

Desafios aos programas de *compliance*

Como avaliar a efetividade das políticas de conformidade e criar um sistema de incentivo para a sua implementação

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Natalia de Melo Lacerda

Procuradora Federal. Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.

Uma das mais problemáticas questões relacionadas à efetividade dos programas de *compliance* diz respeito à capacidade de avaliação de sua efetividade, seja internamente pela própria empresa, seja pelos órgãos incumbidos do poder de impor as sanções e proceder à dosimetria de penas.

Em primeiro lugar, os programas de *compliance* envolvem características muito dinâmicas e inerentes ao próprio contexto organizacional. Daí por que é difícil desenvolver uma abordagem holística para aferir se a empresa detém capacidade organizacional adequada para difundir a ética em seus processos de decisão¹.

Conforme alerta Maurice Stucke², tal ponto impacta de forma determinante na habilidade de as empresas compreenderem o regime de incentivos, e, a partir dele, moldarem a sua conduta e sua organização rumo à estruturação de programas de *compliance* efetivos. Esse aspecto é ainda mais complexo quando somado à inconsistência em relação aos critérios e às metodologias a serem utilizados na avaliação do *compliance* pelos reguladores.

¹ Tal questão não foi olvidada pela CGU. A esse respeito, confira-se o Manual prático de avaliação do programa de integridade em PAR, 2018, pp. 22-23, disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>

² Ver: STUCKE, M. In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. 39 *Journal of Corporation Law* 769, 2014, p. 815. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2366209>. Acesso em 01.10.2019.

Ademais, ainda que existam diretrizes para avaliação, a exemplo daquelas empregadas pela CGU, diante da própria natureza que assumem os programas de *compliance*, muitos dos componentes de avaliação não são de fato suscetíveis de gerarem um padrão avaliativo uniforme e aplicável universalmente a diversos setores.

Conseqüentemente, tem-se a delicada situação em que o agente econômico, ao optar pela implementação de um programa de *compliance*, submete-se a suportar de imediato os custos respectivos, sem muitas vezes ter uma avaliação adequada da necessária contrapartida, traduzida nos benefícios que dele se esperam. Logo, enquanto os custos do *compliance* são certos e imediatos, os benefícios muitas vezes se colocam em um horizonte de incerteza e de longo prazo.

É fácil entender a razão pela qual, no contexto descrito, não há garantias de que, a partir de um modelo baseado em *checklists*, haverá de fato o compromisso da empresa com a conformidade efetivamente traduzido em suas práticas. Desse modo, a apresentação formal de atendimento das diretrizes emanadas pelos *guidelines* pode não ter muita significância na diferenciação de um programa de *compliance* de fachada ou efetivo.

Daí a necessidade de que, partindo da premissa de que a autorregulação não existe em um vazio institucional e apenas será eficaz em um contexto de correção, possa o Estado avançar na tarefa de facilitar e incentivar a adoção de programas de *compliance*, o que não será possível sem a construção de critérios e metodologias de avaliação que criem os incentivos necessários para a sua implementação de forma segura pelas empresas.

Para tal objetivo, um caminho necessita ser trilhado: é preciso que a avaliação dos programas de *compliance* se dê por meio de medições empíricas, para aumentar a clareza e reduzir a discricionariedade na interpretação.

Por isso, Eugene Soltes³ propõe um modelo de avaliação flexível, baseado no atendimento de duas condições necessárias pelas empresas: (i) a existência de

³ SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. *Journal of Law & Business*, Volume 14, Number 3, 2018, p. 992. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/716e9c_d2bbd781bef742ba8f74bd65206ddob2.pdf

iniciativas para apoiar cada dos três objetivos (prevenção, detecção e alinhamento dos objetivos regulatórios) de um programa eficaz e (ii) uma rigorosa evidência científica para apoiar a eficácia de cada uma das iniciativas de *compliance*. Trata-se de uma abordagem que reconhece que diferentes empresas irão projetar seus programas de maneiras diferentes, necessitando de uma avaliação flexível nos respectivos componentes específicos.

A análise de Soltes mostra-se acertada, pois o incremento das rotas de responsabilização das empresas e a concessão de benefícios pela implementação dos programas de *compliance*, sem ter em conta o conhecimento científico sobre o comportamento esperado dos regulados, pode dar um senso de incredulidade ao *compliance*, especialmente quando se depositam todas as esperanças na autovigilância empresarial e não há embasamento métrico para qualificar um programa como efetivo.

Entretanto, os rumos para a avaliação de efetividade dos programas de *compliance* no Brasil ainda são incertos no que respeita os seus efeitos nas penas e no estabelecimento da culpabilidade. Tal dificuldade se apresenta, em primeiro lugar, porque o tema ainda é de desenvolvimento recente, além de ser complexa a discussão sobre os fundamentos da culpabilidade de pessoas jurídicas.

Entretanto, algumas questões sobre o tema começam a surgir nos tribunais, sendo oportuno abordar a discussão veiculada na TC 016.991/2015-0, que tramitou perante o Tribunal de Contas na União⁴. Em um processo que discutia a aplicação das sanções de inidoneidade pelo prazo de 5 anos pela Corte de Contas, foram opostos embargos de declaração, nos quais uma das empresas recorrentes argumentou a omissão no acórdão quanto à consideração de elementos que demonstram a observância das regras de *compliance*. Segundo a embargante, a eficácia e a implementação do programa estariam comprovadas pela obtenção de certificações ISO 19600:2014 e ISO 37001:2016, e pelo reconhecimento do *compliance* pela CGU, no ano de 2016, com atribuição de nota 9 no Programa Pró-ética.

Não obstante isso, o Tribunal não entrou no mérito quanto ao ponto, apenas registrado a falta de omissão, reafirmando seu posicionamento a partir de

⁴ TCU - ACOMPANHAMENTO (ACOM): 01699120150, Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES, Data de Julgamento: 22/05/2019, Plenário.

transcrição o acórdão embargado, nos seguintes moldes: “(...) *não há rol de agravantes e atenuantes legalmente firmado. Mas, no caso concreto, pelas tratadas consequências da fraude, a punição deve ser a maior fixada pela lei*”.

Ora, a existência de um programa de *compliance* efetivo deveria ser analisada em situações como essa. Na verdade, o ideal seria até que se cogitasse de exclusão de responsabilidade administrativa da empresa em casos nos quais se afastasse a reprovabilidade da conduta diante da inexistência de defeito da organização, sem prejuízo da responsabilidade civil objetiva da empresa pelo ressarcimento de eventuais danos e da responsabilidade das pessoas naturais que praticaram o ilícito em nome da empresa⁵. Entretanto, é fundamental que a eficácia dos programas de *compliance* seja considerada ao menos como um atenuante, sob pena de se reduzirem excessivamente os incentivos para a sua adoção pelos agentes econômicos.

Logo, em que pese o TCU não ter apreciado diretamente a questão, estima-se que cada vez mais se avolumem alegações de tal natureza, sendo uma tendência natural que o *compliance* passe a ser tematizado na aferição da responsabilidade e na dosimetria das penas. Espera-se, portanto, dos tribunais, que possam estar preparados para enfrentar o tema, cientes de que seus entendimentos serão fundamentais para incentivar ou desincentivar o engajamento dos agentes econômicos no *compliance*.

Outra dificuldade que merece registro é a ausência de adequada publicização ou facilidade de acesso em relação às decisões da administração pública proferidas no âmbito do processo administrativo sancionador, dificultando a análise e a sistematização dos critérios concretos de dosimetria aplicados pelas autoridades de *enforcement* nacional.

Assim, é necessário que os reguladores encontrem meios de divulgação e consolidação concreta dos aspectos ponderados na avaliação de efetividade dos programas, mesmo que para tanto tenham que filtrar a informação por

⁵ Ver, sobre o tema, FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos.. In: ROSSETTI, Maristela A.; PITTA, Andre G.. (Org.). *Governança corporativa: avanços e retrocessos*. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2017, v. 1, p. 23-57.

decorrência do sigilo das investigações e dos envolvidos com os acordos de leniência.

Desse modo, para compreender com maior segurança a efetividade do *compliance* no Brasil, será necessário acompanhar de perto os dados sobre a aplicação do instrumento pelas próprias empresas e pelos órgãos que detenham a competência para avaliação dos programas de *compliance*. Esses aspectos são cruciais não só para academia, mas, sobretudo para garantir a transparência da efetividade da política regulatória para a sociedade.

Conclui-se, portanto, que a implementação de programas de *compliance* efetivos é um objetivo que dificilmente será alcançado sem o engajamento recíproco de reguladores e regulados em construir, de forma clara, segura e transparente, não somente critérios e metodologias de avaliação, mas também os incentivos para a adoção dos referidos programas, especialmente no que diz respeito à atenuação da responsabilidade no âmbito punitivo.

Link https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/desafios-aos-programas-de-compliance-23102019

Publicado em 23/10/2019