

INVESTIGAÇÕES COMPLEXAS DE COMPLIANCE

COMPLEX COMPLIANCE INVESTIGATIONS

Veronica Root Martinez¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Seja uma instituição financeira como a Wells Fargo, uma empresa automotiva como a General Motors, uma empresa de transporte como a Uber ou uma organização religiosa como a Igreja Católica, deixar de prevenir, detectar, investigar e remediar, de forma adequada, a má conduta nos quadros de uma organização pode ter resultados devastadores. A importância dos pontos de convergência do compliance é reconhecida pelas organizações, mas a realidade é que todos os tipos de instituições, privadas ou públicas, devem garantir que seus membros cumpram mandatos legais e regulamentares, normas setoriais, regras e expectativas internas. Eles devem policiar o cumprimento de milhares de membros em relação a centenas de leis. Assim, falhas de compliance nessas instituições complexas podem ser significativas e ter ampla disseminação, tanto em termos de alcance quanto de prejuízos correlatos. Desse modo, exames e avaliações cuidadosos revelam que muitos dos escândalos mais significativos e danosos ocorridos em organizações nos últimos tempos eram totalmente evitáveis. A pesquisa no campo da governança corporativa enfoca como as empresas são estruturadas, já que essas estruturas podem resultar em melhores decisões dentro da empresa. Estruturas são formas de separar o trabalho de uma organização em subunidades e dividir o controle e as responsabilidades pelo trabalho. O campo do compliance depende muito de insights da governança corporativa, o que gerou um estudo sobre quais estruturas organizacionais levarão a programas de compliance com maior probabilidade de prevenir e detectar más condutas dentro das empresas. No entanto, quando chega a hora de investigar possíveis incidentes de má conduta e determinar se são eventos significativos, organizações complexas devem ir para além de questões relacionadas à melhor estruturação de um programa de compliance. Este Artigo argumenta que empresas devem se concentrar em reformas baseadas em processos ou ações, práticas e rotinas que se utilizam para comunicar e analisar informações que podem reforçar as

¹ *Professor of Law and Robert & Marion Short Scholar, Notre Dame Law School. Seleccionada para o 2019 AALS New Voices in Business Law Program. Agradecimentos a Miriam Baer, Babak Boghraty, Samuel Bray, Eric Chaffee, Kevin Davis, Gina-Gail S. Fletcher, Joseph A. Grundfest, Todd Haugh, David Hess, Kristin Johnson, Renee Jones, Randy Kozel, Ann M. Lipton, Orly Lobel, Lloyd Mayer, Marcia Narine, J.S. Nelson, Patricia O'Hara, Jari Peters, Elizabeth Pollman, Daniel Richman, Usha Rodrigues e Hillary Sale, bem como aos participantes do Cornell Legal Research Workshop, 2018 Governance Roundtable, 2018 Corporate Governance SEALS discussion group, 2018 Lutie Lytle Writing Workshop, 2018 Corporate Compliance and Organizational Change Workshop, 2016 Perspectives on the Future of White Collar Crime SEALS discussion group e 2015 Notre Dame Law School Junior Faculty Workshop, por seus comentários e conversas valiosas. Agradecimento especial a Brian Haney, Carol Li, Cara Weingartner e Malaina Weldy pela assistência inestimável na pesquisa. Agradecimentos adicionais a Courtney A. Murray e à equipe editorial da Columbia Law Review, onde o Artigo foi originalmente publicado (Vol. 120, N° 2, 2020, pp. 249-308). Tradução de Ricardo Souza (<https://www.souza.trd.br>).*

“investigações complexas do compliance”, atuando como rede de segurança quando os programas de compliance deixarem de detectar e dar uma resposta adequada à má conduta dentro delas.

Palavras-chave: Programa de compliance eficaz. Organizações complexas. Má conduta corporativa. Silos de informação. Investigações internas. Reformas baseadas em processos. Princípio da agregação.

Abstract: Whether it is a financial institution like Wells Fargo, an automotive company like General Motors, a transportation company like Uber, or a religious organization like the Catholic Church, failing to properly prevent, detect, investigate, and remediate misconduct within an organization's ranks can have devastating results. The importance of the compliance function is accepted within corporations, but the reality is that all types of organizations-private or public-must ensure their members comply with legal and regulatory mandates, industry standards, and internal norms and expectations. They must police thousands of members' compliance with hundreds of laws. And when compliance failures occur at these complex organizations they can be significant and widespread in both scope and associated harms. Yet, careful examination and assessment reveals that many of the most significant and damning scandals occurring within organizations of late were entirely avoidable. Research within the field of corporate governance focuses on how firms are structured because those structures can result in better decision making within the firm. Structure refers to the manner of separating the work in an organization into subunits and dividing the control of and responsibilities for the work. The field of compliance relies heavily on these insights from corporate governance, which has led to a focus on what organizational structures will lead to compliance programs likely to prevent and detect misconduct within firms. When it comes time to investigate potential incidents of misconduct and determine whether they are material events, however, complex organizations must go beyond issues related to the best manner in which to structure a compliance program. Instead, this Article argues that firms must focus on process-based reforms-or the actions, practices, and routines firms employ to communicate and analyze information-that will bolster a firm's “Complex Compliance Investigations” and act as a safety net when compliance programs fail to detect or appropriately respond to misconduct within firms.

Keywords: Effective compliance program. Complex organizations. Corporate misconduct. Information silos. Internal investigations. Process-based reforms. Aggregation principle.

INTRODUÇÃO

Apesar dos esforços despendidos por governos, reguladores, procuradores, partes interessadas privadas e acadêmicos na identificação de mecanismos eficazes para o esforço das organizações em prevenir e impedir condutas impróprias dentro de seus quadros, a má conduta continua a persistir dentro de organizações de todos os tipos. Contas bancárias falsas. Chaves de ignição defeituosas. Assédio sexual. Proteção de predadores. De modo repetido e diário, o público fica sabendo de condutas impróprias generalizadas e significativas que assolam organizações nas quais milhões de pessoas confiam. O mais preocupante, no entanto, é que a amplitude e a profundidade de muitos desses escândalos eram totalmente evitáveis.

Por exemplo, em 2016, a Wells Fargo anunciou que havia firmado um acordo para pagar “uma multa totalizando US\$ 185 milhões ao Departamento de Proteção Financeira do Consumidor, ao Escritório da Controladoria da Moeda e à Cidade e Condado de Los Angeles,

para liquidar acusações”, porém sem admitir irregularidades formais de ter aberto contas de forma fraudulenta em nome de clientes sem o conhecimento deles.² Entretanto, o acordo inicial foi apenas o começo das dificuldades para o banco, que agora celebrou vários acordos com o DOJ [*Department of Justice*],³ a SEC [*Securities and Exchange Commission*],⁴ e o *Federal Reserve*,⁵ entre outros.⁶ Além das ações movidas por entidades governamentais, supostos *whistleblowers* internos alegaram terem sido demitidos ou sofreram retaliações quando tentaram alertar os superiores da empresa sobre as atividades fraudulentas.⁷ No início de 2018, uma dessas reivindicações resultou em um acordo de US\$ 577.000 e uma ordem para

² Bethany McLean. *How Wells Fargo's Cutthroat Corporate Culture Allegedly Drove Bankers to Fraud*. In *Vanity Fair* (31/03/2017). In <https://www.vanityfair.com/news/2017/05/wells-fargo-corporate-culture-fraud> [<https://perma.cc/6G23-MNAZ>].

³ E.g., Comunicado de Imprensa, DOJ: Departamento de Justiça obtém US\$ 5,4 Milhões em alívio adicional para compensar militares por reposições ilegais realizadas pelo Wells Fargo Dealer Services (14/11/2017). In <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-obtains-54-million-additional-relief-compensate-servicemembers-unlawful> [<https://perma.cc/MX78-FR6Y>]; Comunicado de Imprensa: Departamento de Justiça chega a acordo de US\$ 4 milhões com o Wells Fargo Dealer Services por reposição ilegal de veículos de militares (29/09/2016), in <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-reaches-4-million-settlement-wells-fargo-dealer-services-illegally> [<https://perma.cc/C4AY-1P2V>]; Comunicado de Imprensa, DOJ: Banco Wells Fargo concorda em pagar US\$ 1,2 bilhão por práticas impróprias de concessão de empréstimos hipotecários (08/04/2016), in <https://www.justice.gov/opa/pr/wells-fargo-bank-agrees-pay-12-billion-improper-mortgage-lending-practices> [<https://perma.cc/CVZ6-TUNBJ>].

⁴ E.g., Ordem aprovando o plano de distribuição: *Exchange Act Release N. 80,302*, 116 SEC Docket 1642 (23/03/2017); Ordem instituindo procedimentos administrativos de cessar e desistir: *Securities Act Release N. 9349*, *Exchange Act Release N. 67,649*, *Investment Company Act Release N. 30,167*, 104 SEC Docket 1445 (14/08/2012); Comunicado de Imprensa, SEC: Wells Fargo Advisors admite falha na manutenção de controles e produção de documento alterado, e concorda em pagar multa de US\$ 5 milhões (22/09/2014), in <https://www.sec.gov/news/press-release/2014-207> [<https://perma.cc/6BBA-SEZQ>].

⁵ E.g., Acordo escrito entre o Wells Fargo & Company e os Conselheiros do *Federal Reserve System*, Docket N. 18-007-B-HC (02/02/2018); Wells Fargo & Co., Atualização Wells Fargo: Ordem de consentimento da *Federal Reserve* (2018), in https://mms.businesswire.com/media/20180202005711/en/638742/1/3837099cWells_Fargo_Consent_Order_e_n.pdf [<https://perma.cc/XDP8-3ZEJ>]; Comunicado de Imprensa: Conselheiros do *Federal Reserve System*: Respondendo a abusos generalizados contra consumidores e falhas de conformidade do Wells Fargo, *Federal Reserve* restringe o crescimento do banco até que a empresa melhore a governança e os controles. Em conjunto com a ação do *Fed*, Wells deve substituir três diretores até abril e um até o final do ano (02/02/2018), in <https://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/enforcement20180202a.htm> [<https://perma.cc/34LR-G72W>] [doravante *Comunicado de Imprensa do Fed sobre o Wells Fargo*].

⁶ Vide, e.g., Emily Flitter, *Wells Fargo Agrees to Settle Auto Insurance Suit for \$ 386 Millions*, in *N.Y. Times* (07/06/2019), in <https://www.nytimes.com/2019/06/07/business/wells-fargo-auto-insurance-lawsuit-settlement.html>; Imani Moise, *Wells Fargo to Pay \$ 575 Million in Settlement with U.S. States*, in *Reuters* (28/12/2018), <https://www.reuters.com/article/us-wells-fargo-settlement/wells-fargo-to-pay-575-million-in-settlement-with-u-s-states-idUSKCN1OR19Q> [<https://perma.cc/8P9V-HL47>]; Jonathan Stempel & Dena Aubin, *Wells Fargo Officials Enter \$ 240 Million Settlement over Bogus Accounts*, in *Reuters* (01/03/2019), <https://www.reuters.com/article/us-wells-fargo-settlement/wells-fargo-officials-enter-240-million-settlement-over-bogus-accounts-idUSKCN1QI4P3> [<https://perma.cc/LUA3-KAKW>].

⁷ Matt Egan, *More Wells Fargo Workers Allege Retaliation for Whistleblowing*. CNN (07/11/2017), in <http://money.cnn.com/2017/11/06/investing/wells-fargo-retaliation-whistleblower/index.html> [<https://perma.cc/RNF2-F7FT>]. Para a avaliação jurídica do Wells Fargo sobre alegações de retaliação contra denunciante, vide *Indep. Dirs. of the Bd. of Wells Fargo & Co., Sales Practices Investigation Report 87 n.26* (2017), <https://www08.wellsfargomedia.com/assets/pdf/about/investor-relations/presentations/2017/board-report.pdf> [<https://perma.cc/HT9K-TCHU>] [doravante *Relatório de Investigação do Wells Fargo*].

recontratar um empregado.⁸ As falhas significativas em todas as fileiras da organização levaram a uma sanção sem precedentes do *Federal Reserve* em fevereiro de 2018, restringindo a capacidade da instituição financeira em crescer, a não ser que melhore sua governança e seus controles internos.⁹ Apesar disso, o Wells Fargo havia estruturado o seu programa de compliance conforme o esperado, consoante as normas do setor à época. Na verdade, como um estudioso explicou, “quando do seu maciço escândalo das contas falsas (...) o Wells Fargo tinha um programa de compliance robusto, baseado nas *Organizational Sentencing Guidelines*, com todas as ferramentas ‘necessárias’ para a eliminação de falhas típicas de compliance. Entretanto, a empresa não conseguiu prever, muito menos impedir, uma falha significativa de compliance (...).”¹⁰

Da mesma forma, a General Motors não conseguiu reconhecer e evitar uma grave falha de compliance, mas de tipo diferente, que não apenas custou bilhões de dólares à organização, mas também resultou na morte de pelo menos 124 pessoas.¹¹ Em 2014, a montadora anunciou um recall de mais de dezessete milhões de veículos em todo o mundo, mais de onze milhões deles com registro de problemas na chave de ignição que causavam a perda de energia do carro, especialmente quando “as chaves acidentalmente colidiam ou eram movidas para fora da posição ‘Run’ [funcionar].”¹² Nos casos em que a chave falhou e o carro abruptamente parou, os airbags não foram acionados, criando o risco de ferimentos graves tanto para o motorista como para os passageiros.¹³ Apesar desse risco significativo, a corporação optou por não corrigir as chaves e ignição defeituosas, mesmo após receber os primeiros relatos sobre o “problema” em 2004, além de vários outros posteriormente.¹⁴ Com efeito, quando a General Motors detectou o problema pela primeira vez, classificou-o indevidamente como uma questão de comodidade do cliente, em vez de um problema de segurança, levando-a a determinar que a

⁸ C. Ryan Barber, *Wells Fargo, Ending Its Appeal, Settles Whistleblower’s \$ 577K Retaliation Case*, in *Nat’l L.J.* (19/01/2018), <https://www.law.com/nationallawjournal/sites/nationallawjournal/2018/01/19/wells-fargo-ending-its-appeal-settles-whistleblowers-577k-retaliation-case/>.

⁹ Vide *Written Agreement Between Wells Fargo & Company and Board of Governors of the Federal Reserve System*, nota de rodapé n. 4, *supra*, pp. 8-9; Comunicado de Imprensa do *Federal Reserve* sobre o Wells Fargo, nota de rodapé n. 4, *supra*.

¹⁰ Todd Haugh. *The Power Few of Corporate Compliance*. In *Ga. L. Rev.*, N. 53, 2018, p. 157 [doravante *Haugh, Power Few*].

¹¹ Kirsten Korosec, *Dez Vezes Mais Mortes Ligadas a Falha em Interruptores do que a GM Inicialmente Relatou*, *Fortune* (24/08/2015), in <http://fortune.com/2015/08/24/feinberg-gm-faulty-ignition-switch/> (arquivado na *Columbia Law Review*); Eric D. Lawrence, *GM fecha acordo de US\$ 120 milhões em casos de chaves de ignição defeituosas*, in *USA Today* (20/10/2017), in <https://www.usatoday.com/story/money/cars/2017/10/20/gm-settles-deadly-ignition-switch-cases-120-million/777831001/> [<https://perma.cc/AFS8-CJ65>].

¹² Peter Valdes-Dapena & Tal Yellin, *GM: Passos para um pesadelo de recall*, in *CNN*, <https://money.cnn.com/infographic/pf/autos/gm-recall-timeline/index.html> [<https://perma.cc/4BWX-PUXY>] (acesso em 08/10/2019).

¹³ Anton R. Valukas, Jenner & Block, *Relatório ao Conselho de Administração da General Motors Company sobre os recalls da chave de Ignição* (2014), in <https://www.aieg.com/wp-content/uploads/2014/08/Valukas-report-on-gm-redacted2.pdf> [<https://perma.cc/VB9L-5BHD>].

¹⁴ *Id.* p. 2-4.

alteração no design da chave de ignição custaria simplesmente muito caro.¹⁵ Nos anos seguintes, a montadora continuou a demonstrar “falta de urgência, falta de responsabilidade sobre o problema, falta de supervisão e falta de compreensão das graves consequências do defeito.”¹⁶ No final das contas, essa falta de urgência e supervisão acabou se mostrando extremamente custosa para a General Motors, tanto em termos da sua reputação pública quanto de suas finanças. Em 2017, a General Motors firmou um acordo de US\$ 120 milhões com as vítimas do escândalo da chave de ignição defeituosa, valor que se somou a aproximadamente US\$ 2,5 bilhões em penalidades impostas à empresa.¹⁷ Essas penalidades incluíram, por exemplo, um acordo de US\$ 900 milhões com o Departamento de Justiça (DOJ) em um caso criminal, além de múltiplos outros acordos individuais com vítimas de acidentes.¹⁸

Quando organizações não conseguem lidar de forma adequada com possíveis falhas de compliance, isso apresenta uma situação especialmente problemática, porque a responsabilidade pela prevenção e detecção de má conduta dentro de uma organização reside principalmente na própria organização.¹⁹ Uma suposição subjacente a todos os esforços modernos de compliance é que as organizações estariam em melhor posição para monitorar e policiar o comportamento de seus integrantes.²⁰ Esse entendimento decorre de incidentes passados de má conduta corporativa, sendo assim incontroverso.

Por exemplo, quando os escândalos da Enron e da Arthur Andersen eclodiram em 2001, causaram um “efeito cascata” em toda a América corporativa e desencadearam uma variedade de respostas, tanto do Congresso, como de reguladores e procuradores.²¹ Leis foram aprovadas²², prioridades de fiscalização foram redefinidas²³, e a maneira como a má conduta

¹⁵ *Id.* p. 2. Vide também Valdes-Dapena & Yellin, nota 11, *supra*.

¹⁶ Valukas, nota 12, *supra*, p. 4, 9.

¹⁷ Lawrence, nota 10, *supra*.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Vide *U.S. Sentencing Guidelines Manual*, § 8B2.1 (*U.S. Sentencing Commission* 2004) (descrevendo um “programa eficaz de conformidade e ética”, incluindo diligência devida, promoção da conduta ética e conformidade com a lei). Vide também o seu Capítulo VIII, com comentário introdutório (observando que as diretrizes “fornecem uma base estrutural a partir da qual uma organização pode monitorar sua própria conduta por meio de um programa eficaz de conformidade e ética”). (grifou-se).

²⁰ Miriam Hechler Baer, *Governing Corporate Compliance*. In 50 B.C. L. Rev. 949, 959 (2009).

²¹ Lawrence A. Cunningham, *Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform* 66 Fla. L. Rev. 1, 16-18 (2014).

²² Vide *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, Pub. L. N. 107-204, § 302, 116 Stat. 745, 777-78 (compilado em 15 U.S.C. § 7241 (2012)).

²³ Por ex., poucas semanas após a condenação da Arthur Andersen por obstrução de justiça, o então Presidente George W. Bush criou a *President’s Corporate Fraud Task Force* dentro do Departamento de Justiça. Nesse sentido: *United States v. Arthur Andersen, LLP*, 374 F.3d 281, 284 (5th Cir. 2004) (observando que um veredicto de condenação foi proferido em 15/06/2002), mas revogado em 544 U.S. 696, 708 (2005), com a *Exec. Order N. 13,271*, 67 Fed. Reg. 46,091 (11/07/2002) (estabelecendo a força-tarefa para “investigar e processar crimes financeiros significativos, recuperar os produtos desses crimes e garantir punições justas e eficazes para aqueles que cometeram crimes financeiros”). Para mais informações sobre a *Corporate Fraud Task Force*, vide *The President’s Corporate Fraud Task Force*, in DOJ Archives, <http://www.justice.gov/archive/dag/cftf/> [<https://perma.cc/EKG4-VQYW>] (acesso em 09/04/2019). Sob o Governo do então Presidente Barack Obama, o programa foi reformulado como a *Interagency Financial Fraud Task Force*. Vide *Comunicado de Imprensa, SEC, Presidente Obama estabelece a Força-Tarefa Interagências*

corporativa era solucionada e acordada pelo Ministério Público mudou drasticamente.²⁴ O foco das corporações, agências reguladoras e a Procuradoria passou à consideração dos programas de compliance corporativo como a “chave” para a eficácia dissuasória.²⁵ À medida em que os programas de compliance ganhavam relevância, houve uma intensificação da “vigilância interna sobre os empregados das empresas”²⁶ e as organizações assumiram a responsabilidade de monitorar seus empregados para cumprir os requisitos regulatórios e legais cada vez mais rigorosos, passando a se concentrar na estrutura—a divisão do trabalho dentro da organização em subunidades, bem como a separação do controle e das responsabilidades pelo trabalho—dos programas de compliance que implementaram.²⁷ A ênfase na estrutura interna de compliance de uma organização passou a ser considerado essencial para garantir a eficácia e a robustez de um programa de compliance e de ética.²⁸

A determinação da estrutura adequada dos programas de compliance tem sido uma questão debatida por acadêmicos, profissionais, procuradores e reguladores há décadas.²⁹ Deve o programa de compliance ser segmentado em áreas específicas ou deve haver um único programa de caráter global?³⁰ O Diretor de Compliance ou CCO [*Chief Compliance Officer*] está subordinado ao Diretor Jurídico ou ao Conselho Fiscal?³¹ Os profissionais de compliance devem estar integrados em departamentos específicos ou devem permanecer separados, para evitar influência indevida [*deterrent to capture*]?³² Essas e outras questões fundamentais sobre como as organizações devem estruturar seus programas de conformidade resultaram em importantes e necessários progressos para o amadurecimento dos programas de compliance das corporações na atualidade.

de Aplicação Contra Fraude Financeira (17/11/2009), in <http://www.sec.gov/news/press/2009/2009-249.htm> [<https://perma.cc/NDN8-ATNR>]. Vide também Cunningham, nota 20, *supra*, pp. 16-17 (detalhando diferentes mudanças nas prioridades de fiscalização como resultado do caso Enron e outros escândalos corporativos).

²⁴ Vide Brandon L. Garrett, *The Public Interest in Compliance Settlements*, in 58 B.C. L. Rev. 1483, 1498-1511 (2017) (analisando o uso da *supervised probation*, *deferred prosecution agreements*, e *nonprosecution agreements* na abordagem da má conduta corporativa, apresentando referências relevantes).

²⁵ Cunningham, nota 20, *supra*, p. 17.

²⁶ *Id.*

²⁷ Vide Seção I.B, *infra*.

²⁸ Vide Seção I.B, *infra*.

²⁹ No mínimo, a questão de como estruturar um programa de conformidade tem sido debatida desde a aprovação da primeira versão das *Organizational Sentencing Guidelines*, em 1991, aplicável às corporações, parcerias, sindicatos, fundos, trustes, organizações sem fins lucrativos e entidades governamentais. Vide Paula Desio, *U.S. Sentencing Commission, An Overview of the Organizational Guidelines*, pp. 2-3, in https://www.hcca-info.org/Portals/0/PDFs/Resources/Conference_Handouts/Compliance_Institute/2006/707handout.pdf [<https://perma.cc/R44R-2XGJ>] (acesso em 20/01/2020).

³⁰ O Walmart, por exemplo, segmenta seu departamento de conformidade por área temática e depois por região geográfica. Vide Jay T. Jorgensen & C. Kevin Marshall, *Corruption and Compliance: Promoting Integrity in a Global Economy*, in 49 U.C. Davis L. Rev. 425, 431-33 (2015). Vide também *Global Ethics & Compliance, Walmart*, <https://corporate.walmart.com/our-story/global-ethics-compliance> [<https://perma.cc/HZ52-WBU5>] (acesso em 09/10/2019).

³¹ Vide Michael W. Peregrine, *Seeking Clarity at the Crossroads of Legal and Compliance*, in *Corp. Couns.* (18/09/2014), in <https://s3-us-east-2.amazonaws.com/mwe.media/wp-content/uploads/2019/04/05161327/cc091814.pdf> [<https://perma.cc/GVG3-PY56>].

³² Vide *Id.*

Entretanto, apesar de investirem muito tempo, esforço e dinheiro na implementação de reformas estruturais, bem como na melhoria dos programas de compliance, a cada ano surgem novos e ainda mais surpreendentes exemplos de más condutas, o que faz com que, frequentemente, as corporações deixem de prevenir adequadamente até mesmo graves falhas de compliance dentro de certos setores ou unidades. Os escândalos da Wells Fargo e da General Motors refletem falhas graves das organizações em cumprir suas responsabilidades de monitoramento e fiscalização, apesar da existência de programas de compliance estruturados de maneira que, teoricamente, deveriam garantir um nível adequado de supervisão e controle.

Neste sentido, há uma variedade de entendimentos amplamente aceitos, tanto nos setores das atividades econômicas quanto na literatura acadêmica, sobre o que é necessário para a criação de um programa de compliance eficaz. Todavia, ao considerar as graves falhas de conformidade que continuam a ocorrer — apesar da adoção de programas internos cada vez mais sofisticados — sobrepõe a necessidade de questionar, de forma assertiva, certos entendimentos e suposições que têm servido de base para os modernos programas de compliance.³³

Este Artigo objetiva contribuir para esse esforço.

Os programas de compliance dentro das empresas se concentram, com razão, na prevenção e detecção de condutas inadequadas em suas atividades. Aqueles que buscam criar programas eficazes de ética e compliance dedicam muito tempo ao desenvolvimento de estruturas apropriadas para abrigar, gerenciar e apoiar os esforços de integridade, garantindo que sejam eficazes na prevenção e detecção de irregularidades dentro das empresas. Contudo, como demonstrado em trabalhos anteriores, prevenção e detecção são apenas as duas primeiras de quatro etapas dentro dos esforços de compliance, com os estágios posteriores sendo de investigação e de remediação.³⁴ Este Artigo enfoca as etapas de detecção e investigação e na interrelação entre elas. O estudo demonstra que muitas falhas recentes de compliance dentro das organizações poderiam ter sido evitadas se procedimentos mais robustos — ou seja, ações, práticas e rotinas que as empresas poderiam adotar para comunicar e analisar informações — estivessem em vigor, o que garantiria que as investigações fossem conduzidas de maneira a permitir a análise de informações de diversas áreas dentro da organização. Dessa forma, este Artigo argumenta que as empresas devem adotar reformas baseadas em processos, que fortaleçam as investigações internas sobre falhas complexas de compliance e atuem como uma rede de segurança, quando os programas de compliance deixarem de detectar ou responder satisfatoriamente as condutas irregulares dentro da organização.

³³ Esse esforço está em estágios iniciais, mas já começou. Por exemplo, o Professor Todd Haugh argumentou recentemente que os programas de compliance têm sofrido em termos de eficácia porque assumem que as falhas de conformidade seguem uma distribuição normal entre os empregados. Contudo, na realidade, “a conduta antiética dos empregados tem a mesma probabilidade de seguir uma distribuição enviesada ou de ‘cauda gorda’.” Vide Haugh, Power Few, nota 9, *supra*, p. 135 (citando Daniel A. Farber, *Uncertainty, in 99 Geo. L.J.* 901, 923 (2011)).

³⁴ Vide Veronica Root, *The Compliance Process*, 94 *Ind. L.J.* 203, 219-27 (2019) [doravante *Root, Compliance Process*].

A Parte I deste Artigo explora por que os esforços para conter a má conduta corporativa passaram a depender fortemente do autopolicimento dentro das organizações, o que contribuiu para a ascensão da função de compliance. Em seguida, esta seção demonstra, com base na literatura sobre comportamento organizacional e governança corporativa, a importância da implementação de certas estruturas na criação de programas de compliance. Para os fins deste estudo, estrutura se refere às decisões da empresa sobre como se organizar.³⁵ Por fim, a Parte I revisa os entendimentos atuais sobre compliance na literatura jurídica, destacando os principais componentes estruturais necessários para um programa de conformidade eficaz, com foco na prevenção e detecção da má conduta corporativa.

A Parte II enfoca a evolução da função de compliance. Ela demonstra que os programas tradicionais de compliance tinham um escopo limitado, concentrando-se em áreas temáticas específicas. No entanto, com o surgimento de organizações mais complexas — aquelas com múltiplos departamentos descentralizados ou estruturas organizacionais intrincadas, incluindo diversas controladoras e subsidiárias — novos desafios surgiram para os esforços de compliance. Para os fins deste Artigo, uma organização complexa pode ser tanto uma entidade única com vários departamentos, como uma universidade, quanto um grupo corporativo com múltiplas subsidiárias, como a Walmart. Empresas maiores e mais complexas frequentemente sofrem com silos de informação, que ocorrem quando departamentos ou divisões dentro de uma grande organização operam de forma isolada, sem comunicação eficaz com outras partes da empresa.³⁶ Esses silos de informação frequentemente dificultam a comunicação eficaz em toda a organização e, em particular, podem prejudicar os esforços da empresa para conduzir investigações completas e adequadas sobre alegações de possível má conduta.

A Parte III apresenta a tese central deste Artigo, argumentando que as empresas devem adotar reformas baseadas em processos para fortalecer suas investigações sobre falhas complexas de compliance. Essas reformas atuam como uma rede de segurança quando os programas de compliance deixarem de responder ou não responderem adequadamente às condutas irregulares dentro das organizações. A seção começa com dois estudos de caso, demonstrando que as falhas recentes de compliance em organizações complexas indicam que muitos desses programas — independentemente de sua estruturação organizacional — sofrem com silos de informação, o que leva a respostas inadequadas ou ineficazes diante de graves condutas irregulares. Em seguida, a Parte III destaca como reformas baseadas em processos podem ajudar grandes empresas a detectar falhas de compliance antes que elas se tornem generalizadas ou significativas. Para ilustrar, são analisadas as reformas específicas aos casos de Wells Fargo e General Motors, demonstrando como intervenções adicionais podem agregar

³⁵ Tor Hernes, *A Process Theory of Organization* 69 (2014) (citando a definição de Stewart Ranson, Bob Rinings e Royston Greenwood sobre estrutura organizacional como “as estruturas sociais de relacionamentos que residem nas organizações”). Vide também Nicola Faith Sharpe, *Process over Structure: An Organizational Behavior Approach to Improving Corporate Boards*, in 85 S. Cal. L. Rev. 261, 266-68 (2012). A propósito, vide Hernes, *supra*, pp. 69-71 (argumentando que a dualidade entre processo e estrutura é uma falácia).

³⁶ Cf. Richard E. Levy & Robert L. Glicksman, *Agency-Specific Precedents*, in 89 Tex. L. Rev. 499, 510-14 (2011) (discutindo os efeitos dos silos informacionais sobre grandes burocracias governamentais em agências administrativas).

valor aos programas de compliance das empresas. Especificamente, a Parte III propõe três intervenções para fortalecer os esforços de detecção e investigação das empresas: (i) perguntas padronizadas para investigações internas, (ii) pesquisas de materialidade, e (iii) aplicação de princípios de agregação ao avaliar informações. Por fim, a seção usa dois estudos de caso adicionais para destacar duas limitações das reformas baseadas em processos: organizações sem programas estruturais de compliance robustos, exemplificadas pelas investigações sobre a Igreja Católica; e organizações com culturas corporativas corruptas, exemplificadas pelo escândalo de assédio sexual na Uber.

A Parte IV discute alguns dos benefícios potenciais do *framework* proposto neste Artigo. Em seguida, o Artigo passa a destacar algumas questões ainda em aberto. Reconhecidamente, este estudo enfoca uma área relativamente específica dentro dos esforços de compliance: as falhas no *continuum* entre detecção e investigação dentro de organizações complexas. Entretanto, deficiências nesse aspecto podem ter consequências potencialmente devastadoras para as empresas.

I. A FUNÇÃO DO COMPLIANCE

Quando ocorre uma transgressão corporativa, as primeiras perguntas usualmente giram em torno de saber “como” e “por que” o programa de compliance da organização falhou. Em grande parte, essa ênfase decorre da responsabilidade das empresas em autopolicar suas operações. As pessoas jurídicas monitoram a conduta de seus empregados e agentes para garantir o cumprimento de requisitos legais e regulatórios, padrões do setor, políticas e procedimentos internos. As concepções iniciais do papel do compliance foram motivadas por esse modelo de fiscalização, com as *Organizational Sentencing Guidelines* exigindo que as empresas tivessem programas eficazes de ética e conformidade para prevenir e detectar irregularidades.³⁷ Quando as empresas começaram a desenvolver seus programas internos de compliance, o foco principal era o de como estruturar esses programas. A questão de como os mecanismos de governança devem ser organizados dentro das empresas tem sido amplamente debatida na literatura sobre governança corporativa e comportamento organizacional. De fato, embora muitos dos entendimentos atuais sobre compliance no Direito enfatizem a função de fiscalização interna, eles também refletem a relação entre o programa de compliance com os requisitos legais e regulatórios, além de aspectos frequentemente abordados pelos responsáveis da governança corporativa.

A. Autopolicamento e a ascensão do compliance

³⁷ Vide, e.g., *U.S. Sentencing Guidelines Manual* § 8C2.5(f) (prevendo uma atenuante da culpabilidade das organizações, com base na eficácia do programa de compliance existente).

O conceito de má conduta corporativa é, de certa forma, um equívoco terminológico, pois uma corporação, por si só, não pode agir em seu próprio nome. Em vez disso, são os integrantes da organização que atuam em nome da empresa. Dessa forma, a má conduta corporativa consiste em atos impróprios praticados pelos agentes da corporação, que podem ser atribuídos à própria empresa.³⁸ Tradicionalmente, as organizações são responsabilizadas pelas ações de seus agentes, incluindo seus empregados e gestores.³⁹

Como resultado disso, um dos principais desafios enfrentados pelas agências governamentais de fiscalização é como incentivar as corporações a controlar a conduta de seus integrantes.⁴⁰ O cerne desse desafio para as empresas é como encorajar seus empregados a seguir as diretrizes corporativas.⁴¹ Esse esforço, qual seja, a tarefa de monitorar os seus próprios integrantes, a fim de evitar que eles se envolvam em condutas irregulares, bem como detectar eventuais infrações, é o que se entende por autopolicimento [*self-policing*]. As tentativas de definir os mecanismos necessários para alcançar um autopolicimento eficaz têm provocado debates na literatura jurídica e entre formuladores de políticas públicas, há mais de duas décadas.⁴²

Embora as organizações tenham adotado diversas estratégias, um dos principais instrumentos utilizados pelo governo para incentivar as empresas a criar e implementar programas de compliance corporativo vem das *Organizational Sentencing Guidelines*, promulgadas em 1991.⁴³ Estas diretrizes organizacionais se aplicam a todas as organizações, sejam elas de capital aberto ou fechado, abrangendo corporações, parcerias [*partnerships*], sindicatos, fundos de pensão, trusts, entidades sem fins lucrativos e órgãos governamentais.⁴⁴ Essas diretrizes trazem orientações sobre as sanções apropriadas quando as empresas são processadas e consideradas culpadas por crimes corporativos.⁴⁵ Além disso, as *Organizational Guidelines* incentivam a criação de “programas eficazes de compliance”, pois as organizações que demonstram ter tais programas podem receber uma atenuação substancial das penalidades, caso seja detectada uma infração.⁴⁶ Elas orientam as empresas a estabelecer um programa de compliance que seja “razoavelmente projetado, implementado e aplicado, de forma a ser geralmente eficaz na prevenção e detecção de condutas criminosas”.⁴⁷ Portanto, se uma organização não conseguir prevenir ou detectar irregularidades, mas for considerada como

³⁸ Vide Jennifer Arlen & Reinier Kraakman, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, in 72 N.Y.U. L. Rev. 687, 688 (1997).

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Vide *Id.*, pp. 689-91.

⁴¹ Vide *Id.*, p. 691.

⁴² Vide *Id.*, pp. 689-91.

⁴³ John R. Steer, *The Sentencing Commission's Implementation of the Sarbanes-Oxley Act 20 (2003)*, in <https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/training/organizational-guidelines/selected-articles/Steer-PLI-2003.pdf> [<https://perma.cc/PA2U-J5J3>].

⁴⁴ Desio, nota 28, *supra*, p. 2.

⁴⁵ *Id.*, p. 1.

⁴⁶ Steer, nota 42, *supra*, p. 22, Vide também *U.S. Sentencing Guidelines Manual* § 8C2.5(f) (*U.S. Sentencing Commission*, 2010).

⁴⁷ *U.S. Sentencing Guidelines Manual* § 8B2.1(a) (*U.S. Sentencing Commission*, 2013).

possuidora de um programa de compliance eficaz, a sanção que receberá, sob as diretrizes organizacionais, será menor do que se não tivesse um programa eficaz de compliance.

Essa abordagem de fiscalização e aplicação da lei [*enforcement*] está alinhada com a literatura clássica do Direito e da Economia. Os professores Jennifer Arlen e Reinier Kraakman explicam a importância de adotar um regime que incentive as organizações a se autopolicar, oferecendo algum tipo de crédito na forma de leniência, em vez de um regime de responsabilidade objetiva, que sancionaria toda má conduta corporativa sem levar em consideração os esforços da empresa para controlar as ações de seus dirigentes e empregados.⁴⁸

Com o tempo, entretanto, o verdadeiro poder das *Organizational Guidelines* em incentivar o autopolicamento dentro das empresas veio de sua influência sobre as estratégias de fiscalização dos reguladores e procuradores. Por exemplo, a descrição de um programa de compliance eficaz, como delineado nas *Organizational Guidelines*, acabou sendo “adotada por várias agências reguladoras federais e pelo Departamento de Justiça”.⁴⁹ Dessa forma, as organizações passaram a compreender que, mesmo que não fossem consideradas criminalmente responsáveis e formalmente submetidas a uma punição sob as *Organizational Guidelines*, ainda seria vantajoso adotar programas eficazes de compliance. Isso ocorre porque a linguagem das *Guidelines* passou a orientar as prioridades de fiscalização de diversos órgãos governamentais.

Quando os escândalos corporativos do início dos anos 2000 ocorreram, o autopolicamento voltou a ser considerado um componente essencial nos esforços para reduzir a má conduta corporativa. Em particular, os órgãos governamentais ressaltaram a importância dos programas de compliance corporativo como uma ferramenta de dissuasão que as organizações poderiam adotar para coibir condutas irregulares nas suas atividades.⁵⁰ O objetivo era criar um regime de fiscalização que incentivasse as empresas a adotarem a “vigilância interna sobre os empregados corporativos”.⁵¹ Assim, quando o Congresso dos EUA aprovou o *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, ele determinou que a *United States Sentencing Commission* revisasse as *Organizational Sentencing Guidelines*.⁵² Essa medida visava reforçar os incentivos para que as organizações desenvolvessem programas eficazes de compliance, estimulando-as a autopolicar seus empregados e agentes.

Após a aprovação da *Sarbanes-Oxley* e as correspondentes alterações nas *Organizational Guidelines*, a estratégia de fiscalização nos Estados Unidos passou por uma

⁴⁸ Vide Arlen & Kraakman, nota 37, *supra*, pp. 689-91.

⁴⁹ Steer, nota 42, *supra*, p. 22.

⁵⁰ Vide Cunningham, nota 20, *supra*, pp. 16-17 (descrevendo a visão governamental sobre os programas de compliance depois do caso Enron e da aprovação da *Sarbanes-Oxley Act*, “como sendo a chave para a dissuasão ideal, com uma nova ênfase na cooperação obrigatória que intensificou o policiamento interno dos empregados corporativos.”).

⁵¹ *Id.*, p. 17.

⁵² David Hess, *A Business Ethics Perspective on Sarbanes-Oxley and the Organizational Sentencing Guidelines*, in 105 Mich. L. Rev. 1781, 1783, pp. 9-10 (2007) (observando que a *Sentencing Commission* já planejava revisar as *Organizational Sentencing Guidelines* antes da aprovação da *Sarbanes-Oxley*).

mudança drástica. Pesquisas científicas demonstram que, em vez de priorizar a deflagração de ações penais contra empresas envolvidas em más condutas objetivando a sua condenação — como verificado no caso da Arthur Andersen⁵³ — a Procuradoria passou a adotar a estratégia pela qual “o objetivo principal da atuação contra empresas seria o de reabilitar a cultura corporativa, e não de punir a corporação”.⁵⁴ Procuradores e reguladores passaram a priorizar acordos negociados como solução para casos de má conduta corporativa, daí decorrendo a utilização dos *deferred prosecution agreements* (DPAs) e dos *non prosecution agreements* (NPAs).⁵⁵ Com efeito, entre 2001 e 2012, 63% das empresas que firmaram DPAs ou NPAs foram obrigadas a criar ou reelaborar um programa de compliance, e 35% dessas empresas tiveram que contratar novos empregados para a área de compliance.⁵⁶ Essas novas estratégias reconheceram a importância de ações para além da fiscalização, com o objetivo de “mudar culturas corporativas que fomentam condutas criminosas”. No entanto, a ênfase nos esforços de compliance voltados à prevenção e detecção de irregularidades permaneceu uma medida de grande importância.⁵⁷

B. Os componentes de um programa de compliance

À medida que as organizações enfrentavam o desafio de atenuar riscos específicos ou desenvolver um plano de remediação em resposta à má conduta corporativa, a sua reação foi, e continua sendo, a de desenvolver uma estratégia de compliance baseada nos elementos de design institucional, como estrutura e composição. Na literatura sobre comportamento organizacional, estrutura se refere à “maneira de separar o trabalho em uma organização em subunidades e dividir o controle. Geralmente, se trata de um sistema de divisão hierárquica de controle e responsabilidade. Em outras palavras, a estrutura delimitaria as responsabilidades organizacionais e os canais de comunicação, podendo ser tanto formal quanto informal”.⁵⁸ Por sua vez, composição, frequentemente considerada um subconjunto da estrutura, enfoca a “composição demográfica dos membros, incluindo a combinação de profissionais internos e externos, bem como suas habilidades”.⁵⁹ Advogados e departamentos de compliance parecem bastante confortáveis em desenvolver programas de conformidade que dependam dos

⁵³ Para um relato detalhado sobre a acusação e o recurso da Arthur Andersen, vide Brandon L. Garrett, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*, pp. 37-44 (2014).

⁵⁴ *Id.*, p. 47.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*, p. 48.

⁵⁷ *Id.*, p. 47-48 (citando Larry D. Thompson, *Deputy Attorney General*, DOJ, com observações do *Michigan Federal Bar Association* (05/10/2002), in <https://www.justice.gov/archive/dag/speeches/2002/100502dagremarks.htm> [<https://perma.cc/G8NG-ZP9H>]).

⁵⁸ Sharpe, nota 34, *supra*, p. 291 (citando Pamela S. Tolbert & Richard H. Hall, *Organizations: Structures, Processes, and Outcomes*, 20, 24, 10th ed., 2009).

⁵⁹ *Id.*

elementos de estrutura e composição para prevenir e detectar irregularidades dentro das organizações.

Por exemplo, a resposta da Walmart às alegações de má conduta dentro da empresa foi, em grande parte, baseada nos elementos de estrutura e composição. Após o *New York Times* reportar supostos casos de suborno ilegal na Walmart do México,⁶⁰ a empresa implementou uma nova estrutura organizacional em múltiplos níveis, integrando várias áreas de compliance em uma única organização global. Essa nova estrutura direciona relatórios de compliance locais para um Diretor Regional de Compliance, que, por sua vez, está subordinado ao Diretor Internacional de Compliance, que por sua vez está subordinado ao Diretor Global de Compliance.⁶¹ O Diretor Global de Compliance está diretamente subordinado ao Conselho Fiscal da empresa, com o objetivo de criar um programa de compliance unificado e interconectado.⁶² Desde 2016, as modificações no programa de compliance da Walmart incluem: a separação do departamento de compliance do departamento jurídico, e a fusão do programa de ética com o programa de compliance. Essas mudanças foram explicitamente voltadas para estrutura e composição, com o objetivo de aprimorar a prevenção e detecção de irregularidades dentro da organização.⁶³

Quando um programa de compliance se concentra nos elementos de estrutura e composição, ele traz informações claras e quantitativas para procuradores, reguladores, bem como para o público, sobre as medidas concretas que a empresa está adotando para melhorar o seu compliance. Não surpreende que os esforços de autopolicimento das empresas costumam ser baseados nesses conceitos. Por exemplo, uma empresa pode criar novos comitês para atribuir responsabilidades por melhorias e clarificar canais de comunicação — uma reforma estrutural.⁶⁴ Além disso, uma empresa pode tomar decisões estratégicas sobre se determinados

⁶⁰ Vide, e.g., David Barstow & Alejandra Xanic von Berktrab, *How Wal-Mart Used Payoffs to Get Its Way in Mexico*, in *N.Y. Times* (17/12/2012), <https://www.nytimes.com/2012/12/18/business/walmart-bribes-teotihuacan.html> (arquivado na Columbia Law Review); David Barstow, *Wal-Mart Hushed Up a Vast Mexican Bribery Case*, in *N.Y. Times* (21/04/2012), in <https://www.nytimes.com/2012/04/22/business/at-wal-mart-in-mexico-a-bribe-inquiry-silenced.html> (arquivado na Columbia Law Review).

⁶¹ Vide Michael Scher, *Walmart Is Now the World's Living Laboratory for Compliance*, *FCPA Blog* (21/05/2014), in <http://www.fcpablog.com/blog/2014/5/21/walmart-is-now-the-worlds-living-laboratory-for-compliance.html> [<https://perma.cc/4NMB-HHMM>] (citando *Walmart Inc.*, *Walmart's Global Compliance Program Report on Fiscal Year 2014*, p. 3, 9 (2014), <https://cdn.corporate.walmart.com/44/e3/07ac7de54ab08acc97290650ba15/2014-compliance-report.pdf> [<https://perma.cc/CD4E-NQ6B>] [doravante *2014 Walmart Compliance Report*]).

⁶² *Id.* Vide também Donna Boehme, *Walmart Rolling Out Big Compliance Reforms*, *Compliance Strategists Blog* (29 de abril de 2014), <http://compliancestrategists.com/csblog/2014/04/29/walmart-rolling-big-compliance-reforms/> [<https://perma.cc/KX7V-EUUX>].

⁶³ Não estou sugerindo que o Walmart não tenha incluído outros aspectos importantes em sua reformulação de compliance. Parece que sim. No entanto, as principais modificações no programa de compliance, destacadas pelo Walmart em seus relatórios anuais, parecem focar principalmente em estrutura e composição. Vide *2014 Walmart Compliance Report*, nota 60, *supra*, pp. 2-4; Doug McMillon, *Global Ethics & Compliance Program Report, Walmart* (20/04/2016), in <https://corporate.walmart.com/global-responsibility/global-compliance-program-report-on-fiscal-year-2016> [<https://perma.cc/CYP8-T9UZ>] [doravante *2016 Walmart Compliance Report*].

⁶⁴ Por exemplo, em 2014, o Walmart “estabeleceu um *Compliance and Ethics Committee* em cada um de seus mercados varejistas internacionais”, com o objetivo de fornecer uma oportunidade para regularmente “discutir

procedimentos de compliance serão conduzidos por agentes internos ou externos, com auditorias aleatórias para garantir a conformidade para com as normas legais e regulatórias — uma reforma baseada na composição.⁶⁵ A adoção dessas estratégias para lidar com riscos específicos, como os associados ao pagamento de suborno, é razoável e, em muitos casos, benéfica para a empresa.

Todavia, existem vários debates sobre como as empresas devem estruturar seus programas de compliance. Por exemplo, o programa de compliance deve ser segmentado por áreas específicas ou deve haver um único programa de compliance global?⁶⁶ O *chief compliance officer* [diretor de compliance] está subordinado ao *general counsel* [diretor jurídico] ou ao *Audit committee* [conselho fiscal]?⁶⁷ Os profissionais de compliance devem estar integrados em departamentos específicos ou devem permanecer separados para evitar influência indevida?⁶⁸ Essas questões têm sido objeto de estudo e análise por pelo menos uma década, revelando que as empresas ainda estão tentando definir as melhores estruturas para criar um programa de compliance eficaz, com capacidade para prevenir e detectar irregularidades e, ao mesmo tempo, satisfazer as exigências das autoridades reguladoras, caso ocorra uma falha.

Além da estrutura e da composição, há um terceiro componente disponível para aqueles responsáveis pelo desenvolvimento de programas de compliance: o processo. A literatura sobre comportamento organizacional discutindo a importância do processo é bastante extensa.⁶⁹ Se a estrutura diz respeito à divisão do trabalho, refletida em um organograma, o processo pode ser definido como as “ações, práticas ou rotinas” adotadas pelos membros da empresa.⁷⁰ Em 1992, um estudioso descreveu o processo sob três perspectivas: (1) uma lógica que explica a relação causal entre variáveis independentes e dependentes, (2) uma categoria de conceitos ou variáveis que se refere às ações de indivíduos ou organizações, e (3) uma sequência de eventos que descreve como as coisas mudam ao longo do tempo.⁷¹ Com base na literatura de comportamento organizacional, em 2012, a Professora Nicola Faith Sharpe definiu o processo como um elemento central nas reformas de governança corporativa, estudando o desempenho dos

questões atuais relacionadas à integridade e compliance, atribuir responsabilidades para melhorias e revisar o progresso de tarefas anteriores, garantindo a devida responsabilização.” *2014 Walmart Compliance Report*, nota 60, *supra*, pp. 6-7.

⁶⁵ Por exemplo, em 2016, o Walmart “fez parceria com especialistas externos para desenvolver uma metodologia para auditar proativamente uma amostra de [seus] parceiros terceirizados em [seus] mercados de maior risco.” *2016 Walmart Compliance Report*, nota 62, *supra*.

⁶⁶ Vide a Seção III.A.2, *infra* (discutindo as críticas dirigidas ao Wells Fargo por adotar uma estrutura descentralizada, bem como documentando suas iniciativas para uma estrutura organizacional mais centralizada).

⁶⁷ Vide Peregrine, nota 30, *supra* (analisando os resultados de pesquisas que indicam “que, para a maioria dos entrevistados, o diretor de compliance reporta-se a alguém (por ex., ao CEO) ou a um local (por ex., ao conselho de administração), ao invés do departamento jurídico.”).

⁶⁸ Vide *Id.*

⁶⁹ Vide Sharpe, nota 34, *supra*, pp. 291-303 (analisando os benefícios de uma abordagem orientada por processos para melhorar a eficiência de um conselho de administração corporativo).

⁷⁰ Hernes, nota 34, *supra*, p. 69.

⁷¹ Sharpe, nota 34, *supra*, p. 295, n. 183 (citando Andrew R. Van de Ven, *Suggestions for Studying Strategy Process: A Research Note*, in 13 *Strategic Mgmt. J.* 169, 169 (1992)).

conselhos de administração das empresas. Especificamente, ela explicou que “[q]uando um conselho adota uma determinada sequência de etapas (um processo) em resposta às necessidades e objetivos endogenamente determinados da empresa, ele está melhor posicionado para melhorar sua eficácia e, conseqüentemente, o desempenho geral da organização”.⁷² Ao dar essa definição, Sharpe identificou o processo como uma etapa intermediária, conectando grandes reformas nos conselhos corporativos ao aumento da probabilidade de sucesso da empresa.⁷³ Embora seu trabalho tenha se concentrado no papel dos conselhos corporativos e nas reformas de governança corporativa, sua definição pode ser ampliada para a área de compliance, que está fortemente ligada aos esforços de governança corporativa.⁷⁴ Portanto, para as finalidades deste Artigo, processo se refere às ações, práticas e rotinas que as empresas utilizam para comunicar e analisar as informações necessárias à criação de um programa eficaz de compliance e ética.

Embora esses três componentes — estrutura, composição e processo — sejam apresentados separadamente, eles estão intrinsecamente conectados.⁷⁵ De fato, todos os três elementos podem ser encontrados nas descrições dos esforços de compliance dentro das empresas. Por exemplo, o Professor Donald Langevoort propôs um *framework* que caracteriza os componentes essenciais dos programas de compliance, incluindo:

(1) o compromisso da alta administração com os deveres, estabelecendo o “*tone at the top*;” (2) a delegação de funções de fiscalização para empregados com distintas responsabilidades de compliance, com a disponibilização dos recursos necessários para a execução dessas funções; (3) a realização de cursos e treinamentos em toda a empresa tanto sobre o conteúdo quanto sobre o processo de compliance; (4) a estruturação de mecanismos informacionais para alertar sobre atividades suspeitas (por ex., sistemas de *whistleblowing*); (5) a adoção de estratégias de auditoria e monitoramento para detecção de falhas de compliance ou de riscos; e (6) a previsão de investigações internas, fornecimento de respostas e estabelecimento de correção, que garantam o aprendizado e os ajustes necessários, quando as falhas ocorrerem.⁷⁶

É possível identificar elementos de estrutura, composição e processo dentro dessa moldura, e esses elementos também estão presentes em outras áreas da literatura jurídica.

C. Entendimentos acadêmicos sobre o compliance

⁷² *Id.*, p. 297.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Cunningham, nota 20, *supra*, pp. 14-15 (destacando a importância de um programa de compliance corporativo para reduzir a potencial responsabilidade penal, após a criação da *U.S. Sentencing Commission*).

⁷⁵ Vide Hernes, nota 34, *supra*, pp. 67-71 (“Nesta visão [do livro], a estrutura não é vista como separada do processo; pelo contrário, ela pertence ao processo, assim como o processo pertence à estrutura.”).

⁷⁶ Donald C. Langevoort, *Cultures of Compliance*, in 54 *Am. Crim. L. Rev.* 933, 939 (2017) (nota de rodapé omitida).

A ênfase no compliance dentro dos esforços de fiscalização do poder público frente às más condutas corporativas tem levado acadêmicos, formuladores de políticas públicas, agentes governamentais e o público em geral a estudar e melhor compreender o compliance. Embora haja um alto grau de consenso sobre as funções do compliance, ainda existem algumas divergências. Contudo, mesmo dentro dessas distinções, é possível identificar a importância que os estudiosos atribuem aos componentes acima mencionados dentro dos programas de compliance.

Por exemplo, um estudioso argumenta que o poder público começou a utilizar o compliance como um mecanismo para “ditar como as empresas devem cumprir [os requisitos legais e regulatórios], impondo estruturas específicas de governança expressamente projetadas para mudar a forma de como elas conduzem seus negócios.”⁷⁷ Dessa forma, alguns enxergam os requisitos de compliance como uma consequência direta das “ações de fiscalização e de aplicação da lei por meio de processos e regulações governamentais.”⁷⁸ Outros estudiosos se concentram na influência dos requisitos legais e regulatórios na criação dos programas de compliance. A Professora Miriam Baer define o compliance como “um sistema de políticas e controles que as organizações adotam para dissuadir violações da lei e assegurar às autoridades externas que [as empresas] estão tomando medidas para evitar tais infrações.”⁷⁹

Muitos acadêmicos, no entanto, observaram que fatores além da simples conformidade com requisitos legais e regulatórios influenciam as empresas na criação de seus programas de compliance. Por exemplo, Baer vai além das noções de prevenção e detecção e afirma que “[a] justificativa comum para os programas de compliance corporativo é que eles dissuadem condutas irregulares e geram normas éticas dentro da empresa.”⁸⁰ Para alcançar tanto a dissuasão quanto a geração de normas, Baer afirma que “a maioria dos departamentos de compliance corporativo inclui tanto funções de definição de políticas quanto funções investigativas.”⁸¹ O Professor Geoffrey Miller define o compliance de maneira semelhante, descrevendo-o como “o meio pelo qual uma organização busca garantir que seus empregados e demais membros se conformem com as normas aplicáveis — que podem incluir tanto requisitos legais e regulatórios quanto regras internas da organização.”⁸² O Professor Sean Griffith define compliance como “o meio pelo qual as empresas adaptam seu comportamento às restrições legais, regulatórias e sociais”, observando que o compliance é “o conjunto de processos internos utilizados pelas empresas para ajustar seu comportamento às normas aplicáveis.”⁸³ Os programas de compliance também são definidos pelo Professor Todd Haugh

⁷⁷ Sean J. Griffith, *Corporate Governance in an Era of Compliance*, in 57 Wm. & Mary L. Rev. 2075, 2078 (2016).

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Baer, nota 19, *supra*, p. 958.

⁸⁰ *Id.*, p. 959 (grifou-se).

⁸¹ *Id.*, p. 960.

⁸² Geoffrey Parsons Miller, *The Law of Governance, Risk Management, and Compliance* 3 (2014).

⁸³ Griffith, nota 76, *supra*, p. 2082. Como explicado por Griffith, “o escopo de compliance vai além da aplicação da lei e da regulação. Os diretores de compliance também administram políticas corporativas de ‘ética’ em uma ampla variedade de assuntos. Outros padrões subjetivos, como ‘risco reputacional’, também estão incluídos na

como uma “tentativa de dissuadir a má conduta corporativa por meio da geração de normas sociais que promovem o comportamento dentro da lei.”⁸⁴ Por fim, a minha própria definição sustenta que o “[c]ompliance se refere ao esforço da empresa para garantir que ela e seus agentes cumpram os requisitos legais e regulatórios, as práticas do setor e as próprias políticas e normas internas da corporação.”⁸⁵

Quando os estudiosos abordam questões como a criação de “normas éticas” e o cumprimento de “regras internas” ou “práticas do setor”, eles reconhecem, às vezes explicitamente, mas em outras ocasiões de forma implícita, as diferentes maneiras pelas quais os campos do comportamento organizacional e da governança corporativa se relacionam com os esforços de compliance dentro das empresas. Está implícita em todas as discussões sobre a criação de programas eficazes de compliance e ética uma preocupação sobre como esses programas serão estruturados dentro da organização e sobre como a função de compliance será implementada.

* * *

Consoante as reflexões acima apresentadas, o impacto das intervenções legais na criação dos programas de compliance e na ascensão de sua importância é inquestionável. Além disso, os esforços de compliance foram profundamente influenciados por insights dos campos da governança corporativa e do comportamento organizacional.⁸⁶ Dessa forma, não é surpreendente que as preocupações sobre (i) como estruturar os programas de compliance, (ii) a composição adequada dos frameworks de compliance, e (iii) os processos necessários para viabilizar o desempenho da função de compliance sejam igualmente enfatizados dentro dessa esfera científica. Com efeito, essas questões se tornaram ainda mais proeminentes à medida que os programas de compliance evoluíram ao longo do tempo.

função de compliance contemporânea.” *Id.* (nota de rodapé omitida). “Como qualquer escândalo ou irregularidade significativa associada ao negócio pode ser caracterizada como uma ‘falha de conformidade’, a função de compliance assume, na prática, a responsabilidade geral pela conduta empresarial, de acordo com as normas sociais.” *Id.*, pp. 2082-83. Além disso, como “a conduta que viola normas sociais também pode levar a perdas significativas, a função de compliance pode ser vista como se sobrepondo significativamente à função de gestão de riscos. A conformidade pode, portanto, ser entendida como uma função de controle ou mitigação de riscos, cuja missão central é minimizar os riscos associados a condutas inadequadas.” *Id.*, p. 2083 (nota de rodapé omitida).

⁸⁴ Todd Haugh, *The Criminalization of Compliance*, in 92 *Notre Dame L. Rev.* 1215, 1221 (2017) (citando Baer, nota 19, *supra*, p. 960).

⁸⁵ Root, *Compliance Process*, nota 33, *supra*, p. 205.

⁸⁶ Vide, e.g., Griffith, nota 76, *supra*, pp. 2077-78. Sharpe, nota 34, *supra*, pp. 263-65. Zhong Xing Tan, *Stewardship in the Interests of Systemic Stakeholders: Re-Conceptualizing the Means and Ends of Anglo-American Corporate Governance in the Wake of the Global Financial Crisis*, in 9 *J. Bus. & Tech. L.* 169, 195-98 (2014) (discutindo as deficiências da estrutura dos conselhos em relação à gestão de riscos).

II. DESAFIOS PARA OS ESFORÇOS DE COMPLIANCE

Um dos maiores desafios enfrentados por uma organização diz respeito a como estruturar seu programa de compliance. Como bem observou um estudioso, “[u]m programa de compliance eficaz é aquele em que uma empresa racional e maximizadora de lucro adotaria, se enfrentasse uma sanção esperada equivalente ao custo social das infrações.”⁸⁷ Outros acadêmicos propuseram um modelo de compliance que “pondere os *trade-offs* entre investimento em compliance e risco de *non-compliance*” e “crie a possibilidade de um programa de compliance eficaz se tornar uma fonte de vantagem competitiva sobre os concorrentes.”⁸⁸ Esse modelo “demonstraria como as empresas decidem se — e em que medida — devem cumprir as normas ao longo de uma ‘fronteira’ [*frontier*] de compliance, a fim de otimizar os benefícios relativos do compliance para a empresa em relação aos custos, minimizando assim despesas evitáveis decorrentes da alocação ineficiente de recursos.”⁸⁹ Em outras palavras, as organizações precisariam tomar uma série de decisões ao determinar o que incluir em seus programas de compliance.

Por outro lado, os programas de compliance frequentemente se concentravam em áreas temáticas específicas, mas, com o crescimento das organizações em tamanho e áreas de atuação, a criação de programas de compliance eficazes se tornou mais complexa. Seja uma única organização com vários departamentos independentes, seja uma estrutura organizacional sofisticada com diversas controladoras e subsidiárias relacionadas, o escopo do compliance hoje se tornou muito mais amplo e muito mais complexo. Reconhecendo essa complexidade, algumas empresas estão tentando implementar novos componentes estruturais em seus programas de compliance, objetivando melhorar o seu desempenho. Entretanto, os escândalos continuam a ocorrer. Neste sentido, analisando retrospectivamente os resultados de investigações corporativas, uma falha comum é frequentemente identificada: a falta de compartilhamento de informações entre as unidades organizacionais, o que leva à criação de *silos de informação*. Esses silos prejudicam os esforços de compliance, pois dificultam a capacidade da empresa de prevenir, detectar e, especialmente para os propósitos deste Artigo, investigar completamente a natureza e o alcance da má conduta dentro da organização.

A. Compliance específico por área temática

Os primeiros esforços de compliance foram direcionados para áreas específicas de risco ou exigências legais. Por exemplo, o compliance contra a lavagem de dinheiro tem suas origens

⁸⁷ Geoffrey P. Miller, *An Economic Analysis of Effective Compliance Programs*, in Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing 247, 261 (Jennifer Arlen (org.), 2018).

⁸⁸ Esta é uma versão simplificada do modelo relevante. Vide Robert C. Bird & Stephen Kim Park, *Turning Corporate Compliance into Competitive Advantage*, in 19 U. Pa. J. Bus. L. 285, 293, 304 (2017).

⁸⁹ *Id.*, p. 289.

no *Bank Secrecy Act* de 1970.⁹⁰ Sob essa legislação, os bancos passaram a ser obrigados a desenvolver políticas, procedimentos e controles internos; designar um oficial de compliance para supervisionar os esforços antilavagem do banco; providenciar treinamento contínuo aos empregados para prevenir a lavagem de dinheiro; e implementar uma função de auditoria independente para testar a eficácia desses programas.⁹¹ A exigência de compliance contra a lavagem de capitais persistiu ao longo do tempo. De fato, em 2018, o U.S. Bancorp celebrou um acordo de US\$ 613 milhões com o DOJ, derivado das acusações de que a instituição “deliberadamente deixou de manter um programa adequado de combate à lavagem de dinheiro”.⁹²

Além disso, quando as organizações celebram acordos com agências governamentais para resolver alegações de má conduta, elas frequentemente são obrigadas a desenvolver ou fortalecer programas de compliance voltados para áreas específicas.⁹³ Por exemplo, em 2017, a empresa chilena do setor químico e de mineração Sociedad Química y Minera de Chile firmou um acordo DPA com a Procuradoria para solucionar acusações de que havia realizado pagamentos indevidos a fornecedores ligados a autoridades governamentais.⁹⁴ Como parte desse acordo, a empresa concordou em “implementar um programa de compliance projetado para prevenir e detectar violações do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) e de outras leis anticorrupção aplicáveis em todas as suas operações.”⁹⁵

Um enfoque em áreas específicas de criação, por força de lei ou de regulação administrativa, de programas de compliance, especialmente no início desse fenômeno [a era compliance], evidencia diversos benefícios potenciais. Primeiro, a empresa pode desenvolver expertise na área, o que pode torná-la mais eficiente na dissuasão de condutas impróprias. Em segundo lugar, a empresa pode realizar avaliações de risco mais precisas, baseadas no comportamento das agências governamentais de fiscalização, além de precedentes de ações regulatórias. Em terceiro lugar, a organização teria a oportunidade de criar programas de treinamento para os empregados, garantindo o cumprimento das normas. De fato, programas específicos por área temática podem ser vistos como relativamente simples de se criar e

⁹⁰ Vide Geoffrey P. Miller, nota 86, *supra*, p. 249 (citando o *Bank Secrecy Act*, 31 U.S.C. § 5318(h)(1) (2012)).

⁹¹ Veronica Root, *Coordinating Compliance Incentives*, in 102 Cornell L. Rev. 1003, 1010-11 (2017) [doravante *Root, Coordinating Compliance Incentives*] (notas de rodapé omitidas).

⁹² Pete Schroeder, *U.S. Bancorp pagará US\$ 613 milhões por violações de lavagem de dinheiro*, Reuters (15/02/2018), in <https://www.reuters.com/article/us-usa-usbancorp/u-s-bancorp-to-pay-613-million-for-money-laundering-violations-idUSKCN1FZ1RJ> [<https://perma.cc/V7GD-ERLQ>].

⁹³ Ver Root, *Coordinating Compliance Incentives*, nota 90, *supra*, pp. 1033-36 (explicando que as ações de fiscalização governamentais concentram em incentivar o compliance em áreas regulatórias específicas, o que, por sua vez, incentiva as organizações a focarem em uma área regulatória de cada vez).

⁹⁴ Comunicado de Imprensa, *DOJ: Chilean Chemicals and Mining Company Agrees to Pay More than \$ 15 Million to Resolve Foreign Corrupt Practices Act Charges* (13/01/2017), in <https://www.justice.gov/opa/pr/chilean-chemicals-and-mining-company-agrees-pay-more-15-million-resolve-foreign-corrupt> [<https://perma.cc/7HU5-BWCH>].

⁹⁵ *Deferred Prosecution Agreement*, p. 9, *United States v. Sociedad Química y Minera de Chile, S.A.*, No. 1:17-cr-00013-TSC (D.D.C., 13/01/2017).

implementar. Uma determinada legislação ou regulamentação parece ter limites e normas bem definidas, permitindo que a empresa avalie corretamente os requisitos estabelecidos.

A realidade, no entanto, é que, no contexto atual, mesmo em programas voltados para áreas temáticas específicas, elaborar um programa de compliance eficaz nem sempre é uma tarefa simples. Isto porque, com o passar do tempo, as organizações se tornaram mais complexas, e essa complexidade aumentou os desafios enfrentados aos responsáveis pela criação e implementação desses programas.

B. Organizações cada vez mais complexas

As organizações de hoje são muito diferentes daquelas de cinquenta anos atrás, o que impactou diretamente o desenvolvimento dos programas de compliance. O tamanho e o escopo das empresas mudaram drasticamente. Em vez de organizações com operações relativamente limitadas, voltadas para venda de bens ou serviços específicos, há um número crescente de grandes conglomerados multinacionais com diversas estruturas corporativas, controladoras e subsidiárias.⁹⁶ Além disso, essas organizações maiores frequentemente mantêm relações contratuais complexas com terceiros, como fornecedores e parceiros comerciais, o que pode gerar responsabilidades legais e regulatórias adicionais.⁹⁷ Mesmo quando uma empresa mantém um nicho de mercado específico, muitas vezes ela tem departamentos grandes e altamente autônomos, que operam de forma distinta uns dos outros. Exemplos de cada um desses fenômenos são abundantes.

1. *Aumento de tamanho e escopo.* — Tanto em 1960 quanto em 2017, os bancos eram obrigados a desenvolver programas de compliance contra a lavagem de dinheiro. No entanto, os bancos mudaram bastante ao longo do tempo. Em 1960, havia aproximadamente 13.000 bancos independentes nos Estados Unidos.⁹⁸ Já em 2005, esse número caiu para cerca de 6.500 bancos.⁹⁹ Além disso, em 1960, os dez maiores bancos detinham 21% dos ativos do setor bancário. Em 2005, essa participação cresceu para quase 60%.¹⁰⁰ Assim, embora o compliance

⁹⁶ Vide, e.g., Brian Roach, *Corporate Power in a Global Economy*, 3 (2007), in https://www.economicsnetwork.ac.uk/sites/default/files/Brian%20Roach/Corporate_Power_in_a_Global_Economy.pdf [<https://perma.cc/SPMG-SUAB>] (sugerindo que o número de corporações multinacionais “aumentou consideravelmente nos últimos anos, mais do que dobrando desde 1990, quando havia cerca de 35.000 corporações multinacionais”).

⁹⁷ Vide, e.g., Rebecca Perry, *The Legal Department's New Nightmare: Your Vendors*, *ACC Docket* (15/10/2018), in <https://www.accdocket.com/articles/the-legal-department-s-new-nightmare-your-vendors.cfm> [<https://perma.cc/R3QD-Q7XX>] (descrevendo o risco para as corporações decorrente das práticas de proteção de dados de fornecedores terceirizados).

⁹⁸ Hubert P. Janicki & Edward Simpson Prescott, *Changes in the Size Distribution of U.S. Banks: 1960-2005*, 92 *Fed. Res. Bank Rich. Econ. Q.* 291, 291 (2006).

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

contra a lavagem de dinheiro tenha permanecido uma prioridade ao longo do tempo, para os dez maiores bancos, o escopo de suas operações praticamente triplicou.

Esses bancos de grande porte possuem um enorme poder de impacto sobre os mercados financeiros, como ficou evidente durante a crise financeira de 2008.¹⁰¹ De fato, as políticas de crédito dessas instituições, combinadas com práticas indevidas de execução hipotecária, resultaram em sanções significativas por parte do governo, além de custosas investigações e esforços de remediação.¹⁰² Os danos causados pelas ações dos bancos não afetaram apenas os consumidores individuais, mas também comprometeram a economia do país como um todo.¹⁰³

2. *Conglomerados multinacionais.* — A resposta da Walmart a um suposto esquema de suborno levou a empresa a reavaliar como sua estrutura organizacional complexa deveria ser ajustada para maximizar a eficácia de seus esforços de compliance. Em particular, a Walmart concluiu que era necessário adotar um *Programa Global de Compliance*, com uma parte significativa de seus esforços voltada para políticas e procedimentos anticorrupção.¹⁰⁴ Esse programa abrange toda a organização Walmart, mas foi dividido de forma prática em subgrupos com base na região (operações dentro dos Estados Unidos e operações internacionais), operações de *e-commerce* e mercados de varejo e fornecimento.¹⁰⁵ As subsidiárias de cada um desses quatro subgrupos estão subordinados às suas respectivas áreas organizacionais.¹⁰⁶

Estruturalmente, o *Global Chief Compliance Officer* agora está subordinado ao comitê de auditoria do Conselho.¹⁰⁷ Para criar um programa de compliance unificado e interconectado, a nova estrutura multinível da Walmart integra diversas áreas de compliance em uma única organização global. Esse modelo redireciona relatórios de oficiais locais de compliance em cada mercado para um diretor regional de compliance, que, por sua vez, está subordinado ao diretor

¹⁰¹ Vide Robert Lenzner, *The 2008 Meltdown and Where the Blame Falls*, Forbes (02/06/2012), in <https://www.forbes.com/sites/robertlenzner/2012/06/02/the-2008-meltdown-and-where-the-blame-falls/#ef1713da72a5> [<https://perma.cc/BL89-6SHY>].

¹⁰² Vide, e.g., *Correcting Foreclosure Practices*, Office of the Comptroller of the Currency, in <https://www.occ.gov/topics/consumer-protection/foreclosure-prevention/correcting-foreclosure-practices.html> [<https://perma.cc/1L5J-8JGM>] [doravante *Correcting Foreclosure Practices*] (atualizado em 31/01/2017). *Independent Foreclosure Review*, Bd. of Governors of the Fed. Reserve Sys., in <https://www.federalreserve.gov/consumerscommunities/independent-foreclosure-review.htm> [<https://perma.cc/D59V-5P6V>] [doravante *Independent Foreclosure Review*] (atualizado em 30/08/2019). Vide ver também Veronica Root, *Compliance Process*, nota 33, *supra*, pp. 235-38; Veronica Root, *Modern-Day Monitorships*, in 33 Yale J. on Reg. 109, 110-13 (2016) (descrevendo o “*Independent Foreclosure Review*” como uma “supervisão modernizada”).

¹⁰³ Vide *Correcting Foreclosure Practices*, nota 101, *supra* (“Sob o *Independent Foreclosure Review* (IFR), mais de US\$ 3,2 bilhões foram distribuídos a mais de 3,6 milhões de potenciais mutuários (...). Em junho de 2016, o Office of the Comptroller of the Currency (OCC) transferiu aproximadamente US\$ 270 milhões para as autoridades estaduais (...).” *Independent Foreclosure Review*, nota 101, *supra* (“Os administradores hipotecários chegaram a um acordo com o Office of the Comptroller of the Currency e o Board of Governors of the Federal Reserve System para fornecer aproximadamente US\$ 10 bilhões em pagamentos em dinheiro e outras assistências, com o objetivo de ajudar os mutuários.”).

¹⁰⁴ Vide o *2014 Walmart Compliance Report*, nota 60, *supra*, pp. 2-3. Vide Scher, nota 60, *supra*.

¹⁰⁵ *2014 Walmart Compliance Report*, nota 60, *supra*, p. 3.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Vide Scher, nota 60, *supra*.

internacional de compliance, e, finalmente, ao citado diretor global de compliance, vinculado ao comitê de auditoria.¹⁰⁸ Além disso, os executivos de compliance e ética agora se reúnem com o CEO de cada mercado internacional para discutir questões e avanços na região, como parte dos comitês de compliance e ética da Walmart.¹⁰⁹ Para garantir a implementação eficaz das mudanças, a Walmart vinculou certos resultados de compliance à remuneração de seus principais executivos.¹¹⁰ Além disso, o departamento jurídico foi separado da função de compliance.¹¹¹ Para garantir o sucesso do programa global de compliance, a Walmart expandiu sua equipe e definiu claramente os papéis dentro da área de compliance.¹¹² Entre 2014 e 2016, a Walmart investiu mais de US\$ 125 milhões em novos sistemas de ética e compliance, bem como em atualizações de sistemas antigos.¹¹³

Em 2016, a Walmart unificou seus programas globais de ética e compliance.¹¹⁴ A empresa considerou essa fusão apropriada, pois as duas funções estão intimamente relacionadas, já que ambas estão envolvidas na identificação e prevenção de riscos, resposta a problemas e educação dos empregados.¹¹⁵

3. *Relações contratuais.* — As responsabilidades de compliance corporativo de uma organização se estendem além da própria empresa, abrangendo também outras partes contratantes. Monitorar terceiros pode ser desafiador, mas é uma necessidade, e a base para essa fiscalização geralmente é estabelecida contratualmente. Por exemplo, tanto a Clorox quanto a Oracle monitoram seus parceiros contratuais por meio de um *partner code of conduct*.¹¹⁶ Um código de conduta para parceiros define os padrões organizacionais, detalha as expectativas em relação a terceiros e pode até mesmo impor um padrão mais rigoroso, como fez a Oracle,

¹⁰⁸ *Id.* Vide também *2014 Walmart Compliance Report*, nota 60, *supra*, pp. 2-3 (observando que o CCO se reporta “diretamente” ao Comitê de Auditoria e que cada diretor regional se reporta ao CCO internacional). A propósito, Jay Jorgensen, executivo vice-presidente e diretor global de ética e compliance do Walmart, comentou: “O diretor de compliance não pode estar escondido na organização. Ele não pode estar usando apenas metade do chapéu.” Boehme, nota 61, *supra*. Contudo, Jorgensen reconheceu que uma cultura que enfatiza a integridade não é suficiente em uma grande corporação:

Mesmo com um treinamento excelente, nem todo empregado lidará com cada situação da maneira correta.

Portanto, devemos ter procedimentos para monitorar nosso desempenho e fornecer correções quando necessário. Finalmente, devemos fornecer mecanismos para que suspeitas de irregularidades sejam devidamente relatadas, investigadas e resolvidas. Somente por meio desses procedimentos o desejo cultural de agir corretamente pode ser concretizado em um grupo amplo.

Jay T. Jorgensen, *The Foreign Corrupt Practices Act Turns 40: “Reflections on Walmart’s Enhanced Ethics and Compliance Program”*, in 5 *Tex. A&M L. Rev.* 237, 250 (2017).

¹⁰⁹ Scher, nota 60, *supra*. Vide também *2014 Walmart Compliance Report*, nota 60, *supra*, p. 6.

¹¹⁰ Vide *2014 Walmart Compliance Report*, nota 60, *supra*, p. 2.

¹¹¹ Scher, nota 60, *supra*. Isso é benéfico, pois evita que o mandato do departamento jurídico de “defender e proteger” entre em contradição com o mandato do departamento de compliance de “buscar, encontrar e corrigir o problema.”. Vide Boehme, nota 61, *supra*.

¹¹² *2014 Walmart Compliance Report*, nota 60, *supra*, p. 3.

¹¹³ *2016 Walmart Compliance Report*, nota 62, *supra*. O Walmart agora utiliza sistemas tecnológicos que “examinam terceiros em busca de risco de corrupção” e monitoram e acompanham a “remediação de problemas de conformidade identificados pelos monitores de compliance da empresa.” Vide Scher, nota 60, *supra*.

¹¹⁴ *2016 Walmart Compliance Report*, nota 62, *supra*.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ Root, *Coordinating Compliance Incentives*, nota 90, *supra*, pp. 1016-17.

“quando as leis locais são menos restritivas do que seu Código.”¹¹⁷ Da mesma forma, a PricewaterhouseCoopers (PwC) também adota um código de conduta para parceiros, que lhes impõe padrões mais elevados.¹¹⁸

Além de simplesmente exigir que terceiros assinem um código de conduta, a organização deve também disponibilizar mecanismos para monitorar seu compliance. Para isso, a Oracle, por exemplo, inclui em seu código de conduta mecanismos específicos para relatar violações, declarando que tais violações podem servir como “base para a rescisão imediata” da relação contratual.¹¹⁹ Da mesma forma, a PwC exige que seus parceiros relatem preocupações ao responsável designado, se comprometendo a “revisar/investigar as preocupações relatadas e escalá-las para terceiros, para que sejam gerenciadas e investigadas.”¹²⁰ Quando necessário, a PwC pode exigir que o terceiro implemente um plano de remediação ou, alternativamente, pode simplesmente suspender ou encerrar a relação contratual.¹²¹

Essas relações contratuais são frequentemente mencionadas explicitamente quando falhas de compliance são resolvidas com o poder público. Quando as empresas celebram acordos de resolatividade [DPA ou NPA], elas frequentemente concordam em garantir ou reformular o seu compliance, mas também o compliance de seus parceiros comerciais. Por exemplo, quando a Sociedad Química y Minera de Chile concordou em implementar um programa de compliance nos termos do FCPA, o objeto incluiu “suas afiliadas, agentes e *joint ventures*”.¹²² Demais disso, a empresa também concordou em garantir que seus “contratados e subcontratados” mantivessem compliance nos termos do FCPA.¹²³

4. *Departamentos grandes e autônomos.* — Por fim, algumas organizações, como as universidades, adotam uma estrutura organizacional mais compartimentada. Uma universidade geralmente tem uma unidade principal, sob a qual operam diversos departamentos e escolas autônomos. O grau de coordenação entre os diferentes *stakeholders* nesse tipo de estrutura varia de acordo com cada instituição, mas a gestão de compliance pode ser um desafio independentemente do tamanho da organização. Por exemplo, no contexto do Título IX [*Title IX of the Education Amendments of 1972 to address sexual assault on college campuses*], tanto o coordenador do Título IX quanto o departamento correspondente (se aplicável) devem ser independentes do restante da organização.¹²⁴ Essa independência é desejável para evitar

¹¹⁷ *Id.*, p. 1017 (marcas de citação interna omitidas) (citando Oracle, *Partner Code of Conduct and Business Ethics 2*, in <http://www.oracle.com/partners/en/how-to-do-business/opn-agreements-and-policies/019520.pdf> [<https://perma.cc/6R53-RWUA>] (acesso em 31/01/2017)).

¹¹⁸ A PwC não é apenas signatária do Pacto Global da ONU, mas também espera que as partes contratantes cumpram seu código de conduta. PwC, *Global Third Party Code of Conduct 2* (2018), in <https://www.pwc.com/gx/en/about-pwc/assets/3rd-party-code-of-conduct.pdf> [<https://peilla.cc/588D-LBAD>].

¹¹⁹ Root, *Coordinating Compliance Incentives*, nota 90, *supra*, p. 1017 (citando Oracle, nota 116, *supra*, p. 2).

¹²⁰ PwC, nota 117, *supra*, p. 3.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Deferred Prosecution Agreement*, nota 94, *supra*, pp. 9-10.

¹²³ *Id.*, p. 10.

¹²⁴ Correspondência de Catherine E. Lhamon, *Assistant Secretary for Civil Rights, U.S. Dep't o Educ.*, pp. 2-3 (24/04/2015), in <http://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/letters/colleague-201504-title-ix-coordinators.pdf> [<https://perma.cc/A4KG-VPOV>].

conflitos de interesse, reais ou percebidos, e se estende não apenas à estruturação do departamento, mas também à própria escolha do coordenador do Título IX, que pode ter responsabilidades conflitantes caso esteja envolvido ativamente em outra função dentro do *campus*.¹²⁵ Todavia, apesar da necessidade e do desejo de independência, as universidades devem manter e garantir o compliance em todas as unidades autônomas, incluindo o departamento responsável pelo Título IX.¹²⁶

* * *

As organizações complexas de hoje enfrentam escolhas difíceis e importantes ao estruturar seus programas de compliance. Elas podem optar por um enfoque em áreas regulatórias específicas ou adotar programas de compliance globais. Podem tentar realizar as tarefas internamente ou assumir a responsabilidade pela conduta de seus parceiros contratuais. Independentemente da escolha da corporação, ela continua sendo responsável pela conduta de seus membros organizacionais e demais parceiros.¹²⁷ Para as organizações complexas, um dos maiores desafios é gerenciar o fluxo de informações entre as diversas unidades organizacionais.

C. Silos de informação

Há muitas razões pelas quais uma organização pode, de forma racional, tentar limitar o acesso à informação a um determinado segmento da empresa. Por exemplo, uma das *Big Four* [as grandes empresas de contabilidade] pode restringir o compartilhamento de informações entre suas divisões responsáveis por auditoria e consultoria.¹²⁸ Da mesma forma, um escritório de advocacia pode isolar indivíduos com potenciais conflitos de interesse para representar um cliente, sem violar normas éticas.¹²⁹ Além disso, um banco pode determinar a necessidade de manter a separação entre certas divisões internas para garantir o compliance com a legislação.¹³⁰

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*, pp. 4-7.

¹²⁷ Jennifer Arlen, *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, 23 J. Legal Stud. 833, 838-40 (1994).

¹²⁸ Vide Craig Mellow, *Auditing the Auditors*, *Global Fin.*, 17/07/2018, in <https://www.gfmag.com/magazine/julyaugust-2018/auditing-auditors> [<https://perma.cc/H8UQ-KV2Z>] (discutindo os benefícios das “Chinese walls” entre os departamentos de auditoria e consultoria dentro das *Big Four*).

¹²⁹ Vide Dennis P. Duffy, *Nat'l Emp't Law Inst., Conflicts of Interest*, 8-11 (2016), in https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor_law/2017/11/conference/papers/Underhill-Conflicts%20of%20Interest-Ethics%20Issues.pdf [<https://perma.cc/ZXW9-PPTK>].

¹³⁰ Vide John Cunningham & Crystal Jezierski, *Independence Day: The Separate and Equal Compliance Department*, *Glob. Compliance News* (26/06/2015), in <https://globalcompliancenews.com/independence-day-the-separate-and-equal-compliance-department/> [<https://perma.cc/BY4Y-UHRM>] (discutindo a percepção

Contudo, há casos em que as barreiras ao livre fluxo de informações dentro de uma organização não são intencionais, muito menos benéficas.¹³¹

Um “silo de informações” ou “efeito silo”, no contexto empresarial e de gestão, se refere à tendência de departamentos ou divisões dentro de uma grande organização se isolarem, resultando em falhas de comunicação e na falta de busca de objetivos comuns.¹³² Para aqueles responsáveis por projetar programas de compliance, os silos podem ser particularmente perigosos. Por exemplo, se indivíduos em uma subsidiária no México estão subornando empregados estrangeiros, isso pode ser bem conhecido dentro dos limites dessa subsidiária, mas pode não ser do conhecimento da empresa matriz, que, no final das contas, será responsabilizada pela conduta infratora.

Uma das mais notórias ilustrações de um silo prejudicial dentro de uma organização é o da subsidiária da A.I.G. em Londres, um escritório com 377 empregados e conhecido como A.I.G. Financial Products.¹³³ A participação e o envolvimento da unidade londrina em operações de *swaps* de crédito [*credit default swaps*] “quase dizimaram uma das corporações mais admiradas do mundo, uma seguradora aparentemente sólida, com um balanço de um trilhão de dólares, 116.000 empregados e operações em 130 países.”¹³⁴ A receita da subsidiária de Londres aumentou para US\$ 3,26 bilhões em 2005, sendo que antes era de US\$ 737 milhões, em 1999.¹³⁵ Esse enorme crescimento foi atribuído à sua entrada no mercado de *swaps* de crédito, mas durante a desaceleração do mercado de 2007-2008, as marés mudaram. A unidade de Londres foi forçada a reconhecer uma perda não realizada de US\$ 352 milhões em seu portfólio de *swaps* de crédito no trimestre encerrado em 30 de setembro de 2007.¹³⁶ No entanto, ela continuou a afirmar “que suas avaliações de risco eram confiáveis e seus portfólios conservadores.”¹³⁷ Em fevereiro de 2008, os auditores identificaram uma série de problemas

comum de que os programas de compliance devem ter “autonomia suficiente da administração” para serem eficazes perante a lei).

¹³¹ Vide, e.g., *Five Things to Consider When Realigning Responsibilities to the First Line of Defense*, Treliant Talks (31/10/2018), in <https://soundcloud.com/treliant/five-things-to-consider-when-realigning-responsibilities-with-the-first-line-of-defense> (arquivado na Columbia Law Review) (entrevista com Mike Little, Diretor de Compliance do PNC, sobre como sua empresa passou de funções e responsabilidades isoladas para um sistema no qual os papéis de conformidade foram definidos e distribuídos por todas as linhas de defesa).

¹³² Levy & Glicksman, nota 35, *supra*, p. 510. Vide também Steven Alter, *Overcoming Silo Thinking in the IS Discipline by Thinking Differently About IS and IT 1* (2015), in <https://www.semanticscholar.org/paper/Overcoming-Silo-Thinking-in-the-IS-Discipline-by-IS-Alter/b612c7d36795b9f02b4303ab8dda82c0effbed5c> [<https://perma.cc/YV8J-DEN6>]. Jean Egmon, *Bridging Silos: A Proven Method for Effective Business Collaboration 1-2*, <https://www.kellogg.northwestern.edu/~media/Files/initiatives/kale/KALE-Bridging-Silos.ashx> [<https://perma.cc/3232-CECX>] (acesso em 09/10/2019). Vijay Govindarajan, *The First Two Steps Toward Breaking Down Silos in Your Organization*, Harv. Bus. Rev. (09/08/2011), in <https://hbr.org/2011/08/the-first-two-steps-toward-breaking-down-silos> (arquivado na Columbia Law Review).

¹³³ Gretchen Morgenson, *Behind Insurer's Crisis, Blind Eye to a Web of Risk*, in N.Y. Times (27/08/2008), in <https://www.nytimes.com/2008/09/28/business/28melt.html> (arquivado na Columbia Law Review).

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

com a contabilidade da A.I.G. em relação aos swaps de crédito.¹³⁸ Posteriormente, as perdas dentro da unidade londrina se tornaram insustentáveis, resultando em consequências devastadoras não apenas para a A.I.G., mas também para os mercados financeiros globais.¹³⁹ Como a filial de Londres pôde operar por conta própria, outras unidades dentro da A.I.G. não conseguiram entender a natureza dos negócios em andamento, tornando-se um exemplo clássico de um silo de informações. E os efeitos foram nada menos que devastadores para a corporação e os mercados globais.

É importante ressaltar que exemplos de silos de informação são abundantes tanto em organizações privadas¹⁴⁰ quanto em organizações públicas. De fato, em estudos anteriores, demonstrei que, quando uma empresa comete infrações repetidas, é tratada como reincidente, recebendo sanções mais severas por parte do mesmo órgão de fiscalização governamental, mas não se apresentaria como reincidente diante de diferentes agências de fiscalização governamentais.¹⁴¹ Essa constatação é válida mesmo quando as condutas subjacentes são bastante semelhantes, como se verifica no caso de corrupção ativa.¹⁴² Quando os órgãos governamentais não conseguem superar seus próprios silos de informação, deixa-se de elaborar um conjunto robusto de incentivos para que as empresas identifiquem falhas sistêmicas em seus programas de compliance.

D. Investigações limitadas

Quando as organizações contemporâneas, maiores e mais complexas, deixam de se comunicar com suas próprias unidades, isso pode gerar danos tangíveis às corporações. Em trabalhos anteriores, demonstrei que existem quatro etapas no processo de compliance: (i) prevenção, (ii) detecção, (iii) investigação e (iv) remediação.¹⁴³ As *Organizational Guidelines* e, conseqüentemente, os programas de compliance das empresas, enfatizam significativamente a importância da prevenção e detecção. Como resultado dessa ênfase, as empresas investiram milhões de dólares na implementação de programas de compliance com estruturas destinadas a cumprir sua responsabilidade de prevenir e detectar condutas inadequadas.

A realidade, porém, é que muitas empresas detectam — ou estão cientes de — informações relacionadas a condutas inadequadas, mas, ao deflagrar uma investigação sobre a possível transgressão, deixam de identificar essas informações como relevantes ou indicativas

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ Vide, e.g., Dennis R. Beresford, Nicholas deB. Katzenbach & C.B. Rogers, Jr., *Report of Investigation by the Special Investigative Committee of the Board of Directors of WorldCom, Inc.* 1, 218 (31/03/2003), in <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/723527/000093176303001862/dex991.htm> [<https://perma.cc/ZTP9-Z64E>].

¹⁴¹ Root, *Coordinating Compliance Incentives*, nota 90, *supra*, pp. 1054-55.

¹⁴² *Id.*, pp. 1056-57.

¹⁴³ Root, *Compliance Process*, nota 33, *supra*, pp. 219-28.

de uma potencial falha significativa de compliance em desenvolvimento. A fronteira entre detecção e investigação é uma área de particular vulnerabilidade para as empresas. Uma falha em compreender as implicações do que foi detectado ou em investigar adequadamente uma possível conduta inadequada, pode resultar na continuidade das transgressões, levando a uma falha de compliance muito mais significativa e disseminada do que se o problema tivesse sido abordado em um estágio anterior.

Por sua vez, para os encarregados de conduzir investigações sobre possíveis condutas inadequadas no interior de uma empresa, os silos de informações podem ter efeitos potencialmente devastadores. Por exemplo, a doutrina do “conhecimento coletivo” [*collective knowledge*] associa o conhecimento e os estados mentais dentro de uma empresa.¹⁴⁴ A existência de silos aumenta o risco de que uma empresa, tecnicamente ciente de certas informações (ou seja, formalmente detectou, mas não identificou precisamente importantes dados materiais), ainda seja responsabilizada nos termos da doutrina do conhecimento coletivo. Assim, quando as informações permanecem isoladas, cria-se o risco da responsabilidade penal da pessoa jurídica.¹⁴⁵ Um programa de compliance eficaz requereria fluxos de informações confiáveis e livres [não compartimentalizados].

Portanto, quando uma empresa recebe sinais que a direcionam para informações que podem indicar, de alguma forma, uma falha material de compliance, é fundamental que sua investigação sobre a possível má conduta leve em consideração — e tenha acesso a — todas as informações relevantes. Contudo, para organizações complexas com diversos silos de informação, pode ser bastante desafiador para os responsáveis por supervisionar os esforços de compliance, gerenciar as complexas investigações de compliance.

* * *

Como demonstrado nos exemplos acima, o excesso de silos de informação pode contribuir para a ocorrência de escândalos significativos, generalizados, mas evitáveis, dentro de organizações complexas. As questões que essas organizações continuam enfrentando são: Como enfrentar da melhor forma os danos associados a esses silos? Como utilizar corretamente

¹⁴⁴ *United States v. Bank of New Eng.*, 821 F.2d 844, 856 (1st Cir. 1987) (“Os atos de uma corporação são, afinal, simplesmente os atos de todos os seus empregados operando dentro do escopo de seu emprego.”). A doutrina foi criticada e não se aplica mais em casos da *False Claims Act*. Vide *United States v. Sci. Applications Int'l Corp.*, 626 F.3d 1257, 1273-77 (D.C. Cir. 2010). No entanto, ela continua aplicável em outras áreas do Direito. Vide *United States v. Pac. Gas & Elec. Co.*, No. 14-CR-00175, 2016 BL 240175, pp. *2, *4 (N.D. Cal. 26/07/2016).

¹⁴⁵ Vide, e.g., Sam F. Halabi, *Collective Corporate Knowledge and the Federal False Claims Act*, 68 Baylor L. Rev. 265, 272-73 (2016) (discutindo a deterioração da qualidade da informação à medida que ela flui pelos canais organizacionais — especialmente das posições hierárquicas inferiores até o topo — usando o Ford Pinto como *case study*).

as informações sobre possíveis irregularidades, detectadas em toda a organização, em seus métodos investigativos?

III. INVESTIGAÇÕES COMPLEXAS DO COMPLIANCE

Conforme explicitado nas Partes I e II deste trabalho, a importância da função de compliance dentro das organizações é amplamente reconhecida pelos setores, agentes governamentais de fiscalização, acadêmicos, tribunais e pelo público em geral.¹⁴⁶ No entanto, a transição de organizações pequenas e modestas para organizações grandes e complexas tornou mais desafiadora a tarefa de elaborar eficazes programas de compliance. O desafio para organizações complexas é, simplesmente, mais complicado do que aquele enfrentado por organizações de menor porte. Como exposto anteriormente, uma das razões que tornam mais difícil para organizações complexas projetar programas de compliance eficazes é o fato de que elas frequentemente enfrentam silos de informação, silos estes que dificultam a identificação e a avaliação de todas as informações relevantes, por ocasião da investigação de uma suposta má conduta. Uma falha entre as etapas de detecção e investigação — seja por não identificar adequadamente a extensão da má conduta ou por não iniciar uma investigação para determinar essa extensão — pode permitir que pequenos incidentes de má conduta se tornem generalizados.

É importante destacar que as organizações complexas parecem reconhecer esse desafio. Assim, os responsáveis por instituir programas de compliance em entidades e dispersos departamentos corporativos buscam elaborar mecanismos que os auxiliem nesses esforços, os quais podem ser categorizados como mudanças na estrutura, na composição ou no processo do programa. Como as “empresas estão sujeitas a significativas pressões internas e externas para supercumprir [*over-comply*] ou subcumprir [*under-comply*] as regulações[,] a forma de como elas determinam suas eficiências alocativa e técnica depende da combinação regulatória e de recursos de cada empresa.”¹⁴⁷ O objetivo de uma organização, ao projetar seu programa de compliance, é criar um modelo com o equilíbrio adequado entre estrutura, composição e processo para garantir sua eficácia. Contudo, alcançar esse objetivo muitas vezes permanece um desafio.

Com a finalidade de examinar a capacidade dos programas de compliance e ética que, na atualidade, atendem aos padrões setoriais para combater silos de informação dentro de organizações complexas, esta parte do Artigo avalia falhas recentes de compliance na General Motors e no Wells Fargo. É importante destacar que cada uma dessas empresas havia adotado programas de compliance que aparentavam ser eficazes, mas falharam em abordar adequadamente más condutas antes que elas se tornassem significativas. Isso ocorreu apesar de

¹⁴⁶ Vide Root, *Coordinating Compliance Incentives*, nota 90, *supra*, pp. 1004-09 (“O compliance é o rei, e seus súditos — reguladores, procuradores, tribunais, corporações e acadêmicos — são rápidos em exaltar seu poder e seu potencial para fazer o bem.”).

¹⁴⁷ Bird & Park, nota 87, *supra*, p. 312.

múltiplos relatos iniciais sobre possíveis irregularidades dentro daquelas corporações. A análise sugere que os atuais programas de compliance têm limitações em sua capacidade de enfrentar o fenômeno dos silos de informação. Essa assertiva leva à tese central deste Artigo: Organizações complexas devem se concentrar na adoção de reformas baseadas em processos que fortaleçam as investigações da empresa sobre falhas significativas de compliance, funcionando assim como uma rede de segurança quando os programas de compliance falham em detectar ou responder adequadamente a irregularidades dentro das empresas. Esta seção do estudo demonstra como a adoção de reformas relacionadas a processos — como investigações internas padronizadas, pesquisas de materialidade e o princípio da agregação — podem ajudar as empresas a detectar e investigar falhas de compliance em seus quadros internos com maior antecedência. Em seguida, abordam-se duas limitações das reformas bem-sucedidas baseadas em processos, destacando que, para serem eficazes, essas reformas devem ser aplicadas dentro de um programa que possua uma estrutura robusta e uma cultura ética.

A. *Silos dentro de estruturas aceitas*

Como explanado anteriormente, um silo de informação existe dentro de uma organização quando departamentos — ou uma divisão dentro de uma grande organização — se tornam isolados, resultando em falha no fluxo de comunicação e no alcance de objetivos comuns. Esta seção analisa escândalos recentes em organizações que parecem ter sofrido com silos de informação: a General Motors e o Wells Fargo. Em seguida, demonstra-se que cada organização possuía estruturas organizacionais que pareciam razoáveis, destinadas a prevenir e detectar má conduta, mas que falhas significativas ocorreram, apesar da conscientização interna sobre o risco que, inevitavelmente, levou a cada escândalo.

1. *General Motors*.¹⁴⁸ — Em meados dos anos 2000, a General Motors adotou um programa global de ética e compliance.¹⁴⁹ Com o aumento da importância do compliance,¹⁵⁰ muitas organizações complexas passaram a desenvolver programas globais dessa natureza. De fato, já em 2015, membros do setor de compliance estavam observando um aumento nas “tendências de programas globais de compliance.”¹⁵¹ Esses programas globais de compliance

¹⁴⁸ A descrição aqui apresentada tem o objetivo de fornecer informações suficientes ao leitor para demonstrar que existiam *silos de informação* que impediram a detecção e investigação adequada de uma falha generalizada de compliance. Não se trata de um relato completo sobre a falha da chave de ignição, cuja descrição detalhada pode ser encontrada no *Relatório Valukas*. Vide, de forma geral, Valukas, nota 12, *supra* (apresentando uma linha do tempo completa da controvérsia da chave de ignição da General Motors).

¹⁴⁹ Vide Root, *Compliance Process*, nota 33, *supra*, pp. 222-23 (discutindo a falha da General Motors em identificar os defeitos na sua chave de ignição).

¹⁵⁰ Vide Deloitte, *Compliance Modernization Is No Longer Optional 4* (2017) [doravante Deloitte, *Compliance Modernization*], in <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/regulatory/us-compliance-modernization.pdf> [<https://perma.cc/G9ZP-3R5D>].

¹⁵¹ Stephanie Gallagher, *Global Compliance Program Trends*, *Compliance & Ethics Blog* (16/04/2015), in <http://complianceandethics.org/global-compliance-program-trends/> [<https://perma.cc/TR7Y-U55C>].

foram implementados, em parte, como um reconhecimento do desafio mais intenso enfrentado por organizações complexas ao projetar seus programas de compliance.¹⁵²

Além disso, a General Motors implementou uma variedade de comitês internos encarregados de identificar problemas em seus produtos. Esses comitês foram estruturados, em parte, para eliminar os silos de informação dentro da empresa, promovendo a comunicação entre os departamentos. Por exemplo, o Grupo de Investigações de Produtos da General Motors era responsável por “identificar e corrigir questões de segurança”.¹⁵³ Além disso, o Comitê Executivo de Decisão de Ações de Campo era responsável por “analisar *recalls* e seus membros incluíam três vice-presidentes da [General Motors], dentre eles seu engenheiro-chefe.”¹⁵⁴ Esses são apenas dois dos muitos comitês dentro da General Motors com autoridade para investigar questões identificadas como potenciais problemas. Assim, aparentemente a General Motors havia implementado mecanismos sofisticados em sua estrutura organizacional para garantir que seus produtos permanecessem seguros para os consumidores, bem como minimizar eventual responsabilização da empresa.

Todavia, a General Motors deixou de detectar uma falha crítica na chave de ignição em determinados modelos de seus veículos. A “chave de ignição em certos carros (...) falhava em manter o carro ligado (...) resultando em paradas repentinas em rodovias, bem como na perda de potência em terrenos irregulares, nos quais um motorista poderia enfrentar momentos antes de uma colisão.”¹⁵⁵ O mais grave era que “a falha na chave significava que os motoristas ficavam sem proteção dos *airbags* justamente no momento em que mais precisavam.”¹⁵⁶ É importante destacar que diferentes grupos dentro da General Motors estavam cientes dos problemas com a chave de ignição. De fato, “desde a concepção do interruptor de ignição até aproximadamente 2006, vários grupos de engenharia e comitês consideraram formas de resolver” os problemas relacionados com a manutenção do funcionamento dos veículos, embora não estivessem cientes do impacto da falha da chave de ignição na ativação dos *airbags*.¹⁵⁷ Em 2005, o Grupo de Investigações de Produtos da General Motors abriu e encerrou uma investigação sobre a chave de ignição, “[c]oncluindo que não havia nenhuma questão de segurança a ser corrigida.”¹⁵⁸ Em 2007, um engenheiro de Avaliação de Desempenho em Campo foi encarregado de monitorar incidentes de não acionamento dos *airbags* no Chevrolet Cobalt. Ele realizou a tarefa, mas não recebeu instruções “sobre um produto final nem um prazo,” e “não tinha conhecimento de registros importantes da [General Motors] sobre problemas anteriores com a chave de ignição.”¹⁵⁹ “Até 2011, advogados externos, que tinham

¹⁵² Vide Deloitte, *Compliance Modernization*, nota 149, *supra*, p. 4 (“Os silos [dentro dos programas de compliance] estão fora de moda. Gerenciar riscos de conformidade é mais eficaz quando as atividades de execução e supervisão podem ser integradas.”).

¹⁵³ Valukas, nota 12, *supra*, p. 3.

¹⁵⁴ *Id.*, p. 11.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 1.

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Id.*, p. 3.

¹⁵⁹ *Id.*, pp. 8-9.

acesso aos dados dos engenheiros (...), haviam alertado repetidamente os advogados internos [da General Motors] de que a empresa poderia ser acusada de conduta grave devido à sua falha em resolver o problema do não acionamento dos *airbags* no Cobalt.”¹⁶⁰ Os advogados internos finalmente ordenaram uma investigação em 2011, mas essa investigação não teve o caráter de urgência e só avançou significativamente quando, em abril de 2013, um especialista contratado por um demandante expôs claramente os problemas com a chave de ignição.¹⁶¹ Mesmo após a identificação da fonte exata do problema, “[s]omente em fevereiro de 2014 a [General Motors] emitiu” seu primeiro *recall*.¹⁶²

No final das contas, quando a General Motors efetivamente compreendeu plenamente os problemas com a chave de ignição e emitiu um *recall*, em 2014,¹⁶³ centenas de consumidores já haviam sido afetados pela falha na detecção do defeito. De fato, a pessoa nomeada pela General Motors para supervisionar a *GM Ignition Compensation Claims Resolution Facility* apurou que 124 mortes e 275 feridos estavam ligados ao defeito no interruptor de ignição, embora a “General Motors (...) originalmente tenha afirmado que conhecia apenas 13 mortes relacionadas aos interruptores.”¹⁶⁴ Ainda assim, de 2002 até 2014, quando o *recall* foi emitido,¹⁶⁵ diversos empregados da General Motors estavam cientes dos problemas com a chave de ignição, mas não conseguiram reunir as informações de forma a perceber a gravidade da questão. Essa falha ocorreu apesar do fato de que várias pessoas de fora da organização, incluindo um especialista contratado por um demandante, um policial estadual de Wisconsin e pesquisadores da Universidade de Indiana, identificaram o impacto da chave de ignição no acionamento dos *airbags* e notificaram a General Motors sobre isso antes de 2014.¹⁶⁶ Diversos integrantes da General Motors possuíam parcelas da informação global, mas essas parcelas permaneceram insuladas dentro de divisões e departamentos específicos.

2. *Wells Fargo*. — Desde a fusão do Wells Fargo com o Norwest em 1998, a empresa adotou uma estrutura corporativa descentralizada, na qual cada linha de negócios operava de forma independente.¹⁶⁷ Em particular, a gestão de riscos era alocada dentro de cada unidade de negócios específica: “A administração acreditava que essa abordagem descentralizada era um método superior para gerenciar riscos e havia contribuído para o sucesso do Wells Fargo, especialmente por ter ajudado a instituição a atravessar a crise financeira de 2008 relativamente ílesa.”¹⁶⁸ É importante destacar que, na época, essa escolha não era necessariamente incorreta dentro do setor financeiro. Ao alocar a gestão de riscos dentro de unidades de negócios

¹⁶⁰ *Id.*, p. 10.

¹⁶¹ *Id.*, p. 11.

¹⁶² *Id.*, pp. 10-11.

¹⁶³ *Id.*, pp. 1-2.

¹⁶⁴ Korosec, nota 10, *supra*.

¹⁶⁵ Valukas, nota 12, *supra*, pp. 1-2.

¹⁶⁶ *Id.*, pp. 115-16.

¹⁶⁷ *Wells Fargo Investigation Report*, nota 6, *supra*, p. 60.

¹⁶⁸ *Id.*

específicas, a empresa essencialmente confiava em um programa de compliance especializado para cada área de atuação.

Dessa forma, em 2002, quando o *Community Bank* do Wells Fargo detectou um aumento nas violações de práticas de vendas, a gestão de riscos, assim como muitos outros departamentos importantes, estava alocada dentro dessa unidade de negócios. Em resposta às violações, o *Community Bank* criou uma “força-tarefa [*task force*] de integridade nas vendas” para lidar com o problema: “A força-tarefa implementou diversas iniciativas, incluindo a criação de um programa de treinamento e certificação em integridade nas vendas, a modificação dos planos de incentivo para reduzir a promoção de comportamentos indesejáveis e a utilização de programas de auditoria para identificar atividades suspeitas.”¹⁶⁹

No entanto, o Wells Fargo possuía alguns grupos que operavam em nível corporativo, ou seja, fora das unidades de negócios específicas. Um desses grupos era a Equipe de Investigações Internas. Em 2004, essa equipe elaborou um memorando sobre questões preocupantes relacionadas às práticas de vendas, no qual registrou um aumento nas violações.¹⁷⁰ Em particular, o documento destacou “um aumento nos casos anuais de manipulação de vendas — definidos como a manipulação e/ou deturpação de vendas para receber compensação ou atingir metas — de 63 em 2000 para uma projeção de 680 em 2004.”¹⁷¹ Além disso, o número de demissões associadas a essas práticas também cresceu, “de 21 em 2000 para uma projeção de 223 em 2004.”¹⁷²

Contudo, os problemas relacionados às práticas de vendas continuaram a crescer dentro do *Community Bank*, apesar das informações apresentadas pela Equipe de Investigações Internas. Dentro do *Community Bank*, a liderança “acreditava que os riscos associados poderiam ser gerenciados adequadamente por meio do aumento do treinamento, da detecção de irregularidades e da punição dos infratores.”¹⁷³ Cumpre ressaltar que essa estratégia essencialmente segue os parâmetros normativos de prevenção e repressão criminal. Quando os custos do crime aumentam devido à maior probabilidade de detecção e à expectativa de punição severa, se espera que as ocorrências criminais diminuam.¹⁷⁴ Infelizmente, dentro do *Community Bank*, essa estratégia não deu certo.

Com efeito, entre 2013 e 2015, o Los Angeles Times publicou uma série de reportagens sobre irregularidades nas práticas de vendas do Wells Fargo, o que levou a mudanças internas de políticas e a revisões mais profundas sobre a extensão das violações dessas práticas.¹⁷⁵ As informações dessas revisões chegaram até o então *Chief Executive Officer* e outros membros

¹⁶⁹ *Id.*, p. 31.

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ *Vie Gary S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *J. Pol. Econ.* 169, 176 (1968) (“A abordagem adotada aqui (...) assume que uma pessoa comete um crime se a utilidade esperada para ela excede a utilidade que poderia obter ao usar seu tempo e outros recursos em outras atividades.”).

¹⁷⁵ *Wells Fargo Investigation Report*, nota 6, *supra*, pp. 32, 44-45.

da alta administração, mas eles não conseguiram compreender plenamente a gravidade das informações que estavam diante deles.¹⁷⁶ Na verdade, a autoridade decisional para lidar com as violações das práticas de vendas permaneceu exclusivamente dentro do *Community Bank*.¹⁷⁷

Assim, em 2016, o Wells Fargo se viu envolvido em um grande escândalo relacionado à abertura de “contas falsas” em nome de seus clientes.¹⁷⁸ O *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC) determinou que as más práticas do Wells Fargo pressionavam os empregados para atingir determinadas metas de vendas, o que levou, em última instância, à abertura não autorizada de contas de depósitos ou de cartões de crédito, bem como à transferência de fundos de contas existentes autorizadas para contas não autorizadas.¹⁷⁹ O Wells Fargo tinha conhecimento dessas irregularidades, pelo menos desde 2002, consoante auditorias internas conduzidas por diferentes unidades de negócios, incluindo o *Community Bank*, a Equipe de Investigações Internas e o Departamento Jurídico, dentre outros.¹⁸⁰ O OCC sancionou o Wells Fargo em 2016, resultando em uma penalidade civil de US\$ 35 milhões.¹⁸¹ Além disso, o OCC exigiu que o banco “ressarcisse os clientes prejudicados por suas práticas de vendas inseguras ou inadequadas.”¹⁸² Em agosto de 2017, o Wells Fargo indicou que sua investigação “poderia revelar um ‘aumento significativo’ no número de contas envolvidas, acima das 2,1 milhões que havia estimado anteriormente.”¹⁸³ De fato, novas irregularidades foram descobertas, o que levou o *Consumer Financial Protection Bureau* a impor uma multa de US\$ 1 bilhão à empresa em abril de 2018.¹⁸⁴

Por fim, o Conselho de Administração do Wells Fargo iniciou uma investigação sobre as práticas de vendas do banco. O relatório responsabilizou a má conduta pela estrutura de gestão descentralizada.¹⁸⁵ Em particular, destacou que o chefe do *Community Bank* e seu diretor

¹⁷⁶ *Id.*, p. 55.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 47 (observando que o chefe do *Community Bank* “reforçou uma cultura de controle rígido sobre informações relativas a violações de práticas de vendas, [p]rejudicando a capacidade das funções de controle fora do *Community Bank* e do Conselho de avaliar com precisão o problema e trabalhar na direção a uma solução.”).

¹⁷⁸ Jackie Wattles, Ben Geier, Matt Egan & Danielle Wiener-Bronner, *Wells Fargo's 20-Month Nightmare*, CNN (24/04/2018), in <https://money.cnn.com/2018/04/24/news/companies/wells-fargo-timeline-shareholders/index.html> [<https://perma.cc/255T-QUGD>].

¹⁷⁹ *Press Release, Office of the Comptroller of the Currency, OCC Assesses Penalty Against Wells Fargo, Orders Restitution for Unsafe or Unsound Sales Practices* (08/09/2016), in <https://www.occ.gov/news-issuances/news-releases/2016/nr-occ-2016-106.html> [<https://perma.cc/3XXT-4RXX>] [doravante *OCC Press Release*].

¹⁸⁰ *Wells Fargo Investigation Report*, nota 6, *supra*, p. 73. Dentro do Departamento Jurídico, os advogados-gerais adjuntos da Seção de Direito Trabalhista e da Divisão de Litígios e Recuperação tiveram “envolvimento significativo com questões de integridade de vendas”. *Id.*, p. 72.

¹⁸¹ *OCC Press Release*, nota 178, *supra*.

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ Stacy Cowley, *Wells Fargo May Have Found More Fake Accounts Created by Employees*, *N.Y. Times* (04/08/2017), in <https://www.nytimes.com/2017/08/04/business/dealbook/wells-fargo-fraud-accounts.html> (arquivado na Columbia Law Review).

¹⁸⁴ Bill Chappell, *Wells Fargo Hit with \$1 Billion in Fines over Home and Auto Loan Abuses*, *NPR* (20 de abril de 2018), in <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2018/04/20/604279604/wells-fargo-hit-with-1-billion-in-fines-over-consumer-abuses> [<https://perma.cc/M6YK-SX5J>].

¹⁸⁵ *Wells Fargo Investigation Report*, nota 6, *supra*, p. 4.

de risco do grupo não apenas deixaram de relatar os problemas para fora do *Community Bank*, mas também trabalharam para impedir essa comunicação, incluindo a omissão de informações ao Conselho de Administração sobre o número de empregados demitidos por violações nas práticas de vendas.¹⁸⁶ Esses comportamentos não foram necessariamente sinais de má conduta intencional. Em vez disso, os Diretores de risco [*Risk officers*] “provavelmente agiram dessa forma para garantir a liberdade de lidar com as questões em seus próprios termos, e não para incentivar comportamentos inadequados.”¹⁸⁷

Na realidade, o Wells Fargo possuía tanto uma estrutura organizacional centralizada quanto descentralizada. Algumas funções, como gestão de riscos e recursos humanos, permaneciam dentro de unidades de negócios específicas e seguiam uma estrutura descentralizada.¹⁸⁸ Todavia, outras funções, como o departamento jurídico, na prática, adotavam uma estrutura centralizada, com todas as linhas de subordinação culminando em um alto executivo dentro da estrutura corporativa do Wells Fargo.¹⁸⁹ O resultado da combinação dessas várias unidades de negócios, departamentos e divisões foi que muitas pessoas dentro do Wells Fargo tinham conhecimento dos problemas nas práticas de vendas, mas essa informação não foi devidamente comunicada. Assim como a General Motors, o Wells Fargo sofreu com diversos silos de informação. Esses silos permitiram que os problemas dentro do banco crescessem até resultarem em uma sucessão de escândalos de grandes proporções.

* * *

Em cada um dos exemplos acima, decisões legítimas sobre a estrutura organizacional levaram à formação de silos de informação, que contribuíram para a falha na detecção e na investigação adequada de más condutas desde o início. Como resultado, as falhas de compliance se agravaram e cresceram ao longo do tempo. É importante esclarecer que isso não significa que os silos de informação tenham sido a *única* causa significativa das falhas de compliance nesses casos — houve outros fatores relevantes. No entanto, em cada um desses exemplos, os integrantes da organização foram alertados sobre uma possível área de má conduta ou risco, e a empresa deixou de avaliar adequadamente essas informações. Isto decorreu, ao menos em parte, pela fragmentação da comunicação causada pelos silos de informação. Esses silos afetaram tanto organizações com estruturas de compliance e gestão centralizadas — como foi o caso General Motors —, quanto aquelas com estruturas descentralizadas — como foi o caso do Wells Fargo. Essa constatação, embora baseada em casos específicos, sugere que a estrutura

¹⁸⁶ *Id.*, p. 8.

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ *Id.*, pp. 11-12.

¹⁸⁹ *Id.*, p. 72 (explicando que o departamento jurídico do Wells Fargo é separado em divisões, “cada uma das quais é liderada por um advogado-geral adjunto que reporta ao advogado-geral”).

organizacional, por si só, não é suficiente para garantir um programa de compliance eficaz. É necessário ir além.

Essa percepção é importante, em parte, porque as reformas estruturais e as mudanças na composição organizacional costumam ser a resposta instintiva adotada, tanto por empresas quanto pelo poder público, quando uma má conduta significativa é descoberta. O exemplo do Wells Fargo deixa isso claro. A causa fundamental da má conduta no Wells Fargo foi um ambiente de metas de vendas agressivas, vinculadas à remuneração pelo desempenho. Entretanto, a causa fundamental da falha na detecção dessa má conduta parece estar ligada à existência de silos de informação dentro da empresa. O relatório posterior ao escândalo, apresentado ao Conselho de Administração, atribuiu a falha de detecção ao modelo de gestão descentralizado do banco. Além disso, na breve seção “Visão Geral do Relatório”, que antecipava as conclusões do documento mais completo, foram destacadas as seguintes medidas em direção à “Reforma e Responsabilização” que o banco vinha adotando:

O Conselho de Administração tomou diversas medidas e apoiou ações da administração para enfrentar essas questões. O Wells Fargo substituiu e reorganizou a liderança do *Community Bank*. Além disso, eliminou as metas de vendas e reformulou a compensação por incentivo. A centralização das funções de controle está sendo acelerada. O Conselho também separou os cargos de Presidente do Conselho e CEO, fortaleceu os estatutos dos Comitês do Conselho e estabeleceu um sistema de relatórios regulares ao Conselho, por meio do recém-criado Escritório de Ética, Supervisão e Integridade. Como resultado da investigação, o Conselho demitiu por justa causa cinco executivos seniores do *Community Bank* e impôs confisco de compensações, recuperação de bônus e ajustes salariais aos líderes seniores, totalizando mais de US\$ 180 milhões.¹⁹⁰

A clara resposta da empresa foi implementar mudanças estruturais em sua organização. Contudo, além da criação de um novo escritório que passou a se reportar diretamente ao Conselho, nenhuma reforma no processamento das informações foi adotada.

Essa não foi uma resposta isolada. Com efeito, a própria reação dos poderes públicos também se concentrou fortemente em reformas estruturais. Por exemplo, em 2018, o *Federal Reserve Board* anunciou restrições ao crescimento do banco “até que ele melhore suficientemente sua governança e controles” e determinou a substituição de quatro membros do conselho até o final do ano.¹⁹¹ Em particular, a ordem de cessação e desistência consensual do *Federal Reserve Board* “exigiu que a empresa melhorasse seus processos de governança e gestão de riscos, incluindo o fortalecimento da supervisão exercida pelo conselho de

¹⁹⁰ *Id.* (página de abertura sem paginação).

¹⁹¹ *Fed. Reserve Wells Fargo Press Release*, nota 4, *supra*.

administração.”¹⁹² No entanto, como observado por Sharpe em 2012, esse foco na estrutura do conselho como solução para os problemas das empresas é, por sua própria natureza, limitado.¹⁹³ Embora haja diversas reformas estruturais que faziam sentido o Wells Fargo adotar, parece igualmente necessário que a empresa implementasse reformas baseadas em processos para garantir que a detecção de irregularidades viesse a ocorrer antes que os problemas se tornassem generalizados e significativos.

B. Intervenções baseadas em processos

Como organizações complexas frequentemente enfrentam falhas de compliance que não podem ser resolvidas apenas por meio de mudanças estruturais e de composição, este Artigo argumenta que essas organizações devem adotar reformas baseadas em processos [*process-based reforms*] — ou seja, ações, práticas e rotinas que permitam à empresa comunicar e analisar informações de forma mais eficaz. Essas reformas fortalecem as investigações de falhas complexas de compliance e funcionam como uma rede de segurança quando os programas de compliance deixam de detectar ou responder adequadamente a irregularidades dentro da corporação. Especificamente, este Artigo apresenta três áreas gerais nas quais organizações complexas podem concentrar esforços na adoção de ações, práticas e rotinas baseadas em processos, garantindo que as informações necessárias para a detecção e investigação de irregularidades sejam adequadamente comunicadas dentro do processo de compliance.¹⁹⁴ Essas recomendações se baseiam tanto em minha própria pesquisa empírica¹⁹⁵ quanto em minha pesquisa teórica.¹⁹⁶

1. *Acompanhar comportamentos ilícitos semelhantes dentro da empresa.* — Quando as empresas enfatizam o policiamento e os componentes estruturais de um programa de compliance, às vezes elas direcionam atenção excessiva para áreas específicas de compliance, quando, na verdade, poderiam se beneficiar da avaliação de certos tipos de comportamento. Como explicado anteriormente, esse foco em áreas específicas de compliance ocorre, em parte, devido à forma como os agentes de fiscalização exercem sua autoridade ao resolver casos de má conduta. Todavia, organizações complexas que realmente desejam criar e implementar

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ Ver Sharpe, nota 34, *supra*, p. 297 (“Este Artigo adiciona uma dimensão crítica à discussão sobre conselhos ao identificar o processo como um passo intermediário, vinculando grandes reformas do conselho a uma maior probabilidade de sucesso da empresa.”).

¹⁹⁴ Vide Seção I.B, *supra*.

¹⁹⁵ Vide, de forma geral, Root, *Coordinating Compliance Incentives*, nota 90, *supra* (realizando um estudo de caso empírico sobre ações de *enforcement* do FCPA contra empresas, concluindo que os reguladores federais deveriam empregar uma estratégia de aplicação coordenada para identificar instituições com falhas sistêmicas de compliance).

¹⁹⁶ Vide, de forma geral, Root, *Compliance Process*, nota 33, *supra* (propondo um novo método para avaliar falhas de compliance, concentrando em estágios distintos dentro do processo de conformidade: prevenção, detecção, investigação e remediação).

programas de compliance eficazes também devem considerar a adoção de processos que identifiquem condutas problemáticas semelhantes em áreas de compliance aparentemente diversas.

Por exemplo, desde pelo menos 2007, a fabricante de dispositivos médicos Biomet tem enfrentado dificuldades para lidar com casos recorrentes de corrupção dentro de sua organização. Como resultado de má conduta em diversas subsidiárias, a Biomet firmou acordos para resolver alegações de que pagou subornos ilegais a médicos, em violação ao *False Claims Act* e ao *Anti-Kickback Act*, em 2007¹⁹⁷ e 2014¹⁹⁸, além de subornos ilícitos em violação ao FCPA tanto em 2012¹⁹⁹ quanto em 2017.²⁰⁰ Como frequentemente ocorre nesse tipo de acordo, a Procuradoria incentivou a Biomet a compartimentalizar sua avaliação de compliance. Em particular, enfatizou a importância de a Biomet “continuar implementando um programa de compliance e ética projetado para prevenir e detectar violações do FCPA.”²⁰¹ Nesse sentido, o DOJ destacou a necessidade de a Biomet desenvolver um programa de compliance com o FCPA “em todas as suas operações, incluindo as de suas afiliadas, agentes e *joint ventures*, bem como as de seus contratantes e subcontratados.”²⁰² Entretanto, uma década de má conduta na Biomet, relacionada com pagamentos ilícitos e subornos, pode indicar menos um problema de comprometimento em aderir ao FCPA e mais uma necessidade de adotar processos mais amplos dentro de seu programa global de compliance, voltados à prevenção de pagamentos ilícitos de forma geral.

Com efeito, muitas organizações complexas, como a Biomet, poderiam se beneficiar da modificação de seus programas de compliance para lidar com comportamentos ilícitos semelhantes em diferentes departamentos e entidades corporativas. Nesse sentido, as empresas poderiam aproveitar o potencial das intervenções baseadas em processos de duas maneiras. Primeiro, as empresas poderiam adotar processos para auxiliar na identificação de tendências e áreas problemáticas em diversas áreas regulatórias e jurídicas, bem como em diferentes departamentos e entidades. Ao fazer isso, as empresas aprimorariam seus sistemas de tomada

¹⁹⁷ Press Release, DOJ, *Five Companies in Hip and Knee Replacement Industry Avoid Prosecution by Agreeing to Compliance Rules and Monitoring* (27/09/2007), in <https://www.justice.gov/sites/default/files/usao-nj/legacy/2013/11/29/hips0927.rel.pdf> [<https://perma.cc/J37F-9AJ7>].

¹⁹⁸ Press Release, DOJ, *Biomet Companies to Pay over \$6 Million to Resolve False Claims Act Allegations Concerning Bone Growth Stimulators* (29/10/2014), in <https://www.justice.gov/opa/pr/biomet-companies-pay-over-6-million-resolve-false-claims-act-allegations-concerning-bone> [<https://perma.cc/Q7RU-YBH2>].

¹⁹⁹ Press Release, DOJ, *Third Medical Device Company Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation* (26/03/2012), in <http://www.justice.gov/opa/pr/third-medical-device-company-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation> [<https://perma.cc/59NR-9ALC>].

²⁰⁰ Press Release, DOJ, *Zimmer Biomet Holdings Inc. Agrees to Pay \$17.4 Million to Resolve Foreign Corrupt Practices Act Charges* (12 de janeiro de 2017), in <https://www.justice.gov/opa/pr/zimmer-biomet-holdings-inc-agrees-pay-174-million-resolve-foreign-corrupt-practices-act> [<https://perma.cc/9UEG-CMCC>]. A Biomet agora opera como *Zimmer Biomet Holdings Inc.* Ver David Gelles & William Alden, *Zimmer Holdings to Buy Biomet for \$13.35 Billion*, *N.Y. Times* (24 de abril de 2014), <https://dealbook.nytimes.com/2014/04/24/zimmer-to-buy-biomet-for-13-35-billion/> (arquivado na Columbia Law Review).

²⁰¹ *Deferred Prosecution Agreement*, p. 11, *United States v. Zimmer Biomet Holdings, Inc.*, No. 12-CR-00080 (D.D.C., 13/01/2017).

²⁰² *Id.*

de decisão, dando informações mais relevantes e necessárias para o desenvolvimento de respostas adequadas a tipos específicos de má conduta que tendem a se repetir dentro das organizações. em segundo lugar, uma vez que áreas de preocupação comuns, como suborno ilícito, sejam identificadas dentro de uma organização complexa, a empresa poderia então adotar “uma sequência específica de etapas (um processo)”²⁰³ direcionada à atenuação dessas situações problemáticas.

Um exemplo de intervenção baseada em processos, que poderia ajudar a rastrear comportamentos ilícitos dentro de uma empresa, seria a padronização de certos elementos das investigações internas. Na área médica, existem diversas situações em que listas de verificação devem ser seguidas. Essas listas têm sido úteis para (i) reduzir erros desnecessários no atendimento, e (ii) minimizar vieses.²⁰⁴ Empresas com riscos significativos de compliance poderiam adotar uma abordagem semelhante para garantir que todas as investigações internas abordem um conjunto limitado, porém consistente, de questões. Isso asseguraria que a empresa obtivesse informações padronizadas em diferentes departamentos e áreas de risco, sem comprometer a autonomia e o julgamento dos responsáveis pela investigação interna como um todo. Uma vez que a empresa tenha dados padronizados sobre suas investigações internas, ela poderá utilizar essas informações para identificar tendências, como comportamentos ilícitos semelhantes dentro da organização.²⁰⁵

2. *Realizar avaliações consistentes de compliance.* — Quando uma empresa identifica possível má conduta, geralmente adota uma resposta específica para avaliar a abrangência e a gravidade da irregularidade e, se necessário, desenvolver uma estratégia de remediação. Porém a resposta da empresa a possíveis ou reais violações de compliance pode variar significativamente entre seus departamentos ou entidades corporativas. Por outro lado, quando uma sequência específica de etapas — ou seja, um processo — é adotada para atender às necessidades e objetivos de compliance da empresa, ela pode estar “melhor posicionada para aprimorar sua eficácia e, conseqüentemente, o desempenho geral da organização.”²⁰⁶

Muitas das falhas de compliance mais significativas nos últimos anos foram afetadas, pelo menos em parte, pelo defeito das empresas na adoção de métodos investigativos robustos

²⁰³ Sharpe, nota 34, *supra*, p. 297.

²⁰⁴ Vide Mark L. Graber, Asta V. Sorensen, Jon Biswas, Varsha Modi, Andrew Wackett, Scott Johnson, Nancy Lenfestey, Ashley N.D. Meyer & Hardeep Singh, *Developing Checklists to Prevent Diagnostic Error in Emergency Room Settings*, 1 *Diagnosis* 223, 230 (2014) (“[O] sucesso das listas de verificação para melhorar a segurança cirúrgica (...) parece suficientemente estabelecido”). Jessica Nordell, *A Fix for Gender Bias in Health Care? Check*, *N.Y. Times* (11/01/2017), in <https://www.nytimes.com/2017/01/11/opinion/a-fix-for-gender-bias-in-health-care-check.html> (arquivado na Columbia Law Review) (explicando como as listas de verificação reduzem o tratamento das disparidades de gênero).

²⁰⁵ Algumas empresas consideram que o compliance é “uma grande oportunidade para automação” porque a legislação é relativamente linear e direta. *Treliant Talks*, nota 130, *supra*. Como resultado, a empresa pode buscar “anomalias nos dados”, o que algumas organizações consideram uma abordagem mais eficaz para lidar com questões de compliance do que simples testes amostrais. *Id.*

²⁰⁶ Sharpe, nota 34, *supra*, p. 297.

e eficazes.²⁰⁷ No entanto, essa é uma tarefa relativamente rotineira, realizada por muitas empresas assim que detectam uma falha de compliance.²⁰⁸ Organizações complexas poderiam optar por desenvolver processos formais e proativos, garantindo que seus membros, em diferentes áreas da organização, adotem métodos investigativos semelhantes ao detectar uma má conduta. Dessa forma, a empresa poderia avaliar melhor a natureza e a extensão das falhas de compliance, além de estabelecer métodos padronizados para comparar falhas de compliance entre departamentos e entidades corporativas descentralizadas.

Por exemplo, diversos departamentos e divisões dentro do Wells Fargo estavam cientes da necessidade de investigar as práticas de vendas da empresa desde pelo menos 2002. Membros do Departamento Jurídico, em particular os advogados da Seção de Emprego, “se depararam com má conduta em vendas e com a demissão de vários empregados ao mesmo tempo (...), desde pelo menos 2002.”²⁰⁹ Também em 2002, a Equipe de Investigações Internas registrou que quase toda uma agência no Colorado estava envolvida em uma prática de vendas irregular conhecida como “*gaming*”, uma violação das práticas de vendas.²¹⁰ O Departamento de Recursos Humanos do *Community Bank* criou, nesse mesmo ano, uma força-tarefa “para lidar com o crescente foco em questões de integridade nas vendas no setor bancário regional.”²¹¹ Por fim, o Comitê de Auditoria e Exame do Conselho de Administração recebeu informes mencionando questões de conduta de vendas ou “*gaming*” desde pelo menos 2002.²¹² Todavia, o Comitê não conseguiu identificar que o problema que estava diante deles era significativo.

Empresas poderiam adotar uma reforma baseada em processos, quando surgirem informações potencialmente significativas sobre má conduta, mas houver dúvidas sobre a abrangência e a gravidade da irregularidade. Por exemplo, as empresas poderiam utilizar pesquisas de materialidade [*materiality surveys*].²¹³ Atualmente, muitas empresas já utilizam pesquisas de avaliação cultural para “entender a eficácia do programa, construir um argumento para alocação de recursos ou mudanças organizacionais e desenvolver relatórios para a alta administração ou o Conselho de Administração.”²¹⁴ No entanto, empresas interessadas em criar avaliações consistentes de compliance poderiam, em vez disso, adotar pesquisas destinadas a avaliar a materialidade de certos tipos de má conduta dentro da organização. As empresas

²⁰⁷ Vide Root, *Compliance Process*, nota 33, *supra*, pp. 205-09, 224-25, 238-42 (detalhando as falhas investigativas na *Fox News*, *Wells Fargo* e *Baylor University*).

²⁰⁸ Vide *Id.*, p. 224 (descrevendo uma fase investigativa padrão para empresas).

²⁰⁹ *Wells Fargo Investigation Report*, nota 6, *supra*, p. 73.

²¹⁰ *Id.* “*Gaming*” é um tipo de violação de prática de vendas “definida como a manipulação e/ou deturpação de vendas para receber compensação ou atingir metas de vendas”. *Id.*, p. 31.

²¹¹ *Id.*, p. 80.

²¹² *Id.*, p. 98.

²¹³ Vide KPMG Int'l, *Sustainable Insight: The Essentials of Materiality Assessment 4* (2014), in <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2014/10/materiality-assessment.pdf> [<https://perma.cc/6KNP-5VTV>] (“A avaliação de materialidade é o processo de identificar, refinar e avaliar inúmeras questões ambientais, sociais e de governança que poderiam afetar sua empresa e/ou seus *stakeholders*, condensando-as em uma lista curta de tópicos que informam a estratégia, metas e relatórios da empresa.”).

²¹⁴ *Ethical Culture and Perceptions Assessment, Ethisphere*, in <https://ethisphere.com/what-we-do/culture-assessment/> [<https://perma.cc/W688-P7LF>] (acesso em 09/10/2019).

poderiam disseminar uma pesquisa de materialidade sempre que surgisse uma questão que parecesse ter potencial para se tornar uma falha significativa de compliance, a fim de determinar a abrangência e a gravidade real do problema. Por exemplo, o Conselho de Administração do Wells Fargo tinha conhecimento das violações das práticas de vendas, mas subestimou sua importância com base na frequência percebida dessas violações. O Conselho não considerou que apenas algumas dessas violações estavam chegando até ele. Entretanto, se tivesse realizado uma pesquisa com sua força de trabalho, poderia ter descoberto que o problema era mais generalizado do que se imaginava ou que o *Community Bank* estava enfrentando dificuldades significativas nessa área.

3. *Agrupar potenciais preocupações de compliance.* — Nem todos os relatos de má conduta ou potencial responsabilidade resultam na constatação de que ocorreu uma irregularidade. Os encarregados de supervisionar os esforços de compliance em organizações complexas frequentemente lidam com fragmentos de informação que, com o tempo, são considerados inofensivos ou vistos como incidentes isolados. No entanto, às vezes um evento aparentemente inofensivo ou isolado pode, na verdade, ser um indicativo de um problema maior dentro da empresa. Se organizações complexas, com departamentos dispersos e múltiplas entidades corporativas, não adotarem um processo para rastrear essas informações, as consequências podem ser devastadoras.

Por exemplo, em 2017, Larry Nassar, ex-médico da Michigan State University, se declarou culpado de “sete imputações de conduta sexual criminoso de primeiro grau, envolvendo mais de 160 meninas e mulheres ao longo de mais de duas décadas.”²¹⁵ De acordo com relatos de várias vítimas de Nassar, “[m]ais de uma dúzia de empregados da Michigan State foram notificados ao longo dos anos sobre os abusos cometidos por Nassar.”²¹⁶ As alegações variavam quanto ao momento em que a Michigan State recebeu as primeiras denúncias contra Nassar, com alguns relatos mencionando o ano de 1992²¹⁷ e outros 1997.²¹⁸ Independentemente da data, várias denúncias foram feitas, mas justificadas como simples mal-entendidos por aproximadamente duas décadas.²¹⁹ Os empregados da Michigan State estavam cientes dos abusos cometidos por Nassar e, ao deixar de responder de maneira eficaz às denúncias, permitiu que ocorressem dezenas de novas vítimas. A Universidade possuía um

²¹⁵ Vic Ryckaert, *Larry Nassar Case: What You Need to Know About the Abuser of More than 150 Young Athletes and the Fallout*, *Indianapolis Star* (25/01/2018), in <https://www.indystar.com/story/news/nation-now/2018/01/25/larry-nassar-usa-gymnastics-sex-abuse-what-we-know/1066355001/> [<https://perma.cc/P894-C9LD>].

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ Caroline Kitchener & Alia Wong, *The Moral Catastrophe at Michigan State*, *Atlantic* (12/09/2018), in <https://www.theatlantic.com/education/archive/2018/09/the-moral-catastrophe-at-michigan-state/569776/> [<https://perma.cc/795A-AHWQ>].

²¹⁸ Ryckaert, nota 214, *supra*.

²¹⁹ *Id.* Vide também Rachael Denhollander, *Rachael Denhollander: The Price I Paid for Taking on Larry Nassar*, *N.Y. Times* (26/01/2018), in <https://www.nytimes.com/2018/01/26/opinion/sunday/larry-nassar-rachael-denhollander.html> (arquivado na Columbia Law Review) (“De muitas formas, o escândalo de abuso sexual que levou 30 anos para ser revelado foi apenas um sintoma de um problema cultural muito mais profundo — a relutância em dizer a verdade contra a própria comunidade.”).

programa de compliance para tratar desse tipo de preocupação, nos termos do *Programa Título IX*, mas uma investigação realizada em 2014 “não encontrou evidências de má conduta.”²²⁰ Contudo, não parece que denúncias anteriores tenham chegado ao escritório do Título IX. Se as denúncias aparentemente isoladas tivessem sido agrupadas e monitoradas — seja pelo setor do Título IX ou pelo departamento de recursos humanos —, isso poderia ter ajudado a identificar os abusos de Nassar em um estágio mais precoce.

Organizações complexas poderiam adotar processos voltados para a agregação de certas informações — como denúncias sobre a conduta de um empregado —, para que fossem analisadas de forma conjunta, em vez de isoladamente. Se as corporações fossem obrigadas a registrar denúncias em um local centralizado, especialmente em um sistema independente da cadeia de subordinação ou de supervisor do empregado, subsequentemente revisando-as periodicamente, com o objetivo de identificar tendências ou preocupações significativas, isso poderia ajudar a trazer à tona potenciais falhas de compliance, de maneira mais antecipada. Por exemplo, General Motors e Wells Fargo poderiam ter agregado informações às quais já tinham acesso, de forma a detectar má conduta mais cedo, o que teria minimizado a gravidade e o alcance de suas falhas de compliance. É importante destacar que a agregação desse tipo de informação se tornou uma tarefa mais viável para as empresas atualmente, à medida que as ferramentas de comunicação e análise de dados se tornam cada vez mais sofisticadas.

a. Agrupar responsabilidades. — A General Motors resolveu várias ações judiciais relacionadas ao não acionamento dos airbags, que posteriormente foram identificados como consequência de um defeito na chave de ignição.²²¹ Os advogados responsáveis pelo litígio de produtos da General Motors tinham autonomia para resolver, por conta própria, reclamações de até US\$ 100.000.²²² Acordos entre US\$ 100.000 e US\$ 1,5 milhão (limite que eventualmente foi aumentado para US\$ 2 milhões) exigiam aprovação de um comitê conhecido como “*Roundtable*”. Já ofertas de acordo entre US\$ 2 milhões e US\$ 5 milhões precisavam da aprovação de um grupo chamado “*Settlement Review Committee*”, presidido pelo chefe de litígios globais da corporação.²²³ Qualquer acordo superior a US\$ 5 milhões exigia a aprovação do Diretor Jurídico da General Motors.²²⁴

É importante destacar que os processos implementados pela General Motors não exigiam explicitamente que os advogados que faziam parte do *Roundtable* “identificassem tendências” que pudessem indicar potenciais problemas de segurança.²²⁵ Quando entrevistados após o escândalo, alguns advogados acreditavam que tinham a responsabilidade de identificar tendências, enquanto outros afirmaram que “não era função do *Roundtable* identificar tendências e que, se um advogado precisasse sinalizar uma tendência, então o sistema já havia

²²⁰ Kitchener & Wong, nota 216, *supra*.

²²¹ Valukas, nota 12, *supra*, pp. 102-15.

²²² *Id.*, pp. 106-07.

²²³ *Id.*, p. 107.

²²⁴ *Id.*

²²⁵ *Id.*, p. 108.

falhado.”²²⁶ Além disso, os investigadores que analisaram a General Motors após a revelação do escândalo “não encontraram políticas formais por escrito que orientassem como os comitês de acordos deveriam lidar com questões de segurança.”²²⁷

Para uma organização tão grande e descentralizada como a General Motors, cuja função principal é fabricar automóveis, poderia ter sido benéfico instituir processos formais e diretrizes sobre como tratar informações relacionadas a preocupações com segurança. De fato, a empresa poderia ter adotado um princípio de agregação para o *Roundtable*. De fato, a General Motors poderia ter exigido que o *Roundtable* agrupasse todos os acordos realizados nos últimos um, três e cinco anos, em categorias semelhantes. Se uma categoria específica ultrapassasse o limite de US\$ 5 milhões — devendo, assim, ser relatada ao Diretor Jurídico — o *Roundtable* poderia ter investigado as razões pelas quais as responsabilidades financeiras atingiram um valor tão significativo, determinando se as categorias deveriam ser refinadas. Caso seguisse esta metodologia, o *Roundtable* poderia então apresentar um relatório ao Diretor Jurídico detalhando as categorias identificadas, as razões pelas quais uma categoria ultrapassou o limite de US\$ 5 milhões, e se isso indicava a necessidade de uma categorização mais detalhada ou uma possível tendência de acordos, o que exigiria uma investigação mais aprofundada.

Em vez disso, o Roundtable recebeu diretrizes vagas sobre a responsabilidade de rastrear tendências ao longo do tempo e não contava com processos claros para realizar essa tarefa. Ademais, ao estruturar os acordos dentro de determinados valores e somente exigir a revisão do Diretor Jurídico para valores acima de um determinado limite, as próprias decisões estruturais da General Motors fizeram com que o Diretor Jurídico dificilmente tivesse acesso às informações necessárias para identificar tendências importantes por conta própria. Quando a alta administração da General Motors deixou de adotar um processo ou sequência de etapas para elevar preocupações sobre segurança de produtos ou agrupar informações sobre acordos de maneira que pudesse acionar uma revisão de segurança, ela limitou sua capacidade de compreender e responder a questões que poderiam resultar na responsabilização da empresa.²²⁸ Contudo, com uma pequena mudança no processo — a agregação de informações —, a General Motors poderia ter avaliado de forma mais eficaz sua responsabilidade e as possíveis falhas de compliance.

b. Agrupar relatórios de whistleblowers. — Vários ex-empregados do Wells Fargo alegaram que foram demitidos da empresa após denunciarem irregularidades à *hotline* interna de ética do banco, especificamente sobre a abertura de contas fraudulentas.²²⁹ Outros empregados afirmaram que “foram demitidos por levantarem preocupações” sobre cobranças indevidas de taxas em hipotecas.²³⁰ Demais disso, outro ex-empregado alegou que sofreu

²²⁶ *Id.*

²²⁷ *Id.*

²²⁸ Sharpe explica que “[q]uando um conselho adota uma sequência específica de etapas (um processo) em resposta às necessidades e objetivos endogenamente determinados da empresa, ele está melhor posicionado para melhorar sua eficácia e, assim, o desempenho geral da empresa.” Sharpe, nota 34, *supra*, p. 297.

²²⁹ Egan, nota 6, *supra*.

²³⁰ *Id.*

retaliação por ter denunciado práticas inadequadas de concessão de crédito para financiamento de automóveis.²³¹ Em cada um desses casos, se as alegações dos *whistleblowers* internos fossem verdadeiras,²³² isso sugeriria que as estruturas implementadas pelo Wells Fargo — que supostamente faziam parte do programa de compliance da empresa para detectar irregularidades — falharam em seu propósito.

Ainda assim, se o Wells Fargo tivesse implementado um princípio de agregação, a alta administração poderia ter identificado, investigado e interrompido a má conduta de forma mais eficaz. Por exemplo, se de fato vários empregados denunciaram irregularidades à linha direta interna de ética do banco, isso sugeriria que esses relatos foram desconsiderados e arquivados. É possível imaginar uma situação em que as denúncias feitas à *hotline* sejam analisadas isoladamente, consideradas im procedentes e descartadas sem intenção deliberada de ocultação.

Reclamações feitas a uma *ethics hotline* ou ao departamento de recursos humanos representam uma oportunidade ideal para a aplicação de um princípio de agregação. Cada denúncia poderia ser classificada e registrada, permitindo que a empresa agrupasse relatos semelhantes. Ao final de um período de relatório pré-determinado, um profissional externo ao departamento responsável pela linha direta de ética — possivelmente até um membro do Conselho de Administração — poderia revisar as tendências dos dados agregados. Talvez, ao investigar individualmente cada denúncia sobre a abertura de contas fraudulentas, a empresa possa concluir que não havia irregularidades, tendo por base os depoimentos dos empregados. Todavia, se várias denúncias relacionadas à mesma pessoa, equipe ou prática fossem identificadas em conjunto, isso poderia justificar uma análise mais aprofundada. Esse tipo de revisão ampliada ajudaria a empresa a identificar, responder e, por fim, evitar futuras falhas de compliance.

O tipo de informação que uma empresa deve agregar dependerá do seu setor de atuação e dos riscos correspondentes. Entretanto, em cada um dos exemplos mencionados, as organizações já utilizavam estratégias para identificar possíveis preocupações de compliance, mas não implementaram reformas baseadas em processos que poderiam ter facilitado a agregação dessas informações. No entanto, na medida que a tecnologia continua a evoluir, a capacidade das empresas de rastrear informações para identificar tendências também aumentará.²³³ Ao agregar informações, organizações complexas estarão melhor aparelhadas para prevenir, detectar, investigar e remediar falhas de compliance dentro de suas operações.

²³¹ *Id.*

²³² O relatório que avalia as práticas de vendas do Wells Fargo não fornece um relato abrangente ou uma análise robusta das alegações dos *whistleblowers*. Em vez disso, a nota de rodapé 26 do relatório detalha as medidas que o banco tomou para investigar essas alegações. *Wells Fargo Investigation Report*, nota 6, *supra*, p. 87, n. 26.

²³³ Ademais, isso também aumenta as expectativas dos reguladores sobre quais riscos as corporações podem e devem ser capazes de prevenir. Vide Deloitte, *Compliance Modernization*, nota 149, *supra*, p. 4 (“[E]m muitas indústrias, [os reguladores] possuem ferramentas e práticas analíticas mais avançadas para medir e identificar riscos relacionados com o compliance, bem como com comportamentos e práticas inadequadas.”).

* * *

Cada uma dessas três sugestões demonstra como organizações complexas podem aprimorar a criação de programas globais de compliance eficazes ao adotar reformas baseadas em processos para complementar sua estrutura e composição organizacional. Se implementados corretamente, processos mais formalizados não apenas tornariam questões de compliance mais acessíveis, mas também aumentariam a viabilidade de detectar e resolver falhas potenciais de compliance de maneira proativa, ágil e eficaz.

C. Limitações do processo

Processos, embora sejam fundamentais, não podem operar isoladamente. Como explicado na Seção I.B, *supra*, eles estão intrinsecamente ligados às decisões organizacionais sobre estrutura e composição. Em especial, reformas baseadas em processos dificilmente serão eficazes (i) se a empresa não tiver certos componentes estruturais essenciais, ou (ii) se estiver comprometida por uma cultura organizacional corrupta. Dois escândalos recentes ilustram essas limitações.

1. *Ausência de Componentes Estruturais*. — Em julho de 2018, um *Grand Jury* da Pensilvânia divulgou um relatório sobre as investigações de abusos sexuais contra crianças dentro da Igreja Católica.²³⁴ O relatório possuía mais de 800 páginas, contendo uma grande quantidade de informações. No entanto, um dos principais pontos que se destacam do documento é a falta de estruturas de governança robustas, que poderiam ter incentivado análises mais abrangentes sobre as más condutas. Efetivamente, as denúncias foram intencional e deliberadamente mantidas em sigilo:

Embora cada distrito eclesiástico tivesse suas idiossincrasias, o padrão era praticamente o mesmo. O principal objetivo não era ajudar as crianças, mas sim evitar o “escândalo”. Essa não é uma interpretação dos investigadores, mas sim da própria linguagem utilizada nos documentos recuperados. As denúncias de abusos foram mantidas em sigilo dentro de um “arquivo secreto”. Novamente, essa não foi uma expressão usada dos investigadores, mas sim um termo oficial: o *Código de Direito Canônico* da Igreja exige que cada diocese mantenha secreto tal arquivo, ao qual apenas o bispo tem acesso.²³⁵

²³⁴ *Office of the Attorney General, Commonwealth of Pa., Report I of the 40th Statewide Investigating Grand Jury* (2018), in https://www.attorneygeneral.gov/wp-content/uploads/2018/08/A-Report-of-the-Fortieth-Statewide-Investigating-GrandJury_Cleland-Redactions-8-12-08_Redacted.pdf [<https://perma.cc/NM6D-YPBY>].

²³⁵ *Id.*, p. 2.

Além disso, diversas práticas foram adotadas para “ocultar a verdade”.²³⁶ Por exemplo: “Use eufemismos em vez de palavras reais para descrever os abusos sexuais (...). Nunca diga a palavra ‘estupro’; diga ‘contato inapropriado’ ou ‘questões de limites’.”²³⁷ Mais ainda: “Não permita que as genuínas investigações sejam conduzidas com pessoas devidamente treinadas. Em vez disso, designe os membros do próprio clero para fazer perguntas inadequadas e, em seguida, permita que eles mesmos determinem a credibilidade dos colegas com quem convivem e trabalham.”²³⁸ O relatório do *Grand Jury* segue detalhando outras práticas semelhantes, sugerindo que a Igreja Católica adotou práticas de governança extremamente deficientes, o que contribuiu para a perpetuação, disseminação e, em muitos casos, repetição dos abusos sexuais dentro da Instituição.

Com efeito, para uma organização sem componentes estruturais sólidos, as reformas baseadas em processos terão eficácia limitada, pois não haverá um sistema adequado para absorver e direcionar esses processos.²³⁹ Por exemplo, mesmo que as denúncias tivessem sido agrupadas, essa agregação teria acabado em um “arquivo secreto”, sem qualquer impacto real. Para que as reformas baseadas em processos sejam eficazes, a organização precisa contar com um robusto *framework* de governança, proporcionado por uma estrutura bem definida.

2. *Culturas corruptas*. — As reformas baseadas em processos também têm pouca probabilidade de êxito em organizações que possuem culturas corruptas: “A cultura se torna especialmente importante quando — como frequentemente ocorre — os aspectos estruturais de compliance e supervisão não conseguem ou não influenciam o comportamento interno.”²⁴⁰ Como as reformas baseadas em processos têm o objetivo de complementar a estrutura organizacional e preencher lacunas que a estrutura não consegue alcançar, elas se tornam particularmente vulneráveis à paralisação em ambientes com uma cultura institucional corrupta.

Por exemplo, em fevereiro de 2017, uma empregada detalhou suas experiências de assédio sexual e a ineficácia dos relatos ao departamento de recursos humanos na Uber. Em particular, seu gerente supostamente a assediou via *chat* da empresa, sugerindo que tivessem relações sexuais.²⁴¹ Quando ela tirou capturas de tela e enviou para o setor de recursos humanos,

²³⁶ *Id.*, p. 3.

²³⁷ *Id.*

²³⁸ *Id.*

²³⁹ Um estudioso observou que “os leigos estavam relatando os abusos à Igreja, mas a hierarquia ‘enterrava’ esses relatos em arquivos secretos.” Stephen M. Bainbridge, *Restoring Confidence in the Roman Catholic Church: Corporate Governance Analogies 8* (*UCLA Sch. of Law Pub. Law & Legal Theory Research Paper Series* No. 18-32, 2018), in <https://ssrn.com/abstract=3249236> (arquivado na *Columbia Law Review*).

²⁴⁰ Langevoort, nota 75, *supra*, p. 944 (“Uma cultura ideal de compliance seria aquela que aceita a responsabilidade de reduzir os custos sociais líquidos de suas atividades — os danos decorrentes de infrações legais — mesmo que um cálculo privado das prováveis consequências venha a sugerir que há dinheiro a ser ganho com trapaceas cautelosas [*cautious cheating*].”).

²⁴¹ Susan J. Fowler, *Reflecting on One Very, Very Strange Year at Uber*, *Susan J. Fowler Blog* (19/02/2017), in <https://www.susanjowles.com/blog/2017/2/19/reflecting-on-one-very-strange-year-at-uber> [<https://perma.cc/9KXY-6T8P>].

foi supostamente informada “tanto pelo RH quanto pela alta administração de que, embora isso fosse claramente assédio sexual, (...) aquele era o primeiro incidente do gerente, e que não se sentiam confortáveis em aplicar qualquer penalidade além de um aviso e uma reprimenda verbal.”²⁴² Ela teria então recebido a orientação de “escolher” entre (i) encontrar outra equipe ou (ii) permanecer na sua equipe, ciente de que provavelmente receberia uma avaliação de desempenho negativa.²⁴³ Um representante de recursos humanos também teria afirmado que a empresa não consideraria uma avaliação negativa como “retaliação”, pois ela teria tido a opção de mudar de equipe.²⁴⁴ Entretanto, depois de sair da equipe, a empregada descobriu que outras mulheres já haviam denunciado o mesmo gerente ao RH, e que “tanto o RH quanto a administração haviam mentido ao dizer que aquele era ‘o primeiro incidente’ do gerente.”²⁴⁵

A empregada posteriormente publicou um *post* em um *blog* relatando suas experiências negativas, o que levou o Conselho de Administração da Uber a estabelecer um Comitê Especial para supervisionar uma investigação sobre o ambiente de trabalho da empresa e suas políticas e práticas relacionadas à discriminação, assédio e retaliação.²⁴⁶ As denúncias da empregada sugeriam uma possível cultura corporativa deficiente dentro da Uber, que priorizava gestores “de alto desempenho” em detrimento da construção de um ambiente de trabalho positivo e alinhado com os padrões do setor para lidar com denúncias de assédio sexual e discriminação de gênero.²⁴⁷ A investigação interna da Uber foi conduzida por Eric Holder e Tammy Albarrán, e suas recomendações faziam diversas referências à cultura da empresa. Em especial, recomendaram que a Uber procurasse um novo *Chief Operating Officer* para selecionar candidatos com experiência em melhoria da cultura institucional.²⁴⁸ Ademais, eles recomendaram que o Conselho de Administração criasse um Comitê de Ética e Cultura — ou um órgão semelhante — para apoiar os esforços da Uber e fortalecer uma cultura de práticas empresariais éticas, diversidade e inclusão dentro da organização.²⁴⁹

No caso da Uber, parece que o departamento de recursos humanos e a alta administração estavam cientes das supostas múltiplas denúncias contra o gerente daquela empregada. Todavia, como a cultura da empresa não valorizava adequadamente as denúncias de assédio sexual e discriminação de gênero, nenhuma ação concreta foi tomada. Dessa forma, a aplicação de uma pesquisa de materialidade ou de um princípio de agregação não teria mudado a resposta da empresa às denúncias dos empregados, tendo em vista a realidade cultural da organização.

²⁴² *Id.*

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ *The Holder Report on Uber's Workplace Culture 1* (2017), in <https://www.nytimes.com/interactive/2017/06/13/technology/document-The-Holder-Report-on-Uber.html> (arquivado na Columbia Law Review).

²⁴⁷ Vide Fowler, nota 240, *supra*.

²⁴⁸ *The Holder Report on Uber's Workplace Culture*, nota 245, *supra*, p. 2.

²⁴⁹ *Id.*

* * *

Este Artigo argumenta que as organizações complexas devem priorizar reformas robustas de compliance baseadas em processos, que possam atuar como uma rede de segurança [*safety net*] quando as estruturas tradicionais de monitoramento falharem na detecção ou resposta adequada a falhas de compliance devido à existência de silos de informação dentro da organização. À medida que as organizações se tornaram mais complexas ao longo do tempo, os silos de informação passaram a ser um problema recorrente, estando presentes tanto em estruturas de gestão centralizadas quanto descentralizadas. Estratégias de compliance baseadas exclusivamente na estrutura e composição organizacional são limitadas na sua capacidade de combater silos de informação e, portanto, também limitadas na detecção, investigação e prevenção eficaz de certas falhas de compliance, antes que se tornassem generalizadas e significativas. Como acima demonstrado, as empresas podem adotar uma variedade de reformas baseadas em processos para aprimorar seus esforços de compliance. Essas ações, práticas e rotinas voltadas para a comunicação e análise de informações essenciais para prevenir, detectar, investigar e remediar falhas de compliance, devem ser adaptadas à realidade de cada organização, considerando seu setor e perfil de risco, para garantir sua eficácia. Os exemplos da General Motors e do Wells Fargo demonstraram que reformas processuais podem melhorar significativamente os esforços de compliance dentro das organizações. Contudo, a eficácia dessas reformas tem suas limitações. Para que sejam bem-sucedidas, é essencial que a empresa (i) possua uma estrutura organizacional sólida e (ii) esteja livre de uma cultura corrupta.

IV. POTENCIAIS BENEFÍCIOS E OUTRAS QUESTÕES

Conforme explanado anteriormente, se as organizações complexas adotassem processos mais robustos e formalizados, elas estariam mais bem preparadas para enfrentar o desafio de implementar estratégias de compliance eficazes, capazes de combater falhas de compliance em firmas com departamentos dispersos e múltiplas entidades corporativas. Esta parte do Artigo aborda alguns dos benefícios potenciais do argumento apresentado ao longo do texto. Por fim, conclui-se com uma discussão sobre questões que ainda permanecem em aberto.

A. Potenciais benefícios

Este Artigo argumenta que as organizações complexas se beneficiariam de uma estratégia de compliance voltada para a criação de um conjunto de padrões, incluindo a adoção de processos formalizados que possam ser aplicados em toda a empresa. Esta seção apresenta cinco benefícios da proposta deste Artigo, muito embora existam outros potenciais benefícios.

1. *Adaptação às características de cada empresa.* — As intervenções legais e regulatórias, e até mesmo os padrões do setor, frequentemente exigem que as empresas adotem programas e políticas específicas. Esses elementos obrigatórios dos programas de compliance costumam focar o policiamento e os componentes estruturais, pois são relativamente fáceis de impor às empresas. No entanto, uma limitação das reformas de compliance obrigatórias é que elas não são adaptadas à realidade específica de cada empresa e sua estrutura organizacional.

Cada organização complexa é única. A rede de subsidiárias, entidades relacionadas e departamentos do Walmart será diferente daquela encontrada na General Motors ou no Wells Fargo. Dessa forma, as empresas precisam adaptar pelo menos alguns elementos de seus programas de compliance para que correspondam à estrutura organizacional específica e aos riscos previstos em seus setores. Portanto, um dos principais benefícios da abordagem proposta neste Artigo é que cada empresa pode ajustá-la às suas próprias necessidades.

Mesmo que várias empresas decidam adotar processos relacionados à condução de investigações, a implementação desses processos e os detalhes de seus planos irão variar de acordo com suas diferentes estruturas corporativas. Por essa razão, não é realista dar sugestões detalhadas sobre como um processo investigativo deve ser implementado universalmente, pois cada empresa precisará desenvolver sua própria abordagem. Porém, a capacidade de adaptar e personalizar as recomendações apresentadas neste Artigo permite que as empresas aproveitem suas diretrizes gerais e criem programas de compliance individualizados, aumentando a probabilidade de garantir comportamentos alinhados às normas em toda a organização.

2. *Responder antes da intervenção governamental.* — A sugestão deste Artigo, no sentido de que as empresas adotem processos formalizados para desenvolver programas de compliance mais complexos, corrobora a função de autorregulação que se espera que as empresas desempenhem. De fato, reformas baseadas em processos podem fortalecer os esforços preventivos das empresas para evitar as más condutas dentro de suas operações, além de ajudá-las a desenvolver estratégias que permitam uma resposta mais ágil aos comportamentos potencialmente problemáticos.

Por exemplo, se uma empresa tiver processos estabelecidos sobre como avaliar e agregar determinados tipos de informações, ela poderá identificar tendências e riscos com maior rapidez. Como o poder público quase sempre recebe informações depois que a empresa já tem conhecimento delas, o desenvolvimento de processos sólidos pode permitir que as empresas respondam à má conduta antes que uma investigação formal seja iniciada pelas autoridades. Além disso, quando as empresas agem proativamente para lidar com irregularidades, elas ajustam seus programas de compliance e relatam voluntariamente suas ações à autoridade pública, e costumam ser, dessa maneira, menos severamente sancionadas do que seria se a conduta vier a ser descoberta depois da deflagração de uma investigação pública formal.²⁵⁰

²⁵⁰ Vide, e.g., Alexandra Clark & Shawn Wright, *Significant M&A Development: DOJ Urges U.S. Companies Acquiring or Merging with Foreign Companies to Self-Disclose FCPA Misconduct Identified During Due*

Dessa forma, empresas complexas não apenas aprimorariam seus programas de compliance ao adotar processos formalizados em diversos departamentos e setores, mas também reduziriam sua exposição às penalidades e responsabilidades legais perante os órgãos reguladores quando ocorrerem falhas de compliance.²⁵¹

3. *Aplicação a diferentes tipos de organizações complexas.* — A proposta deste Artigo é igualmente aplicável tanto a multinacionais com diversas subsidiárias quanto a empresas únicas com vários departamentos dispersos em uma mesma estrutura organizacional. Os silos de informação presentes dentro e entre departamentos em uma organização de grande porte podem, muitas vezes, se assemelhar à fragmentação observada em empresas divididas entre diferentes matrizes e subsidiárias. O objetivo da proposta deste Artigo é identificar processos que possam ser utilizados por indivíduos em toda a empresa, mesmo quando a organização for composta por departamentos independentes que operem com mínimo contato entre si.

Por exemplo, as universidades são grandes organizações compostas por vários departamentos autônomos que operam de forma independente na maior parte do tempo. O departamento de esportes pode ter contato limitado com indivíduos do departamento de admissões e do departamento de arquitetura. Além disso, cada um desses departamentos pode ter diferentes estruturas organizacionais e métodos de interação com os alunos. Entretanto, cada departamento pode se beneficiar de processos padronizados relacionados à forma como os indivíduos devem lidar com informações confidenciais dos alunos ou responder a denúncias de assédio sexual. Ao utilizar processos consistentes em toda a universidade, ela estará melhor equipada para avaliar e monitorar certas áreas de risco e preocupações em um nível mais amplo.

É fundamental ressaltar que os processos discutidos neste Artigo podem ser aplicados a diversas áreas. Uma empresa pode estabelecer procedimentos para lidar com denúncias de assédio sexual, mesmo quando essas diretrizes precisam ser adotadas, v.g., por vinte departamentos distintos, cada um com diferentes estruturas de subordinação e avaliação. Da mesma forma, é possível desenvolver processos para investigar denúncias feitas por *whistleblowers* internos em relação a diferentes questões de compliance, como suborno, corrupção, direitos humanos e regulamentações ambientais. A ênfase na padronização dos processos pode facilitar a difícil tarefa de garantir a conformidade em organizações complexas.

4. *Respostas simultâneas às preocupações regulatórias globais.* — Um dos maiores desafios para organizações complexas está na ampla gama de exigências legais e regulatórias que precisam monitorar e cumprir.²⁵² Ao se concentrar no desenvolvimento de processos

Diligence, BlankRome (agosto/2018), in <https://www.blankrome.com/publications/significant-ma-development-doj-urges-us-companies-acquiring-or-merging-foreign> [<https://perma.cc/T677-V5KW>].

²⁵¹ Root, *Compliance Process*, nota 33, *supra*, pp. 216-18 (explicando por que as organizações não são responsabilizadas pelo padrão de “compliance perfeito” dentro de suas estruturas).

²⁵² Vide J.B. Ruhl & James Salzman, *Mozart and the Red Queen: The Problem of Regulatory Accretion in the Administrative State*, in 91 *Geo. L.J.* 757, 758-65 (2003) (analisando e identificando o “acréscimo regulatório”, que é o crescimento tanto no tamanho quanto no escopo das regulações aplicáveis). Vide também Edward Hida, *Global Risk Management Survey*, 10th Edition, Deloitte: Insights (02/03/2017), in <https://www2.deloitte.com/insights/us/en/topics/risk-management/global-risk-management-survey.html>

formalizados para determinadas questões, as empresas podem atender múltiplos requisitos regulatórios relacionados por meio de uma estratégia unificada e consistente.

Por exemplo, no âmbito do combate ao suborno, existem inúmeras leis com as quais as corporações multinacionais devem estar em compliance. Em 2017, foi observado que “vários países introduziram ou propuseram a introdução de novas leis contra suborno e corrupção”, incluindo França, Índia, Coreia do Sul, Irlanda, México, China, Vietnã, Alemanha, Eslováquia, Colômbia, Jordânia e Quênia.²⁵³ A isso se soma os regimes de fiscalização rigorosos dos Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha e muitas outras jurisdições.²⁵⁴ Embora existam diferenças entre essas leis que, em alguns casos, exijam ajustes específicos para cada jurisdição nos programas de compliance de uma empresa, de modo geral, uma organização pode desenvolver processos abrangentes voltados à prevenção da corrupção, respondendo de maneira eficaz às preocupações gerais dessas regulações.

Outras áreas legais, como o combate à corrupção, alcançaram pontos de consenso semelhantes em todo o mundo. Seja em relação à prevenção do suborno, à defesa da concorrência ou aos direitos humanos, as organizações complexas podem se beneficiar do desenvolvimento de processos formais para lidar com riscos que preocupam vários países onde operam. Isso tornaria os esforços de compliance mais eficientes, facilitaria a avaliação do sucesso do programa da empresa e aprimoraria suas iniciativas para atender às normas globais sob consideração.

5. *Superação de vieses pessoais.* — Um dos benefícios de um programa de compliance que inclua reformas robustas relacionadas a processos, como um princípio de agregação, é que ele exige uma resposta potencial, independentemente das opiniões que a pessoa responsável por investigar a possível falha de compliance tenha sobre a alegada atividade. Por exemplo, empregados da General Motors podem ter acreditado que estavam fabricando carros seguros. Indivíduos da Michigan State University podem ter considerado Larry Nassar um médico esportivo talentoso e exemplar. Pessoas dentro do Wells Fargo podem ter acreditado que suas metas de vendas não causariam danos aos consumidores. Essas crenças estavam erradas, mas quando os indivíduos partem dessas premissas, eles podem acabar buscando evidências que confirmem suas percepções prévias sobre a realidade.

Existem diversos vieses internos que podem influenciar investigações no ambiente de trabalho, mas os especialistas identificaram “dois tipos amplos” de particular interesse.²⁵⁵ O

[<https://perma.cc/DZ76-PH42>] (observando que, em uma pesquisa com instituições financeiras globais, “[a] maioria das instituições relatou que a reforma regulatória nas principais jurisdições onde operam teve impactos estratégicos importantes” e que “[o] custo da conformidade tem aumentado em todos os setores.”).

²⁵³ Freshfields Bruckhaus Deringer, *Anti-Bribery and Corruption: Global Enforcement and Legislative Developments 2017*, pp. 1, 9 (2017), in <https://www.freshfields.com/globalassets/services-page/global-investigations/publication-pdfs/gi-abc-guide-2017.pdf> [<https://perma.cc/E9ZS-TI8Y>].

²⁵⁴ *Id.*, pp. 22-23, 31-32, 40-46 (descrevendo os regimes de *enforcement* em diversos países, incluindo os Estados Unidos, o Reino Unido e a Alemanha).

²⁵⁵ Ashley Lattal, *The Hidden World of Unconscious Bias and Its Impact on the “Neutral” Workplace Investigator*, in 24 *J.L. & Pol’y* 411, 425-26 (2016).

primeiro inclui vieses “relacionados a grupos sociais”, como uma inclinação favorável a ter homens em cargos gerenciais em comparação com mulheres em níveis hierárquicos inferiores, como possivelmente ocorreu no caso da Uber.²⁵⁶ O segundo tipo engloba vieses “que levam à ‘visão em túnel’,” incluindo viés de confirmação, viés da mentira e viés de confiabilidade.²⁵⁷ O viés de confirmação se refere à “tendência de [inconscientemente] reforçar uma hipótese’, crença ou expectativa ao buscar e/ou favorecer informações que a confirmem, enquanto minimiza ou ignora informações que a contradigam.”²⁵⁸ Vieses desse tipo podem comprometer a detecção e investigação de falhas de compliance. Ao adotar processos padronizados que todos os empregados devem observar em resposta a determinados eventos, as empresas podem ajudar seus colaboradores a superar esses vieses e realizar uma avaliação mais precisa e abrangente da situação.

B. Questões adicionais

Apesar dos benefícios descritos acima, algumas questões adicionais surgem a partir das sugestões e argumentos apresentados ao longo deste Artigo. Esta seção discute brevemente algumas dessas questões.

1. *A proposta deste Artigo deixa de considerar o impacto do compliance meramente formal ou cosmética?* — A Parte III aponta duas limitações à sugestão deste Artigo para que as empresas adotem reformas de compliance baseadas em processos: (i) quando a empresa não tem certos componentes estruturais ou (ii) quando está imersa em uma cultura corrupta. No entanto, alguns estudiosos podem levantar uma terceira preocupação relacionada à imposição de programas de compliance meramente “formais” ou “cosméticos”. Há preocupações de que “as estruturas internas de compliance não inibam condutas proibidas dentro das empresas e possam, em grande parte, servir apenas como uma fachada para conferir legitimidade ao mercado e reduzir a responsabilidade legal.”²⁵⁹

Se houver ênfase excessiva nas estruturas internas de compliance, isso “gera potenciais riscos de subaplicação [*underenforcement*] e desperdício social.”²⁶⁰ De fato, é comum ouvir

²⁵⁶ *Id.*, pp. 425-33.

²⁵⁷ *Id.*, p. 426. O *lie bias* refere-se a “um viés de crença no sentido de que uma pessoa está sendo enganosa em vez de sincera”. *Id.*, p. 439. O *trustworthiness bias* “sugere que impressões instantâneas de confiabilidade, baseadas na aparência facial, podem desempenhar um papel importante tanto na avaliação da credibilidade quanto nas decisões subsequentes sobre o alvo”. *Id.*, p. 441 (citando Stephen Portera, Leanne ten Brinke & Chantal Gustaw, *Dangerous Decisions: The Impact of First Impressions of Trustworthiness on the Evaluation of Legal Evidence and Defendant Culpability*, in 16 *Psychol., Crime & L.* 477, 478 (2010)) (OBS: citação incorreta).

²⁵⁸ *Id.*, p. 435 (citando Barbara O'Brien, *Prime Suspect: An Examination of Factors that Aggravate and Counteract Confirmation Bias in Criminal Investigations*, in 15 *Psychol., Pub. Pol'y & L.* 315, 315 (2009)).

²⁵⁹ Kimberly D. Krawiec, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, in 81 *Wash. U. L.Q.* 487, 491 (2003).

²⁶⁰ *Id.*

agentes de fiscalização pública expressarem preocupação com programas de compliance meramente “formais”.²⁶¹ Caso uma empresa esteja envolvida em esforços cosméticos ou superficiais de compliance, ela pode tentar adotar algo que aparenta ser uma reforma baseada em processos para demonstrar que tem um programa de compliance eficaz, quando, na realidade, não está implementando medidas efetivas. Reformas baseadas em processos, que são específicas para cada empresa e geralmente exigem sua própria iniciativa para serem adotadas, podem ser tão ou até mais difíceis de avaliar e fiscalizar externamente. Além disso, devido à escassez de informações sobre os custos e benefícios dos programas de compliance, mesmo dentro das próprias empresas,²⁶² pode ser desafiador, mesmo para a própria organização, medir a eficácia de uma reforma baseada em processos.

As preocupações expressadas pela Professora Kimberly Krawiec e outros especialistas são importantes, devendo permanecer no centro de todos os esforços voltados para a melhoria dos programas de ética e compliance dentro das empresas. De muitas formas, este Artigo se fundamenta nessas percepções. Ele reconhece que, apesar do investimento significativo de tempo e recursos por parte das empresas e do poder público, os programas de compliance continuam a falhar. À medida que as empresas se tornam mais complexas, os silos de informação se intensificam tanto em gravidade quanto em relevância. Como demonstrado, o foco atual das reformas de compliance na estrutura e composição, por si só, não será suficiente para combater eficazmente esses silos de informação. Diante desse cenário, se torna essencial que as empresas busquem estratégias para atenuar esses problemas, aprimorando seus esforços de compliance. Este Artigo contribui para essa discussão ao recorrer a estudos de gestão e comportamento organizacional, argumentando que os programas de compliance podem se beneficiar da adoção de algumas reformas baseadas em processos como parte de sua estratégia. E, embora seja verdade que os acadêmicos ainda não possam testar empiricamente a tese deste Artigo, essa validação só será possível se as empresas estiverem dispostas a experimentar as propostas aqui apresentadas.

2. *E quanto aos esforços já defendidos no setor de compliance?* — A ideia de que o compliance deve ir além da mera fiscalização é amplamente aceita no setor, e as definições de compliance apresentadas por diversos estudiosos na Parte I enfatizam que os programas de compliance dentro das empresas devem abranger mais do que simplesmente atender aos requisitos legais e regulatórios formais.²⁶³ Atualmente, há um consenso geral no setor de compliance sobre certos componentes que devem ser incluídos no programa de conformidade

²⁶¹ Vide John J. Carney, George A. Stamboulidis, Andres A. Muñoz & Patrick T. Campbell, *Pulling Back the Curtain: DOJ to Take Action Against Window Dressing Corporate Compliance Programs*, BakerHostetler (13/08/2015), in <https://www.bakerlaw.com/alerts/pulling-back-the-curtain-doj-to-take-action-against-window-dressing-corporate-compliance-programs> [<https://perma.cc/DXZ4-RPRE>] (descrevendo como o DOJ estava em processo de contratação de um “especialista em tempo integral em programas de compliance (...) encarregado de investigar os programas corporativos de compliance para determinar se são eficazes ou se são meramente simbólicos”).

²⁶² Vide Hui Chen & Eugene Soltes, *Why Compliance Programs Fail — And How to Fix Them*, in *Harv. Bus. Rev.*, mar.-abr., 2018, pp. 116, 120, 122-23.

²⁶³ Vide Seção I.C., *supra*.

de uma organização. Por exemplo, um programa de compliance de alta qualidade é frequentemente descrito como aquele que enfatiza: (i) o *tone at the top*, (ii) a cultura corporativa, (iii) avaliação de risco, (iv) testes e monitoramento, e (v) o fortalecimento do *chief compliance officer*.²⁶⁴ Assim, uma possível crítica às propostas deste Artigo é que as organizações já estariam implementando uma variedade de estratégias que vão além da mera fiscalização, incluindo elementos de estrutura, composição e processo.

Todavia, como mencionado anteriormente, organizações complexas podem enfrentar desafios específicos que dificultam a implementação desses diversos componentes ou reduzem sua eficácia em comparação com organizações menores. Por exemplo, a importância de estabelecer um forte *tone at the top* tem sido enfatizada no setor de compliance há anos. Conforme explicado pela Deloitte:

O ponto de partida para qualquer programa de compliance de alcance global é o conselho de administração e a alta gestão, bem como o senso de responsabilidade compartilhado por eles na proteção dos ativos reputacionais e financeiros dos acionistas. O conselho e a alta gestão devem ir além de um mero “compromisso formal” com a ética e o compliance. Eles precisam capacitar e proporcionar os recursos adequados aos indivíduos que têm responsabilidades diárias na atenuação de riscos e na construção da confiança organizacional.²⁶⁵

O *top* se refere, literalmente, ao nível mais alto da organização, sendo comumente entendido como incluindo a alta gestão e a liderança da empresa.

Entretanto, em organizações complexas, o topo frequentemente está distante da maioria dos agentes e empregados da empresa. Há evidências, em estudos de ética comportamental, no sentido de que o exemplo dado pelos líderes da organização tem um efeito cascata ao longo da empresa,²⁶⁶ mas, em grandes corporações multinacionais, a distância entre a alta gestão e os empregados responsáveis por cumprir os requisitos legais e regulatórios pode ser significativa. Um dos desafios para organizações complexas será conectar a tomada de decisão do conselho e da alta administração com as atividades diárias dos empregados. A definição da Deloitte reconhece essa dificuldade e sugere que o conselho e a alta administração devem oferecer os recursos adequados para os empregados com “responsabilidades diárias” na atenuação de riscos

²⁶⁴ Vide, e.g., Deloitte, *Building World-Class Ethics and Compliance Programs: Making a Good Program Great — Five Ingredients for Your Program* 3 (2015), in <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/risk/us-aers-g2g-compliance-program.pdf> [<https://perma.cc/2YFA-FM76>] [doravante *Deloitte, World-Class Programs*].

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ Vide, e.g., Scott Killingsworth, *Modeling the Message: Communicating Compliance Through Organizational Values and Culture*, in 25 *Geo. J. Legal Ethics* 961, 974-79 (2012).

dentro da organização.²⁶⁷ Contudo, há diversos exemplos de casos em que a alta gestão de organizações complexas tentou oferecer recursos que, no fim, se mostraram ineficazes.

Por exemplo, o Wells Fargo, na tentativa de expandir sua empresa e, presumivelmente, agregar valor aos acionistas, iniciou um programa que incluía “metas de vendas de produtos para banqueiros de varejo”.²⁶⁸ Essa política provavelmente parecia relativamente inofensiva quando adotada, mas resultou na abertura secreta de contas em nome de clientes pelos empregados, para que pudessem “atingir as metas de vendas e receber bônus”.²⁶⁹ O Wells Fargo tentou estabelecer um tom organizacional que não era inerentemente problemático, mas teve resultados devastadores e incentivou condutas ilegais. Além disso, a tentativa do Wells Fargo de oferecer recursos aos empregados de níveis inferiores falhou. Como explicado anteriormente, o Wells Fargo criou um *ethics hotline* na tentativa de capacitar os empregados a relatar possíveis irregularidades.²⁷⁰ No entanto, diversos indivíduos alegaram que, após fazerem denúncias por meio da linha direta de ética, foram retaliados e demitidos.²⁷¹ O conselho seguiu uma prática comum no setor, destinada a reduzir a lacuna entre os altos executivos da empresa e os empregados de nível inferior ao adotar um *ethics hotline*,²⁷² mas o fez de maneira ineficaz, pois não havia processos adequados para garantir a confidencialidade e o encaminhamento das informações para os níveis superiores.

Uma resposta coerente pode ser a de que o Wells Fargo, na realidade, não tinha um positivo *tone at the top*. De fato, talvez o Wells Fargo tenha implementado um plano destinado apenas a aparentar compromisso com a ética e o compliance. O problema, porém, é que o plano do Wells Fargo parecia suficientemente sólido a ponto das autoridades federais não agirem quando alertados sobre possíveis irregularidades, anos antes da descoberta definitiva da má conduta no banco.²⁷³ Se os reguladores públicos têm dificuldade em compreender a

²⁶⁷ Vide Deloitte, *World-Class Programs*, nota 263, *supra*, p. 3.

²⁶⁸ Deon Roberts, *Wells Fargo Unveils New Pay Plan for Branch Bankers in Wake of Scandal*, *Charlotte Observer* (10/01/2017), in <http://www.charlotteobserver.com/news/business/banking/bank-watch-blog/article125692619.html> (arquivado na Columbia Law Review).

²⁶⁹ Deon Roberts & Rick Rothacker, *Wells Fargo Fined \$185M for 'Widespread Illegal Practices' that Hurt Customers*, *Charlotte Observer* (07/09/2016), in <http://www.charlotteobserver.com/news/business/banking/bank-watch-blog/article100499067.html> (arquivado na Columbia Law Review).

²⁷⁰ Vide, e.g., Stacy Cowley, *Wells Fargo Whistle-Blower Wins \$5.4 Million and His Job Back*, *N.Y. Times* (03/04/2017), in <https://www.nytimes.com/2017/04/03/business/04-wells-fargo-whistleblower-fired-osha.html> (arquivado na Columbia Law Review).

²⁷¹ *Id.*

²⁷² Vide, e.g., Allan Dinkoff, *Corporate Compliance Programs After Dodd-Frank* 14 (2011), in https://www.weil.com/-/media/files/pdfs/corporate_compliance_post_dodd-frank_aelc_oct.pdf [<https://perma.cc/E4KF-BMRV>] (“Muitas políticas (...) limitavam (...) a disponibilidade da anônima e confidencial *hotline* para denúncias de empregados e outros procedimentos internos de reclamações, apenas para questões contábeis e de auditoria dentro da atribuição do comitê de auditoria. As empresas deveriam (...) ampliar (...) suas políticas para abranger todos os comportamentos ilegais e inadequados (...) incentivando (...) o uso (...) para qualquer questão (especialmente quando os empregados buscam o anonimato e a confidencialidade).”).

²⁷³ Vide Ann Marsh, *Unprotected: How the Feds Failed Two Wells Fargo Whistleblowers*, *Am. Banker* (14/08/2017), in <https://www.americanbanker.com/news/unprotected-how-the-feds-failed-two-wells-fargo->

profundidade e a extensão da má conduta corporativa, mesmo depois de receberem um relato direto, quanto mais difícil seria para um membro do conselho de uma matriz com centenas de subsidiárias em todo o mundo? Há muitos benefícios em estabelecer um forte *tone at the top*, mas desafios únicos surgem para uma organização complexa ao tentar utilizar esse princípio como um componente primário de sua estratégia de compliance.

Da mesma forma, criar uma cultura corporativa consistente²⁷⁴ dentro de uma organização complexa é uma tarefa desafiadora. Pode ser relativamente fácil dizer “não seja mau”, uma frase atribuída ao antigo código de conduta do Google,²⁷⁵ mas o que constitui “maldade” pode parecer muito diferente em Omaha, Nebraska, do que na Venezuela. Tentar criar continuidade dentro de uma única e coesa entidade corporativa é muito diferente de tentar estabelecer essa continuidade em departamentos e países distintos. Isso não significa que seja impossível, mas sim que pode ser particularmente desafiador para corporações complexas. Para as organizações mais sofisticadas, pode ser necessário um maior nível de especificidade ao discutir os componentes de um programa de compliance de alto nível.

Como exemplo final, é indiscutível que organizações de todos os tamanhos devem realizar avaliações de risco [*risk assessments*]. Conforme observado pela Deloitte:

As avaliações de risco em ética e compliance não se referem apenas ao processo — elas também envolvem a compreensão dos riscos que uma organização enfrenta. A avaliação de risco direciona o conselho e a alta administração para os riscos mais significativos dentro da organização e proporciona a base para determinar as ações necessárias para evitar, atenuar ou remediar esses riscos.²⁷⁶

Não pode haver um programa de compliance eficaz sem uma avaliação das atividades nas quais a organização deverá concentrar sua atenção.

Contudo, mesmo na área de avaliação de risco, grandes organizações internacionais enfrentam desafios únicos devido à vasta amplitude e complexidade de seus riscos potenciais.

whistleblowers [<https://perma.cc/KF38-ZTDW>] (descrevendo a má condução de dois casos de *whistleblower* em que a *Occupational Safety and Health Administration* falhou em investigar minuciosamente as informações e protegê-los adequadamente contra retaliações).

²⁷⁴ Deloitte, *World-Class Programs*, nota 263, *supra*, p. 3 (“Uma cultura de integridade é central para qualquer programa eficaz de ética e compliance. Iniciativas que não contribuam claramente para uma cultura de comportamento ético e em conformidade podem ser vistas como atividades meramente burocráticas, impondo controles que, na verdade, são obstáculos à mudança de valores na empresa.”).

²⁷⁵ Justin Wm. Moyer, *Alphabet, Now Google's Overlord, Ditches 'Don't Be Evil' for 'Do the Right Thing'*, Wash. Post (05/10/2015), in <https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2015/10/05/alphabet-now-googles-overlord-ditches-dont-be-evil-in-favor-of-do-the-right-thing/> (arquivado na Columbia Law Review).

²⁷⁶ Deloitte, *World-Class Programs*, nota 263, *supra*, p. 3.

Diante de exigências legais e regulatórias, bem como de padrões e práticas do setor em várias jurisdições, o departamento de compliance precisa decidir em quais áreas concentrar sua atenção. A General Motors, por exemplo, focou no compliance com o FCPA enquanto riscos significativos surgiam na área de segurança de produtos.²⁷⁷ Violações do FCPA são conhecidas por resultarem em danos monetários substanciais e sanções, muitas vezes aplicadas por reguladores em todo o mundo, razão pela qual as empresas modernas rapidamente desenvolvem programas robustos de combate ao suborno e à corrupção. No entanto, para uma empresa como a General Motors, mesmo que as violações de segurança de produtos resultem em multas potencialmente menores do que as encontradas no contexto do FCPA, a segurança de produtos pode ser, na realidade, a maior área de risco — ainda que não necessariamente em termos financeiros — para um fabricante de automóveis.²⁷⁸ Assim, garantir que seus processos de compliance com a segurança de produtos fossem eficazes, deveria, de forma plausível, ter sido uma das principais prioridades do departamento de compliance e de seus empregados em todo o mundo.

Em resumo, embora o entendimento geral dentro do setor de compliance sobre os componentes necessários para um programa de compliance de alto nível frequentemente faça sentido, sua implementação em organizações complexas pode estar associada a específicas limitações. Diante disso, organizações complexas devem ir além desses componentes generalizados e adotar processos formalizados voltados para a melhoria de seus programas de compliance, integrando elementos de fiscalização e estruturação em uma estratégia de compliance abrangente.²⁷⁹

3. *A transição para programas de compliance globais combaterá os silos de informação?* — Este Artigo observa que muitas empresas estão adotando programas de compliance globais. À medida que esse processo continua, será que, com o tempo, as empresas conseguirão aperfeiçoar os componentes estruturais de seus programas de compliance de forma a combater os silos de informação?

Por exemplo, o Goldman Sachs tem uma “Divisão Global de Compliance” que é “dedicada a proteger a reputação da empresa e gerenciar riscos em todas as áreas de negócios.”²⁸⁰ Seu programa global de compliance “é amplamente organizado em grupos divisionais de compliance, que estão integrados às áreas que apoiam, e grupos centralizados de compliance, que analisam riscos e gerenciam assuntos regulatórios, serviços e recursos

²⁷⁷ Vide Veronica Root Martinez, *The Outsized Influence of the FCPA*, 2019 Ill. L. Rev. 1205, 1214-16 [doravante Martinez, *The Outsized Influence*].

²⁷⁸ *Id.*

²⁷⁹ Vide Miriam H. Baer, *Confronting the Two Faces of Corporate Fraud*, 66 Fla. L. Rev. 87, 93-94 (2014) (explicando que a “abordagem policial reduz o crime corporativo ao capacitar investigadores internos para identificar, punir e dissuadir transgressores reais e potenciais”, contrastando com uma “abordagem arquitetônica [que] incentiva o pessoal corporativo a identificar e mitigar situações problemáticas em vez de pessoas problemáticas”).

²⁸⁰ *Global Compliance*, Goldman Sachs, in <http://www.goldmansachs.com/careers/divisions/global-compliance/> [<https://perma.cc/9QJA-EZDJ>] (acesso em 10/10/2019).

relacionados a todos os negócios e empregados da empresa globalmente.”²⁸¹ Estruturas desse tipo visam aproveitar os benefícios da centralização e descentralização na tentativa de criar programas de compliance eficazes.

O problema, contudo, é que seria um equívoco pensar na estrutura e no processo como ocorrendo de forma isolada.²⁸² Eles são componentes interconectados e necessários para a criação de um programa de compliance eficaz. Embora este Artigo relate os limites das reformas estruturais, ele o faz com o objetivo de defender a adoção de reformas mais robustas voltadas para processos, de modo a complementar as estruturas e criar programas de compliance verdadeiramente complexos.

4. *Os escândalos são apenas indicativos de uma falha no cumprimento do programa de compliance?* — Como mencionado acima, falhas de compliance generalizadas e significativas têm diversas causas. Os silos de informação contribuem para sua existência, mas não são os únicos fatores. Pode-se questionar se os escândalos acima relatados são representativos de falhas nos programas de compliance ou, em vez disso, de uma falha dos empregados dentro da organização em aderir ao programa de compliance. Em cada um desses escândalos, é possível identificar um empregado ou um grupo de empregados cujas ações foram questionáveis e prejudicaram a capacidade da organização de impedir a má conduta.

A realidade, no entanto, é que existem entendimentos comuns sobre o que constitui ou não um programa de compliance eficaz. Essas medidas podem estar equivocadas, e os estudiosos do Direito devem continuar a questioná-las, mas esses entendimentos persistem. Além disso, a avaliação sobre se uma empresa tem ou não um programa de compliance eficaz é feita de maneira objetiva. Se for constatado que a empresa tem um programa de compliance eficaz, suas possíveis sanções diminuem drasticamente.

Por exemplo, em 2018, após a confissão de culpa de Nassar, a NCAA “isentou a Michigan State de qualquer violação de regras” relacionada aos abusos cometidos por Nassar, sugerindo que não encontrou falhas no programa de compliance da universidade.²⁸³ Ademais, uma revisão externa realizada em novembro de 2017 sobre a “Política de Violência Relacional e Má Conduta Sexual” da Michigan State determinou que as “políticas e procedimentos da universidade estão em compliance com os requisitos legais atuais e as diretrizes das agências e, em vários aspectos, refletem conceitos de políticas inovadoras que outras instituições poderiam considerar replicar em suas próprias políticas.”²⁸⁴ Assim, como demonstrado pelo escândalo do Título IX da Michigan State University, mesmo um programa de compliance considerado “impecável” muitas vezes se torna um ambiente no qual a má conduta persiste por longos

²⁸¹ *Id.*

²⁸² Hernes, nota 34, *supra*, p. 69.

²⁸³ Will Hobson, *NCAA Clears Michigan State of Rules Violations in Larry Nassar Case*, Wash. Post (30/08/2018), in <https://www.washingtonpost.com/news/sports/wp/2018/08/30/ncaa-clears-michigan-state-of-rules-violations-in-larry-nassar-case/> (arquivado na Columbia Law Review).

²⁸⁴ Husch Blackwell, Report 1 of 2: *Review of Michigan State University’s Policy on Relationship Violence and Sexual Misconduct* 4 (2017), in http://titleix.msu.edu/information-reports/msu_report_2017_external.pdf [<https://perma.cc/SCX3-SECF>].

períodos.²⁸⁵ Infelizmente, a má conduta pode ocorrer mesmo dentro do escopo de um programa de compliance eficaz [ações de um “lobo solitário”]. Como resultado, é crucial que as falhas de compliance sejam investigadas além da mera identificação de agentes isolados. As empresas devem realizar uma avaliação completa das causas da falha de compliance e dos esforços de remediação necessários para abordar toda a extensão do problema.

5. *E se houver dados incompletos ou imprecisos?* — Para que uma reforma baseada em processos, como a agregação, de fato funcione, a empresa precisaria ter um sistema eficaz para coletar dados relevantes. Se os dados forem de baixa qualidade (ou seja, mal classificados ou arquivados) ou se informações importantes estiverem ausentes (isto é, não relatadas), então o princípio da agregação não acrescentará valor aos esforços de compliance da empresa.

Todavia, em muitas das falhas de compliance mais significativas ocorridas recentemente, os dados — não raro, uma grande quantidade de dados — já existiam. Essas informações foram identificadas apenas depois que a má conduta se tornou generalizada. O objetivo das propostas deste Artigo é ajudar as empresas a detectar potenciais irregularidades em estágios iniciais, algo que poderia ter sido viável para a General Motors, Wells Fargo, Michigan State, Uber e a Igreja Católica. Se as reclamações tivessem sido sintetizadas e avaliadas de maneira mais sistemática, os desfechos em cada uma dessas organizações poderiam ter sido significativamente diferentes. O fato de que uma corporação pode, em alguns momentos, ter dados incompletos não justifica a omissão diante das informações às quais ela já tem conhecimento.

6. *Os custos associados ao aumento de processos valem a pena?* — Uma das questões emergentes na literatura sobre compliance gira em torno da necessidade de desenvolver medidas para determinar a eficácia dos programas de compliance.²⁸⁶ Para que os estudiosos possam avaliar e analisar os custos reais associados ao compliance, seria necessário um maior monitoramento dos esforços de compliance. O desafio é que relatos anedóticos indicam que muitas empresas não discriminam os custos dos diferentes componentes de seus programas de compliance de maneira significativa.²⁸⁷ Como os dados sobre os custos de esforços específicos de compliance são extremamente difíceis de obter no momento, não é possível realizar uma análise robusta de “custo-benefício” para testar as sugestões apresentadas neste Artigo.

Dito isso, alguns custos da má conduta são relativamente fáceis de identificar. Há custos associados à realização de investigações internas, custos relacionados à celebração de acordos negociados, custos decorrentes de litígios com terceiros e, por fim, possíveis custos

²⁸⁵ Vide Hobson, nota 282, *supra*.

²⁸⁶ Vide, e.g., ComplianceNet Inaugural Conference: *Measuring Compliance in the 21st Century*, ComplianceNet (1-2/06/2018), in https://docs.wixstatic.com/ugd/20ab40_3c5b720ef0574bc9ad97f0629blee264.pdf [<https://perma.cc/CEJ5-3GWY>] (mostrando a programação de uma conferência de 2018 dedicada à discussão de diversas medições e fiscalizações de compliance).

²⁸⁷ Vide Chen & Soltes, nota 261, *supra*, p. 119 (“No cerne da questão, a ideia é tão simples quanto crucial: as empresas não podem projetar programas eficazes de compliance sem ferramentas de medição eficazes.”).

reputacionais quando uma organização é acusada de envolvimento em irregularidades.²⁸⁸ Quando uma corporação compara os diversos custos associados a uma falha generalizada e significativa em seus esforços de compliance, muitas vezes pode ser prudente alocar recursos de forma *ex ante* para evitar os custos *ex post* decorrentes da não compliance.

7. *Existem falhas de compliance que as propostas deste Artigo não abordam?* — Uma preocupação em relação aos argumentos e propostas deste Artigo é que eles parecem abordar apenas um aspecto das falhas de compliance, o que pode significar que uma empresa poderia adotar as sugestões apresentadas e ainda assim se deparar com uma falha de compliance significativa. Essa é uma crítica válida.

Este Artigo não tem a intenção de abordar a causa raiz de todas as falhas de compliance dentro das empresas. Na verdade, ele se concentra propositalmente em um tipo muito específico de falha de compliance: quando uma empresa tem informações sobre uma falha de compliance, mas não age prontamente com base nessas informações. Entretanto, existem outras questões relacionadas que também podem levar a falhas de compliance. Por exemplo, este Artigo enfoca os silos dentro das empresas, mas os silos também podem ocorrer no nível regulatório e de fiscalização.²⁸⁹ Além disso, este Artigo trata das atividades internas das empresas, mas muitos dos incentivos para que as empresas adotem esforços robustos de compliance vêm de fontes externas.²⁹⁰ A realidade é que, como o campo do compliance dentro da pesquisa jurídica ainda está em crescimento, muitas questões importantes permanecem sem resposta no momento. Este Artigo é apenas um entre muitos que buscam abordar os desafios multifacetados associados aos esforços das empresas para criar e implementar programas eficazes de ética e compliance.²⁹¹

CONCLUSÃO

²⁸⁸ Vide, e.g., Press Release, Walmart: *Walmart Reaches Agreements with the DOJ and the SEC to Resolve Their FCPA Investigations* (20/06/2019), in <https://corporate.walmart.com/newsroom/2019/06/20/walmart-reaches-agreements-with-the-doj-and-the-sec-to-resolve-their-fcpa-investigations> [<https://perma.cc/433Z-RWNA>] (observando que o Walmart celebrou um acordo com a Procuradoria no valor de \$282,7 milhões e também “gastou mais de \$900 milhões em investigações relacionadas ao FCPA, seu Programa Global de Compliance e melhorias organizacionais”). Bernie Pazanowski, *Walmart Avoids Suit over Alleged Mexican Bribery Scheme*, Bloomberg Law (26/12/2018), in <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/walmart-avoids-suit-over-alleged-mexican-bribery-scheme> (arquivado na Columbia Law Review). Kim Souza, *Walmart Agrees to a \$160 Million Settlement of a Class-Action Lawsuit*, Talk Business (26/12/2018), in <https://talkbusiness.net/2018/10/walmart-agrees-to-a-160-million-settlement-of-a-class-action-lawsuit/> [<https://perma.cc/H5GE-T6PN>].

²⁸⁹ Vide Root, *Coordinating Compliance Incentives*, nota 90, *supra*, pp. 1028-31 (observando os desafios associados à coordenação intra e interagências).

²⁹⁰ *Id.*, pp. 1010-17.

²⁹¹ A Autora possui diversos Artigos abordando questões de compliance. Vide, e.g., Root, *The Compliance Process*, nota 33, *supra*; Root, *Coordinating Compliance Incentives*, nota 90, *supra*; Veronica Root Martinez, *More Meaningful Ethics*, in U. Chi. L. Rev. Online (18/01/2020); Martinez, *The Outsized Influence*, nota 276, *supra*. Naturalmente, há outras pesquisas na literatura sobre compliance, muitas das quais citadas ao longo do Artigo. Ademais, existem outras publicações acadêmicas recentes sobre o tema. Vide, e.g., John Armour, Brandon Garrett, Jeffrey Gordon & Geeyoung Min, *Board Compliance*, 104 Minn. L. Rev. 1191 (2020); Stavros Gadinis & Amelia Miazad, *The Hidden Power of Compliance*, 103 Minn. L. Rev. 2135 (2019).

Seja na General Motors, Wells Fargo, Igreja Católica ou Uber, as organizações complexas estão em uma luta constante para alcançar um compliance mais eficaz e robusto em suas estruturas. No entanto, o esforço para garantir o compliance com mandatos legais e regulatórios, padrões e práticas setoriais, bem como com suas próprias políticas e procedimentos internos, é um desafio que exige pesquisas acadêmicas que questionem os entendimentos convencionais sobre compliance dentro das empresas.

Este Artigo faz três contribuições distintas para o pensamento jurídico. Primeiro, explica que organizações complexas enfrentam maiores dificuldades na criação de programas de compliance, pois são responsáveis por desenvolver programas que abrangem com sucesso departamentos e entidades corporativas dispersas. Segundo, demonstra que essas organizações complexas são mais propensas a sofrer com silos de informação, o que dificulta a detecção e investigação de possíveis falhas de compliance. Terceiro, aplica descobertas da área de comportamento organizacional e governança corporativa sobre o poder das reformas baseadas em processos aos esforços das organizações complexas para implementar programas globais de compliance. Ao fazer isso, demonstra como a ênfase nas reformas de processos permite que organizações complexas adotem programas de compliance mais integrados e sofisticados, tornando-os mais preparados para lidar com a má conduta corporativa.

Organizações complexas devem encontrar maneiras de incorporar processos em seus esforços de compliance. Elas precisam identificar mecanismos para implementar reformas de compliance abrangentes, permitindo a integração da estrutura, composição e processos dentro de seus programas de compliance. Quando isso for alcançado, essas organizações estarão melhor aparelhadas para lidar com a má conduta em seus quadros.