

O Departamento de Justiça dos EUA (DOJ) Publicou Instruções Atualizadas sobre a Avaliação de Programas de Conformidade Corporativa

No dia 30 de abril de 2019, a Divisão Criminal do Departamento de Justiça dos EUA (DOJ) publicou instruções atualizadas sobre a "Avaliação de Programas de Conformidade Corporativa" (Instruções de Avaliação Atualizadas) visando "auxiliar procuradores a tomar decisões mais informadas sobre como e em que medida o programa de conformidade de uma empresa estava em vigor no momento da violação e se estava em vigor no momento da emissão de um veredito ou deliberação, de modo a determinar (1) a forma apropriada de qualquer deliberação ou acusação; (2) a multa em valor monetário, se houver; e (3) as obrigações de conformidade descritas em qualquer deliberação criminal corporativa (por exemplo, obrigações de supervisão e relatoria)." De acordo com as orientações anteriores publicadas pelo DOJ, as Instruções de Avaliação Atualizadas não estabelecem uma "fórmula rígida" ou um conjunto obrigatório de perguntas a serem feitas. Ao invés disso, as Instruções de Avaliação Atualizadas oferecem sugestões úteis às empresas no que se refere aos pontos de vista do DOJ sobre o modelo e a operação de seus programas de conformidade.

As Instruções de Avaliação Atualizadas incluem grande parte do mesmo conteúdo que já havia sido incluído no documento anterior, emitido em fevereiro de 2017 (Instruções de Avaliação de 2017). No entanto, as Instruções de Avaliação Atualizadas, emitidas pela Divisão Criminal como parte do plano que já havia sido anunciado pelo DOJ para fornecer orientações e treinamentos adicionais a procuradores sobre as características de programas de conformidade corporativa efetivos, deveriam servir mais como um documento independente para os procuradores. Portanto, embora as Instruções de Avaliação Atualizadas mantenham o formato de perguntas e respostas do documento anterior, tal documento foi reorganizado de modo a incluir 12 tópicos específicos (em vez dos 11 tópicos contidos nas Instruções de Avaliação de 2017). Além disso, as Instruções de Avaliação Atualizadas fornecem um contexto mais amplo para cada um dos tópicos mencionados, incluindo breves introduções que explicam a relevância de cada tópico e, em alguns casos, citações do Manual de Justiça e das Diretrizes de Sentenças dos EUA.

Os 12 tópicos das Instruções de Avaliação Atualizadas foram agrupados para monitorar as três principais questões relativas à eficácia de programas de conformidade descritas na Seção 9-28.800 do Manual de Justiça:

1. "O programa de conformidade da empresa foi bem elaborado?"

Os tópicos incluem: Avaliação de Riscos; Políticas e Procedimentos; Treinamentos e Comunicações; Estrutura de Relatoria Confidencial e Processos de Investigação; Gestão de Terceiros; e Fusões e Aquisições.



Kathryn Cameron Atkinson

International Chair
katkinson@milchev.com



John E. Davis

FCPA Practice Coordinator
jdavis@milchev.com



James G. Tillen

International Vice Chair
jtillen@milchev.com



Leah Moushey

Associate
lmoushey@milchev.com

2. "O programa está sendo aplicado de forma séria e de boa fé?" Em outras palavras: "O programa está sendo implementado de forma efetiva?"

Os tópicos aqui incluem: Comprometimento da Diretoria e da Gerência; Autonomia e Recursos; bem como Incentivos e Medidas Disciplinares.

3. "O programa de conformidade da empresa funciona na prática?"

Os tópicos aqui incluem: Aprimoramento Contínuo, Revisões e Testes Periódicos; Investigações de Má-Conduita; e Análise e Remediação de Qualquer Má-Conduita Envolvida.

Temas Gerais

- ▶ **Uma Avaliação com uma Abordagem Mais Holística.** Embora as Instruções de Avaliação de 2017 tenham incluído questões voltadas a uma análise retrospectiva de más-condutas específicas e de questões relativas aos programas, as Instruções de Avaliação Atualizadas fazem uso de uma abordagem mais ampla, de modo a avaliar, antes de tudo, a abordagem geral da empresa quanto à conformidade e, em seguida, dedicar-se a entender até que ponto o programa funcionou ou não no que se refere à suposta má-conduta investigada.
- ▶ **Ênfase na Estrutura de Tomada de Decisões.** As Instruções de Avaliação Atualizadas incluem diversas questões novas que levam procuradores a questionar a *estrutura* utilizada na tomada de decisões no que se refere ao formato e à implementação de seu programa de conformidade – tanto de forma mais genérica como em um nível mais detalhado. Por exemplo, a seção "Aprimoramento Contínuo, Testes Periódicos e Revisão" leva os procuradores a questionarem não apenas se auditorias internas foram realizadas, mas também se a estrutura da empresa que dá suporte aos seus processos foi utilizada para se determinar quando e com que frequência as auditorias ocorreram. A terminologia incluiu a seção "Autonomia e Recursos," que questiona se o pessoal de conformidade possui responsabilidades sobre não-conformidades sobre o mesmo ponto. Os questionamentos não impedem que uma empresa opte por uma opção em particular. Em vez disso, sugerem que uma empresa deva estar preparada para defender métodos que elucidem o formato do programa e as alocações de recursos.
- ▶ **Foco na Integração de Programas.** As Instruções de Avaliação Atualizadas levam procuradores a determinar se alguns elementos do programa existem, mas também como eles funcionam em sintonia com outros componentes do programa e como se integram ao ritmo cotidiano da empresa. Por exemplo, as Instruções de Avaliação Atualizadas não fazem referência somente à importância de se ter políticas e procedimentos abrangentes, como levam também os procuradores a questionar como as políticas e procedimentos são reforçados pelos sistemas internos de controle de uma empresa.
- ▶ **Operacionalização do Aprimoramento Contínuo.** Ao longo de diversas seções, as Instruções de Avaliação Atualizadas levam os procuradores a avaliar como uma empresa mensura a efetividade de um programa. Por exemplo, em diversos momentos, o documento enfatiza a importância de se capturar e rastrear dados de modo a se analisar tendências e oportunidades perdidas. Além disso, trechos explicativos adicionais estimulam os procuradores a fazer mais do que meramente questionar se um programa e seus elementos são efetivos, levando-os a questionar *de que forma* tal eficácia é mensurada na prática. Por exemplo, a seção "Treinamento e Comunicações" sugere que os procuradores questionem como a eficácia de um treinamento é mensurada e aprimorada. No contexto de "Aprimoramento Contínuo, Testes Periódicos e Revisão," as Instruções de Avaliação Atualizadas recomendam que os procuradores questionem como e com que frequência a cultura de conformidade da empresa é mensurada e de que forma essa análise é utilizada para gerar informações que visem ao aprimoramento contínuo do programa da empresa.

Atualizações sobre Tópicos Específicos em Destaque

- ▶ **Avaliação de Riscos como Ponto de Partida.** A seção sobre "Avaliação de Riscos" foi colocada em primeiro lugar dentre os 12 tópicos abordados nas Instruções de Avaliação Atualizadas (seção esta que estava posicionada como o quinto tópico abordado nas Instruções de Avaliação de 2017). Ao reconhecer a situação atual das práticas entre diversas empresas e profissionais de conformidade externos, as Instruções de Avaliação Atualizadas enfatizam que o "ponto inicial na avaliação de um procurador quanto à existência de um programa de conformidade bem elaborado de uma empresa deve ser o

entendimento dos negócios da empresa por uma perspectiva comercial, de como a empresa identifica, avalia e define seu perfil de risco, bem como o grau em que o programa prioriza o detalhamento e os recursos para a esfera de riscos." Surpreendentemente, as Instruções de Avaliação de Riscos Atualizadas não mencionam "riscos manifestados" (tema que foi foco no documento anterior). Ao invés disso, destaca a importância da "alocação de recursos ajustados aos riscos" (por exemplo, "[a] empresa dedica tempo desproporcional a políticas para áreas de baixo risco ao invés de de áreas de alto risco [...]"), bem como a importância de atualizações e revisões a avaliações de risco, políticas e procedimentos da empresa "resultantes de lições aprendidas." As empresas podem esperar que os procuradores dediquem mais tempo a entender de que forma as avaliações de risco influenciaram as alocações de recursos e que, portanto, passem a avaliar tais decisões de forma mais detalhada. Obviamente, uma empresa também pode esperar que esta linha de questionamento, em alguns casos, leve o DOJ a determinar que um incidente ou má-conduta específica em uma área não seja suficiente para tornar o programa de conformidade inefetivo ou mal desenvolvido.

- ▶ **Instruções Adicionais relativas a Mecanismos de Relatoria e a Respostas a Investigações.** As Instruções de Avaliação Atualizadas incluem um décimo-segundo tópico ao dividir o trecho anterior – "Investigação e Relatoria Confidencial" – em duas seções separadas: "Estrutura de Relatoria Confidencial e Processo de Investigação" e "Investigação de Má Conduta." As Instruções de Avaliação Atualizadas incluem novas questões quanto à empresa ter implementado e anunciado um mecanismo de relatoria *anônima*, de modo a dar suporte às preocupações do DOJ sobre retaliações por denúncias relativas a questões de conformidade. Além disso, as Instruções de Avaliação Atualizadas incluem novas questões relativas à agilidade e à qualidade da reação de uma empresa frente aos resultados de investigações e à remediação das questões identificadas. Ainda, reforça a importância de se rastrear e aprender com os resultados da investigação (de acordo com o tema mais genérico de captura e rastreio de dados das Instruções de Avaliação Atualizadas para gerar informações sobre o aprimoramento contínuo).
- ▶ **Ênfase sobre a Justificativa Proativa de Métodos Comerciais relativos a Terceiros.** As Instruções de Avaliação de 2017 incluíam uma questão relativa à revisão retroativa dos métodos da empresa quanto ao uso de terceiros envolvidos em investigações. A seção das Instruções de Avaliação Atualizadas sobre a "Gestão de Terceiros" avalia como a empresa assegura-se sobre o uso dos métodos apropriados da empresa por terceiros de forma mais genérica. Esses temas evidenciam a visão de que a primeira etapa na gestão de riscos de conformidade gerados por terceiros, discutivelmente mais importante, deve ser a análise da existência de uma clara necessidade comercial de se ter esses terceiros e, se for o caso, articular quais qualificações seriam necessárias para que se alcance tal necessidade. As empresas podem beneficiar-se muito ao refletir se seus programas de conformidade precisam dessa etapa e, caso precisem, se tal etapa está bem documentada e se é mantida como parte dos arquivos *due diligence*.