

Apontamentos sobre o modelo de avaliação de programas de integridade pelo Poder Público

Autor: Felipe Barbosa Zani

Orientador: Fernando Macedo¹

SUMÁRIO EXECUTIVO

A corrupção é responsável por impingir consequências danosas à sociedade. Visando a compartilhar os esforços de prevenção e detecção de atos ilícitos, diversos países promulgaram regulamentos que preveem a aplicação de sanções no caso de envolvimento de organizações em atos de corrupção, que podem ser atenuadas pela adoção de programas corporativos de integridade. Dado o estímulo conferido pelo poder público à adoção destes mecanismos de controle, este trabalho analisa o modelo de avaliação de programas de integridade proposto pela Controladoria Geral da União, sob a ótica do grau de flexibilidade da metodologia e das métricas consideradas, com atenção especial à efetividade, e suas potenciais consequências sobre as práticas empresariais. Os resultados indicam que a adoção de metodologia rígida de avaliação, do tipo *check box*, tendo em vista o contexto de avaliação descentralizada disposto na Lei Anticorrupção, pode induzir a implementação de medidas que não representam necessariamente as práticas mais adequadas ao perfil de risco da organização, mas justamente aquelas que podem maximizar o benefício previsto nos regulamentos, com potenciais reflexos em termos de custos. As métricas adotadas consideram a efetividade de maneira limitada, avaliando também a existência e a aplicação das medidas, com destaque para a atuação frente ao ato lesivo e para questões relacionadas ao código de ética, ao comprometimento da alta administração e à diligência de terceiros. A comparação com a proposta do Departamento de Justiça norte americano aponta alguns caminhos a serem observados em futuras revisões do modelo CGU, como a adoção modelos avaliativos mais flexíveis e com forte destaque para a abordagem baseada em riscos.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	2
2. DESENVOLVIMENTO	3
1.1. Procedimentos Metodológicos	3
1.2. Referencial Teórico	4
1.2.1. Programa de Integridade e Poder Público	4
1.2.1.1. Programa de Integridade: Conceito e Relevância.....	4
1.2.1.2. O Impulso do Poder Público aos Programas de Integridade	6
1.2.2. Elementos do Modelo de Avaliação dos Programas de Integridade	8
1.2.2.1. Metodologia de Avaliação dos Programas de Integridade	8
1.2.2.2. Métricas de Avaliação de Programas de Integridade	9
1.3. Análise de Resultados	11
1.3.1. Metodologia de Avaliação do Modelo CGU	11
1.3.2. Métricas de Avaliação do Modelo CGU	13
3. CONCLUSÃO	18
4. BIBLIOGRAFIA	19

¹ Este artigo é de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, a opinião das instituições às quais se encontram vinculados.

1. INTRODUÇÃO

A corrupção é responsável por impingir consequências danosas à sociedade. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), seus custos extrapolam a cifra de 2,6 trilhões de dólares por ano, ou mais de 5% do Produto Interno Bruto global (ONU, 2016).

Neste contexto, ganha impulso a adoção e o fortalecimento de programas corporativos de *compliance*, especialmente aqueles focados na corrupção, também denominados programas de integridade. Sua relevância pode ser observada no plano socioeconômico, ao atuar na prevenção e detecção de atos ilícitos, mitigando os impactos da corrupção ao desenvolvimento social e ao ambiente de negócios.

Visando a compartilhar os esforços de prevenção e detecção de ilícitos, diversos países promulgaram leis que preveem a aplicação de sanções no caso de envolvimento de organizações em atos de corrupção. No caso brasileiro, trata-se da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC), que prevê a responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública.

No plano corporativo, além dos ganhos na imagem, governança e sustentabilidade do negócio, a adoção de programa de integridade também é estimulada por essas leis, seja pelo risco legal decorrente das sanções previstas, seja pela possibilidade de que estes programas sejam considerados como atenuantes às penalidades. Conforme pontua Wellner (2005, p. 509) ao analisar o contexto norte americano, “*court decisions and academic literature commonly state that the Sentencing Guidelines created a strong incentive for corporations to implement compliance programs*”.

No marco legal norte-americano, a U.S. Sentencing Commission (USSC), em 1991, alterou suas diretrizes [Sentencing Guidelines] para oferecer substancial redução de multas caso as empresas conseguissem comprovar a adoção de efetivos programas de *compliance*. No caso brasileiro, a existência do programa de integridade tem o potencial de atenuar em até um quinto da multa máxima (redução de até 4% em 20%), que incide sobre faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo para a apuração do ilícito, nunca inferior à vantagem auferida.

Entretanto, a mera existência de práticas de integridade sem resultados concretos não é encarada pelas autoridades públicas como condição suficiente para que as organizações sejam beneficiadas. “Os promotores enfatizam sem cessar que as empresas com programas de *compliance* ineficazes não merecem crédito por seus supostos esforços” (CHEN e SOLTES, 2018). Até porque, se qualquer programa de integridade for suficiente,

Many firms, to obtain the Guidelines' incentive, would simply invest in cosmetic, off-the-shelf compliance programs [...], but not necessarily genuine, firm-specific [...]. As a result, cosmetic (rather than effective) compliance and corporate crime would persist [...] Few would necessarily promote an ethical culture that effectively deters wrongdoing (STUCKE, 2014, p. 798-799)

Consequentemente, para fazer jus aos benefícios do programa de integridade frente à apuração conduzida pela autoridade competente sob a ótica das normas anticorrupção, alguns requisitos devem ser necessariamente observados. Para fins deste trabalho, destaca-se a necessidade de que o referido programa seja efetivo.

De partida, importante realçar que não se espera que os programas de integridade sejam infalíveis, o que deslegitimaria qualquer benefício quando os ilícitos são perpetrados. O

Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) reconhece que "*no compliance program can ever prevent all criminal activity by a corporation's employees*" (2020, p. 14).

Assume-se que a empresa deveria receber os benefícios do programa de integridade caso as autoridades competentes atestem que o ilícito foi praticado em que pese a empresa ter adotado medidas adequadas e efetivas para evitar esta ocorrência.

Para tanto, as autoridades públicas responsáveis pela dosimetria das penalidades precisam dispor de mecanismos que permitam distinguir programas de integridade efetivos daqueles programas de integridade de fachada, de papel ou cosméticos.

No caso brasileiro, a LAC descentralizou, pelos diversos órgãos e entidades dos três poderes, a competência para a instauração e julgamento do processo administrativo pelo qual deve ser apurada a responsabilidade da determinada pessoa jurídica na prática de ilícito.

Neste processo, deve-se definir a eventual sanção a ser aplicada e, portanto, o programa de integridade da pessoa jurídica envolvida deve ser avaliado na qualidade de atenuante, tendo a Controladoria-Geral da União (CGU) proposto modelo para uniformizar e otimizar este procedimento avaliativo.

Assim, tendo em vista que a adoção desses mecanismos de prevenção à corrupção também pode ser justificada pelos benefícios previstos na legislação em caso de envolvimento em ilícito, o modelo adotado pelas autoridades públicas para a sua avaliação pode direcionar a forma como as organizações tratarão do assunto, sendo importante considerar seus efeitos sobre as práticas organizacionais.

Neste contexto, o presente trabalho visa analisar o modelo de avaliação do programa de integridade proposto pela CGU, com destaque para a vertente da efetividade, e suas potenciais consequências sobre as práticas empresariais.

2. DESENVOLVIMENTO

Nesta seção são abordados os procedimentos metodológicos adotados para a consecução do estudo, bem como o referencial teórico que embasa a análise dos resultados e a consequente conclusão.

2.1. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de pesquisa qualitativa que visa analisar o modelo de avaliação de programas corporativos de integridade proposto pela CGU e as consequências sobre as práticas empresariais vinculadas à promoção da integridade. Para tanto, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos:

- Identificar o papel do poder público em induzir a adoção do programa de integridade pelas organizações públicas e privadas;
- Analisar a metodologia e as métricas de avaliação propostas pela CGU para efetuar a avaliação do programa de integridade, com especial atenção à dimensão da efetividade;
- Avaliar os potenciais efeitos sobre as práticas empresariais relacionadas à integridade decorrentes do modelo de avaliação proposto pela CGU; e
- Comparar o modelo de avaliação do programa de integridade proposto pela CGU com práticas utilizadas por autoridades estrangeiras.

No caso brasileiro, a apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica que possa resultar na aplicação das sanções previstas na LAC deve ser efetuada por meio de Processo

Administrativo de Responsabilização – PAR, cuja competência para a instauração e para o julgamento é da autoridade máxima da entidade em face da qual foi praticado o ato lesivo, ou, em caso de órgão da administração direta, do seu Ministro de Estado. Neste contexto, cada órgão e entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário detém competência para instaurar e julgar o PAR, e, conseqüentemente, para avaliar programas de integridade como atenuante das eventuais penalidades.

O foco deste trabalho é o modelo preconizado pela CGU por ser o órgão central do Sistema de Controle Interno, do Sistema de Correição e do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal, cujas competências envolvem, nos termos da Portaria CGU nº 3.553/2019

adoção das providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência e da integridade da gestão no âmbito do Poder Executivo federal .

Como modelo de avaliação do programa de integridade proposto pela CGU, doravante “modelo CGU”, foi considerado o conjunto de elementos vinculados à metodologia (engloba o formato do instrumento avaliativo - planilha de avaliação - e suas regras de aplicação) e às métricas avaliativas (próprio conteúdo das questões dessa planilha).

Para realizar a comparação do modelo CGU, foi selecionado documento produzido pelo Departamento de Justiça norte-americano (U.S. Department of Justice - DOJ), tendo em vista a tradição dos Estados Unidos no debate sobre integridade corporativa, que tem como importante marco a publicação do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), em 1977, e cuja abrangência extraterritorial pode alcançar, inclusive, empresas brasileiras.

Tendo em vista o presente delineamento metodológico, foi conduzida pesquisa documental valendo-se do marco normativo brasileiro anticorrupção, especificamente quanto à avaliação de programas de integridade, bem como orientações publicadas sobre o tema pela CGU e pelo DOJ, a saber: Lei nº 12.846/2013; Decreto nº 8.420/2015; Portaria CGU nº 909/2015; Manual Prático de Avaliação do Programa de Integridade em Processo Administrativo de Responsabilização - PAR; e o guia Evaluation of Corporate Compliance Programs.

2.2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.2.1. Programa de Integridade e Poder Público

Esta seção trata das questões gerais a respeito do programa de integridade, especialmente seu conceito e as razões pelas quais as empresas implementam (ou deveriam implementar) tal controle, com destaque para a influência do poder público nesta tomada desta decisão.

2.2.1.1. Programa de Integridade: Conceito e Relevância

Pode-se definir o programa de *compliance* como o conjunto de medidas adotadas pelas organizações “direcionando as ações para a condução dos negócios de forma adequada, em relação ao cumprimento das leis e regulamentações, questões de ética e conduta, aspectos concorrenciais e socioambientais, contratos com terceiros, normas contábeis, entre outros” (FEBRABAN, 2018, p.8). O programa de integridade pode ser entendido como o programa de *compliance* anticorrupção.

O conceito acima revela que a concepção moderna de *compliance* extrapola a estrita preocupação com o atendimento a normas, incorporando aspectos relacionados à ética. Ademais, é possível tomar o tema por diferentes enfoques, como concorrenciais, tributário, previdenciário, ambiental etc.

Especificamente quanto à vertente de combate à corrupção, foco deste trabalho, o Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção (LAC), trata mais propriamente do programa de integridade que, nos termos do seu artigo 41,

Consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

As medidas dos programas de integridade são organizadas em torno de três objetivos principais: (1) prevenir a ocorrência de irregularidades; (2) detectar a eventual ocorrência de irregularidades; (3) atuar para a remediação das irregularidades caso ocorram. O adequado funcionamento do programa pressupõe a consecução articulada destes três objetivos.

Em linhas gerais, considerando os objetivos deste trabalho, assume-se que o programa de integridade equivale ao programa de *compliance* destinado especificamente ao combate à corrupção ou, mais propriamente dito, programa de *compliance* anticorrupção. A rigor, os elementos centrais constitutivos do programa de *compliance* – código de ética, treinamentos e canal de denúncias (STÖBER, KOTZIAN, WEIBENBERGER, 2019; WELLNER, 2005) – estão devidamente previstos nos incisos II, IV e X do art. 42 do Decreto nº 8.420/2015², respectivamente, quanto aos parâmetros que devem ser considerados para a avaliação do programa de integridade. Desta forma, ambas as denominações serão utilizadas de forma indistinta ao longo deste trabalho.

As justificativas para a adoção do programa de integridade podem ser observadas por diferentes ângulos, fundamentada no interesse do Estado, mas também das próprias empresas e dos cidadãos. No plano mais amplo, como ponto inicial, deve-se ter em mente as consequências danosas da corrupção para o conjunto da sociedade uma vez que, ao atravancar investimentos, promover a concorrência desleal e concentrar a renda, prejudica o crescimento econômico e o desenvolvimento social (VIEIRA e BARRETO, 2019). De fato, além de subtrair recursos disponíveis à execução de políticas públicas, a corrupção também promove distorções que impactam diretamente a atividade empresarial, em razão da concorrência desleal, preços superfaturados ou oportunidades restritas de negócio (CGU, 2015).

No plano mais estrito, a adoção de programas de integridade também é fundamentada por interesses diretamente vinculados à condução interna dos negócios. A começar pelas organizações públicas, dado que a cultura de integridade “é requisito essencial para o aumento da confiança da sociedade no Estado e em suas instituições” (CGU, 2017, p. 5).

Para todas as corporações, de modo indistinto, há inúmeras razões de justificam a adoção de programas de integridade, sem olvidar que possuem a obrigação legal de atuarem em conformidade com a legislação. Existem vantagens costumeiramente associadas à adoção de programas de integridade, como o fortalecimento da governança, ganhos de imagem e reputação e o incremento da sustentabilidade do negócio.

A prevenção de irregularidades adquire relevância destacada quando se observam estatísticas a respeito dos prejuízos relacionados a ilícitos. Em 2014, pesquisa conduzida pela Association Of Certified Fraud Examiners (ACFE) estimou que os organizações perdem em torno de 5%

² Art. 42, 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; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; 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.

de seu faturamento anual em decorrência da prática de fraudes (ACFE, 2014). Ainda segundo esta instituição, em empresas que possuem canal de denúncias, as fraudes são, em média, 50% inferiores àquelas sem este mecanismo e os esquemas costumam prolongar-se pela metade do tempo (ACFE, 2018).

Contudo, não são desprezíveis os custos incorridos pelas companhias para o desenho e implementação dos programas de integridade, que envolvem diversas medidas como diversas horas de treinamentos, implantação de canais de denúncia e condução de apurações, elaboração e atualização de normas, realização diligências com parceiros de negócio, encaminhamento de reportes periódicos etc. Como pontuam Chen e Soltes (2018)

Uma das principais razões que levam as empresas a continuar investindo cada vez mais em compliance é que elas não estão aplicando as métricas certas e, portanto, não podem dizer o que funciona e o que não funciona. Em muitas empresas, reforçar o compliance tornou-se sinônimo de contratar mais gestores de compliance, adquirir *softwares* mais sofisticados e criar mais políticas, mesmo quando essas medidas são redundantes e ineficazes, ou simplesmente não produzem resultados.

Soltes (2018, p. 1007) é enfático ao afirmar que “*one would be hard pressed to find another area within a firm that consumes as much money and time as compliance while being subject to nearly zero internal scrutiny*”.

Neste contexto de elevados gastos com *compliance*, a avaliação pode auxiliar exatamente na identificação de medidas redundantes ou ineficazes, que podem ser alteradas ou até mesmo eliminadas.

2.2.1.2. O Impulso do Poder Público aos Programas de Integridade

A adoção de programa de integridade por parte das organizações também se justifica em função do tratamento conferido pelo poder público a este mecanismo. Em verdade, a origem da prática corporativa do *compliance* é tributária do marco legislativo.

É comum tomar como ponto de partida das discussões sobre integridade corporativa a edição, pelo congresso norte-americano, do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), em 1977, que proibiu as empresas deste país de subornarem funcionários públicos estrangeiros. Mais recentemente, houve a aprovação de diplomas legais semelhantes em outros países, como é o caso do UK Bribery Act, publicado em 2010, e da própria Lei Anticorrupção brasileira, datada de 2013.

A partir do FCPA, o modelo de combate à corrupção implica no compartilhamento, do Estado com as organizações, dos esforços de prevenção e detecção de ilícitos, consubstanciado no incentivo à adoção de programas de integridade.

A estratégia adotada é claramente alinhada à perspectiva da nova governança pública que visa coordenar esforços oriundos do aprimoramento das práticas corporativas e governamentais de prevenção e combate à corrupção para promover a integridade do Estado (VIEIRA e BARRETO, 2019).

A LAC consagra a adoção desta estratégica colaborativa no Brasil por promover forte estímulo à adoção de programas de integridade para mitigar as relevantes sanções administrativas e civis nela previstas. Mais precisamente, a LAC prevê a responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Isto é, a empresa poderá responder inclusive por atos ilícitos praticados por terceiros, desde que seja beneficiada.

Nestes casos, a empresa estará sujeita a uma série de sanções na esfera administrativa, como reparação integral do dano causado e multa de até 20% do faturamento bruto, bem como na esfera judicial, como perdimento de bens, suspensão parcial de atividades e dissolução compulsória.

Nos termos da legislação brasileira, a adoção do programa de integridade, observados alguns parâmetros, dentre os quais a efetividade, que será abordado nas próximas seções, pode ser considerada como mitigador no cálculo da multa.

A despeito dos demais benefícios proporcionados por tal mecanismo, mas considerando apenas o aspecto sancionador, a identificação célere do ilícito por parte da empresa também confere ganhos na dosimetria de eventuais sanções no âmbito do Decreto nº 8.420/2015, por permitir minorar o agravante “continuidade dos atos lesivos no tempo” ou mesmo potencializar os atenuantes “não consumação da infração” ou “grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo”. Além disso, permite a negociação de acordo de leniência em melhores termos, dados os requisitos para a celebração deste instrumento - “ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante”.

Resta claro, portanto, que a combinação entre elevado risco de responsabilização e duras penalidades previstas na LAC constituem-se em relevante incentivo para que as empresas instituem programas de integridade, seja para prevenir a ocorrência de ilícitos ou para mitigar as consequências caso o ilícito tenha ocorrido.

No caso da legislação norte-americana, a adoção do programa de integridade pode impactar a decisão sobre a persecução judicial do caso, sobre o montante da multa e sobre a necessidade de monitor externo, cujos reflexos envolvem, além da mitigação dos custos envolvidos (ex: evitar gastos com a condução de investigações internas, contratação de monitor externo, impactos na rotina da organização), a preservação da reputação da empresa e de seus administradores e empregados.

Outras vertentes de atuação do poder público que podem induzir a disseminação dos programas corporativos de integridade decorrem do processo de compras, no qual as organizações públicas, no âmbito de suas medidas de *due diligence*, requerem que seus parceiros comerciais comprovem que adotam medidas de integridade, bem como das obrigações derivadas dos acordos de leniência, quando estes preveem a necessidade de implementação ou aperfeiçoamento do programa de integridade pela empresa signatária, para evitar a reincidência de irregularidades.

Essa estratégia colaborativa calcada no incentivo, pelo Estado, à adoção de programas de integridade é objeto de algumas controvérsias. Em primeiro lugar, há quem questione a influência positiva do poder público sobre a decisão das empresas em implementarem medidas de integridade.

Wellner (2005) alega que este modelo gera desincentivos, dado que as informações levantadas pelos programas de *compliance*, em última instância, poderiam ser utilizadas contra a própria empresa no caso de apurações conduzidas pelas autoridades competentes (autoincriminação), risco que seria diretamente proporcional à efetividade do próprio programa, ao aumentar a probabilidade de que fossem descobertas irregularidades. Este risco induziria as empresas a não adotarem programas de *compliance* ou a adotarem medidas intencionalmente ineficazes.

Alguns autores também acreditam que o poder público tem atribuído benefícios excessivos à adoção de programas de *compliance* pelas empresas. Alegam que o DOJ tem dado muito crédito a tais medidas na decisão sobre a instauração da persecução penal. Outros alegam que

as organizações estão sendo demandadas a adotarem programas que são dispendiosos, mas que não efetivos (HESS, 2016).

De maneira oposta, há estudiosos defendendo que DOJ não está dando crédito proporcional aos investimentos das empresas em seus programas de *compliance*. Em resposta aos críticos que defendem que as organizações intencionalmente adotariam programas inefetivos (“programas de papel” ou “*compliance* cosmético”), os autores alegam que o próprio tamanho da indústria de *compliance* releva que as empresas não podem estar adotando, de má fé, programas de *compliance* de fachada (HESS, 2016).

Wray e Hur (apud HESS, 2016, p. 322) explicam que um programa de papel “*is a compliance program that exists on paper but is not supported by the corporate culture and therefore does not meaningfully influence employee behavior*” ou, nas palavras de Soltes (2018, p. 970), programas de papel ocorreriam quando “*program merely gives off the appearance of effectiveness, but lacks substance*” .

E, no centro deste debate, está posta a seguinte questão: os programas de *compliance* ou de integridade são efetivos?

2.2.2. Elementos do Modelo de Avaliação dos Programas de Integridade

Despido da ambição de esgotar o desafiante debate sobre a avaliação dos programas de integridade, este trabalho pretende contribuir para a discussão do tema sob duas óticas distintas, que tomadas em conjunto representam o que está sendo chamado de “modelo”: (i) metodologia, considerando o delineamento do instrumento avaliativo e suas regras; (2) métrica, considerando o próprio conteúdo das questões de avaliação adotadas.

2.2.2.1. Metodologia de Avaliação dos Programas de Integridade

Como visto, parte da justificativa para da adoção do programa de integridade vincula-se aos potenciais benefícios previstos na legislação aplicável, de tal sorte que há pressão, por parte das organizações sujeitas a este controle, para que as autoridades sancionadores explicitem o modelo de avaliação adotado.

É legítima a preocupação das organizações em conhecer a forma pela qual seus programas de integridade serão avaliados pelas autoridades. Contudo, a canonização, pelas organizações, do modelo avaliativo adotado autoridades pode ocasionar certas distorções. No caso das orientações publicadas pelo DOJ,

(...) as empresas começaram rapidamente a se apropriar do documento como um manual para criar programas eficazes. Os gestores, em particular, acreditavam que, se pudessem fornecer uma resposta para cada questão, garantiriam a si mesmos estarem satisfazendo as expectativas do DOJ (CHEN e SOLTES, 2018).

Wellner (2005) questiona os efeitos da consideração, pelas autoridades sancionadoras, dos programas de integridade como atenuantes às sanções, o que levaria à adoção de programas subótimos. O autor defende que programas de fachada, de que de outra maneira seriam inefetivos, poderiam eximir-se desta questão ao atenderem estritamente os requisitos avaliativos normativos, incorrendo em benefícios questionáveis à sociedade e às próprias organizações.

Além disso, para o autor, o modelo de avaliação das autoridades poderia obrigar as organizações a escolher entre desenharem seus programas focados em melhor deter os ilícitos (“espírito da lei”) ou em melhor satisfazer os requisitos estipulados pelas autoridades sancionadoras (“letra de lei”).

Stucke (2014) também questiona o que denomina de abordagem baseada em incentivos extrínsecos (*extrinsic, incentive-based approach*). Segundo ele, o modelo de avaliação da autoridade sancionadora pode induzir as organizações a efetuarem uma avaliação de custo x benefício comparando o custo de adoção de cada medida de integridade x probabilidade de obter benefícios junto à autoridade e sua respectiva magnitude. Laufer (apud SOLTES, 2018) é mais enfático ao afirmar que os gestores, ao contrário da retórica sobre o interesse no fortalecimento das medidas de integridade, procuram fazer o mínimo necessário para evitar sanções.

Krawiec (2003) destaca que mesmo organizações com genuíno comprometimento com a integridade são obrigadas a adotarem medidas adicionais, que representam custos, para evitar que sejam penalizadas em caso do cometimento de ilícitos por não estarem plenamente aderente ao que preconizam as autoridades sancionadoras.

Em síntese, a metodologia do modelo de avaliação adotado pelas autoridades sancionadoras pode fomentar a implementação e a avaliação de programas de integridade do tipo *check box, box-ticking* ou *one siz fits all*, o qual: (a) pode escamotear a ineficiência do programa pela observância estrita dos requisitos definidos no modelo de avaliação; (b) privilegia a observância dos requisitos definidos no modelo de avaliação, ainda que possam existir medidas mais efetivas para os objetivos do programa ou mesmo que alguns destes requisitos não sejam adequadamente aplicáveis ao contexto da organização; (c) permite em uma análise de custo x benefício sobre a implementação de medidas de integridade tendo em vista os potenciais ganhos junto às autoridades sancionadoras.

Neste contexto, é possível identificar algumas características que auxiliariam na distinção entre a metodologia dos modelos de avaliação quanto ao seu grau de flexibilidade:

Quadro I – Metodologia dos modelos de avaliação de programas de integridade

Metodologia flexível	Metodologia rígida
Definição abrangente dos requisitos para a avaliação das medidas de integridade	Definição estreita dos requisitos para a avaliação das medidas de integridade
Não atribuição de métricas para a ponderação do valor de cada medida de integridade	Atribuição de métricas para a ponderação do valor de cada medida de integridade
Forte consideração das especificidades da organização	Baixa consideração das especificidades da organização

Autor: elaboração própria.

Portanto, em termos de análise da metodologia do modelo de avaliação, o foco neste estudo recairá sobre o nível de flexibilidade da proposta.

2.2.2.2. Métricas de Avaliação de Programas de Integridade

Em 2018, Hui Chen (ex-especialista em *compliance* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos) e Eugene Soltes (professor na Harvard Business School) publicaram na Harvard Business Review artigo intitulado “Por que os programas de *compliance* fracassam e como corrigi-los”, no qual advogam, enfaticamente, a respeito da necessidade de avanços nos mecanismos de avaliação quantitativa dos programas de integridade. As ideias destes autores respondem pela linha mestra desta seção.

Programas de integridade, assim como as demais práticas de uma organização, podem ser avaliados por meio de distintas abordagens. Sob o ponto de vista de sua implementação, é possível pensar, entre outras, em métricas relacionadas a produtos / entregas (ex: quantidade

de treinamentos), resultados (ex: nível de participação nos treinamentos, resultado da avaliação de conhecimento) e impactos (ex: alteração na cultura organizacional) (MP, 2018).

Como visto nas seções anteriores, é necessário avaliar os programas de integridade buscando verificar se atingiram êxito na prevenção, detecção e remediação de ilícitos, para melhor orientar a decisão das empresas e das autoridades responsáveis pela aplicação das normas anticorrupção.

Pesquisa conduzida pela Deloitte (2017), em parceria com a Compliance Week, indica que a forma mais comum das organizações para mensurar a efetividade do programa de *compliance* é por meio das taxas de participação nos treinamentos. Contudo, esta taxa não reflete a qualidade do treinamento, em termos do seu conteúdo, e tampouco sua efetividade, em termos do quanto os empregados assimilaram do conteúdo e o aplicaram.

To appreciate the problem with using completion rates, imagine if teachers were evaluated by a similar metric: the effectiveness of the teacher will be based on how many final exams the teacher receives back. As is overtly clear, if a teacher receives back 95% of the total exams passed out to students, this has no bearing on whether the teacher appropriately conveyed concepts or students understood the material (SOLTES, 2018, p. 973).

Chen e Soltes (2018), com base nos resultados de recente pesquisa, destacam que 70% das empresas sequer tentam medir a efetividade de seus programas de *compliance* e, daquelas que o fazem, somente um terço está confiante ou muito confiante de estar utilizando as métricas certas.

Soltes sugere duas condições para determinar que um programa de integridade seja minimamente efetivo, quais sejam, (1) o programa precisa apresentar pelo menos uma iniciativa que colabore para o alcance de cada um dos três objetivos do programa (conforme visto na seção 2.2.1.1, prevenir, detectar e remediar a ocorrência de irregularidades); e (2) precisam ser levantadas rigorosas evidências de que cada componente do programa é efetivo, por meio da avaliação sobre como cada medida colabora para o alcance desses objetivos. “*A firm that does not rigorously measure the effectiveness of its initiatives cannot evaluate their effectiveness*” (SOLTES, 2018, p. 1003).

Soltes defende que a avaliação de efetividade conceda grande ênfase na mensuração rigorosa de um conjunto mais restrito das medidas de integridade, aquelas que possam ser medidas com dados e empiricamente avaliadas. Os autores em referência ainda advogam pelo emprego de técnicas mais sofisticadas, como a regressão multivariada, que permitem avaliar o resultado desejado enquanto as variáveis explicativas são controladas ou excluídas.

Não se deve imaginar ser tarefa trivial distinguir programas de integridade efetivos daqueles programas de integridade de fachada, de papel ou cosméticos, o que, na verdade, representa um substancial desafio, por uma série de fatores: (a) requer considerável dispêndio de tempo acrescido de experiência na matéria; (b) a utilização de métodos quantitativos mais avançados não é usual para os profissionais envolvidos na gestão de tais programas, geralmente oriundos das áreas direito e administração; (c) as autoridades competentes possuem tempo e recursos limitados para proceder a avaliação; (d) relativo pequeno número de casos julgados para a formação de precedentes, considerando, inclusive, (e) as especificidades de cada setor da indústria; (f) ausência de consenso sobre o que deve ser medido; e (g) ausência de dados apropriados.

Neste contexto, “[...] *the compliance field continues to rely more heavily on intuition than empirical measurement to evaluate whether and how effectively programs are working*” (SOLTES, 2018, p. 1010).

2.3. ANÁLISE DE RESULTADOS

Este capítulo está organizado a partir dos dois elementos considerados para a análise do modelo de avaliação do programa de integridade proposto pela CGU: metodologia e métrica.

Deve-se considerar que, no modelo CGU, as questões propriamente ditas (ex: 3.2. existem empregados dedicados exclusivamente às atividades relacionadas ao programa de integridade?) estão agrupadas em itens (ex: 3. instância interna responsável pelo programa de integridade) que, por sua vez, estão organizados em blocos (ex: cultura organizacional de integridade). Tais expressões (questões, itens e blocos) serão assim consideradas, em termos de amplitude de escopo, ao longo desta seção.

Além disso, de partida, importante ressaltar que no modelo CGU é sugerida a seguinte fórmula para calcular a atenuação da sanção a ser aplicada no âmbito da LAC como resultado da avaliação do programa de integridade:

Percentual de redução a ser considerado na dosimetria da multa = [(pontuação do bloco COI ‘cultura organizacional de integridade’ x pontuação do bloco MPI ‘mecanismos, políticas e procedimentos de integridade’) + pontuação do bloco APJ ‘atuação da pessoa jurídica em relação ao ato lesivo’], no qual a pontuação máxima dos blocos é: COI = 1,8%; MPI = 1,5%; APJ = 1,3%, resultando em um valor que pode alcançar até 4% de redução de uma multa máxima de 20%.

Portanto, quanto aos blocos COI e MPI, não é possível calcular, propriamente, o impacto de cada questão individualmente na redução total da multa, uma vez que a pontuação de um bloco é dependente da pontuação alcançada no outro bloco. Esta dinâmica deve ser levada em consideração quando for mencionada ao longo do capítulo a pontuação máxima possível das questões destes blocos. “A operação de multiplicação permite demonstrar a interrelação entre os dois blocos de avaliação [...] o bom desempenho em um bloco não terá muita relevância se o outro for precário” (CGU, 2018, p.28).

2.3.1. Metodologia de Avaliação do Modelo CGU

Com base no que preconizam os artigos 41 e 42 do Decreto nº 8.420/2015 e a Portaria CGU nº 909/2015, e tendo como referência teórica os guias de integridade e materiais do programa Empresa Pró-Ética, a CGU elaborou uma ‘planilha de avaliação’ para nortear a avaliação dos programas de integridade apresentados pelas pessoas jurídicas envolvidas em um PAR.

Em linhas gerais, esta planilha agrupa os 16 parâmetros de avaliação listados no artigo 42 do supracitado Decreto nos três blocos de avaliação supracitados - COI, MPI e APJ.

Ao avaliador compete responder cada uma das 138 questões (115 com pontuação positiva, 15 com pontuação negativa e 8 questões preliminares), classificando-as em atendidas (‘sim’), parcialmente atendidas (‘parcialmente’) ou ‘não atendidas’ (‘não’), que geram uma pontuação (0, 1 e 2, respectivamente) a ser multiplicada pelo peso previamente atribuído a cada questão (exceto preliminares). A quantidade total de questões pode variar em função de algumas particularidades, tratadas nas questões preliminares (‘especificidades da pessoa jurídica e do ato lesivo’).

Observa-se, portanto, tratar-se de formato que se amolda ao que foi definido como metodologia rígida de avaliação, incluindo a definição estreita dos requisitos (conjunto de perguntas que comportam respostas trinárias) com atribuição prévia de métricas fixas para proceder a valoração desses requisitos, limitando a consideração das especificidades da organização.

Em perspectiva comparada, em junho de 2020 o DOJ atualizou seu guia Evaluation of Corporate Compliance Programs. Trata-se de um conjunto aproximado de 165 questões, agrupadas em torno de três questões principais: 1. “Is the corporation’s compliance program well designed?” 2. “Is the program being applied earnestly and in good faith?” In other words, is the program adequately resourced and empowered to function effectively? 3. “Does the corporation’s compliance program work“ in practice?

Embora existam diferenças entre estas perguntas e os blocos de avaliação do modelo CGU, em ambos os casos os itens considerados decorrem das diretrizes tradicionalmente observadas na discussão sobre programas de integridade que, no marco legal brasileiro, estão expressas no Decreto nº 8.420/2015.

A proposta do DOJ materializada no referido guia aproxima-se da metodologia flexível, dado não haver proposição de notas ou pesos individuais para cada questão avaliada e pela utilização de enunciados amplos, o que permite maior consideração das especificidades da organização.

Because a corporate compliance program must be evaluated in the specific context of a criminal investigation, the Criminal Division does not use any rigid formula to assess the effectiveness of corporate compliance programs. We recognize that each company's risk profile and solutions to reduce its risks warrant particularized evaluation (...) the sample topics and questions below form neither a checklist nor a formula (DOJ, 2020, p. 1-2).

O quadro a seguir permite verificar a diferença entre a amplitude de definição dos requisitos de avaliação entre a metodologia rígida (CGU) e a metodologia flexível (DOJ). No primeiro caso, são mais frequentes as questões diretas / objetivas, com conteúdo prescritivo. No segundo caso, existem questões mais abrangentes, algumas das quais iniciadas com o pronome “como”.

Quadro II – Comparação entre questões da metodologia CGU e DOJ

CGU	DOJ
<p>Bloco: COI</p> <p>Item: Comprometimento e apoio da alta direção da PJ [pessoa jurídica] ao programa de integridade</p> <p>Questão 2.6.1: As manifestações de apoio ao programa apresentadas:</p> <p>a) são pessoalizadas, isto é, são manifestações assinadas diretamente pelos membros da alta direção que atuam na PJ ora avaliada? (pontuação máxima: 0,04% em 4%)</p> <p>e) são dirigidas ao público interno da PJ? (pontuação máxima: 0,04% em 4%)</p>	<p>Pergunta: 2</p> <p>Item: <i>Commitment by Senior and Middle Management</i></p> <p>Questão: <i>How have senior leaders, through their words and actions, encouraged or discouraged compliance, including the type of misconduct involved in the investigation?</i></p> <p><i>Have managers encouraged employees to act unethically to achieve a business objective, or impeded compliance personnel from effectively implementing their duties?</i></p>
<p>Bloco: MPI</p> <p>Item: diligências para contratação e supervisão de terceiros</p> <p>Questão: 11.6. nos contratos celebrados com terceiros: a) há cláusula estabelecendo a obrigatoriedade do cumprimento de normas éticas e a vedação de práticas de fraude e corrupção? (pontuação máxima: 0,02% em 4%)</p>	<p>Pergunta: 1</p> <p>Item: <i>Third Party Management</i></p> <p>Questão: <i>How does the company incentivize compliance and ethical behavior by third parties? How has the company considered and analyzed the compensation and incentive structures for third parties against compliance risks?</i></p>

Fonte: Elaboração própria.

Não se pode olvidar dos motivos que justificam a proposição desse modelo pela CGU. Nos termos da Lei Anticorrupção,

Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa (grifo nosso).

A LAC e seu Decreto regulamentador atribuíram à CGU a competência concorrente para instaurar PAR ou exclusiva para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, no âmbito do Poder Executivo federal; para a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos na LAC, praticados contra a administração pública estrangeira; e para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Com isso, a lei descentralizou, pelos diversos órgãos e entidades dos três poderes, a competência para a instauração e condução do PAR e, conseqüentemente, para a avaliação do programa de integridade, dado que integra o rol de informações a serem consideradas na dosimetria da multa a ser aplicada.

A planilha de avaliação proposta pela CGU foi desenhada neste contexto, considerando ainda que o tema se distancia da realidade laboral da maioria dos servidores que serão responsáveis por proceder a análise do programa de integridade, cujo resultado impacta diretamente no valor da multa a ser aplicada, atraindo a possibilidade de questionamentos pelo processado e por órgãos de controle, e que o Decreto elenca os parâmetros avaliativos em nível mais estratégico (como seria de esperar pela própria natureza do ato normativo) (CGU, 2018).

Pelas razões acima expostas, buscou-se criar uma metodologia que permita uniformizar e otimizar a avaliação, tornando-a, no que for possível, mais objetiva, célere e condizente com as características do PAR. Espera-se, assim, que a metodologia proposta contribua para conferir segurança ao processo de avaliação, evitando discrepâncias entre as avaliações realizadas por diferentes instituições e, conseqüentemente, minimizando o impacto de eventuais questionamentos sobre os resultados alcançados nas avaliações (CGU, 2018, p. 23).

2.3.2. Métricas de Avaliação do Modelo CGU

A Lei nº 12.846/2013 dispõe sobre a consideração do programa de integridade na dosimetria das sanções, na qual é conferida importância à existência de tal mecanismo, aproximando a efetividade ao código de ética:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - 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 (grifos nosso).

Ao regulamentar a Lei Anticorrupção, o Decreto nº 8420/2015 trouxe parâmetros adicionais que devem ser observados na avaliação do programa de integridade. Inicialmente, nos arts. 5º e 18, novamente são destacados atributos mais relacionados à existência (“funcionamento”, “possuir”, “aplicar”) do programa de integridade. Na sequência, no capítulo específico sobre a matéria (arts. 41 e 42), a efetividade do programa de integridade é vinculada à sua adequação ao perfil de risco da organização, devendo ser avaliada em função do ato lesivo que se pretende apurar.

Art. 5º § 4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de Programa de Integridade [...]

Art. 18. [atenuantes à multa]: [...] V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade [...].

Art. 41. Parágrafo Único - O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Art. 42. § 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação [...] (grifos nossos).

A Portaria CGU nº 909/2015, que dispõe estritamente sobre a avaliação de programas corporativos de integridade, ressalta a importância de que este seja compatível ao perfil da organização e que seja efetivo, sem associar tal atributo à própria ocorrência do ato lesivo. Interessante notar a preocupação do regulador em explicitar que um programa de integridade de papel deve ser desconsiderado.

Art. 5º A avaliação do Programa de Integridade [...] deverá levar em consideração as informações prestadas, e sua comprovação, nos relatórios de perfil e de conformidade do programa.

§ 1º A definição do percentual de redução considerará o grau de adequação do Programa de Integridade ao perfil da empresa e de sua efetividade.

§ 2º O Programa de Integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz [...] não será considerado para fins de aplicação do percentual de redução de que trata o caput. (grifo nosso).

No Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR, o art. 18, V do Decreto nº 8.420/2015 (“possuir e aplicar um programa de integridade”) é traduzido como a exigência de que “o Programa de Integridade apresentado apresenta um bom nível de efetividade” (CGU, 2018, p. 12). Além disso, no manual são reforçados os demais elementos avaliativos abordados no Decreto, isto é, “deverá considerar o porte e as especificidades da pessoa jurídica, bem como a efetividade do Programa de Integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração” (CGU, 2018, p. 21).

Segundo consta nesse manual, “cada bloco de avaliação é constituído por uma série de perguntas que tem por objetivo verificar a existência, a aplicação e a efetividade das medidas de integridade apresentadas pela pessoa jurídica” (CGU, 2018, p.25), sendo atribuído peso maior às perguntas relacionadas à aplicação do programa de integridade do que aquelas relacionadas à existência de alguma medida.

Portanto, a partir da leitura dos principais documentos que, no âmbito da Lei Anticorrupção, orientam a avaliação dos programas de integridade, verifica-se que, a par da (a) efetividade das medidas, a avaliação do programa de integridade também deve considerar outros atributos, como (b) sua própria existência e aplicação, bem como (c) a adequação ao perfil de risco da instituição e (d) atuação quanto ao ato lesivo.

Em relação à efetividade, no modelo CGU, não há menção explícita sobre como este atributo é considerado nas questões. Na verdade, a palavra “efetividade” e suas variantes (“efetivo”, “efetivamente”, ou mesmo “eficaz” e “eficiente”) não são mencionadas nas questões da

planilha de avaliação proposta pela CGU, sendo citadas 4 vezes no manual CGU que orienta a utilização desta planilha, em trechos que tratam da explicação dos itens de avaliação.

No guia do DOJ, as palavras “*effectiveness*”, “*effective*” e “*effectively*” são citadas em torno de 50 vezes, das quais em 9 casos a menção é diretamente na descrição do item ou na questão, tais como: *How has the company measured the effectiveness of the training? e Does the company periodically test the effectiveness of the hotline, for example by tracking a report from start to finish?*

Desta forma, no modelo CGU, foram observadas algumas questões, com peso limitado, que podem contribuir para disseminar a adoção de práticas que guardam maior relação com a avaliação da efetividade, tais como:

- 9.5. a PJ apresentou documentos que indicam o monitoramento da aplicação das políticas e procedimentos relacionados à participação em licitações e execução de contratos administrativos, como relatórios periódicos, estatísticas e indicadores? (máximo de 0,04% em 4%);
- 13.5. foram apresentadas estatísticas sobre denúncias recebidas e apuradas e/ou outras informações que indicam que os canais de denúncia são monitorados? (máximo de 0,04% em 4%);

A adoção da metodologia rígida no modelo CGU, na medida em que são atribuídos pesos específicos a cada questão, permite algumas inferências quanto à importância relativa conferida a cada medida no âmbito do programa de integridade.

Dentre os blocos COI e MPI, cuja pontuação, importante frisar para a correta interpretação das informações, é mutuamente dependente, conforme visto, o item com maior pontuação máxima (até 0,62% em 4%) é bloco COI, item ‘Código de Ética e Conduta [...]’, que abarca 16 perguntas, das quais 1 com pontuação negativa.

Ademais, também no bloco COI há o item ‘aplicação do Código de Ética e Conduta ou documento equivalente a terceiros [...]’, com pontuação máxima de 0,14% em 4%, composto de 7 questões, das quais 1 com pontuação negativa.

Observa-se, portanto, a centralidade do código de ética, entendido como “o principal documento do Programa de Integridade e o que possui maior alcance” (CGU, 2018, p. 39), alinhado à previsão contida no art. 7º da Lei nº 12.846/2013.

No guia do DOJ, na pergunta 1, item ‘Policies and Procedures’, composto por 14 questões, há orientação sobre a necessidade de observar o código de ética. Entretanto, em contraste ao modelo CGU, não há item específico nesse guia que trate exclusivamente do código de ética.

O segundo item com maior pontuação máxima (até 0,4% em 4%), que representa pouco menos de dois terços da pontuação alcançada pelo item anterior, também é do bloco COI, item ‘comprometimento e apoio da alta direção da PJ ao programa de integridade’, composto de 13 questões, das quais 3 com pontuação negativa. Isto é,

Possui pouco ou nenhum valor prático um Programa que não seja respaldado pela alta direção. A falta de compromisso da alta direção resulta no descompromisso dos demais funcionários, fazendo o Programa de Integridade existir apenas “no papel” (CGU, 2015) (grifo nosso).

No guia do DOJ, além da Alta Administração, também são mencionados outros níveis da gestão – “*prosecutors should also examine how middle management, in turn, have reinforced those standards and encouraged employees to abide by them*” (DOJ, 2020, p. 10).

Considerados esses dois blocos, o terceiro item com maior pontuação máxima (até 0,34% em 4%) pertence ao bloco MPI, ‘diligências para contratação e supervisão de terceiros, composto de 13 questões, das quais 1 com pontuação negativa.

Deve-se considerar o risco que a relação com terceiros representa às organizações, considerando que, por exemplo, conforme disposto na LAC, “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. De fato, segundo consta no site da Stanford Law School especializado em estatísticas sobre a aplicação do FCPA (2020), dos 203 processos conduzidos entre 1977 e 2019 pelo Securities and Exchange Commission (SEC) e/ou pelo DOJ por violações ao FCPA, 258 envolveram terceiros, o que significa aproximadamente 90% do total dos processos.

Entretanto, de longe, o bloco APJ, no caso do programa de integridade ser anterior à ocorrência do ato lesivo, é o que contém as perguntas com maior peso relativo na avaliação do programa de integridade. É responsável por 32,5% do total máximo da redução da multa (até 1,3% em 4%) e composto por 10 questões com pontuação positiva³ (aproximadamente 9% do total de questões com pontuação positiva).

Ou seja, caso plenamente atendidas (resposta ‘sim’ - atendido) as cinco questões com maior pontuação considerando toda a planilha de avaliação, previstas no bloco APJ (cujas pontuações máximas variam entre 0,14% e 0,32% em 4%), que representam em torno de 4% do total de questões com pontuação positiva, a organização alcançaria aproximadamente um quarto da redução máxima da multa (0,92% em 4%).

Importante esclarecer que o atendimento dessas cinco questões não é suficiente para garantir a redução da multa haja visto que, conforme disciplinado no art. 18, V do Decreto nº 8.420/2015, a redução da sanção em função do programa de integridade varia de 1% a 4%, o que significa que se o resultado da fórmula mencionada for inferior a 1% (seria 0,92% considerando exclusivamente essas cinco questões), “considera-se que o Programa de Integridade é meramente formal ou absolutamente ineficaz para mitigar os riscos de ocorrência de atos lesivos da Lei n. 12.846/2013” e “não será considerado para fins de aplicação do percentual de redução na dosimetria da multa” (CGU, 2018, p. 29).

Esta distribuição corrobora de maneira inequívoca o destaque conferido à atuação do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração, conforme disposto no art. 42. § 2º do Decreto regulamentador da LAC. Ainda neste sentido, caso a implementação do programa de integridade tenha ocorrido após a ocorrência do ato lesivo, a pontuação máxima do bloco é reduzida para 0,3%. Além disso, todos os blocos possuem questões com pontuação negativa, embora a pontuação final mínima permitida para cada bloco seja 0%, exceto no caso do APJ, que aceita pontuação final negativa (-0,6% em 4%).

Sob perspectiva comparada, é possível observar a correlação entre a pergunta 3 do guia do DOJ e o bloco APJ do modelo CGU quanto à sua relevância como preditor da efetividade do programa de integridade:

Of course, if a compliance program did effectively identify misconduct, including allowing for timely remediation and self-reporting, a prosecutor should view the occurrence as a strong indicator that the compliance program was working effectively (DOJ, 2020, p. 14)) (grifo nosso)

³ Item possui 11 questões, incluindo 1 com pontuação negativa, para o caso do programa de integridade ser anterior à ocorrência do ato lesivo. Caso contrário, se o programa for posterior, são 8 questões, incluindo 1 negativa.

Em relação à existência e aplicação das medidas, a análise das questões do modelo CGU corrobora que, via de regra, recebem menores pontuações (até 0,02% em 4%) as questões relacionadas à formalização do programa (existência de medidas e seu conteúdo / desenho), tais como:

- 1.1. a PJ possui uma estrutura organizacional formalizada, isto é: prevista em estatuto, contrato social, regimento interno ou outro normativo?
- 8.1. A PJ apresentou políticas e procedimentos que: a) vedam expressamente a concessão de vantagens indevidas, econômicas ou não, a agentes públicos?

Por outro lado, as questões com as maiores pontuações (0,06% em 4%), desconsiderando as questões do bloco APJ, tratam da aplicação destas medidas, tais como:

- 4.6.1 esses treinamentos [sobre o Código de Ética] alcançaram, pelo menos, 50% dos empregados da PJ?
- 9.4. foram apresentados documentos que comprovam a aplicação nos últimos 12 (doze) meses [...] das políticas e procedimentos que tratam de licitações e execução de contratos celebrados com a Administração Pública?

Por fim, a adequação do programa de integridade ao perfil da instituição é tratada em diferentes níveis: (1) há um conjunto de questões preliminares vinculadas às especificidades da pessoa jurídica e do ato lesivo (ex: A PJ realiza ou realizou fusões e aquisições?), que impactam diretamente as questões a serem consideradas na planilha de avaliação; (2) no manual CGU, na descrição das formas de comprovação de cada item avaliado, as orientações levam em conta as particularidades da empresa, haja vista que “as medidas devem ser adequadas ao perfil da pessoa jurídica avaliada, é indispensável que o avaliador faça essa ponderação no momento de incluir a resposta na planilha” (CGU, 2018, p.30); (3) as questões com maior pontuação negativa (até -0,16%) penalizam as medidas que não estejam adaptadas à realidade nacional, incluindo a não tradução dos materiais; (4) nos termos da Portaria CGU nº 909/2015, para que o programa de integridade seja avaliado, a pessoa jurídica deverá apresentar o relatório de perfil, que deve ser considerado nas questões preliminares da planilha de avaliação; e (5) no bloco de avaliação MPI há questões vinculadas ao item ‘realização de análise de riscos para a elaboração e/ou aperfeiçoamento do Programa de Integridade’, tendo em vista que “a estruturação de Programa de Integridade depende de uma avaliação de riscos que leve em conta as características dos mercados onde a pessoa jurídica atua (cultura local, nível de regulação estatal, histórico de corrupção)” (CGU, 2018, p. 43).

Entretanto, esse item MPI sobre análise de riscos possui uma das menores pontuações máximas entre os blocos (até 0,1% em 4%), sendo composto por 3 perguntas. No guia do DOJ, inexistem as questões preliminares, mas na pergunta 1 o primeiro item de avaliação, composto por dez questões, é exatamente ‘Risk Assessment’

The starting point for a prosecutor’s evaluation of whether a company has a well-designed compliance program is to understand the company’s business from a commercial perspective, how the company has identified, assessed, and defined its risk profile, and the degree to which the program devotes appropriate scrutiny and resources to the spectrum of risks. (...) Prosecutors should also consider “[t]he effectiveness of the company’s risk assessment and the manner in which the company’s compliance program has been tailored based on that risk assessment” and whether its criteria are “periodically updated (DOJ, 2020, p.2-3).

No modelo CGU, as três questões do item em referência visam verificar se a realização da análise de riscos contemplou expressamente a corrupção, se ocorreu nos últimos 24 meses e se há previsão de que seja periodicamente atualizada. No guia do DOJ, estas questões também são abordadas (*‘Is the risk assessment current and subject to periodic review?’*) mas, em se tratando de modelo flexível, existem questões como *‘what methodology has the company used to identify, analyze, and address the particular risks it faces?’* e *‘has the periodic review led to updates in policies, procedures, and controls?’*.

3. CONCLUSÃO

A decisão pela implementação de programas de integridade corporativos pode ser motivada, entre outras razões, pela previsão legal de importantes sanções no caso do envolvimento da organização em atos de corrupção, que podem ser atenuadas caso as autoridades competentes verifiquem a adequação destas medidas de controle, de tal sorte que o modelo pelo qual tais programas serão avaliados pode condicionar as escolhas empresariais.

Evidentemente, entende-se que esta não deva ser a única, sequer a principal justificativa, para a adoção de programas de integridade, visto que entre os objetivos da medida consta a própria prevenção de atos ilícitos, afastando qualquer persecução administrativa ou judicial, com os ganhos empresariais e sociais consequentes.

O modelo de avaliação do programa de integridade proposto pela CGU aproxima-se do que neste trabalho foi convencionado como sendo metodologia rígida de avaliação, do tipo *check box*, desenhado para conferir maior celeridade e segurança ao processo avaliativo dada a distribuição de competências prevista na LAC.

Esta metodologia pode induzir as organizações a tomarem a planilha de avaliação proposta pela CGU como uma espécie de *road map* que contém, se não todas, pelo menos as questões indispensáveis a serem consideradas no seu programa de integridade.

Tal apropriação do modelo pode induzir as organizações a adotarem medidas de integridade que não representam necessariamente as práticas mais adequadas ao seu perfil de risco para a prevenção, detecção e remediação de ilícitos, mas justamente aquelas que maximizam o potencial de ganhos em termos de redução de sanções no caso do envolvimento em ilícitos. De outra forma, o modelo pode induzir as organizações a incorrerem em custos adicionais visando o pleno atendimento das questões contidas na planilha de avaliação, até porque a redução máxima da multa somente será alcançada caso todos os itens sejam observados. Ou ainda, podem as organizações procederem uma avaliação de custo x benefício em relação às medidas previstas na planilha de avaliação, a despeito de seu perfil.

Essa eventual apropriação inadequada do modelo pelas organizações pode ser potencializada pela restrita importância do item *‘realização de análise de riscos para a elaboração e/ou aperfeiçoamento do programa de integridade’*, que poderia suscitar maior preocupação pelas organizações quanto à abordagem baseada em riscos, embora existam outros mecanismo no modelo CGU que reforçam a adequação do programa de integridade ao perfil de risco da organização.

Em termos de métricas, observa-se que a avaliação do programa de integridade, partindo das disposições normativas, que ganham concretude no modelo CGU, não considera unicamente a efetividade das medidas, mas também sua existência e aplicação, com destaque para a atuação frente ao ato lesivo praticado e para questões relacionadas ao código de ética, ao comprometimento da alta Administração e à diligência de terceiros, nesta ordem.

Desta forma, a vertente da efetividade não é tratada de forma sistemática no modelo, que poderia ocorrer por meio do seu reforço explícito no enunciado das questões avaliativas ou na indução à utilização de mecanismos mais sofisticados para este tipo de avaliação (ex: técnicas de regressão).

Esta ressalva diz respeito unicamente à expectativa de fomento, via modelo CGU, de mecanismos de avaliação de efetividade, que devem ser desenhados e implementados pelas próprias organizações, dado que atores externos teriam maiores dificuldades para realizá-la, até mesmo em virtude da assimetria de informações.

No modelo atual, poderiam ser beneficiadas organizações com programas de integridade que, por exemplo, possuem canais de denúncias de irregularidades que atendem determinados critérios (ex: disponibilização do canal em português para empregados e público externo – questões 13.1a e 13.1b), mas cuja efetividade na detecção de ilícitos não fora necessária ou rigorosamente comprovada.

Como bem pontuado por Chen e Soltes (2018), “uma das principais razões que levam as empresas a continuar investindo cada vez mais em *compliance* é que elas não estão aplicando as métricas certas e, portanto, não podem dizer o que funciona e o que não funciona”.

As eventuais impropriedades na utilização do modelo CGU pelas organizações, derivadas da metodologia rígida e das métricas adotadas, podem ser mitigadas por três elementos principais: (i) se a nota alcançada na planilha de avaliação for inferior a 25% da pontuação total (ou inferior a 1% em 4% totais), o programa de integridade é considerado meramente formal, sem fazer jus a qualquer benefício, evitando que sejam beneficiadas organizações que adotem medidas pontuais; (ii) as questões dos blocos COI e MPI (que representam mais de 90% das questões com pontuação positiva e aproximadamente 2/3 da redução total) são interdependentes, isto é, a pontuação de um bloco é calculada em função da pontuação do outro bloco, evitando que as organizações façam avaliações meramente econômicas sobre quais medidas deveriam adotar, em função unicamente do benefício potencial em termos de redução de penalidade; (iii) é conferido maior peso para as questões vinculadas à aplicação do programa de integridade.

Por fim, a recente revisão do Evaluation of Corporate Compliance Program pelo DOJ aponta alguns caminhos a serem observados em futuras revisões do modelo CGU, que certamente ocorrerão em ambiente institucional brasileiro nacional mais maduro quanto à temática, especialmente quanto à adoção de modelos avaliativos mais flexíveis e ao destaque da abordagem baseada em riscos, que foi o tom das recentes revisões das normas que versam sobre a prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo conduzidas pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários.

4. BIBLIOGRAFIA

Association Of Certified Fraud Examiners (ACFE). **Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse**. 2014. Disponível em: <https://www.acfe.com/rtn/docs/2014-report-to-nations.pdf>. Acesso em 31 de março de 2020.

_____. **Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse**. 2018. Disponível em: <https://s3-us-west-2.amazonaws.com/acfe-public/2018-report-to-the-nations.pdf>. Acesso em 31 de março de 2020.

CHEN, Hui; SOLTES, Eugene. **Por que os programas de compliance fracassam e como corrigi-los**. 2018. Disponível em hbrbr.uol.com.br/compliance-como-corriger/. Acesso em 28 de março de 2020.

Deloitte. **In Focus: 2016 Compliance Trends Survey**. 2017. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/governance-risk-compliance/us-advisory-compliance-week-survey.pdf>. Acesso em 28 de março de 2020.

Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN). **Guia - Boas Práticas de Compliance**. 2018. Disponível em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_manual_compliance_2018_2web.pdf. Acesso em 28 de março de 2020.

KRAWIEC, Kimberly D. Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance. **Washington University Law Quarterly**, v. 81, p. 487-544. 2003.

HESS, David. Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence. **New York University Journal of Law & Business**, v. 12, p. 318-368. 2016.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). **Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas**. Brasília: CGU, 2015.

_____. **Manual para implementação de programas de integridade**. Brasília: CGU, 2017.

_____. **Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR**. Brasília: CGU, 2018.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO (MP). **Guia Metodológico para Indicadores**. Brasília: MP, 2018.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Corrupção custa mais de US\$ 2,6 trilhões por ano, alerta PNUD**. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/corruptcao-custa-mais-de-us-26-trilhoes-por-ano-alerta-pnud/>. Acesso em 13 de julho de 2020.

SOLTES, Eugene. Evaluating the Effectiveness Of Corporate Compliance Programs: Establishing a Model for Prosecutors, Courts, and Firms. **New York University Journal of Law & Business**, v. 14, p. 965-1011. 2018.

STANFORD LAW SCHOOL. **Third-Party Intermediaries Disclosed in FCPA-Related Enforcement Actions**. 2020. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/chart-intermediary.html>. Acesso em 15 de julho de 2020.

STÖBER, Thomas; KOTZIAN, Peter; WEIßENBERGER, Barbara E. Design Matters: on the Impact of Compliance Program Design on Corporate Ethics. **Business Research**, v. 12, p. 383-424, 2019.

STUCKE, Maurice E. In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. **The Journal of Corporation Law**, v. 39, p. 769-832, 2014.

WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. **Cardozo Law Review**, v. 27, p. 497-528, 2005.

U.S. Department of Justice (DOJ). **Evaluation of Corporate Compliance Programs – Guidance Document**. 2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em 31 de março de 2020.

VIEIRA, James Batista; BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, gestão de riscos e integridade**. Brasília: Enap, 2019.7