

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Monitoria Independente

Em quais situações se aplica o instrumento da Monitoria Independente nos acordos de leniência decorrentes da Lei 12.846/2013 e como adequá-la de forma eficiente às empresas monitoradas para que atinjam a finalidade almejada.

Akira Ano Junior

Anteprojeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 06.07.2021

Tema

Monitoria Independente: Em quais situações se aplica o instrumento da Monitoria Independente nos acordos de leniência decorrentes da Lei 12.846/2013 e como adequá-la de forma eficiente às empresas monitoradas para que atinjam a finalidade almejada.

Contextualização e delimitação de escopo

Recentemente, especificamente nos anos 2020 e 2021, grandes empresas brasileiras como Braskem S/A1 e Odebrecht (atual Novonor) noticiaram publicamente a conclusão de suas Monitorias Independentes, uma das obrigações assumidas pelas empresas nos acordos de leniência decorrente da prática de atos de corrupção firmados com autoridades públicas nacionais e internacionais. Também houve menção do tema pelo Ministério Público Brasileiro, que publicou tal notícia² em seu site, em 11/03/2020, com o seguinte título **“Acordo de leniência da Lava Jato/PR é o primeiro no Brasil a levar à criação e implementação de programa de compliance, certificado por monitoria independente, em empresa envolvida com corrupção.”**

Convém mencionar que a conclusão a obrigação mencionada acima somente se deu porque os chamados Monitores Independentes, terceiros que foram contratados pelas empresas no âmbito dos acordos de leniência para monitorar a implementação e efetividade de seus programas de Compliance, emitiram ao final dos trabalhos um relatório técnico detalhado e um conseqüente certificado de efetividade dos referidos Programas de Conformidade, posteriormente arquivados perante as autoridades.

¹ BRASKEM. Indústria Brasileira do ramo petroquímico maior produtora de resinas termoplásticas nas Américas e a maior produtora de polipropileno nos Estados Unidos. Sua produção é focada nas resinas polietileno (PE), polipropileno (PP) e policloreto de vinila (PVC), além de insumos químicos básicos como eteno, propeno, butadieno, benzeno, tolueno, cloro, soda e solventes, entre outros. Juntos, compõe um dos portfólios mais completos do mercado, ao incluir também o polietileno verde, produzido a partir da cana-de-açúcar, de origem 100% renovável. Disponível em: <https://www.braskem.com.br/perfil>. Acessado em 04/07/2021.

² “Acordo de leniência da Lava Jato/PR é o primeiro no Brasil a levar à criação e implementação de programa de compliance, certificado por monitoria independente, em empresa envolvida com corrupção.

Braskem S.A. cumpre com as obrigações estabelecidas no acordo de leniência, relativas ao programa de compliance.

Em 14 de dezembro de 2016, como parte do acordo global firmado concomitantemente com autoridades brasileiras, suíças e estadunidenses, a força-tarefa da operação Lava Jato no Ministério Público Federal (MPF) no Paraná celebrou acordo de leniência com a Braskem S.A.. Por meio do acordo, a companhia assumiu uma série de obrigações, como: fornecer às autoridades informações e documentos relacionados a práticas ilícitas, cessar completamente o envolvimento nesses fatos, e ressarcir os cofres públicos brasileiros em mais de R\$ 2,3 bilhões.

Além disso, o acordo permitiu a preservação da empresa e a continuidade de suas atividades, inclusive para gerar valores necessários à reparação dos ilícitos. Visando a evitar a repetição de condutas similares no futuro, o acordo estabeleceu ainda a obrigação de a Braskem implantar mecanismos destinados a assegurar a adequação e a efetividade das práticas de integridade, prevenindo a ocorrência de novos ilícitos e privilegiando em grau máximo a ética e a transparência na condução de seus negócios.

Assim, de forma inédita em acordos de leniência no Brasil, para a avaliação do seu sistema de conformidade (*compliance*), a companhia se submeteu, desde a homologação do instrumento em 2017, a monitoramento independente realizado por profissionais especializados, às custas da empresa e sob supervisão do MPF.

Durante esse período, os monitores avaliaram a criação e implementação de programa de conformidade da empresa, que inclui controles destinados a cumprir a legislação anticorrupção e disposições relativas a controles contábeis internos, relatórios financeiros e políticas e procedimentos de conformidade. Também foi avaliado o comprometimento do Conselho de Administração e da alta gerência com a implementação de um programa efetivo de *compliance*.”

O contexto deste trabalho está limitado nas regras, orientações e eventuais normativos nacionais e americanos relacionados a obrigação legal de imposição de Monitoria Independente em Acordos de Leniência decorrentes da lei 12.846/2013, bem como os limites razoável dos Monitores, durante a execução do trabalho de Monitoria nas empresas monitoradas.

Antes de avançar para a questão central da pesquisa, convém fazer uma breve conceituação da expressão “Monitoria Independente” que será explorada neste trabalho.

O substantivo feminino MONITORIA 3(2021) significa exercer o cargo de MONITOR 4 (2021) este, por sua vez, refere-se daquilo ou daquele que monitora.

Já INDEPENDENTE ⁵ (2021), define-se por algo:

1. Que não é dependente; que goza de autonomia ou liberdade completa com relação a alguém ou algo:

2 Que não se deixa influenciar ao fazer julgamento; isento, imparcial:

A junção das duas palavras Monitoria e Independente significa, portanto, *a função exercida de forma independente por um monitor, por alguém, pessoa física ou jurídica, que tem o propósito principal de monitorar, com autonomia, liberdade, isenção e imparcialidade um determinado tema ou assunto em um dado contexto.*

Ainda para facilitar a compreensão, para fins contextualização prática e, guardadas as devidas peculiaridades etimológicas, de regulamentação, de origem, de contexto e finalidade, uma Monitoria Independente poderia, sem grande rigor técnico, ser comparada longinquamente como uma Auditoria Externa Independente. Isto porque ambas são organizações externas e independentes, com o objetivo precípua de verificar (auditar ou monitorar) a aderência pelo monitorado(a) ou auditado (a), de determinadas regras e práticas previstas em normativos internos e externos regulamentadores de assuntos

³ MONITORIA. In: DICIONÁRIO da língua portuguesa. Brasil: MICHAELIS dicionário brasileiro da língua portuguesa, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=monitoria>. Acesso em: 04/07/2021.

⁴ MONITOR. In: DICIONÁRIO da língua portuguesa. Brasil: MICHAELIS dicionário brasileiro da língua portuguesa, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=monitor>. Acesso em: 04/07/2021.

⁵ INDEPENDENTE.

específicos, sendo, no caso de auditoria independente, assuntos relacionados à contabilidade, finanças, patrimônio, etc, e, no caso da monitoria independente, assuntos relacionados a compliance anticorrupção, concorrencial dentre outros.

Ambos os trabalhos, ao final, visam certificar, por meio de relatório emitido para fim específico, que a organização cumpriu ou cumpre parcial ou integralmente normativos pertinentes, podendo, inclusive, emitir recomendações de melhorias do ambiente interno da organização.

Questão central de pesquisa

O objetivo deste trabalho é explorar em que situações seria aplicável e recomendável a adoção da Monitoria Independente (“Monitoria”) nos acordos de leniência firmados pelas empresas privadas com as autoridades nacionais e estrangeiras, uma vez que não há previsão legal da Monitoria na legislação pátria ou na legislação americana. Além do ordenamento jurídico brasileiro, será objeto de pesquisa o ordenamento jurídico internacional, em especial à legislação americana porque esta é a pioneira e referência global no combate a corrupção⁶ e em grandes acordos de leniência transcontinentais.

No Brasil, o acordo de leniência surgiu com a Lei n. 12.846/2013, que trata da responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas por atos praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira. No seu art. 16⁷, §1º, a lei prevê as regras para a celebração do acordo de leniência e, dentre elas, não há qualquer menção sobre a Monitoria Independente.

Também vale explicitar que o Decreto Regulamentar n. 8.420/2015 que regulamentou a Lei acima, em seu artigo 37⁸ trata sobre o acordo de leniência, não traz em

⁶ Os Estados Unidos da América se tornaram referência no tema especialmente após a edição da Lei Americana *Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”) em 1977, que previu sanções civis e administrativas às pessoas físicas ou pessoas jurídicas, estrangeiras ou americanas, estabelecidas nos Estados Unidos das Américas ou que tenham ações listadas na bolsa americana.

⁷ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

⁸ Art. 37. O acordo de leniência conterá, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre:

I - o compromisso de cumprimento dos requisitos previstos nos incisos II a V do caput do art. 30;

II - a perda dos benefícios pactuados, em caso de descumprimento do acordo;

III - a natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo, nos termos do inciso II do caput do art. 585 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; e

IV - a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

seu bojo qualquer menção a Monitoria Independente, que o acordo, dentre outras cláusulas, terá cláusula que verse sobre a implementação e aprimoramento do programa de integridade.

Modelo de pesquisa predominante

Dada a ausência de regulamentação, de legislação nacional e internacional (americana), o presente estudo será apresentado no formato de Trabalho Exploratório.

Fontes de informação e meios de acesso

Legislação nacional e estrangeira. A princípio não há. Porém, será realizada pesquisa e avaliação do ordenamento jurídico brasileiro e americano sobre o tema.

Doutrinas nacional e estrangeira. Pesquisar e avaliar a doutrina jurídica brasileira e americana sobre o tema.

Decisões judiciais e administrativas. Pesquisar e avaliar as decisões judiciais e administrativas nacionais e americana sobre o tema.

Pareceres de autoridade e estrangeiras. Há alguns pareceres emitidos por procuradores americanos sobre o tema. No Brasil, a princípio, não há notícia de pareceres emitidos por autoridades competentes. Porém, será realizada pesquisa e avaliação do sistema jurídico brasileiro sobre o tema.

Prospecção e análise documental. Serão objetivos de pesquisa e avaliação documentos que forem eventualmente cedidos por autoridades e empresas privadas.

Coleta, processamento e uso de dados. Serão objetivos de pesquisa e avaliação informações que forem eventualmente cedidos por autoridades e empresas privadas.

Matéria jornalística. Serão avaliadas matérias que tratam do tema.

Pesquisa de campo. Observação e visita direta em empresas brasileiras que foram objeto de acordos de leniência, tais como Braskem, Odebrecht, etc.

Entrevistas com autoridades públicas, como por exemplo: CGU/AGU, Ministério Público Federal e com consultores privados, como escritórios de advocacia brasileiros e americanos com experiência em Monitoria. Também serão entrevistados profissionais da área de Compliance Corporativa, bem como Executivos das principais empresas que foram objeto de monitoria.

Ao longo do trabalho, será avaliado realizar um ou mais eventos reunindo todos os profissionais do setor público e privado com o intuito de promover um debate e conteúdo sobre o tema.

Do uso da própria experiência

Há pouco mais de 10 anos tive minha primeira experiência com Compliance na empresa Ambev S/A (antigas Brahma e Antártica), multinacional brasileira do ramo de bebidas. Neste período, exerci o papel de advogado tributarista que era requerido a participar de investigações e treinamentos de compliance concorrencial. Após este período na área tributário, fui promovido à função de responsável jurídico e compliance, dentre outras coisas, liderando a implementação e a manutenção do programa de Compliance Anticorrupção e Concorrencial na regional Norte de Nordeste desta empresa. Posteriormente, atuei como head jurídico e head de investigações internas da empresa BRF S/A (antigas Sadia e Perdigão), multinacional brasileira do ramo alimentício. Por último, atualmente sou responsável por Compliance na América do Sul na empresa Braskem S/A, indústria multinacional brasileira do ramo petroquímico, tendo liderado o departamento de Compliance durante o período de monitoramento independente da Braskem, que decorreu do Acordo de Leniência firmado em dezembro de 2016 com multi autoridades nacionais e estrangeiras.

Dos Quesitos

Quesitos parte 1 – Critérios de aplicabilidade / obrigatoriedade para imposição de Monitoria Independente? Critérios de escolha e seleção dos Monitores Independentes?

Quais os critérios objetivos para a adoção/imposição de uma monitoria independente em um acordo de leniência?

Existe obrigatoriedade de aceite das monitorias por parte das empresas?

E o tempo mínimo exigível de uma monitoria?

Quais os critérios objetivos, subjetivos, qualitativos e quantitativos para ser apto a exercer uma Monitoria?

Pode um Monitor estrangeiro exercer Monitoria no Brasil? E vice-versa, um Monitor Brasileiro exercer Monitoria em outro País?

Em que situações isto poderia ocorrer?

Quesitos parte 2 – Critérios execução dos trabalhos dos Monitores Independentes

Após fechado o acordo de leniência, quais os limites e direitos impostos aos Monitores Independentes no exercício de sua função? E com relação as empresas Monitoradas?

E com relação aos dispêndios financeiros da monitoria que são arcados integralmente pelos Monitorados, quais seriam o orçamento e os limites financeiros de gastos dos Monitores Independentes? Estes valores podem ser superiores ao valor da multa aplicada a pessoa jurídica?

Qual o tamanho da estrutura e time adequado para se compor uma monitoria? E se houver a necessidade de subcontratar terceiros para complementar as análises, existe tal possibilidade?

E qual seria o limite do razoável das exigências documentais, da quantidade de visitas a empresas, exigência de cumprimento de recomendações de implementação de processos e controles que não necessariamente trazem efetividade ao ambiente de controles internos da empresa? Em havendo recusa da empresa Monitorada em fornecer alguma informação ou documentação, este poderia ser penalizada?

Quais os critérios práticos os Monitores Independentes se valem para julgar a efetividade, para se verem satisfeitos e emitirem a certificação de efetividade de um programa de Compliance?

Da Relevância prática

Este trabalho é relevante porque pode trazer diretrizes, parâmetros e/ou provocar reflexões por parte das autoridades brasileiras, órgãos regulamentares, entidades setoriais, competentes sobre os critérios de adoção das Monitorias e, após instituída, à sua execução prática de modo efetivo às empresas, as autoridades e à sociedade em geral.

Notem que, não havendo respaldo em lei, as pessoas jurídicas brasileiras ficam sujeitas a subjetividade, a conveniência e oportunidade das autoridades, podendo, no limite, terem preenchidos todos os requisitos legais para o acordo de leniência, contudo, não terem seu acordo efetivado por não aceitar a adoção de Monitoria por parte das autoridades. Ou seja, no âmbito prático, as empresas podem se verem obrigadas a aceitar um monitoramento independente sem, de fato, ter qualquer utilidade para sua realidade, ou, ainda, sem que tenha efetiva condições de arcar com as despesas decorrentes de tal monitoramento, uma vez que estas são totalmente arcadas pela parte monitorada.

Ainda, após instituída a Monitoria, serem objeto de custos exacerbados, requisições de documentações e informações corporativas, sem o devido respaldo.

Do caráter inovador e potencial de impacto

Há um evidente caráter inovador na proposta de trabalho, uma vez que não há: legislação, doutrina nacional, orientações administrativas (ex.: resposta a consultas), emissão de pareceres nacionais ou decisões nacionais. Há, apenas, pareceres estrangeiros emitidos pelo Departamento de Justiça Americano que estão sendo “tropicalizados” quase que “ipsis literis” à realidade nacional.

Seu potencial de impacto é grande, pois além de trazer mais segurança jurídica a todas as partes, trará certamente mais efetividade às empresas e autoridades, no mínimo, se terá a adoção de Monitores Independentes quando houver o preenchimento dos requisitos para tal e, se houver, serão Monitores mais qualificados executando seu propósito de forma mais assertiva de forma que fins serão atingidos certamente de forma mais célere e menos onerosa a todos que dispenderão menos tempo, valores e energia.

Bibliografia preliminar

BENCZKOWSKI, Brian A., Memo: *Selection of Monitors in Criminal Division Matters*. Washington, D.C. 20530. U.S. DOJ – Department of Justice, 2018.

GRINDLER, Gary G. Memo: *Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations*. Washington, D.C. 20530. U.S. DOJ – Department of Justice, 2010.

MORFORD, Craig S. Memo: *Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations*’. Washington, D.C. 20530. U.S. DOJ – Department of Justice, 2008.

Por se trata de um tema novo e pouco explorado no ordenamento jurídico, não foram encontradas literaturas ou doutrinas específicas sobre o tema. Porém, durante a elaboração do trabalho, serão pesquisados acervos que tratem do acordo de leniência para tentar identificar algum conteúdo sobre o tema.

Cronograma de execução

Atividade	2021					2022												Horas
	08	09	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	
Ajustes do anteprojeto	■																	TBD
Elaboração versão final do projeto	■	■																TBD
Entrega versão final do projeto			■															TBD
Elaboração versão provisória				■	■													TBD
Entrega e ajustes com o orientador						■												TBD
Entrega versão final do projeto							■											TBD
Elaboração versão provisória							■	■	■	■								TBD
Entrega e ajustes com o orientador											■							TBD
Entrega versão final do projeto												■						TBD
Elaboração versão provisória												■	■	■	■	■		TBD

