

COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO E MODELAGEM REGULATÓRIA: REGULAÇÃO PRESCRITIVA E RISCO DE IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMAS DE FACHADA

Anti-corruption compliance and regulatory modeling: prescriptive regulation and the risk
of implementing sham programs

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 167/2020 | p. 149 - 187 | Maio / 2020
DTR\2020\6442

Vânia Lúcia Ribeiro Vieira

Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). É Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com bacharelados em Direito pela UFMG e em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro de Minas Gerais (FJP). Professora do MBA em Compliance e Governança da UnB, da Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e do LLM em Controle e Combate à Corrupção do IDP. É Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União (AGU), atualmente Procuradora-Chefe da Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Foi Secretária de Estado de Transparência e Controle do Distrito Federal, Consultora Jurídica do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e Diretora de Transparência e Prevenção da Corrupção da Controladoria-Geral da União (CGU). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7963-4879> vieira.vania@gmail.com

Márcio Iório Aranha

Pós-Doutor em Direito pela University of Southern California – EUA. Doutor em Ciências Sociais (Estudos Comparados sobre as Américas) pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito e Estado pela UnB. Professor concursado efetivo de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito da UnB, onde atua como Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado. É Diretor do Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB (CCOM/UnB) e do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório (NDSR/FD/UnB), presidindo o corpo editorial da Revista de Direito Setorial e Regulatório (Journal of Law and Regulation). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9436-0987> iorio@ccom.unb.br

Área do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: O propósito deste trabalho é analisar, à luz da Teoria da Regulação baseada no Desempenho, o modelo regulatório anticorrupção brasileiro, adotado a partir da aprovação da Lei 12.846/2013, e implementado pela Controladoria-Geral da União (CGU), a fim de verificar se ele encoraja a consecução dos objetivos regulatórios ou se, ao revés, pode induzir a adoção de programas anticorrupção de fachada. A pesquisa fundamenta-se na Teoria da Regulação baseada no Desempenho, cuja abordagem prioriza a consecução dos objetivos regulatórios, oferecendo flexibilidade ao regulado para que ele adote as estratégias que entender necessárias e adequadas para o alcance dos resultados estabelecidos. Valendo-se da referida Teoria, foram avaliadas as normas que compõem o marco legal que disciplina o modelo regulatório anticorrupção brasileiro, bem como os manuais e demais documentos oficiais publicados pela CGU e utilizados na avaliação de programas de compliance, os quais expressam a prática institucional do órgão. Como referência comparativa, analisou-se o modelo norte-americano de regulação e avaliação de programas de compliance corporativos, o qual atribui especial ênfase ao exame da efetividade desses programas. O artigo evidencia que, não obstante o avanço na tentativa de se estabelecer, de forma inédita no Brasil, modelagem regulatória dedicada a induzir a ética e a conformidade do comportamento das empresas em suas relações com a Administração Pública, o desenho adotado está baseado na regulação prescritiva e rígida de ações que privilegia o cumprimento de checklist de medidas anticorrupção, cuja implementação é verificada a distância, de modo precipuamente formal. A análise presente neste trabalho pode contribuir para debates acerca do aprimoramento do desenho regulatório anticorrupção brasileiro e da atuação da CGU nesse processo. O presente artigo preenche uma relevante lacuna no estudo da

política regulatória de prevenção e combate à corrupção, visto que o problema é, tradicionalmente, estudado e enfrentado apenas do ponto de vista repressivo, sem que sejam formuladas as necessárias e adequadas estratégias regulatórias de conformação do comportamento das empresas em suas relações com a Administração Pública.

Palavras-chave: Regulação – Programas de compliance – Compliance anticorrupção – Controladoria-Geral da União – Programas de fachada

Abstract: To analyze, in the light of Performance-Based Regulation Theory, the Brazilian anticorruption regulatory model, adopted since Law 12,846/2013 came into effect and implemented by the Office of Comptroller General (CGU), in order to check whether it encourages the achievement of regulatory aims or whether, conversely, it may induce the adoption of sham anticorruption programs. The research is based on the theory of performance-based regulation, which by way prioritizing the achievement of regulatory aims, offer flexibility to the regulated sector to adopt the strategies deemed necessary and adequate to reach the established results. In view of the Performance-Based Regulation Theory, there were evaluated the standards set by the legal framework that governs the Brazilian anti-corruption regulatory model, as well as manuals and other official documents published by the CGU and used in the evaluation of compliance programs, which represent the institutional practice of the body. As a benchmark, the US model of regulation and evaluation of corporate compliance programs was analyzed, which places special emphasis on examining the effectiveness of these programs. The article shows that, despite the unprecedented advance in the attempt to establish a regulatory modeling conducive to the increase on ethics and compliance behavior by companies in their relations with the Public Administration, the design adopted is based on the strict regulation of actions that privileges the fulfillment of a checklist of anticorruption measures, whose implementation is formally verified at a distance. The analysis presented in this paper may contribute for the discussions over the improvement of the Brazilian anti-corruption regulatory design and the CGU's performance in this process. This article fills a relevant gap in the study of the regulatory policy on preventive measures for an accountable, non-corrupt government in Brazil, as the problem has traditionally been studied and dealt with only from the repressive point of view, with disregard to the adoption of necessary and adequate regulatory strategies to shape the behavior of companies in their relations with the Public Administration.

Keywords: Regulation – Compliance programs – Anti-corruption compliance – Federal Comptroller's Office – Sham programs

Sumário:

1.Introdução - 2.A Teoria da Regulação Baseada no Desempenho - 3 O modelo regulatório brasileiro de fomento à implantação de programas de compliance anticorrupção - 4.A atuação da CGU na regulação do compliance anticorrupção - 5.A avaliação de programas de compliance corporativo pelo Department of Justice (DOJ) dos EUA: em busca da efetividade - 6.O modelo regulatório anticorrupção brasileiro e o risco da implantação de programas de fachada - Considerações finais - Referências bibliográficas

1.Introdução

Os mecanismos de compliance ganharam relevância no Brasil a partir de 2013, com a edição da Lei 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. A Lei brasileira adotou como parâmetro de imputação do ilícito à pessoa jurídica o sistema de responsabilidade objetiva, segundo o qual basta a constatação de que, no interesse ou benefício da empresa, ainda que de forma não exclusiva, foram praticados atos ilícitos, para que se atraia a responsabilidade da pessoa jurídica.

Todavia, como forma de valorizar o comportamento preventivo e atribuir tratamento

diferenciado às empresas que possuam adequado compliance anticorrupção, a Lei estabelece que a existência e a efetividade de programas de integridade serão necessariamente levadas em consideração na dosimetria das sanções.

Na avaliação desses programas de integridade, a CGU adota metodologia que aproxima tal avaliação a um processo de auditoria, que busca evidenciar, por meio de provas documentais, a implementação das medidas. São aplicados questionários com diversas e detalhadas perguntas, cujas informações devem ser, tanto quanto possível, comprovadas pelas empresas por todos os meios necessários.

O cálculo da multa a ser aplicada resulta, ao final, de uma operação quase matemática, com regras que privilegiam a formalidade e a segurança jurídica e intentam afastar qualquer espaço para a avaliação discricionária dos servidores públicos participantes do processo, relegando a um segundo plano, ou mesmo impossibilitando, a avaliação da efetividade desses programas. Diante do exposto, tendo em vista a importância e o impacto da atuação da CGU no processo regulatório anticorrupção, propõe-se, no presente artigo, a análise da prática institucional do órgão e da legislação que a suporta, vis-à-vis a Teoria da Regulação baseada no Desempenho, cujo modelo parte do pressuposto de que as entidades reguladas são capazes de escolher a melhor forma de alcançar os fins visados pela regulação.

Para enfrentar a questão posta sob exame, o artigo analisará o marco legal que disciplina o modelo regulatório anticorrupção brasileiro, bem como os manuais e demais documentos oficiais publicados pela CGU, que expressam a prática institucional do órgão, em especial o seu Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em Processo Administrativo de Responsabilização – PAR (BRASIL, 2018e) e o Regulamento, Questionário de Avaliação e Documento Orientativo do Programa Pró-Ética.

Inicialmente, serão expostos os pressupostos teóricos, referentes à Teoria da Regulação baseada no Desempenho, que fundamentam a pesquisa. Posteriormente, analisar-se-á o modelo regulatório da Lei 12.846/2013 (LGL\2013\7382) e seus respectivos regulamentos, os quais estabelecem e disciplinam a responsabilização da pessoa jurídica por ato de corrupção e a possibilidade de que as sanções sejam atenuadas quando a empresa tenha previamente implementado programas de compliance. Como referência comparativa, será analisado o modelo norte-americano de regulação e avaliação de programas de compliance corporativos e seu processo evolutivo, no sentido de enfatizar, cada vez mais, o exame da efetividade desses programas.

Por fim, avaliar-se-á a prática institucional da CGU no exame de programas de compliance, com o intuito de verificar se as estratégias implementadas pelo órgão têm sido capazes de aferir a consecução do fim regulatório visado, qual seja, conformar o comportamento das empresas a um padrão de ética e integridade, ou se, ao contrário, a abordagem adotada, de regulação prescritiva de meios, baseada em checklist e com foco excessivo na comprovação documental de medidas, pode estar preterindo a análise do desempenho e efetividade desses programas.

2.A Teoria da Regulação Baseada no Desempenho

Toda regulação busca conformar o comportamento de atores privados de maneira que objetivos públicos sejam alcançados. A regulação pode ser necessária para corrigir falhas ou deficiências de mercado, como a existência de monopólios, a disponibilidade escassa de informação ou a existência de externalidades ou problemas comuns (COGLIANESE e LAZER, 2003; SUNSTEIN, 1989).

A ação regulatória pode intervir em uma das três etapas das atividades de qualquer organização: planejamento, execução ou no produto final, que podem consistir em bens públicos ou privados ou gerar externalidades positivas ou negativas que afetam a sociedade. A regulação se faz necessária porque os atores privados tendem a maximizar seus próprios interesses e a subproduzir bens públicos (LEVI-FAUR, 2010; COGLIANESE

e LAZER, 2001).

Não obstante a vasta gama dos termos utilizados para descrever as diferentes estratégias de regulação, há características comuns que as identificam e possibilitam a sua análise sistemática e comparativa¹. Em termos gerais, são quatro os elementos essenciais presentes em todos os modelos regulatórios: o regulador, que cria e aplica a regra; o sujeito a quem o comando é dirigido e sobre quem são impostas as consequências do descumprimento das regras; o comando, conteúdo emitido pelo regulador; e as consequências do descumprimento, pelo regulado, do comando exarado pelo regulador (LEVI-FAUR, 2010; COGLIANESE, 2016; COGLIANESE; NASH, 2017).

Embora o regulador, frequentemente, seja um órgão ou entidade governamental, ele também pode ser uma entidade privada, a exemplo de associações profissionais, comerciais ou organizações não governamentais, que emitem normas regulatórias. Os sujeitos, alvos da regulação, podem ser atores individuais, empresas ou setores econômicos. Os comandos podem especificar meios (padrões de tecnologia ou processos de gestão específicos, por exemplo) ou fins (padrões de desempenho, que não exigem meios particulares, mas direcionam o alvo a alcançar ou evitar um resultado específico relacionado ao objetivo regulatório (LEVI-FAUR, 2010; COGLIANESE, 2016, COGLIANESE; NASH, 2017).

Já as consequências do comando regulatório podem variar entre consequências negativas, como multas ou sanções por descumprimento, e consequências positivas, como a concessão de subsídios, isenções ou outro tipo de recompensa pelo cumprimento. Quando não são previstas quaisquer consequências para casos de descumprimento, o modelo regulatório é considerado de padrão voluntário, uma vez que o regulado goza de liberdade para conformar ou não o seu comportamento à regra estabelecida (COGLIANESE, 2016; COGLIANESE; NASH, 2017).

Observa-se, assim, que a atividade regulatória, independentemente do modelo adotado, está sempre baseada no binômio liberdade e controle, atuando como instrumento de conciliação entre essas duas condições opostas: o regulador pode conferir total discricionariedade à atuação dos agentes regulados ou pode estabelecer regulamentos que limitem essa discricionariedade, obrigando por meio de sanção, ou induzindo mediante estímulos, que os regulados adequem seus interesses aos interesses da sociedade em geral (COGLIANESE; MENDELSON, 2010).

Quando a regulação se vale da coação e ameaça sancionatória para impor seu regulamento e garantir a conformação do comportamento dos regulados, o modelo adotado é, geralmente, o prescritivo, fundado em estratégias de “comando e controle” (COGLIANESE e LAZER, 2003). A regulação prescritiva é, em regra, baseada em padrões, tecnologias ou processos que devem ser adotados, documentados e auditados, a fim de se identificar, avaliar e gerir riscos. Tal modelo é mais comumente utilizado em contextos nos quais existem múltiplas fontes de risco que exigem variados e rigorosos controles (REX DEIGHTON-SMITH, 2008).

Os modelos regulatórios baseados em estratégias de comando e controle são frequentemente criticados por se dedicarem à fixação rígida, estrita e excessivamente prescritiva de processos ou tecnologias específicas a serem adotados pelas empresas (PARKER, 2002a; COGLIANESE; NASH, 2017). Além disso, esses modelos são vistos como mais onerosos e não razoáveis, na medida em que estabelecem regras e padrões uniformes para regulados diversos ou que atuam em circunstâncias diferentes, ensejando, em alguns casos, a implementação de medidas irracionais, caras, ineficazes ou mesmo contraproducentes (GUNNINGHAM, 1996; MAY, 2010; COGLIANESE, 2017).

Ademais, a especificação rígida de padrões de processos, métodos e sistemas de gestão e de tecnologia pode indicar certa desconfiança em relação à capacidade e idoneidade dos regulados quanto ao alcance dos resultados, já que se oferece a eles pouca ou nenhuma margem de interpretação do comando regulatório (GUNNINGHAM, 1996). O

modelo também sinaliza partir da falsa crença de que os reguladores conhecem melhor o objeto regulado ou os meios necessários ou adequados para a consecução dos objetivos regulatórios, o que pode inibir a inovação na busca de novas tecnologias e formas melhores, mais eficazes ou mais baratas de alcançar os resultados visados, ou, ainda, desencorajar a autorregulação das empresas², desestimulando a adoção de regras próprias que contribuam para o atingimento dos fins desejados (BRAITHWAITE, 1982; GUNNINGHAM, 1996; COGLIANESE, 2017).

Nesse sentido, para fazer frente a esse modelo regulatório tradicional, que impõe às entidades reguladas, de forma rígida, o que fazer e como fazer, certas formas de abordagem baseadas no desempenho exsurtem como alternativa que propõe que os resultados sejam o foco da regulação e que seja conferida liberdade aos regulados para encontrar os meios de atingimento das metas estabelecidas³.

Entre essas novas abordagens regulatórias, destaca-se a Teoria da Regulação baseada no Desempenho (COGLIANESE, NASH e OLMSTEAD, 2003), que parte do pressuposto de que as entidades reguladas são capazes de escolher a melhor forma de alcançar os fins visados pela regulação, inclusive quanto à melhor relação custo-benefício das soluções de conformidade.

A Teoria da Regulação baseada no Desempenho de Coglianese, Nash e Olmstead (2003) defende que a melhor abordagem regulatória não é a que prescreve o comportamento ou a forma de cumprimento que as entidades reguladas devem adotar, ou os instrumentos ou tecnologias a ser utilizados para se resolver problemas públicos, mas a abordagem que estabelece metas de desempenho, deixando as empresas reguladas livres para descobrir como alcançar os resultados especificados ou os níveis de desempenho fixados (REX DEIGHTON-SMITH, 2008).

Em tal modelo regulatório, o regulador estabelece o padrão de desempenho desejado, mas não especifica como eles devem ser atingidos. Isso incentiva as empresas a encontrar formas mais eficientes, eficazes e inovadoras de alcançar ou até mesmo ultrapassar as metas previstas, valendo-se da vantagem informacional que os regulados possuem (COGLIANESE e LAZER, 2003).

É certo que a Teoria da Regulação baseada no Desempenho não ignora o conceito subjacente às teorias de regulação, segundo o qual todo esforço regulatório é – ou deveria ser – direcionado à obtenção de resultados, e não na adesão a tecnologias específicas ou meios prescritos, uma vez que qualquer regulação objetiva a conformação do comportamento dos regulados a padrões estabelecidos, de forma a se atingir objetivos e interesses públicos (COGLIANESE, 2017).

Ocorre que, na regulação baseada no desempenho, a ênfase está na flexibilidade e discricionariedade que deve ser atribuída ao agente regulado para que esse melhor defina as ações necessárias para se alcançar os padrões de desempenho ou os resultados requeridos.

Em outras palavras, a Teoria da Regulação baseada no Desempenho altera o locus da tomada de decisão: do regulador para as empresas reguladas, exigindo que estas desenvolvam suas próprias respostas à regulação, adotando planejamento e mecanismos de gestão e controle apropriados ao alcance das metas públicas. A intervenção regulatória se dá, portanto, no processo de saída, já que o regulador estabelece os resultados desejados e avalia, posteriormente, a performance atingida (COGLIANESE, 2016).

Sob tal abordagem, o comportamento das empresas tem o potencial de ser menos caro e mais eficaz do que sob um modelo tradicional de controle endógeno, incentivando, com isso, a implementação de medidas que vão “além do cumprimento” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992; COGLIANESE, NASH, OLMSTEAD, 2003; GUNNINGHAM, 2017).

Os benefícios e expectativas potenciais da regulação baseada no desempenho, geralmente apontados pela literatura, em comparação com abordagens mais prescritivas, são: maior eficácia no alcance de objetivos regulatórios específicos; flexibilidade nos meios de aderir ao regulamento; maior capacidade de usar meios alternativos para alcançar objetivos, incentivo à inovação; incentivo para ir além do mínimo de desempenho e redução dos custos de conformidade para as entidades reguladas, o qual pode implicar a redução do preço de produtos e serviços para a sociedade (COGLIANESE e LAZER, 2003; COGLIANESE, NASH, OLMSTEAD, 2003).

Já as potenciais desvantagens apontadas do modelo são: possíveis inconsistências na aplicação das regras por problemas de interpretação dos reguladores sobre níveis de desempenho aceitáveis ou sobre meios viáveis para se alcançar os fins desejados; diminuição da previsibilidade nas expectativas regulatórias; aumento dos custos de regulação decorrentes do desenvolvimento de padrões de desempenho e de métodos de mensuração de resultados; impactos incertos sobre a equidade no tratamento regulatório e sobre a distribuição social dos riscos regulatórios (COGLIANESE e LAZER, 2003; COGLIANESE, NASH, OLMSTEAD, 2003).

Observe-se que a regulação baseada no desempenho tem sido largamente utilizada em diversos países. Nos Estados Unidos, tanto as administrações republicanas quanto as democratas expressaram, nos últimos anos, preferência pelo uso de padrões de desempenho no processo regulatório. Variantes da regulação baseada no desempenho foram adotadas em vários outros países na regulação da qualidade do ar e da água, segurança de edifícios e incêndios, segurança de produtos de consumo, eficiência energética, segurança alimentar, práticas florestais, usinas de energia, segurança de tubulações e segurança dos trabalhadores. Também no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é crescente o interesse por esse tipo de modelo regulatório (COGLIANESE, 2017).

Não obstante, no entanto, todo o entusiasmo que a regulação baseada no desempenho tem gerado e o avanço conceitual que tem provocado na compreensão da regulação sob a perspectiva do resultado, o modelo não deve ser encarado como uma panaceia e como solução regulatória a ser aplicada em quaisquer circunstâncias, uma vez que ainda inexistem dados empíricos suficientes sobre a viabilidade da utilização do modelo em múltiplas e diversas situações (COGLIANESE, NASH e OLMSTEAD, 2003; BENNEAR, 2006; COGLIANESE, 2017).

Isso porque, embora a regulação baseada no desempenho se mostre, na teoria, como a alternativa regulatória mais desejável, porque focada nos resultados e objetivos regulatórios e na necessária flexibilidade a ser conferida aos regulados para alcançá-los, deve-se considerar as especificidades do objeto regulado e do problema regulatório que demanda solução para se decidir pela adoção, ou não, do modelo (COGLIANESE, 2017; MAY, 2010).

Essa cautela se impõe, em especial, nos casos em que a eventual ineficácia da regulação baseada no desempenho pode trazer dano grave, inestimável ou irreversível à sociedade ou aos indivíduos ou quando tal estratégia não oferece segurança adequada na redução dos riscos envolvidos na atividade regulada. Com efeito, na medida em que essa abordagem põe toda a ênfase nos resultados regulatórios, relevando os meios a serem adotados para alcance dos padrões desejados, o regulador pode ser surpreendido, ao final, pelo não atendimento da performance requerida (MAY, 2010).

Não sem razão, um dos potenciais problemas apontados na adoção desse modelo é a capacidade do regulador de monitorar os resultados. Somente se essa premissa for válida, a flexibilidade da regulação baseada no desempenho produzirá uma maior relação custo-benefício. Quando isso não acontece, qualquer economia obtida pela flexibilidade dos padrões de desempenho pode custar benefícios para a sociedade. (COGLIANESE, 2015).

Assim, para que a teoria ora analisada seja exitosa em seu mister de transferir para os regulados a tarefa de encontrar os meios adequados para o alcance dos objetivos regulatórios, é preciso conferir flexibilidade com responsabilidade, avaliando-se devidamente os riscos, os custos, a viabilidade e razoabilidade de implementação dos padrões exigidos, bem como a possibilidade de sua verificação (MAY, 2003).

Ou seja, a fixação de padrões específicos de desempenho tende a funcionar melhor em contextos em que o regulador conhece bem o setor regulado e as ações necessárias para o alcance das metas; e quando as metas estabelecidas são semelhantes o suficiente para que possam ser impostas universalmente a um conjunto de regulados. Quando, pela natureza das atividades desenvolvidas ou em situações em que o setor regulado for muito amplo e heterogêneo, não for possível especificar os padrões de modo uniforme, tampouco mensurar os resultados alcançados, a regulação baseada no desempenho pode se tornar impraticável e não justificar o custo da regulação (COGLIANESE e LAZER, 2003; COGLIANESE, 2015).

Por isso se diz que a viabilidade da regulação baseada no desempenho depende não apenas dos seus benefícios, mas também do custo de se obter esses benefícios em comparação com outras alternativas regulatórias (BENNEAR, 2007) e que o debate sobre a implementação da regulação baseada no desempenho é menos sobre novas e inovadoras formas de se conceber regimes regulatórios e mais sobre a formulação e introdução de instrumentos baseados em desempenho (MAY, 2003).

Ademais, a regulação baseada no desempenho pode mostrar-se indesejável quando o regulador não puder confiar na atuação dos regulados, como foi o caso do escândalo de emissões indevidas de gases poluentes que envolveu a Volkswagen. Isso porque, se é verdade que a regulação prescritiva enfatiza a conformidade formal às regras, enquanto a regulação baseada no desempenho busca a conformidade material e substantiva, deve-se cuidar para não se oferecer flexibilidade excessiva aos regulados, pois a empresa pode não ser confiável, e seu comportamento tornar-se não só não aderente, mas, abusivo e reprovável (COGLIANESE, 2015; COGLIANESE; NASH, 2017; MAY, 2003).

Com isso, um desafio adicional à adoção do modelo de regulação baseado no desempenho deve ser considerado: em que medida é possível delegar e confiar totalmente aos regulados a responsabilidade pelos meios de consecução de objetivos socialmente desejados? Com efeito, pode estar havendo uma "fé ingênua" de que o mercado e os regulados adotarão as melhores práticas para alcançar os resultados regulatórios (MAY, 2003).

Assim, quando não acompanhada da necessária vigilância e escrutínio mínimo dos meios, a regulação baseada no desempenho pode permitir que regulados mal-intencionados se aproveitem da liberdade e flexibilidade conferidos para descumprirem os padrões de desempenho fixados. Por isso, também nesse modelo focado em resultados, mantém-se o conflito que desafia toda atividade regulatória: o de como garantir o necessário equilíbrio entre liberdade e controle. Em outras palavras, a flexibilidade da regulação baseada no desempenho mostra-se, ao mesmo tempo, como a principal vantagem e o principal desafio dessa modelagem regulatória (COGLIANESE, 2017).

Nessa esteira, em circunstâncias em que a regulação baseada no desempenho não se apresenta como a mais indicada, seja porque os agentes regulados são muito heterogêneos, seja pela dificuldade de se monitorar a atividade, a regulação baseada na gestão pode ser considerada como melhor alternativa, uma vez que atribui ao regulador a responsabilidade por estabelecer critérios e parâmetros para o gerenciamento de processos a serem aplicados pelo regulado, bem como por certificar a conformidade das práticas aos padrões estabelecidos, valendo-se de informações prestadas pelos próprios regulados ou colhidas por terceiros (COGLIANESE, LAZER, 2003; COGLIANESE, NASH, 2017)⁴.

Ressalte-se, no entanto, que reconhecer os limites da regulação baseada no desempenho não significa defender o fracasso do modelo ou recomendar que os governos nunca o adotem. Tampouco significa negar a sua vantajosa relação custo-benefício. Reconhecer os limites do modelo baseado no desempenho significa cobrar dos reguladores a necessária e responsável vigilância do processo e de sua realidade de implementação. Isso porque – sim, a regulação baseada no desempenho é, em tese, mais “moderna, superior e sofisticada” que a regulação prescritiva (REX DEIGHTON-SMITH, 2008), mas ela requer monitoramento permanente e efetivo, para que não se corra o risco de empresas começarem a se aproveitar da flexibilidade que os padrões de desempenho oferecem (COGLIANESE, 2015; COGLIANESE, 2017).

3 O modelo regulatório brasileiro de fomento à implantação de programas de compliance anticorrupção

O⁵ Brasil assistiu, nos últimos tempos, a considerável avanço e fortalecimento das normas e políticas de prevenção e combate à corrupção. Influenciado pelo movimento internacional de promoção da ética nos negócios e de corresponsabilização do setor privado pelo problema da corrupção⁶, o País adotou, em 2013, a Lei 12.846 (BRASIL, 2013), a chamada Lei Anticorrupção, que estabelece a punição de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira (CARVALHO, 2018).

A Lei brasileira não exige comprovação de dolo ou culpa da corporação ou de seus dirigentes, tampouco que haja ocorrido falha da organização, pois adotou como parâmetro de imputação do ilícito à pessoa jurídica o sistema de responsabilidade objetiva, segundo o qual basta que seja constatado que, no interesse ou benefício da empresa, ainda que de forma não exclusiva, foram praticados atos ilícitos, para que se atraia a responsabilidade da pessoa jurídica.

A Lei Anticorrupção brasileira previu, no entanto, a possibilidade de que essa responsabilidade seja atenuada caso a empresa demonstre possuir adequado compliance anticorrupção, os denominados programas de integridade, legalmente definidos como o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira⁷.

Ou seja, o programa de compliance constitui um dos critérios de dimensionamento dessa responsabilidade, fornecendo elementos que permitam à empresa e seus dirigentes se defenderem, por meio da demonstração de que foram adotadas todas as medidas possíveis e de que todos os esforços foram empreendidos para se prevenir ou evitar a ocorrência do ilícito e que não houve falha de organização ou violação do dever de cuidado e vigilância (SAAVEDRA, 2016).

Para regulamentar a Lei 12.846 (BRASIL, 2013), foi editado o Decreto 8.420 (BRASIL, 2015), o qual estabelece 16 (dezesseis) parâmetros que serão considerados na avaliação da existência e aplicação do programa de integridade (art. 42)⁸, bem como prevê que o porte e as especificidades da pessoa jurídica serão também considerados (art. 42, § 1º).

Para detalhar as regras de avaliação dos programas de integridade, a CGU editou a Portaria 909 (BRASIL, 2015), estabelecendo que, para fins de definição do percentual de redução da sanção imposta, levará em consideração as informações prestadas e sua comprovação, o grau de adequação do Programa ao perfil da empresa, bem como a efetividade do programa.

No processo de avaliação, a pessoa jurídica deve apresentar: relatório de perfil e relatório de conformidade do programa, devendo comprovar, pelos meios necessários, as informações apresentadas. O relatório de perfil tem por objetivo contextualizar o avaliador sobre as características da empresa e os riscos a que se submete para o

exercício de suas atividades⁹. Tais informações são importantes para que os avaliadores possam analisar as medidas apresentadas conforme sua aptidão para mitigar os riscos, de acordo com as especificidades da empresa. Já no relatório de conformidade do programa, por sua vez, a empresa deve descrever as medidas implementadas, em atendimento aos parâmetros do Decreto 8420/2015¹⁰. Além disso, deve demonstrar a aplicação do programa em seu cotidiano – histórico de dados, estatísticas, casos concretos – e o funcionamento do programa perante o ato lesivo objeto de apuração.

Segundo a referida Portaria (BRASIL, 2015), programas meramente formais e que se mostrem absolutamente ineficazes para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos da Lei 12.846, de 2013 (LGL\2013\7382), não serão considerados na dosimetria da multa e a concessão do percentual máximo é condicionada ao atendimento pleno dos requisitos exigidos.

A Portaria (BRASIL, 2015) também prevê que, caso o Programa de Integridade avaliado tenha sido criado após a ocorrência do ato lesivo objeto da apuração, o potencial de atuação do programa na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo será considerado automaticamente não atendido, podendo a autoridade realizar entrevistas e solicitar novos documentos para fins de avaliação do Programa.

Observe-se que esse incremento normativo gerou um forte movimento de mercantilização dos programas de compliance. De fato, as empresas se veem compelidas a investirem na adoção desses programas porque esses se mostram como o principal, senão o único instrumento de que dispõem para, em casos de processos administrativos ou judiciais, poderem discutir o escopo da responsabilidade da empresa e de seus dirigentes na prática de ilícitos ou na provocação de danos, afastando ou diminuindo as sanções impostas (FRAZÃO; MEDEIROS, 2018).

Nesse contexto, o desafio que se impõe é o de como induzir as empresas a adotarem programas de compliance que não sejam baseados apenas em checklists padrão, mas que busquem a real adequação e efetividade de suas medidas (FRAZÃO; COSTA, 2019)

4.A atuação da CGU na regulação do compliance anticorrupção

Para o bom desempenho de sua missão institucional, a CGU publicou, em 2018, o Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade no Âmbito de Processos Administrativos de Responsabilização – PAR (BRASIL, 2018e), com o objetivo de auxiliar os servidores que compõem as comissões responsáveis pela condução desses processos.

A metodologia de avaliação adotada está fundamentada na aplicação de questionário (Planilha de Avaliação) organizado em três blocos de análise: Cultura Organizacional de Integridade – COI; Mecanismos, Políticas e Procedimentos de integridade – MPI; Atuação da Pessoa Jurídica em relação ao ato lesivo – APJ, cada um composto por uma série de perguntas que visa a nortear o trabalho do avaliador no sentido de verificar a existência, a aplicação e a efetividade das medidas de integridade apresentadas pela pessoa jurídica.

As perguntas relacionadas à aplicação prática do Programa de Integridade possuem maior peso em geral do que as perguntas relacionadas à simples existência de medidas formais e, entre as primeiras, são mais valorizadas no cômputo da multa as perguntas referentes à Cultura Organizacional de Integridade. Todas as perguntas devem ser respondidas, salvo aquelas consideradas “não aplicável”, cabendo ao avaliador apenas responder “não”, “parcialmente” ou “sim” às perguntas de cada bloco de avaliação e indicar o documento apresentado que comprova a resposta. A resposta do avaliador é multiplicada pelo peso previamente atribuído à pergunta, e o resultado desse cálculo resultará na pontuação obtida ao final pela pessoa jurídica e indicará automaticamente o percentual de redução que deverá ser considerado para dosimetria da multa (BRASIL, 2018e).

A avaliação do Programa de Integridade é apenas um dos parâmetros previstos na legislação como mecanismo apto a reduzir o percentual da multa, sendo certo que a redução pode variar de 1,0% a 4,0% do faturamento bruto (base de cálculo), a depender do nível de efetividade do programa. Como existem outros parâmetros que impactam esse cálculo, o Manual da CGU (BRASIL, 2018e) recomenda que a comissão processante realize a análise dos demais critérios antes de iniciar a avaliação do programa, pois “entende-se desnecessária a análise do Programa de Integridade quando o resultado da análise dos demais parâmetros dos artigos 17 e 18 do Decreto 8.420 (BRASIL, 2015) já indicar uma alíquota igual ou inferior a zero”.

Isso porque,

“nessa circunstância, será aplicado o disposto no artigo 19 do Decreto n. 8.420 (BRASIL, 2015), o qual prevê que no caso de o resultado da análise dos parâmetros chegar a uma alíquota igual a zero ou negativa, o valor da multa corresponderá a 0,1% do faturamento bruto ou R\$ 6.000,00, a depender do método de definição do faturamento bruto utilizado”.

Adicionalmente, o documento prevê outra situação em que a comissão poderá deixar de realizar a análise do Programa de Integridade: quando verificar que a vantagem auferida pela pessoa jurídica com o ato lesivo sob apuração é igual ou superior a 20% do faturamento bruto anual (base de cálculo), uma vez que o inciso I do art. 6º da Lei 12.846 (BRASIL, 2013), ao dispor que a multa seria de 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica, apontou também que a vantagem auferida seria o limite mínimo da multa. Nesse caso, o valor da vantagem auferida passa a ser o valor da multa, de forma que não mais se faz necessário, conforme orienta o documento, avaliar o Programa de Integridade.

Por essa razão, a comissão avalia sempre o Programa de Integridade da empresa apenas no momento da elaboração do relatório final, quando já possui um entendimento firmado sobre a responsabilização da pessoa jurídica processada e sobre a possibilidade de o Programa de Integridade impactar a redução do valor da multa e, ainda assim, que o faça desde que existentes, cumulativamente, as seguintes condições: conclusão pela proposição de multa; a ponderação dos demais parâmetros considerados no cálculo da multa indicam um percentual de multa superior a zero; a vantagem auferida pela empresa for inferior a 20% do faturamento bruto anual (BRASIL, 2018e).

Além do Manual ora analisado, a CGU editou documentos que orientam a avaliação dos programas de integridade no âmbito do Programa Pró-Ética. Trata-se de iniciativa criada ainda em 2010¹¹, com o objetivo de promover e reconhecer¹² a adoção voluntária de medidas de integridade e prevenção da corrupção pelo setor privado (BRASIL, 2018a).

O Pró-Ética divulga lista de empresas que, voluntariamente, submetem seus programas de compliance anticorrupção à avaliação e aprovação do Comitê-Gestor do projeto. Para participar, a empresa interessada deve realizar sua inscrição durante o período divulgado, atendendo todos os requisitos do processo¹³, o qual compreende, basicamente, o preenchimento de formulários eletrônicos, em resposta a um questionário de análise do perfil da empresa – com perguntas sobre área de atuação, estrutura, relação com a Administração Pública, entre outras, que visam a permitir ao avaliador compreender melhor o grau de exposição da empresa a risco de corrupção e fraudes – e a um questionário de avaliação das medidas anticorrupção adotadas (BRASIL, 2018a).

As respostas fornecidas pelas empresas devem ser acompanhadas de documentos que comprovem as informações prestadas e, caso julgue necessário ou conveniente, a equipe avaliadora da CGU pode realizar visitas in loco com o objetivo de verificar ou observar na prática a implementação de medidas de ética e integridade, inclusive por meio de entrevistas a funcionários e colaboradores.

Desde o seu início, e ainda hoje, o Programa requer da empresa, entre outras medidas, “a adoção de regras formais de relacionamento com o setor público, códigos de conduta, canais internos de denúncias, sistemas de controle e auditoria, programa de compliance e política de transparência.” (BRASIL, 2018a)

Em 2014, o Programa Pró-Ética foi submetido a uma primeira reformulação, com objetivo de adequá-lo às mudanças trazidas pela Lei 12.846/2013 (LGL\2013\7382), facilitar o acesso de micro e pequenas empresas ao projeto e aumentar a divulgação em torno das empresas positivamente avaliadas. Foi desenvolvida nova metodologia de avaliação, que passou a ser realizada por meio de questionário aberto, complementado por análise prévia de perfil da empresa, na tentativa de se intensificar o exame qualitativo das medidas de integridade, exigindo-se, cada vez mais, a sua customização, ou seja, sua adequação às necessidades específicas da empresa (ALBRES, 2018).

Mais recentemente, em 2018, a CGU promoveu novas mudanças no formato do Programa: entre as mudanças, houve a alteração da pontuação das áreas de avaliação, passando os temas “Comprometimento da Alta Direção e Compromisso com a Ética” e “Políticas e Procedimentos” a ter maior peso na nota final (BRASIL, 2018a).

Atualmente, as diversas perguntas formuladas às empresas candidatas ao Programa estão organizadas em seis grandes temas: comprometimento da alta direção e compromisso com a ética; políticas e procedimentos, que estão subdivididos em padrões de conduta, avaliação de parceiros de negócios e controles interno e externo; comunicação e treinamento; canais de denúncia e remediação; análise de riscos e monitoramento; e transparência e responsabilidade social (BRASIL, 2018a).

Também o questionário de avaliação foi reformulado para simplificar o preenchimento, agora voltado à comprovação documental das medidas implementadas, com o objetivo de gerar maior celeridade ao procedimento. Além disso, passou-se a disponibilizar espaço para que a empresa apresente comentários e explicações que possam auxiliar o avaliador na compreensão das evidências relacionadas às questões (BRASIL, 2018d).

Com efeito, é de se observar que o novo Documento Orientativo do Pró-Ética se inicia com a fixação do que denomina de “Regras de Ouro” do Programa: as respostas devem ser comprovadas documentalmente, acompanhadas de comentários e explicações diretas e objetivas, quando houver essa possibilidade; a relação de documentos indicados para a comprovação das respostas tem caráter exemplificativo e, portanto, a empresa pode anexar os documentos que entender necessários para melhor comprovar suas respostas; em uma avaliação de programa de integridade, espera-se verificar a existência, aplicação e efetividade das medidas, cabendo à empresa demonstrar que o programa está devidamente instituído, com procedimentos em prática na sua rotina e que, portanto, não se constitui mera declaração de intenções (BRASIL, 2018b).

Além disso, o Documento consigna que as evidências a serem apresentadas devem constar de documentos formais da empresa, datados e assinados, publicados ou com outro nível de formalização equivalente e que, caso haja necessidade de descaracterizar algum documento, seja para preservar sigilo pessoal ou comercial, a empresa deve fazê-lo, cuidando para que as partes não tarjadas sejam suficientes para a análise do documento. Por fim, acrescenta-se que rascunhos, versões preliminares e documentos pendentes de aprovação não serão considerados documentos comprobatórios de práticas e mecanismos de integridade (BRASIL, 2018b).

O novo regulamento do Programa prevê, também, a possibilidade de a CGU realizar testes de canais de denúncias e utilizar as constatações obtidas para confrontar as informações anteriormente repassadas pelas empresas, a fim de verificar a existência, funcionamento e confiabilidade desses canais (BRASIL, 2018a).

As alterações promovidas no questionário de avaliação do Pró-Ética expressam a tentativa de se evoluir para uma abordagem avaliativa mais centrada nas evidências

sobre o desenho, a aplicação e a maturidade dos programas de integridade apresentados. Isso porque o órgão reconhece os desafios de se implementar um programa dessa natureza, em especial de se identificar se os programas apresentados são efetivos, fundamentados em uma cultura organizacional forte e resultantes de um trabalho concreto para melhorar a integridade no ambiente corporativo (BRASIL, 2018a).

Segundo a CGU, ao longo da implementação do Programa nos últimos anos, não obstante todo o esforço de aprimoramento contínuo da metodologia, constatou-se, em muitos casos, que as empresas buscaram o Pró-Ética apenas como um fim em si mesmo, e não como o resultado de um processo consistente, que tivesse como foco a integridade institucional. Nesse sentido, o órgão admite que questões como adequação do programa ao perfil, com os riscos e especificidades de cada empresa, continuam sendo fundamentais no processo de avaliação (BRASIL, 2018b).

5.A avaliação de programas de compliance corporativo pelo Department of Justice (DOJ) dos EUA: em busca da efetividade

A criação de programas de compliance como instrumentos de gestão de riscos e de dimensionamento da responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de ilícitos tem origem nos Estados Unidos, em 1906, com a promulgação do Food and Drug Act e a correspondente criação do FDA, o qual estabeleceu modelo regulatório e de fiscalização centralizados de determinadas atividades relacionadas à saúde alimentar e ao comércio de medicamentos, obrigando as empresas do setor a implementarem alguns princípios de compliance (SOLTES, 2018).

Posteriormente, em 1913, a cultura de conformidade foi fortalecida com a criação do Federal Reserve System (Banco Central dos EUA), o qual instituiu um sistema financeiro mais estável, seguro e adequado às leis, exigindo das instituições financeiras a adoção de medidas concretas de compliance (SOLTES, 2018).

Em 1977, como grande avanço desse processo, foi promulgado o FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), que combate à corrupção transnacional, obrigando as empresas a manter livros e registros que reflitam precisamente as suas transações, bem como a estabelecer um sistema adequado de controles internos (KOEHLER, 2012b; SOLTES, 2018).

A medida não foi, no entanto, suficiente para fazer frente ao problema da corrupção. Na década seguinte, em 1985, após um grande escândalo envolvendo a indústria de defesa do país, 32 empresas do setor decidiram criar voluntariamente a DII (Iniciativa da Indústria de Defesa sobre Ética e Conduta Empresarial), a qual estabeleceu um conjunto de princípios e padrões elevados de ética e de boa conduta para se autorregular. Para as empresas, essa autorregulação se mostrou vantajosa, na medida em que lhes proporcionava mais controle sobre o processo e mitigava a regulação externa de suas atividades. Para os reguladores, a autorregulação também se mostrou atraente, por aliviar o seu trabalho de detecção de ilícitos, enquanto supostamente também reduz a má conduta das empresas (SOLTES, 2018; SOLTES, CHEN, 2018).

Mas o marco decisivo no enfrentamento das fraudes e corrupções corporativas se deu em 1991: impulsionado pelos benefícios advindos da autorregulação e a percepção de que as próprias empresas poderiam ser vítimas das ações de funcionários desonestos, o governo americano, por meio da Comissão de Penas dos EUA (US Sentencing Commission)¹⁴, e visando a reduzir a imprevisibilidade, a discricionariedade e a disparidade das sentenças dos tribunais federais, editou o documento Diretrizes Federais para a Condenação – Federal Sentencing Guidelines, FSG¹⁵, o qual estabelece, em seu capítulo 8, os parâmetros de um efetivo programa de compliance que são considerados pelos juízes norte-americanos para aplicação de penas a pessoas jurídicas (XAVIER, 2015; SOLTES, CHEN, 2018; USA, 2018).

Entre as regras expressas no capítulo 8 do US Sentencing Guidelines, destacam-se as

que impõem, como critérios da fixação da pena, a gravidade da ofensa, medida pelo ganho ou perda pecuniária resultante do ilícito, e a culpabilidade da organização, geralmente determinada pelos seguintes fatores: o envolvimento ou tolerância à atividade criminosa; a história pregressa da organização; a violação de uma ordem; e a obstrução da justiça. Os dois fatores que mitigam a punição final de uma organização são: a existência de um programa eficaz de conformidade e ética; e o autorrelato, cooperação ou aceitação de responsabilidade (XAVIER, 2015; USA, 2018).

Ou seja, embora as Diretrizes não exijam que as empresas estabeleçam programas para prevenir, detectar e reportar condutas ilícitas, elas oferecem redução de até 95% do valor da multa para as empresas que demonstrarem a adoção de medidas de compliance (SOLTES, 2018).

Para regulamentar esse processo, as Diretrizes especificam os elementos centrais mínimos – os “sete passos” – requeridos de um programa de compliance: 1) a implementação de um código de conduta, políticas e procedimentos; 2) a especificação das responsabilidades; 3) a não delegação de poderes a indivíduos que têm propensão a se envolverem em atividades criminosas; 4) comunicação e treinamento; 5) monitoramento e auditoria, incluindo canal para denúncias; 6) atitude adequada e consistente processo disciplinar; e 7) remediação e ações corretivas, incluindo revisão periódica do programa de compliance (SNYDER, 2014; USA, 2018).

A adoção desse guia foi seguida pela publicação de uma série de Memorandos do Departamento de Justiça, os quais incrementaram, sucessivamente, o papel dos programas de compliance como instrumentos de dimensionamento da responsabilidade das empresas pela prática de condutas ilícitas (SOLTES, 2018).

Nos últimos 25 anos, relevância, impacto, custo, abrangência e complexidade dos programas de compliance aumentaram significativamente: a existência e funcionamento de processos de conformidade são utilizados como parâmetros por agências americanas em diversos setores regulatórios para determinação do valor das multas civis e da imputação criminal, como na Agência de Proteção Ambiental (“EPA”), Departamento de Saúde e Serviços Humanos (“HHS”) e Securities Exchange Commission (“SEC”), além do DOJ, que detém competência para declarar se o programa de compliance de uma empresa é eficaz ou deficiente (SOLTES, 2018).

Em 2012, o DOJ, em conjunto com a SEC, publicou o Guia FCPA (USA, 2012), o qual estabelece as dez características de um programa de compliance efetivo, tomadas como parâmetros nos processos de investigação de suborno transnacional: 1) compromisso da Gerência Sênior e política claramente articulada contra a Corrupção; 2) Código de Conduta e Políticas de Compliance e procedimentos; 3) supervisão, autonomia e Recursos; 4) Avaliação de Risco; 5) treinamento contínuo; 6) incentivo e Medidas Disciplinares; 7) Due Diligence de Terceiros e Pagamentos; 8) denúncia confidencial e investigação interna; 9) melhoria contínua: exames periódicos e avaliação; e 10) Fusões e Aquisições: Due Diligence de pré-aquisição e da integração de pós-aquisição (XAVIER, 2015; USA, 2012).

Não obstante todo o avanço ocorrido nos EUA, nas últimas décadas, no fortalecimento do papel e da responsabilidade das empresas no combate à corrupção, por meio, principalmente, da implementação de programas de compliance, há questões, ainda em aberto, acerca da própria legitimidade da atuação do DOJ, no que tange à exigência e avaliação de programas de compliance corporativo na aplicação do FCPA (KOEHLER, 2012a), assim como intenso debate acerca da efetividade dessas medidas e de como mensurá-las (WELLNER, 2005; KOEHLER, 2010; STUCKE, 2013; SOLTES, 2018).

Para os promotores e juízes que atuam nos processos de responsabilização corporativa, a questão assume peso ainda maior, pois a avaliação dos programas de compliance é o elemento central na punição das empresas e essas não devem obter “créditos” para a leniência se possuírem um programa “de papel”, de mera aparência de eficácia

(SNYDER, 2014).

Ocorre que a dificuldade, ou mesmo incapacidade, de se avaliar a eficácia e efetividade dos programas de compliance não resulta simplesmente de uma falta de consenso acerca da metodologia a ser adotada, mas da ausência básica de dados gerais mínimos produzidos ou levantados pelas empresas, que sejam apropriados à realização de uma avaliação dessa natureza (SOLTES, 2018).

Essa situação acabou por gerar críticas e questionamentos, nos EUA, acerca da conveniência de se continuar adotando modelo de redução de penalidades de empresas, fundado na existência de programas de compliance que parecem simplesmente atender a espécie de checklist e são chamados de box-ticking ou one size fits all approach to compliance (KOEHLER, 2010; XAVIER, 2015).

Com efeito, não obstante toda a ênfase colocada nesses programas nos últimos anos, não há, ainda, pesquisa empírica que comprove que eles estejam atingindo seu objetivo WELLNER (2005)¹⁶. Ademais, eles não foram capazes de impedir a corrupção praticada por instituições financeiras, que resultou na grave crise econômica de 2008 e parecem estar sendo adotados não com o objetivo de promover uma efetiva mudança de cultura, mas apenas como um “seguro barato” (cheap insurance policy) contra uma possível penalidade contra a empresa (STUCKE, 2013).

Assim, em vez de prescreverem a adoção de um rígido checklist, as autoridades devem incentivar as empresas a desenvolverem uma cultura organizacional ética, permitindo a implementação de programas adaptados à realidade de cada negócio e avaliando não o atendimento à parâmetros fixos, mas se as ações da empresa são adequadas para impedir a corrupção (WELLNER, 2005; SNYDER, 2014; STUCKE, 2013).

Os crescentes questionamentos e críticas a esse modelo de responsabilização empresarial acabaram levando, em 2015, a uma profunda mudança de foco do Departamento de Justiça norte-americano (DOJ), o qual anunciou, por meio da publicação do Memorando Yates¹⁷, a adoção de uma nova política para o controle de ilícitos corporativos, passando a concentrar o foco das investigações fundamentalmente nas pessoas físicas (FELDENS; ARAÚJO, 2016).

A principal inovação estabelecida pelo referido Memorando, que abrange as Divisões Antitruste, Civil, Criminal, Meio Ambiente e Fiscal do DOJ, foi condicionar a celebração de acordos de leniência com pessoas jurídicas à demonstração de seus esforços para identificar as pessoas físicas responsáveis pelo cometimento dos ilícitos corporativos, uma vez que, até então, admitia-se a realização de acordos mesmo quando a empresa não tivesse identificado os responsáveis pelo ato. No anúncio do lançamento do Memorando, a Vice Procuradora-Geral dos EUA, Sally Yates, chegou a reconhecer que, com essa nova política, a principal preocupação do DOJ deixaria de ser o ressarcimento de valores ao Estado, mas a punição dos responsáveis pelos ilícitos corporativos¹⁸ (FELDENS; ARAÚJO, 2016).

Nessa mesma linha, em abril de 2016, a Divisão de Fraudes do DOJ, responsável pela aplicação do FCPA, anunciou um programa-piloto (USA, 2016), pelo período de um ano, com o objetivo de promover maior responsabilização de empresas e indivíduos mediante estratégias para motivar a autodenúncia voluntária e sua cooperação plena. O intento da medida era incentivar as empresas a implementarem programas de compliance com o fim de prevenir e detectar casos de corrupção. Para tanto, foi oferecida, como contrapartida, a possibilidade de concessão, no âmbito dos acordos, de um “crédito adicional” às empresas que voluntariamente delatarem infrações praticadas por seus funcionários, cooperarem plenamente com as investigações das autoridades, bem como promoverem as alterações necessárias em seus programas de compliance (FELDENS; ARAÚJO, 2016; USA, 2016).

Se por um lado, no entanto, as autoridades americanas buscavam revisar a política de combate à ilícitos corporativos, por meio da punição dos indivíduos responsáveis pelos

atos, por outro, avançava-se, também, no enfrentamento do problema da efetividade dos programas de compliance, mediante o aprimoramento de sua metodologia de avaliação. Para tanto, ainda em 2015, a Seção de Fraude do DOJ contratou a consultora em compliance Hui Chen com o objetivo de desenvolver padrões de avaliação e monitoramento desses programas (SOLTES, 2018).

Sob a liderança de Chen, em fevereiro 2017, o DOJ publicou o documento denominado Avaliação de Programas de Conformidade Corporativa (Evaluation of Corporate Compliance Program)¹⁹, que traz uma extensa relação exemplificativa de perguntas, que enfatizam o que acontece “na vida real e diária” das empresas, as quais devem ser feitas pelos procuradores para avaliarem a efetividade dos programas de compliance, distinguindo um “programa de papel” de um “programa real”²⁰. São 11 (onze) tópicos, organizados em 119 (cento e dezenove) perguntas diversas, com foco em questões que possibilitem a mensuração concreta das medidas adotadas, que visam, além de orientar a atuação das autoridades, conferir maior transparência para as empresas e para a sociedade sobre como os procuradores analisam programas de compliance e quais os parâmetros utilizados, funcionando, também, como valiosa referência às organizações que desejam implantar, revisar ou fortalecer seus programas (SOLTES, 2018).

Assim, pela primeira vez em mais de duas décadas, desde que “efetivo cumprimento” foi inserido no processo de regulação do compliance nos Estados Unidos, como elemento de responsabilização corporativa, a avaliação da efetividade desses programas foi objetivamente disciplinada com a definição de uma lista de questões e perguntas que devem ser formuladas pelas autoridades ao examinarem um programa (SOLTES, 2018).

Ressalve-se, todavia, que o documento não define requisitos ou fatores específicos a serem atendidos por esses programas, pois reconhece que o perfil de risco de cada companhia e as soluções desenhadas e implementadas para mitigar esses riscos são, e devem ser, diferentes e que cada programa de conformidade corporativa deve ser avaliado no contexto específico de uma investigação criminal. Ou seja, a proposta não é que o documento seja utilizado como uma lista de verificação, tampouco como uma “fórmula rígida” a ser indistintamente aplicada pelas autoridades, uma vez que os programas não podem ser implementados ou avaliados segundo o princípio one size fits all (USA, 2017; SOLTES, 2018).

Posteriormente, em abril de 2019, foi publicada nova versão do referido Guia de Avaliação de Programas de Conformidade Corporativa (USA, 2019), com o objetivo de atualizar e melhor harmonizar as orientações com outras diretrizes e padrões estabelecidos pelo DOJ. Embora os pontos centrais tenham sido integralmente mantidos, o novo documento se vale das três “questões fundamentais”, que devem nortear a avaliação dos programas, para categorizar os tópicos que o Departamento de Justiça frequentemente considerou mais relevantes em sua atuação: se o programa é bem formulado, se está sendo aplicado com sinceridade e boa-fé e se ele funciona na prática (USA, 2019)²¹.

A nova orientação é, também, muito mais abrangente que a anterior: 18 (dezoito) páginas, em comparação com as 7 (sete) páginas da primeira versão e quase 200 (duzentas) perguntas²² para orientar agora o trabalho avaliativo dos procuradores (USA, 2019).

6.O modelo regulatório anticorrupção brasileiro e o risco da implantação de programas de fachada

A Teoria da Regulação baseada no Desempenho, como visto, preconiza a adoção de um modelo que parte do pressuposto de que as entidades reguladas são capazes de escolher a melhor forma de alcançar os fins visados pela regulação, inclusive quanto à melhor relação custo-benefício das soluções de conformidade. Tal abordagem regulatória se contrapõe às estratégias prescritivas de comando e controle endógeno porque oferece maior discricionariedade ao regulado para desenvolver suas próprias respostas à

regulação, adotando as ações necessárias à sua realidade para alcançar os padrões estabelecidos. Ou seja, a regulação baseada no desempenho exige que as empresas se envolvam no processo regulatório e desenvolvam os meios apropriados para cumprir os objetivos públicos.

Ao se analisar o marco legal brasileiro de fomento à implantação de programas de compliance anticorrupção, bem como a atuação da CGU nesse processo, observa-se que o desenho e a prática regulatórios adotados, a par de não atenderem aos princípios do modelo de regulação baseado no desempenho, podem estar, na verdade, estimulando a implementação de programas de fachada, na medida em que privilegiam meios específicos, e não os resultados.

Ocorre que, para a Teoria da Regulação baseada no Desempenho, em vez de o regulador estabelecer, de forma rígida e inflexível, o que os regulados devem fazer e como devem fazer, propõe que os padrões de desempenho sejam o foco da regulação e que seja conferida liberdade, com responsabilidade, aos regulados para implementá-los, já que se parte do pressuposto de que eles são capazes de escolher a melhor forma de atingir os resultados. Como visto, tal abordagem tende, inclusive, a incentivar as empresas a encontrar formas mais eficientes, eficazes e inovadoras de alcançar ou até mesmo ultrapassar as metas de desempenho previstas, valendo-se da vantagem informacional que os regulados possuem.

Ora, na contramão do que recomenda a Teoria da Regulação baseada no Desempenho, o sistema regulatório anticorrupção brasileiro relaciona de forma detalhada o cardápio de medidas que deve ser implementado pelas empresas, deixando pouca ou nenhuma margem de discricionariedade para que elas desenvolvam suas próprias respostas regulatórias.

Com efeito, a Lei 12.846 (BRASIL, 2013) especifica exatamente quais são as medidas de integridade adotadas pelas empresas que serão necessariamente levadas em consideração quando da aplicação das sanções e o Decreto 8.420 (BRASIL, 2015) descreve, pormenorizadamente, os 16 (dezesesseis) parâmetros que serão considerados na avaliação da existência e aplicação do programa de integridade.

É fato que esse modelo regulatório anticorrupção prescritivo não constitui criação, tampouco exclusividade do sistema pátrio. Na verdade, apesar de as leis anticorrupção dos países se valerem de diferentes terminologias para se referir aos programas de compliance, há um conteúdo já bem estabelecido, que geralmente é reproduzido nas legislações e nos manuais e guias publicados por organismos e entidades internacionais, o qual identifica o conjunto de medidas consideradas essenciais em qualquer programa (ALBRES, 2018).

Ocorre que a modelagem regulatória anticorrupção adotada pelo Brasil não só prioriza a implementação formal de medidas, que podem ser tipicamente consideradas como meio, nos termos da Teoria da Regulação baseada no Desempenho, mas se restringe a elas, sem conseguir avançar, ainda, na aferição da efetividade dessas medidas, que deve consubstanciar o processo de mudança de cultura organizacional das empresas.

Certamente, não se pode negar o esforço de se adequar a abordagem regulatória às características peculiares de cada empresa ao se prever, no referido Decreto, que o porte e as especificidades da pessoa jurídica também serão considerados na avaliação do compliance anticorrupção. Esse empenho do regulador foi ratificado e reforçado pela Portaria CGU 909 (BRASIL, 2015), que obriga o preenchimento de um relatório de perfil, cujas informações são utilizadas para avaliar, conforme as especificidades da empresa, a aptidão das medidas implementadas de mitigar os riscos aos quais se submete no desempenho de suas atividades.

Também não se pode desconsiderar o afincamento da CGU em buscar, cada vez mais, além da análise do grau de adequação do programa de integridade ao perfil da empresa, a

avaliação da real implantação do programa, por meio da crescente exigência de comprovação, por parte das empresas, das informações prestadas. Esse esforço pode ser particularmente percebido nas alterações promovidas, em 2018, no Regulamento do Pró-Ética, cuja principal ênfase está na comprovação documental das respostas fornecidas pelas empresas, a fim de demonstrar que “o programa está devidamente instituído, com procedimentos em prática na sua rotina e que, portanto, não se constitui mera declaração de intenções” (BRASIL, 2018a).

Entretanto, não obstante todo o extraordinário empenho do órgão para avançar no aprimoramento do processo avaliativo em tela, a efetividade de um programa de compliance anticorrupção não pode ser medida somente, e enfaticamente, por meio de documentos e informações formais, colhidas das próprias empresas, a partir de respostas “não”, “parcialmente” ou “sim” a questionário, e verificadas à distância e a posteriori pelo avaliador.

Nessa linha, observa-se que, não sem razão, a própria CGU atribui maior peso em suas avaliações a questões referentes à cultura organizacional da empresa, assim como valoriza com maior pontuação os temas “Comprometimento da Alta Direção e Compromisso com a Ética” nas avaliações conduzidas” (BRASIL, 2018a).

É forçoso reconhecer, como admite a própria CGU (BRASIL, 2018b), que a avaliação de programas de integridade não constitui tarefa simples, em especial, quando essa avaliação é realizada no âmbito de um processo, que apura a responsabilidade de empresa pela prática de ilícito e pode impactar diretamente o valor da multa a ser aplicada. De fato, nesses casos, a tendência é de se buscar a máxima objetividade e formalidade do processo, com a documentação e indicação precisa, quase matemática, dos fundamentos da avaliação, inclusive como forma de conferir segurança jurídica e higidez ao processo e de preservar os próprios servidores responsáveis pela condução da avaliação contra questionamentos.

Todavia, deve-se encontrar um ponto de equilíbrio nessa equação, pois não se pode equiparar, ou até mesmo reduzir, a avaliação de um programa de integridade, com todos os complexos elementos e nuances relacionadas à ação e reação humana que o compõem, à espécie de auditoria, que busca excessivamente a evidenciação documental da implantação, ou não, de medidas, seguida da correspondente recomendação padrão de adoção do rol de ações ainda não cumprido.

Tome-se, por exemplo, os relatórios das análises de programas de integridade realizadas pela CGU em sede de processo administrativo de responsabilização – PAR²³. Em todos os casos, a postura avaliativa da CGU segue padrão praticamente idêntico: as recomendações, muito semelhantes, demonstram prevalecer a preocupação com a adoção uniforme de um conjunto prefixado de medidas, com forte destaque para o controle e gestão de riscos²⁴, ao passo que nenhuma das recomendações feitas contemplam ações referentes à formulação e implantação do necessário processo de mudança de cultura organizacional.

Em outras palavras, o modelo regulatório adotado parece partir do pressuposto de que a implantação formal de um cardápio obrigatório de medidas resultará automática e imperiosamente na instituição de uma nova cultura empresarial, baseada na ética e integridade.

Da mesma forma, também os relatórios de avaliação dos programas de integridade das empresas aprovadas no Pró-Ética²⁵ expressam mais a preocupação prevalente da CGU de confirmar o cumprimento do checklist e evidenciar documentalmente os pontos que contribuíram positivamente para a avaliação, do que buscar aferir informações sobre a efetividade das ações implantadas. Verifica-se, por exemplo, que no bloco de perguntas da área III, no qual são avaliadas questões sobre comunicação e treinamento, essas poderiam oferecer ricas informações sobre a real compreensão e internalização de valores e regras sobre ética, integridade e anticorrupção pelos funcionários e sobre a

percepção que eles têm acerca do efetivo comprometimento da empresa e de sua alta direção com o tema, contribuindo para uma melhor apreensão dos avaliadores sobre a existência de um efetivo processo de mudança de cultura na organização analisada²⁶.

É certo que a própria CGU sinaliza reconhecer a necessidade de complementar e aprimorar a avaliação que conduz ao prever a realização de visitas in loco às empresas com o objetivo de verificar ou observar na prática a implementação de medidas de ética e integridade, inclusive por meio de entrevistas a funcionários e colaboradores, embora não se tenha registro ou notícia de que, em sede de PAR ou no âmbito do Pró-Ética, já tenha realizado tal procedimento (BRASIL, 2018a; BRASIL, 2018b).

Essa tentativa de se avançar na análise da efetividade dos programas de compliance parece ter sido aprofundada com a contratação, pelo órgão, em 2018, da ex-consultora do DOJ americano, Hui Chen, encarregada de elaborar e entregar: (i) manual de monitoramento de programas de integridade e de ações de remediação adotadas por pessoas jurídicas que celebraram acordos de leniência com a CGU; (ii) manual de entrevista/questionamento de executivos de pessoa jurídica, que negocia acordo de leniência, com relação às medidas de investigação interna, remediação e aperfeiçoamento do programa de integridade face aos atos lesivos previstos na Lei 12.846/13 (LGL\2013\7382); e (iii) metodologia a ser aplicada para avaliação/medição do grau de efetividade e maturidade do programa de integridade e da cultura empresarial da pessoa jurídica²⁷.

Não se sabe se o Manual Prático para Avaliação de Programas de Integridade em Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoas Jurídicas – PAR, publicado pela CGU, em 2018 (BRASIL, 2018e), já seria produto da referida consultoria, uma vez que o documento avança, ainda que de forma tímida e incipiente, na formulação de perguntas que buscam permitir um melhor exame da efetividade dos programas.

De todo modo, uma análise dessa natureza exigiria maior capacidade operacional e orçamentária do órgão, assim como uma ampliação significativa da equipe técnica responsável por essa tarefa no âmbito da CGU, atualmente bastante reduzida e insuficiente para atender à crescente demanda por sua atuação.

Não obstante, a alternativa para enfrentamento dessa limitação parece vir do próprio órgão ao estabelecer, nos acordos de leniência firmados com empresas²⁸, que vai monitorar diretamente o funcionamento dos programas de integridade, durante toda a vigência do acordo celebrado. As ações de monitoramento incluirão, mas não se restringirão, segundo consta dos acordos a: análise de relatórios semestrais sobre o aperfeiçoamento do Programa, com a respectiva documentação comprobatória, encaminhados pela pessoa jurídica durante os 3 (três) primeiros anos de vigência do acordo; ações de supervisão e verificações in loco; solicitação de relatórios e informações adicionais; e obtenção da ISO 37.001 por empresa certificadora acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro.

Observe-se com isso que, apesar de a CGU indicar, novamente, que não abrirá mão da ênfase na análise formal e documental dos programas de integridade, há, pelo menos, o indicativo de que, com a supervisão e verificação in loco previstas, o órgão possa começar a contemplar, também, mecanismos de avaliação de processos de efetiva mudança de valores e de cultura organizacional da empresa punida, a qual não é passível de ser mensurada pela simples análise objetiva, burocrática e à distância de documentos e informações.

Com efeito, não se pode partir de uma presunção quase absoluta de que a adoção de um cardápio específico de medidas levará, necessariamente, à mudança de valores e da cultura de uma organização, a qual envolve indução, mas, também, gestão, monitoramento e controle do processo. Sem se avançar na regulação dessa matéria, corre-se o sério risco de acabar por se estimular, em vez da ética e integridade, a adoção de meros programas de fachada pelas empresas.

A avaliação adequada da efetividade de um programa de compliance deve reconhecer a diferença entre as empresas e seus riscos, bem como admitir que nem todas as medidas precisam ser implementadas indistintamente para o que objetivo de conformidade seja alcançado. Ou seja, a avaliação de efetividade deve ser flexível quanto às necessidades específicas de um programa (SOLTES, 2018; FRAZÃO; MEDEIROS, 2018).

Diante de todo o exposto, denota-se que, embora se constate a grande e progressiva evolução do sistema brasileiro, normativo e institucional, de prevenção e combate à corrupção, em especial na adoção, de forma inédita, de modelagem regulatória dedicada a induzir a ética e a conformidade do comportamento das empresas em suas relações com a Administração Pública, bem como se reconheça o excepcional esforço da CGU nesse processo, conclui-se que, à luz da Teoria da Regulação baseada no Desempenho, é preciso avançar para que os objetivos e resultados regulatórios, e não os meios, possam ter sua avaliação privilegiada.

Considerações finais

O presente artigo teve por objetivo analisar, sob a égide da Teoria da Regulação baseada no Desempenho, o modelo regulatório anticorrupção brasileiro, adotado pela Lei 12.846/2013 (LGL\2013\7382) e seus regulamentos, e implementado pela Controladoria-Geral da União (CGU).

A pesquisa baseou-se na Teoria da Regulação baseada no Desempenho, cuja abordagem prioriza a consecução dos objetivos regulatórios, oferecendo flexibilidade ao regulado para que ele adote as estratégias necessárias e adequadas para o alcance dos resultados estabelecidos. Valendo-se da referida Teoria, foram avaliadas as normas que compõem o marco legal que disciplina o modelo regulatório anticorrupção brasileiro, bem como os manuais e demais documentos oficiais publicados pela CGU, que expressam a prática institucional do órgão.

O artigo evidenciou que, não obstante o avanço na tentativa de se estabelecer, de forma inédita no sistema pátrio, modelagem regulatória dedicada a induzir a ética e a conformidade do comportamento das empresas em suas relações com a Administração Pública, o desenho adotado está baseado na regulação prescritiva e rígida de ações, que privilegia a implementação de meios específicos, e não a consecução de resultados.

Ou seja, em contraposição ao que preceitua a Teoria da Regulação baseada no Desempenho, o sistema regulatório estudado estabelece, detalhadamente, as medidas que devem ser implementadas pelas empresas, deixando pouca ou nenhuma margem de discricionariedade para que elas desenvolvam, de forma mais eficiente, eficaz e inovadora, suas próprias respostas regulatórias. Além disso, a verificação do cumprimento das medidas prescritas ocorre por meio de checklist, preenchido pelas próprias empresas, e cujas informações são avaliadas de modo formal, objetivo e à distância pela CGU.

Assim, em vez de encorajar o alcance dos objetivos regulatórios, referentes à conformação do comportamento das empresas, de modo a eliminar as práticas de corrupção em suas relações com a Administração Pública, o modelo regulatório adotado pode estar, ao revés, induzindo a adoção de meros programas de fachada.

Ao se analisar o debate internacional sobre o assunto, em especial a experiência recente dos EUA, observa-se que o tema da efetividade dos programas de compliance ganhou significativa centralidade nos últimos anos. O consenso é que a adoção de meros processos formais não se mostra suficiente para garantir a consecução de valores de ética e integridade, ao contrário, há apontamentos no sentido de que esse forte processo de indução estatal do compliance acabou por gerar a mercantilização do tema e a implementação de "programas de papel".

Como visto, é verdade que a CGU tem feito contínuos esforços para melhorar a sua

metodologia de avaliação. Em anos recentes, o órgão buscou simplificar o processo de avaliação para as empresas, garantindo, ao mesmo tempo, uma melhor informação qualitativa para seus exames. Entre as inovações adotadas, destaca-se a possibilidade de a CGU tomar a iniciativa de testar diretamente o funcionamento dos canais de denúncia das empresas candidatas ao Pro-Ética e monitorar in loco a implementação das medidas de integridade recomendadas em acordos de leniência.

No entanto, apesar dessas mudanças positivas, o foco da CGU ainda está na busca excessiva da evidenciação e comprovação formal e documental das medidas de conformidade, e não na avaliação do impacto substancial dessas medidas na prevenção e combate à corrupção, ou seja, na sua efetividade. A CGU está exigindo nos acordos de leniência, por exemplo, que as empresas obtenham a certificação do ISO 37000, que é baseada, como todas as outras espécies de ISOs, em uma avaliação de processos. Assim, para realmente avançar nessa seara, faz-se indispensável aprimorar o desenho regulatório anticorrupção brasileiro e as práticas institucionais de atuação da CGU, com a construção de uma metodologia que permita melhor aferir a efetividade dos programas, principalmente por meio da avaliação de questões que realmente possibilitem apurar se houve mudança de valores e de cultura no âmbito da organização e se essa mudança se reflete nas práticas da empresa e nas condutas dos indivíduos que a compõem.

Certamente, o debate sobre avaliação da efetividade de programas de compliance não se constitui tarefa fácil. Mas a intenção deste trabalho foi mais sugerir perguntas do que oferecer respostas ao problema. Perguntas que possam contribuir para a reflexão sobre como alcançar o necessário equilíbrio no dilema regulatório clássico entre liberdade e prescrição e entre controle de meios e controle de desempenho.

Este debate tende a ser um pouco mais difícil em contextos específicos. Contextos em que o modelo burocrático de gestão pública ainda predomina. Contextos que privilegiam e incentivam a legalidade estrita, oferecendo pouco ou nenhum espaço para a discricionariedade do servidor público no processo de tomada de decisão. Contextos em que o controle prevalece, porque permeia a desconfiança.

Referências bibliográficas

AAS, D. Performance based regulation: theory and applications in California. UC Berkeley: Berkeley, 2016 (Report to the California Public Utilities Commission). Disponível em: [\[www.cpuc.ca.gov/uploadedFiles/CPUC_Public_Website/Content/About_Us/History/Aas%20PBR%20Paper.pdf\]](http://www.cpuc.ca.gov/uploadedFiles/CPUC_Public_Website/Content/About_Us/History/Aas%20PBR%20Paper.pdf). Acesso em: 04.12.2018.

ALBRES, Hevellyn Menezes. Política pública para promoção da integridade corporativa: estudo de caso do Programa Pró-Ética. Dissertação (mestrado) – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento, Brasília, 2018. Disponível em: [\[www.mestradoprofissional.gov.br/sites/images/mestrado/turma2/hevellyn_menezes_albres.pdf\]](http://www.mestradoprofissional.gov.br/sites/images/mestrado/turma2/hevellyn_menezes_albres.pdf). Acesso em: 15.09.2018.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive regulation: transcending the deregulation debate. Nova York: Oxford Univ. Press, 1992.

BENNEAR, Lori Snyder. Are management-based regulations effective? Evidence from state pollution prevention programs. *Journal of Policy Analysis and Management*, 26, 327-348, 2007. Disponível em: [\[https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/pam.20250\]](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/pam.20250). Acesso em: 26.10.2018.

BENNEAR, Lori Snyder. Evaluating management-based regulation: a valuable tool in the regulatory toolbox? In: COGLIANESE, Cary; NASH, Jennifer (Ed.), *Leveraging the private sector: management-based strategies for improving environmental performance*. Washington: RFF Press, 2006. Disponível em:

[http://people.duke.edu/~lds5/papers/Bennear_RFF_Chapter.pdf]. Acesso em: 27.10.2018.

BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. 80 Michigan Law Rev., 1466-1507, 1982. Disponível em: [http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Enforced_Self_1982.pdf]. Acesso em: 25.08.2018.

CARVALHO, André Castro. Criação da cultura de compliance: treinamentos corporativos. In: CARVALHO, André Castro; VENTURINI, Otavio; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa. Manual de compliance. São Paulo. GEN/Forense, 2018.

COGLIANESE, Cary. Performance-based regulation: concepts and challenges. In: BIGNAMI, F; ZARING, D. (Ed.): Comparative law and regulation: understanding the global regulation process. Northampton, MA: Edward Elgar, 2016. Disponível em: [<http://onlinepubs.trb.org/onlinepubs/PBRLit/Coglianes3.pdf>]. Acesso em: 22.09.2018.

COGLIANESE, Cary. The limits of performance-based regulation. University of Michigan Journal of Law Reform, V. 50, p. 525, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3014768]. Acesso em: 19.10.2018.

COGLIANESE, Cary. What Volkswagen reveals about the limits of performance-based regulation. RegBlog. 2015. Disponível em: [www.theregreview.org/2015/10/05/coglianes-volkswagen-performance-based-regulation/]. Acesso em: 12.11.2018.

COGLIANESE, Cary; LAZER, David. Management-based regulation: prescribing private management to achieve public goals. Law & Society Review, v. 37, n. 4, 2003. Disponível em: [www.davidlazer.com/sites/default/files/23%20Coglianese%20Lazer%202003.pdf]. Acesso em: 22.09.2018.

COGLIANESE, Cary; LAZER, David. Management-Based regulation: using private-sector management to achieve public goals. SSRN Electronic Journal. 10.2139/ssrn.297162, 2001. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/4892588_Management-Based_Regulation_Using_Private-Sector_Management]. Acesso em: 24.09.2018.

COGLIANESE, Cary; MENDELSON, E. Meta-regulation and self-regulation. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. The Oxford Handbook of Regulation. Oxford: Oxford University Press, p. 146-168, 2010. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2002755]. Acesso em: 28.08.2018.

COGLIANESE, Cary; NASH, Jennifer; OLMSTEAD, Todd. Performance-based regulation: prospects and limitations in health, safety, and environmental protection. Administrative Law Review, 55(4): 705-729, 2003. Disponível em: [www.belfercenter.org/sites/default/files/legacy/files/Performance%20Based%20Regulation.pdf]. Acesso em: 14.09.2018.

COGLIANESE, Cary; NASH, Jennifer. The law of the test: performance-based regulation and diesel emissions control. University of Pennsylvania Law School. Penn Law: Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship, 1712, 2017. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1712/]. Acesso em: 13.11.2018.

DEIGHTON-SMITH, Rex. Process and performance-based regulation: Challenges for regulatory governance and regulatory reform. In: CARROLL, Peter; DEIGHTON-SMITH, Rex; SILVER, Helen; WALKER, Chris (Ed.). Minding the gap: re-visiting the promise and performance of regulatory reform in Australia. Canberra: ANU E Press, chapter 7: p. 89-104, 2008. Disponível em:

[http://scholar.google.com.br/scholar_url?url=https://www.oapen.org/download%3Ftype%3Ddocument]
Acesso em: 15.11.2018.

DOLLE, Johanna; FAUST, Bridget; LARSEN, TYGE. Evaluating the applicability of performance based regulations to high hazard industries. Paper prepared for Performance Management Public Affairs 895 taught by Don Moynihan, 2016. Disponível em:

[www.lafollette.wisc.edu/images/publications/performance-management/Perf-Mgmt-High-Hazard-Indus]
Acesso em: 17.11.2018.

FELDENS Luciano; AZAMBUJA, Marcelo. Araujo. Criminalidade corporativa e diretrizes do Department of Justice (USA): realidades e tendências. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). Direito penal econômico e empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FRAZÃO, Ana; COSTA, Natália Lacerda Macedo. Desafios aos programas de compliance: como avaliar efetividade das políticas de conformidade e criar um sistema de incentivo para a sua implementação, 2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/desafios-aos-programas-de-compliance]. Acesso em: 20.02.2020.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez Medeiros. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Forum, 2018. v. 1.

GUNNINGHAM, Neil. From compliance to best practice in OHS: the role of specification, performance, and systems-based standards. Australian J. of Labor Law 221-246, 1996. Disponível em:

[www.researchgate.net/publication/311572337_From_Compliance_to_best_practice_in_OHS_the_role_of_specification_performance_and_systems-based_standards]
Acesso em: 05.11.2018.

GUNNINGHAM, Neil. Compliance, enforcement, and regulatory excellence. RegNet Research Paper n. 124, 2017. Disponível em SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=2929568>] Acesso em: 18.10.2018.

KOEHLER, Mike. The facade of FCPA enforcement. November 8, 2010. Georgetown Journal of International Law, v. 41, n. 4, 2010. Disponível em: SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=1705517>]. Acesso em: 28.01.2019.

KOEHLER, Mike. Revisiting a foreign corrupt practices act compliance defense. January 10, 2012a. Wisconsin Law Review 609. Disponível em: SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=1982656>]. Acesso em: 29.01.2019.

KOEHLER, Mike. The story of the foreign corrupt practices act. December 5, 2012b. Ohio State Law Journal, v. 73, n. 5, 2012. Disponível em: SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=2185406>]. Acesso em: 30.01.2019.

LEVI-FAUR, David. Regulation & Regulatory Governance. Handbook on the Politics of Regulation. Edward Elgar Publishing, 2010. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/254908793_Regulation_Regulatory_Governance]. Acesso em: 05.09.2018.

MAY, Peter J. Performance-based regulation and regulatory regimes: the saga of leaky buildings. Law and Policy 25 (4): 381-401, 2003. Disponível em: [<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.0265-8240.2003.00155.x>]. Acesso em: 25.10.2018.

MAY, Peter J. Performance-based regulation. jerusalem papers in regulation & Governance working Paper nº 2 April 2010. Disponível em: [<http://regulation.huji.ac.il/papers/jp2.pdf>]. Acesso em: 28.10.2018.

PARKER, Christine. Introduction: Corporate self-regulation in the new regulatory State. In: PARKER, Christine (Coord.). The open corporation: effective self-regulation and democracy. Cambridge: Cambridge University Press. 2002a.

PARKER, Christine. The pathologies of self-regulation. In: PARKER, Christine (Coord.). The open corporation: effective self-regulation and democracy. Cambridge: Cambridge University Press. 2002b.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, v. 8, n. 15, maio-ago., p. 239, 2016. Disponível em: [https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/375]. Acesso em: 20.02.2020.

SNYDER, Brent. Compliance is a culture, not just a policy. Joint antitrust compliance workshop. 09.09.2014. Disponível em: [www.justice.gov/atr/file/517796/download]. Acesso em: 02.02.2019.

SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. Journal of Law & Business, New York University, v. 14, n. 3, Summer 2018. Disponível em: [https://docs.wixstatic.com/ugd/716e9c_d2bbd781bef742ba8f74bd65206dd0b2.pdf]. Acesso em: 25.01.2019.

SOLTES, Eugene; CHEN, Hui. Why Compliance programs fail: and how to fix them. Harvard Business Review 96, n. 2, p. 116-125, March-April 2018. Disponível em: [https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail]. Acesso em: 12.12.2018.

STUCKE, Maurice E. In search of effective ethics & compliance programs. 2013. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2366209]. Acesso em: 11.08.2018.

SUNSTEIN, Cass. After the rights revolution. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. Cardozo Law Review, Nova York, v. 27:1, p. 497-528, 2005. Disponível em: [www.friedfrank.com/sitefiles/publications/cdb6714353b1b712d3a5db85f508483e.pdf]. Acesso em: 13.11.2018.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. Programas de compliance anticorrupção no contexto da Lei 12.846/13 (LGL\2013\7382): elementos e estudo de caso. 2015. 98 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

1 Entre as diversas estratégias regulatórias que podem ser adotadas, três tipos de instrumentos se mostram mais relevantes para a presente análise: o modelo prescritivo; a regulação baseada em desempenho; e a regulação baseada em gestão ou processos (DOLLE; FAUST; LARSEN, 2016).

2 A autorregulação é compreendida como modelo regulatório no qual o próprio sujeito, alvo da regulação, emite comandos, que se lhe aplicam, com consequências pelo seu descumprimento. O que distingue a autorregulação de outras abordagens regulatórias não é o comando ou mesmo as consequências, mas sim, a unidade do regulador e do alvo da regulação, ainda que a ação autorreguladora seja motivada por ameaças ou estímulos de reguladores externos (COGLIANESE; MENDELSON, 2010; PARKER, 2002b, GUNNINGHAM, 2017).

3 Abordagens regulatórias identificadas como regulação baseada em desempenho (

performance-based regulation – PBR) surgiram como uma alternativa à abordagem tradicional de regulação de utilidades públicas baseada em custo do serviço (cost-of-service regulation – COSR). A regulação por desempenho se diferenciava da apoiada em custo pelo fato de introduzir um preço de referência exógeno ou preço-teto, reservando-se espaço à criatividade empresarial em encontrar formas para economia de custos, premiando-as por sua eficiência na diminuição de custos (AAS, 2016).

4 A regulação baseada na gestão pode se valer de diferentes instrumentos para conformar as práticas e processos das empresas, que vão desde a simples exigência de que as empresas emitam uma declaração pública que explicita suas estratégias para atingir as metas regulatórias, as quais poderão ser fiscalizadas por terceiros; o estabelecimento de regras sofisticadas que exijam que empresas revisem amplamente seus processos e técnicas de produção; até regras que imponham a certificação ou aprovação externa dos seus processos pelo órgão regulador ou por um auditoria independente.

5 Ressalte-se que se parte da premissa, neste trabalho, de que a modelagem regulatória anticorrupção brasileira é constituída, basicamente, de instrumentos que atuam como incentivos positivos na indução da implementação de programas de compliance e, por consequência, na conformação do comportamento das empresas a um padrão de ética e integridade em suas relações com a Administração Pública. Esses incentivos são: a mitigação das sanções, previstas na Lei 12.846, de 2013, e o benefício reputacional resultante do reconhecimento público do esforço voluntário das empresas, participantes do programa Pró-Ética, em se comprometer com a integridade e o combate à corrupção. Mais recentemente, outros tipos de instrumentos vêm surgindo, caracterizados como condicionantes ou sanções por negação de benefícios ou serviços governamentais, como a limitação de acesso a contratos, imposta por bancos públicos de fomento, a exemplo do BNDES, a empresas que não investem na adoção de programas anticorrupção.

6 Registre-se, nesse sentido, a celebração, nos últimos anos, de diversas convenções internacionais contra a corrupção, as quais estabelecem o compromisso dos Estados-membros de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção e preveem medidas a serem adotadas pelo setor privado para prevenir e combater a corrupção. A Convenção da ONU, a mais abrangente delas, foi o primeiro tratado a dedicar capítulo específico ao setor, relacionando, em seu art. 12, diversas medidas objetivas que devem ser implementadas pelas empresas nesse sentido.

7 A Lei Anticorrupção estabeleceu, em seu art. 7º, que deverão ser levados em consideração na aplicação das sanções os seguintes critérios: a gravidade da infração; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão ou perigo de lesão; o efeito negativo produzido pela infração; a situação econômica do infrator; a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica (programa de compliance); e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

8 Os parâmetros são os seguintes: I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV – treinamentos periódicos sobre o Programa de Integridade; V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao Programa de Integridade; VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações

financeiros da pessoa jurídica; VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do Programa de Integridade e fiscalização de seu cumprimento; X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; XI – medidas disciplinares em caso de violação do Programa de Integridade; XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV – monitoramento contínuo do Programa de Integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei no 12.846, de 2013; e XVI – transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

9 O artigo 3º da Portaria (BRASIL, 2015) explicita o que deve ser informado pela empresa no relatório de perfil: “Art. 3º No relatório de perfil, a pessoa jurídica deverá: I – indicar os setores do mercado em que atua em território nacional e, se for o caso, no exterior; II – apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores; III – informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores; IV – especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira, destacando: a) importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades; b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica; c) frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público; V – descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e VI – informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte”. (BRASIL, 2015)

10 O art. 4º da Portaria (BRASIL, 2015) estabelece o conteúdo do relatório de conformidade: “Art. 4º No relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá: I – informar a estrutura do programa de integridade, com: a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do caput do art. 42 do Decreto 8.420, de 2015, foram implementados; b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea ‘a’ deste inciso foram implementados; c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos na alínea ‘a’ deste inciso, frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013; II – demonstrar o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e III – demonstrar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração”. (BRASIL, 2015)

11 A iniciativa, pioneira na América Latina, foi da CGU em parceria com o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social.

12 Conforme dispõe o Regulamento do Programa, “O Pró-Ética não é uma certificação e a aprovação para integrar a lista de Empresas Pró-Ética não gera à empresa quaisquer direitos, garantias ou privilégios em suas relações com o setor público”. Não obstante, é recorrente o debate acerca da possibilidade de se conceder outros benefícios às

empresas qualificadas, além do reconhecimento público, como vantagens em processos licitatórios junto a órgãos e entidades do governo federal (BRASIL, 2018a).

13 Para ser aprovada no Pró-Ética, não podem existir contra a empresa processos administrativos ou judiciais, denúncias ou quaisquer notícias desabonadoras que possam provocar dúvidas ou questionamentos sobre o compromisso da empresa com a ética, a integridade e o combate a atos de fraude e corrupção. Ademais, a empresa é obrigada a assinar Termo de Compromisso com a Ética e a Integridade antes de seu nome ser divulgado. Conforme o Regulamento, o termo tem como objetivo “[...] declarar publicamente sua disposição para atuar e contribuir para um ambiente mais íntegro, ético e transparente no setor privado e em suas relações com o setor público.” (BRASIL, 2018a)

14 A US Sentencing Commission é uma agência independente do Poder Judiciário criada pela Sentencing Reform Act, de 1984. O Congresso promulgou esse ato em resposta à então disparidade generalizada na sentença federal. Desde 1987, a US Sentencing Commission (USSC) vem atualizando as diretrizes federais de sentenciamento, que são usadas no cálculo de sentenças em casos federais.

15 O US Sentencing Guidelines dos Estados Unidos são regras que estabelecem uma política uniforme para o sentenciamento de indivíduos e organizações condenados por crimes e delitos graves (Classe A) no sistema de justiça federal dos Estados Unidos. As Diretrizes não se aplicam a contravenções menos graves e, atualmente, são consideradas apenas como consultivas.

16 Estudos apontam a existência de quatro modelos de programas de compliance: compliance-based, concentrado em prevenir, detectar e punir as violações da lei; values-based, dedicado a promover valores e a incentivar o comprometimento ético dos empregados; external stakeholder, com foco na satisfação dos clientes, fornecedores e da comunidade em que a empresa opera; e o modelo top management protection, com abordagem de proteção do alto escalão da empresa, isentando-o de culpa em caso de falhas éticas ou legais. Em metade das organizações analisadas nos estudos, predomina o modelo compliance-based, adotado apenas para atender ao US Sentencing Guidelines, ao passo que pesquisas sugerem que o modelo de programa values-based compliance é o mais efetivo para deter práticas corruptas. Por isso, discute-se se o modelo de checklist adotado não estaria criando benefícios questionáveis, distorções e desincentivos, na medida em que: (i) encorajam as empresas a adotarem programas subótimos, aquém daqueles que poderiam adotar caso tais elementos não existissem, (ii) privilegiam executivos de alta hierarquia, e (iii) desencorajam pequenas e médias empresas devido ao alto custo de implementação (WELLNER, 2005).

17 As principais diretrizes do Memo Yates são: para ser elegível a qualquer “crédito” de cooperação, as empresas devem fornecer ao DOJ todos os fatos relevantes sobre os indivíduos envolvidos na infração corporativa, o que exige das empresas que promovam profundas investigações internas e que reportem todos os fatos e informações levantados; investigações corporativas criminais e civis devem se concentrar em indivíduos desde o seu início; procuradores criminais e civis devem estar rotineiramente em comunicação; salvo circunstâncias extraordinárias, nenhum acordo deve oferecer imunidade civil ou criminal a qualquer indivíduo, somente se admitindo a exclusão de responsabilidades em situações excepcionais e mediante aprovação do Procurador-Geral; acordos de cooperação não devem ser firmados sem um plano claro para apuração dos casos individuais relacionados; e procuradores civis devem focar nos indivíduos, avaliando a possibilidade de mover ação contra esses mesmo em casos em que eles não tenham capacidade de pagar as potenciais multas (FELDENS; ARAÚJO, 2016).

18 Registre-se que, como reflexo imediato dessa nova postura adotada pelo DOJ, de enfatizar a responsabilização de indivíduos, e não de empresas, nos ilícitos corporativos, ganhou força nos EUA o debate acerca da legalidade de o Estado pressionar empresas,

no curso de investigações internas, a coagir seus funcionários no intuito de reunir as informações necessárias à obtenção do “crédito adicional” oferecido pelas autoridades (FELDENS; ARAÚJO, 2016).

19 As questões estabelecidas para atestar a eficácia de um programa de compliance ficaram conhecidas como “Fatores de Filip” e estão divididas nos seguintes tópicos: a. análise e remediação; b. envolvimento da alta administração; c. autonomia e recursos do setor de compliance e qualificação apropriada da equipe desse setor para proceder com auditorias, investigações e due-diligence de terceiros; d. políticas e procedimentos de conformidade; e. avaliação e gestão de riscos; f. treinamento e comunicação; g. relatórios confidenciais, canal de denúncia e processos de investigação; h. incentivos e medidas disciplinares; i. monitoramento e melhoria contínua; j. gestão de terceiros; k. due-diligence em fusões e aquisições (USA, 2017).

20 Como exemplo, o Guia recomenda, em uma seção sobre treinamento e comunicação, que a pergunta a ser feita não é sobre quantos eventos ou ações foram realizados ou o número de funcionários contemplados, mas como a empresa mediu a eficácia do treinamento para assegurar o cumprimento de seu objetivo no que tange à qualidade do seu conteúdo e, principalmente, a sua compreensão e apreensão (SOLTES, 2018).

21 Para apoiar o exame da primeira “questão fundamental” estabelecida, o documento relaciona questões sobre Avaliação de Risco, Políticas e Procedimentos, Treinamento e Comunicações, Estrutura de Relatório Confidencial e Processo de Investigação, Gerenciamento de Terceiros e Fusões e Aquisições; para a análise da segunda “questão fundamental” são fornecidas perguntas sobre: Compromisso da Alta e Média Gerência, Autonomia e Recursos e Incentivos e medidas disciplinares; e para a avaliação da terceira “questão fundamental” são apresentados quesitos sobre Melhoria Contínua, Testes Periódicos e Revisão, Investigação de má conduta e Análise e Remediação de Qualquer Má Conduta Subjacente (USA, 2019).

22 Há avanços interessantes nas orientações, como questões que buscam a coleta de informações mais detalhadas e concretas sobre treinamentos (avaliar se a empresa tem transmitido informações de uma forma adaptada ao tamanho do público, sofisticação ou experiência sobre o assunto e fornecido conselhos e orientações baseados em casos práticos que abordem cenários da vida real), sobre a eficácia do canal de denúncia (A empresa possui um canal de denúncia anônima e, em caso negativo, por que não? Como o canal de denúncia é divulgado para os funcionários da empresa? Ele tem sido usado?) e sobre controles internos (como a empresa define quais queixas ou red flags merecem uma investigação mais aprofundada? Como a empresa determina quem deve conduzir uma investigação e quem é responsável por essa decisão?) (USA, 2019).

23 A CGU passou a disponibilizar, em 2019, em consulta específica no Portal da Transparência

([www.portaldatransparencia.gov.br/sancoes/acordos-leniencia?ordenarPor=dataInicioAcordo&direcao= a íntegra dos acordos de leniência firmados pelo órgão, em conjunto com a Advocacia-Geral da União (AGU). Quando da elaboração deste artigo, eram 6 (seis) os acordos com informações divulgadas. Como louvável exemplo de transparência, a CGU publica, nesse link, também os resumos das avaliações dos programas de integridade dessas empresas, as quais orientaram a cominação das sanções aplicadas.

24 Embora se perceba o esforço da CGU em customizar as recomendações, adequando-as às especificidades e necessidades do perfil cada empresa, as medidas de aprimoramento dos programas de integridade, impostas pela CGU, praticamente se repetem em todos os casos.

25 Registre-se, também nesse caso, a notável iniciativa da CGU, adotada a partir de 2017, de se dar transparência à íntegra dos relatórios de avaliação das empresas aprovadas no Pró-Ética, disponíveis em:

[www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/relatorios-de-avaliacao].

26 Para avaliar esse tema, o questionário da CGU formula perguntas apenas sobre os seguintes tópicos: “Estratégia para divulgação de temas relacionados à ética e ao programa de integridade”, “Acesso ao Código de Ética e às demais normas do programa de integridade”, “Plano de treinamento ligado aos temas de ética e integridade”, e “Alcance dos treinamentos”. Ao descrever os pontos que contribuíram positivamente para a avaliação da empresa, a CGU, em regra, destaca as seguintes ações: número de ações de comunicação; ações de comunicação interna das normas sobre ética e integridade realizadas por diferentes áreas (como Compliance, Ouvidoria e Controles Internos e Gestão de Riscos, p. ex); utilização de diversos recursos, mídias e canais de comunicação para divulgação das normas sobre ética e integridade; publicação das normas sobre ética e integridade no site na internet e na intranet da empresa; os novos contratados recebem cópia do Código de Conduta e Ética quando admitidos e, em alguns casos, são obrigados a assinar Termo de Compromisso em que declaram conhecer as normas sobre ética e integridade e firmam o compromisso de segui-las; a empresa realiza treinamentos periódicos dos funcionários sobre o Código de Conduta e a aplicação e monitoramento do programa de integridade, inclusive com testes de retenção de conteúdo; treinamento presencial da alta direção sobre a Lei Anticorrupção, com a confirmação comprovada pelo envio de listas de presença. Ressalte-se, ademais, o empenho das empresas, demonstrado em todos os relatórios de avaliação analisados, de comprovar as informações prestadas, conforme exigido pela CGU. Para evidenciar as ações de Comunicação e Treinamento, por exemplo, as empresas têm apresentado lista de presença de treinamentos; fotos de eventos de capacitação e de distribuição de códigos de ética para os funcionários; printscreen de telas de plataforma on line de treinamentos e de e-mails enviados a funcionários e fornecedores, como prova de capacitação sobre o código de conduta etc.

27 Informações disponíveis em

[www.cgu.gov.br/sobre/licitacoes-e-contratos/contratos/exercicios-anteriores/2018/contrato-18-2018].

28 Informações disponíveis em

[www.portaldatransparencia.gov.br/sancoes/acordos-leniencia?ordenarPor=dataInicioAcordo&direcao=a].