atenda aos padrões de legalidade. Para tanto, é necessário empregar os recursos e meios disponíveis de forma adequada para alcançar o objetivo e o escopo desejados da investigação. Além disso, é fundamental assegurar que sejam respeitados os direitos de terceiros que possam ser afetados, sem comprometer o resultado ou gerar prejuízos.

Conforme ensinam Faraco e Forsman (FARACO e FORSMAN, 2022, p. 310), as investigações internas geralmente seguem a sequência de etapas que compreende: (i) a avaliação quanto ao contexto fático e a delimitação do escopo do inquérito; (ii) a coleta, processamento e análise de dados e documentos; (iii) as entrevistas; e (iv) a análise e a apresentação de resultados. É importante destacar que essa listagem não significa que as atividades sejam executadas de maneira cronológica. Algumas podem até ser realizadas simultaneamente, pois resultados parciais provenientes da análise documental podem exigir novas entrevistas, e vice-versa. É um trabalho dinâmico, que admite adaptações e ajustes em função dos resultados alcançados, bem como eventuais aperfeiçoamentos e ampliações.

De acordo com os objetivos da investigação, outras atividades podem ser incorporadas. Neste contexto, destaca-se a realização de perícias e análises técnicas. Em casos que envolvem a sociedade empresária com muitos atos de corrupção, por exemplo, é frequente a avaliação dos procedimentos de registro de contabilidade e demonstrações contábeis da empresa, bem como a realização de testes em amostras de transações que possam identificar eventuais irregularidades. Para selecionar a amostra, podem ser considerados critérios que representem indícios de possíveis problemas, tais como alto número de notas fiscais, sequências de prestação de serviços e fornecedores com envolvimento comprovado em atos ilícitos.

Ao se abordar a avaliação inicial do contexto fático e a delimitação do escopo da investigação, é notório que a iniciativa de promover uma investigação surge a partir de algum

fato específico que possa influenciar na esfera de interesse do particular. Estes fatos podem ser descobertos através de denúncias internas do programa de integridade, medidas de persecução impostas por autoridades públicas, notícias divulgadas pela mídia, procedimentos de *due diligence* e entrevistas realizadas durante o desligamento de funcionários.

Inicialmente, é necessário efetuar o registro das ações desenvolvidas para apuração dos fatos para, conseqüentemente, avaliar o contexto desses mesmos fatos e estabelecer o escopo do quanto deverá ser apurado e como tal processo será realizado. Posteriormente, é preciso identificar o período temporal relevante e os indivíduos que podem ter tido alguma relação com os fatos ou que possuem conhecimento sobre eles, sendo esses denominados custodiantes. Por fim, a partir da lista de custodiantes, é possível traçar um limite aos documentos e fontes documentais a serem coletados e preservados.

No processo deverão ser considerados documentos eletrônicos localizados nos equipamentos fornecidos ao interessado para fins profissionais, bem como os sistemas de armazenamento de documentos na nuvem; documentos físicos e eletrônicos presentes na empresa, como contratos, faturas, propostas e projetos; documentos corporativos, como políticas de integridade, procedimentos internos e atas de reuniões; e, se existentes, gravações de áudio e vídeo, como por exemplo, registros de ligações telefônicas e imagens de câmeras de segurança. A redução do volume dos documentos coletados deve ser realizada para que seja possível a análise pormenorizada por meio da determinação de palavras-chave usadas na busca e seleção destes documentos.

A partir da definição inicial da lista de custodiantes, marcos temporais e palavras-chaves para seleção de documentos, é recomendável a elaboração de um plano de investigação interna. Esse documento deve detalhar o escopo da investigação, bem como sua metodologia, cronograma e recursos a serem empregados. Esta é uma providência fundamental para a adequada organização do trabalho, assim como para a delimitação do seu foco e a avaliação dos resultados. O plano inicial pode ser revisto e complementado de acordo com as necessidades específicas da investigação, tais como, a identificação de novos custodiantes ou temas relacionados que se mostrem relevantes.

É necessário realizar o processo de delimitação e planejamento da investigação para que se possa obter resultados úteis. Sem a devida organização e foco, o exercício pode se tornar dispendioso e inconclusivo ou, pior, restar em uma investigação de superficialidade. A investigação não pode ser caracterizada por um revirar interminável de todos os documentos e

informações existentes, bem como não pode excluir aspectos e custodiantes relevantes. Caso isso aconteça, além de ser ineficiente, o procedimento pode gerar custos superiores aos potenciais benefícios e demorar tanto que inviabilize decisões adequadas sobre os fatos apurados. Se for esse o caso, a investigação terá sido inútil.

Após a etapa de planejamento, é necessário proceder à organização da coleta, higienização e análise dos documentos. Para isso, serão adotados procedimentos específicos e padronizados para a coleta, preservação e validação dos documentos. Tais procedimentos de tecnologia forense possibilitam a utilização dos documentos como provas, por meio da identificação da sua origem e da sua fidedignidade. Além disso, permitem identificar eventuais evidências de eliminação em massa, limpeza e transferência de dados relevantes, bem como a sua recuperação.

É recomendável que, sempre que possível, sejam realizadas cópias dos documentos eletrônicos presentes em seu local original para a geração de uma reprodução fidedigna ao original, livre de qualquer tipo de interferência. Após serem processados, os documentos devem ser disponibilizados em plataformas eletrônicas próprias para tornar o processo de seleção e revisão dos documentos relevantes mais eficiente.

É uma boa prática realizar uma revisão documental a fim de garantir a qualidade do procedimento. Para isso, os documentos são avaliados e classificados como relevantes ou não relevantes por diferentes revisores. Posteriormente, aqueles considerados relevantes são revisados de maneira mais minuciosa por um número limitado de revisores mais experientes. A fim de evitar falsos negativos, uma amostra aleatória dos documentos classificados como não relevantes no primeiro nível deve ser revista no segundo nível.

Existe a possibilidade de se utilizar ferramentas de inteligência artificial com o propósito de estabelecer padrões de documentos relevantes, baseando-se na interação com os revisores e nos tipos de documentos classificados como tais. Esta prática pode contribuir significativamente para a diminuição do volume de documentos analisados e, conseqüentemente, para a redução dos custos da investigação interna.

Atividades descritas acima podem exigir discussões legais complexas relacionadas à privacidade e imagem dos indivíduos afetados pela investigação interna. Essas discussões podem ser necessárias quando se tratar de documentos que não são de domínio público e que estão relacionadas à vida pessoal dos empregados cujos dispositivos eletrônicos foram coletados (por exemplo, telefones celulares que são utilizados para fins profissionais e

particulares). Avaliação destas questões é parte integrante do planejamento de investigação e deve ser realizada com base no caso concreto, identificando situações que podem necessitar do consentimento prévio do indivíduo. No âmbito das regras e códigos internos das empresas, é comum encontrar preocupação com esse tipo de situação e, geralmente, os empregados são informados de que não devem ter expectativas de privacidade quanto ao uso de dispositivos e sistemas eletrônicos colocados à disposição pelo empregador.

A Lei 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), entrou em vigor recentemente e trouxe consigo novos parâmetros normativos que impactam investigações internas. Esta lei impõe restrições ao tratamento de dados pessoais sensíveis pelo controlador dos dados, bem como limita e impõe condicionantes à transferência internacional de dados pessoais, atividade comum em investigações envolvendo empresas com atuação em diversas jurisdições. Contudo, a LGPD prevê situações em que é permitido o tratamento de dados pessoais, aplicáveis a investigações internas, tais como o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (conforme artigo 7º, II e artigo 11, II, a), para o exercício regular de direitos, inclusive em processo judicial, administrativo ou arbitral (conforme artigo 7º, VI e artigo 11, II, d) e para o legítimo interesse do controlador ou de terceiro (conforme artigo 7º, IX).

A seguir, é feita a realização de entrevistas, que, juntamente com a análise documental, é o principal meio para adquirir informações importantes para a investigação interna. Estas duas técnicas têm caráter complementar e sua aplicação conjunta pode ser decisiva para o resultado da pesquisa.

Apesar de as revisões documentais serem acompanhadas de parâmetros bem elaborados, é comum se deparar com documentos questionáveis, que envolvem expressões dúbias, truncadas, siglas ou termos que sugerem situações que na prática não existem. Por isso, a realização de entrevistas com participantes colaborativos é imprescindível para a melhor compreensão desses documentos e para o esclarecimento dos fatos investigados. Assim, é possível montar um quebra-cabeça em que as peças vão se encaixando de acordo com o que os entrevistados relatam. Ademais, essas entrevistas se tornam ainda mais relevantes em investigações em que houve destruição de documentos irrecuperáveis.

É possível que haja um conflito de interesse entre aqueles que realizam a investigação e aqueles que são investigados. Além disso, os indivíduos podem recusar-se a colaborar. Apesar disso, devido à importância das entrevistas, a investigação deve abranger todos os indivíduos

que possuem conhecimento relevante acerca dos fatos. Essa ação também garante o tratamento adequado ao indivíduo que pode ser afetado pela investigação, o qual tem o direito de ser ouvido e dar suas explicações caso deseje.

Os integrantes da equipe de investigação devem realizar entrevistas com base em roteiros previamente preparados, com base nas informações já obtidas. Os registros das entrevistas serão transformados em memorandos, que não equivalem a uma transcrição. Não é recomendado solicitar que o entrevistado assine as notas ou aprove o conteúdo da entrevista, pois isso poderia acarretar inconvenientes práticos (por exemplo, no que diz respeito à sua confidencialidade).

Os direitos e garantias dos entrevistados devem ser preservados durante todo o processo. É inaceitável qualquer tipo de coerção moral. O entrevistado deve ser informado sobre a finalidade da investigação interna e sobre como os dados obtidos serão utilizados. Caso deseje, tem direito a ter um advogado presente durante a entrevista. Os entrevistadores e aqueles que representam devem ser identificados (conhecida como *Upjohn warning* na prática norte-americana): se forem advogados, o entrevistado deve estar ciente de que não estão ali para representar seus interesses e não têm com ele uma relação de cliente-advogado, que inclui o segredo profissional, mas sim com o particular que está promovendo ou é responsável pela investigação (por exemplo, a empresa alvo da investigação) (FARACO e FORSMAN, 2022, p. 314).

Por fim, última etapa de investigação interna consiste na análise de informações obtidas por meio de exame documental e entrevistas individuais. Apesar de ser possível alcançar resultados que permitam a reconstrução exata dos fatos, é comum que se obtenham resultados parciais e inconclusivos. Estes também são frequentemente observados em investigações realizadas por autoridades públicas, sem significar necessariamente falhas na metodologia e no desenvolvimento das investigações, podendo ocorrer devido à limitação de documentação disponível ou ao fato de alguns funcionários não estarem mais na empresa.

A forma de registro dos resultados de uma investigação interna é variável, podendo ser realizadas através de relatórios escritos detalhados ou através de apresentações em reuniões. No entanto, recomenda-se que seja mantido algum registro do plano de investigação e dos detalhes da execução, para eventual demonstração da suficiência e adequação da investigação no futuro.

Os relatórios e apresentações podem ou não incluir uma avaliação jurídica dos fatos e orientações de caráter legal. Por exemplo, se o foco for a apuração de denúncias de participação

em conduta coordenada com concorrentes, a avaliação Jurídica considerará se os fatos apurados se enquadram nos ilícitos tratados na Legislação Concorrencial e quais opções a Empresa possui para mitigar potenciais consequências legais.

Ao realizar um trabalho de assessoria legal, a investigação é um instrumento essencial, e a inclusão dessa análise no relatório final é essencial. No entanto, a utilização dos resultados e a avaliação deles como meios de prova exigem sempre uma análise jurídica.

O destinatário dos relatórios e apresentações deve ser determinado de acordo com o contexto e objeto da investigação. Quando se tratar de questões pontuais, podem ser apenas os gerentes das áreas de integridade, bem como outros indivíduos com funções relevantes, tais como recursos humanos e suprimentos. Por outro lado, alguns programas de integridade preveem a criação de comitês específicos para avaliar desvios de conduta e supervisionar as decisões tomadas pelos gerentes das áreas envolvidas.

É esperado que a alta administração da sociedade empresária, composta por diretores e membros do conselho de administração, tome conhecimento dos resultados e avalie os encaminhamentos apropriados quando questões envolvendo seus integrantes têm potencial de grande repercussão. A efetividade dos programas de compliance depende do envolvimento dos principais gestores neste tipo de situação.

Em circunstâncias que envolvam a alta administração em exercício ou acionistas, visando assegurar a independência da apuração e da deliberação dos resultados, é comum a criação de comitês ad hoc, constituídos por membros externos à empresa, responsáveis pela organização da investigação e pela avaliação dos resultados obtidos.

9. Conclusão

Os eventos políticos e sociais ocorridos no Brasil na última década tiveram reflexos em processos criminais, inclusive quanto à utilização de provas construídas em investigações internas realizadas por empresas como indício em ações judiciais. A ocorrência de crimes em organizações empresariais de grande porte, caracterizadas pela divisão de trabalho e delegação de funções, impôs uma nova realidade ao trabalho praticado na área penal, demandando a revisão de conceitos dogmáticos, tais como a responsabilidade por omissão, o princípio da confiança e os deveres de controle interno e vigilância. Tal situação também se aplica ao âmbito processual.

Com o objetivo de adaptar o processo penal à realidade dos crimes corporativos, a investigação interna tem sido reconhecida como um meio importante de defesa das empresas e seus altos funcionários. Esta função é impulsionada por lei, focando tanto na entrega de resultados para a empresa quanto para o Estado e a sociedade, para a difícil tarefa de promover investigações dentro dessas organizações complexas. No entanto, a utilização dessas investigações como meio de prova no processo penal não pode ser feita sem considerar sua relação com as garantias processuais.

Além disso, a investigação interna deve seguir a lei em vigor, e as normas internas de governança da empresa. Estas normas de governança devem estabelecer claramente as responsabilidades de cada membro da organização, bem como as práticas para a realização das investigações internas. Estas normas de governança também devem prever as medidas disciplinares a serem tomadas em caso de descumprimento das regras, a fim de garantir que as investigações sejam realizadas de forma justa, transparente e eficaz. Ademais, devem ser priorizadas as medidas preventivas para prevenir a ocorrência de crimes corporativos.

Há um evidente conflito entre a característica privada das investigações internas, realizadas em parte para produzir material de defesa da empresa e identificar os responsáveis por atos ilícitos, e a natureza pública das investigações criminais realizadas por órgãos públicos. O uso de documentos e informações fornecidas pela própria empresa, beneficiária da prática de uma infração, como prova em processo criminal por agências governamentais, deve ser filtrado observando-se certas medidas preventivas. Dessa forma, é necessário estabelecer critérios para a abertura de investigações internas, limites para o uso de provas orais construídas em investigações e restrições para provas obtidas por meio de violação à vida privacidade e família.

É necessário que as investigações internas ocorram de acordo com o critério de proporcionalidade, possuindo a probabilidade de apuração de atos ilícitos. Os depoimentos e entrevistas obtidos durante essas investigações devem ser informados às testemunhas, explicando-lhes seus direitos e a finalidade estabelecida pela empresa. Além disso, é preciso limitar a confidencialidade, e a intimidade dos funcionários, assegurando que as informações e documentos obtidos servirão de prova em processos criminais, desde que as expectativas de confidencialidade sejam respeitadas e que sejam apresentados nos padrões solicitados. Desta forma, as informações coletadas serão aceitas como prova.

Os depoimentos e entrevistas obtidos durante investigações internas devem conter informações claras, objetivas e precisas, de modo a que a testemunha possa compreender o

objetivo do testemunho ou finalidade estabelecida pela empresa com a investigação. É importante lembrar que, ao limitar a confidencialidade e a intimidade dos funcionários, as informações e documentos obtidos em investigações internas são considerados prova válida para processos criminais, desde que sejam apresentados nos padrões solicitados e que a confidencialidade seja respeitada. Neste sentido, a empresa deve ter o cuidado de seguir todas as normas legais para que a investigação seja considerada válida.

Referências:

AYRES, Carlos. **Uma Atualização Sobre o Que Esperar da Iminente Regulamentação da Nova Lei Anticorrupção do Brasil**. Disponível em: <<http://fcpamericas.com/portuguese/uma-atualizacao-sobre-esperar-da-iminente-regulamentacao-da-nova-lei-anticorrupcao-brasil/>>.

Acesso em: 29 jan. 2023.

BARDÓN, Carolina Bolea. **Responsabilidad penal de las personas físicas. Delegación en funciones. Deberes de control y vigilancia**. In: Manual de derecho penal, económico y de empresa: parte general y parte especial:(adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal): doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. t. II. Valência: Tirant lo Blanch, 2016. p. 52; p. 53.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 59, jan. 2013, p. 303.

BOTTINI, Pierpaolo. **A Lei Anticorrupção como Lei Penal Encoberta**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>>. Acesso em: 30 jan. 2023

CERVINI, Raul. **Quo vadis? El cumplimiento normativo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 92, ano 11, 2015, p. 337.

ESTRADA i CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. **Derechos de los trabajadores y deberes del empresario**. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). El Derecho Penal en la era Compliance. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 197-198.

FARACO, A. D.; FORSMAN, Gabriela C. C. **Investigações Internas: melhores práticas internacionais e a experiência brasileira**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 20, n. 2, 2022. p. 300-316.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Imputación de Hechos Delictivos en Estructuras Empresariales Complejas**. In: CIIDPE, 2009, p. 05; 18; 26.

FRISCH, Wolfgang. **Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa**: Responsabilidad penal en el ámbito de las responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo. In: MIR PUIG, Santiago; LUZON PEÑA, Diego-Manuel (dir.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona: JM Bosch Editor, 1996. p. 113

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 128 e ss.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere**: cultura do controle e política criminal atuarial. In: XXI Congresso Nacional do COMPEDI, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1, p. 75-102.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico: Parte General y Especial**. Buenos Aires-Montevideú: B de F, 2014. p. 112.

GRAZZIOTIN, Carlos Augusto. **Controles Internos e Gestão de Riscos em Instituições Financeiras**. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4259/000349159.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 jan. 2023.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa**. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.) et al. Manual de cumplimiento penal en la empresa. Valência: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 278.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Considerações iniciais acerca da lei anticorrupção e os novos desafios da advocacia criminal**. Cadernos Jurídicos OAB Paraná, nº 50 – Abril 2014.

LUZ, Yuri Corrêa da. **O combate a corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 89, 2011. p. 454-455.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorruptcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTIEL, Juan Pablo. **Lineamientos de Integridad: breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento** In: MONTIEL, Juan Pablo. Reporte en Compliance: Lineamientos de Integridad, , Buenos Aires: Crimint, 2018. p. 15

MONTIEL, Juan Pablo. **Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa**. In: Revista de derecho (Valparaíso), n. 40, 2013. p. 258-259; 488; 489-490.

MOOSMAYER, Klaus. **Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales**. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). El derecho penal económico en la era compliance. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 140.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 341.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. **A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, n.28 – novembro/dezembro/janeiro, 2012.

NANDAYAPA, Carlos Faustino Natarén. **El criminal compliance en México: un enfoque crítico desde los principios del proceso penal**. In: Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa, v. 5, n. 10, 2018.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. **Combate à Corrupção nas Licitações e Contratos Públicos – Questões Centrais do Projeto**

de Lei nº 6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 195.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudios de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico. Montevideu-Buenos Aires: BdeF, 2014.p. 259-260.

ROMANIELO, Enrico Spini; DE PAULA, Germano Mendes. **Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil**: Os programas de compliance como boas práticas de governança. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. São Paulo, v. 20. jul. 2011, p. 253.

SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 85

SCHUNEMANN, Bernd. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa**. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. In: *ADPCP*, v. LV, 2002, p. 16

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. Madri: Edisofer, 2016. p. 94; 117.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 313.