

As novas diretrizes do Departamento de Justiça dos EUA (“DOJ”) sobre a política de execução corporativa – Corporate Enforcement – se concentram em denúncias “oportunas”, acusações contra executivos individualmente, remuneração de executivos, e gestão de controles

23 de setembro de 2022

Em 15 de setembro de 2022, a Procuradora-Geral Adjunta, Lisa Monaco, publicou um [novo memorando](#) sobre outras revisões das políticas de execução criminal corporativa — “Further Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies” — que se aplicarão a todos os “setores” do Departamento de Justiça dos EUA (“DOJ”), incluindo a Seção de Fraude — Fraud Section — responsável pela aplicação da legislação anticorrupção dos EUA — “Foreign Corrupt Practices Act” (“FCPA”). Esse novo memorando segue o [memorando del 28 de outubro de 2021](#) de Lisa Monaco sobre “revisões iniciais” a essas políticas, resultante de um processo de avaliação do grupo consultivo de crimes corporativos (Corporate Crime Advisory Group – CCAG) do DOJ com contribuições do setor privado e juristas. O novo memorando anuncia as novas diretrizes para os procuradores do DOJ em várias áreas de interesse importantes para empresas que, potencialmente, enfrentam investigações criminais, inclusive:

- ▶ “Diretrizes sobre responsabilidade individual”, priorizando a fundamentação de casos contra pessoas físicas culpáveis, paralelamente às investigações corporativas pertinentes, com discussões específicas a respeito de:
 - Como o DOJ verificará se as denúncias voluntárias corporativas são “oportunas” para avaliar a cooperação, incluindo se tais informações são consideradas provas suficientes para fundamentar casos contra pessoas físicas em tempo hábil
 - Coordenação da investigação de pessoas físicas potencialmente culpável por autoridades não americanas
- ▶ Discussão sobre como avaliar o histórico de improbidade corporativa anterior de uma empresa ao tomar decisões sobre a solução de investigações atuais — uma questão abordada no memorando de outubro de 2021 que levantou questões significativas, algumas das quais foram abordadas
- ▶ Diretrizes adicionais sobre avaliação de crédito para autodenúncia e cooperação, concebidas para harmonizar essa análise em todo o DOJ
- ▶ Novos comentários sobre como avaliar o programa de conformidade corporativa de uma empresa, incluindo uma nova discussão específica sobre o papel das estruturas de remuneração executiva (incentivos e mecanismos disciplinares)
- ▶ Ampliação das diretrizes anteriores do DOJ sobre políticas corporativas relacionadas ao uso de dispositivos pessoais e “aplicativos de terceiros” (como WhatsApp e outros aplicativos de mensagens), com foco na necessidade de políticas corporativas para garantir que as informações dessas fontes possam ser fornecidas ao DOJ em investigações
- ▶ Nova discussão sobre a imposição, seleção e gestão de monitores independentes de conformidade, incluindo a necessidade de envolvimento ativo do DOJ durante todo o período de qualquer monitoramento
- ▶ Reiteração do compromisso do DOJ com a transparência adequada em relação às decisões de execução corporativa do departamento.

Não pretendemos discutir todos os aspectos do memorando de 15 páginas do DOJ; em vez disso, vamos nos concentrar e comentar algumas questões importantes para os profissionais de conformidade. [Lisa Monaco](#) e o [Procurador Geral Assistente da Divisão Criminal, Kenneth Polite, Jr.](#) falaram publicamente sobre o novo memorando, oferecendo comentários adicionais.

Em muitos casos, o novo memorando estende os princípios articulados na política de execução corporativa da FCPA publicada anteriormente para todo o DOJ (exceto por outras políticas existentes, como aquelas emitidas há muito tempo pela Divisão Antitruste). Como tal, no universo de aplicação da FCPA, o novo memorando não é um divisor de águas — mas algumas das novas diretrizes terão um impacto significativo na abordagem do DOJ às investigações da FCPA.

Prioridades para casos contra pessoas físicas

A seção sobre responsabilidade individual afirma de antemão que “(...) a primeira prioridade do Departamento em questões criminais corporativas é responsabilizar as pessoas físicas que cometem e lucram com o crime corporativo”. Tanto Lisa Monaco quanto Kenneth Polite enfatizaram esse conceito em suas falas, e Lisa Monaco afirmou: “Não podemos ignorar os dados que mostram o declínio geral nas perseguições penais de empresas na última década. ***Precisamos fazer mais e avançar mais rápido.***” (grifo do original)

“Denúncias oportunas” sobre provas de improbidade

Como “a denúncia tardia prejudica os esforços para responsabilizar as pessoas físicas”, afirma o novo memorando, “para receber crédito total de cooperação, as empresas devem fornecer *oportunamente todos os fatos relevantes e não privilegiados e provas sobre a improbidade individual* para que os procuradores tenham a oportunidade de *efetivamente investigar e buscar acusações criminais contra pessoas físicas culpáveis*” (grifo do autor). As empresas arcam com o ônus dessa produção e o memorando enfatiza que as empresas devem priorizar a denúncia de tais provas nos esforços de cooperação. O memorando também esclarece que “(...) as empresas que identificarem fatos significativos, mas atrasarem a denúncia, colocarão em risco sua admissibilidade para crédito de cooperação”.

Conforme observado pelo novo memorando e pelos discursos pertinentes do DOJ, o tratamento prioritário de tais provas é direcionado por fatores que podem impedir casos contra pessoas físicas, incluindo a prescrição, “dispersão de provas e o desaparecimento de memórias”. Embora as informações públicas sobre o fracasso de casos potenciais contra pessoas físicas no passado sejam limitadas, houve casos em que a coleta de provas, especialmente em investigações internacionais, teve problemas com o prazo de prescrição pertinente. Assim, conforme as diretrizes do novo memorando, os procuradores do DOJ devem, em cada caso agora, avaliar se as empresas cumpriram as normas de denúncia tempestiva das provas ao determinar a admissibilidade para crédito de cooperação.

Como o que pode constituir a prova mais importante sobre a culpabilidade individual geralmente varia de caso para caso, não há normas definidas articuladas no novo memorando para a avaliação de tempestividade. Em sua fala, Lisa Monaco afirmou, como exemplo, que “(...) se uma empresa colaboradora descobre documentos ou provas quentes, sua primeira reação deve ser notificar os procuradores” — em vez de atrasar a denúncia para fins de avaliação interna ou por razões “estratégicas”. No futuro, portanto, haverá pressão adicional para que as empresas informem uma gama mais ampla de fatos e provas potencialmente importantes ao DOJ sem uma avaliação completa de sua importância geral para evitar serem acusadas de qualquer “atraso indevido” na denúncia. Como as investigações da FCPA envolvem cada vez mais autoridades de outros países, as empresas também serão forçadas a considerar os custos e benefícios das informações cada vez mais cedo para agências de fiscalização não americanas — bem como os custos de investigação de um possível envolvimento anterior de advogados locais ou possíveis consequências se as denúncias da empresa às várias agências não estiverem alinhadas.

Alinhamento de disposições corporativas e individuais

Em outro sinal da priorização de acusações contra pessoas físicas, o novo memorando de Lisa Monaco instrui os procuradores do DOJ a “se esforçarem para concluir investigações sobre pessoas físicas — e buscar todas as acusações criminais individuais justificadas — antes ou simultaneamente com uma resolução contra a empresa”. Se os procuradores do DOJ decidirem

concluir a investigação corporativa antes de terminarem a investigação de pessoas físicas potencialmente culpáveis, eles devem obter aprovação específica do Procurador Geral Assistente ou do Procurador Geral dos EUA pertinente e devem enviar um documento interno descrevendo suas razões, o status desses casos individuais e um “plano de investigação” para concluir esses casos antes de qualquer prazo prescricional como parte dessa solicitação de aprovação.

Embora as investigações corporativas e individuais paralelas sempre tenham sido uma meta do DOJ, a realidade no universo da FCPA é que casos individuais, às vezes, ficam significativamente defasados em relação às disposições corporativas relacionadas aos mesmos fatos. Um exemplo notável dessa questão foi o caso contra o ex-presidente da Braskem. A Braskem fez uma [delação premiada](#) com o DOJ em dezembro de 2016; o DOJ finalmente [retirou o sigilo da decisão](#) contra o ex-presidente em novembro de 2019 e obteve uma [admissão de culpa](#) do réu em abril de 2021. Muitos fatores podem influenciar o tempo de tais investigações, incluindo a necessidade de o DOJ se preparar para o processo (e às vezes o fazer) em casos envolvendo pessoas físicas. Em sua fala, Lisa Monaco afirmou que o objetivo dessas novas diretrizes era “pressionar procuradores e advogados corporativos a sentirem que ‘o tempo está correndo’ para agilizar as investigações, principalmente quanto a pessoas físicas culpáveis”.

Essas diretrizes provavelmente afetarão a interação tradicional entre advogados de pessoas jurídicas e físicas nas investigações e poderá inibir os tipos tradicionais de cooperação de “interesse comum” entre eles. Existe a possibilidade de que as novas diretrizes possam tornar as resoluções corporativas mais difíceis, já que os advogados de pessoas físicas avaliam se seus clientes devem cooperar, por exemplo, em interrogatórios corporativos e do DOJ. À medida que os interesses potenciais divergem, os advogados corporativos e seus clientes podem enfrentar dificuldades crescentes para gerenciar sua cooperação geral com o DOJ para crédito corporativo e podem precisar tomar medidas mais draconianas contra pessoas físicas pertinentes (como multas ou rescisão por não cooperação) que poderiam interromper as operações comerciais e aumentar os custos da investigação.

Coordenação com investigações de pessoas físicas fora dos EUA

Cada vez mais, no espaço da FCPA, podem ocorrer investigações paralelas pelo DOJ e autoridades não americanas de pessoas físicas potencialmente culpáveis. Como observa o novo memorando, “os Princípios de Acusação Federal reconhecem que a acusação efetiva em outra jurisdição pode ser motivo para renunciar à persecução federal (nos EUA)”. A questão central, no entanto, é se tal ação de execução fora dos EUA é uma persecução “efetiva”. O novo memorando reitera os fatores citados no *Justice Manual* (§ 9-27.240) para determinar tal eficácia: “(1) a força do interesse da outra jurisdição na persecução; (2) a capacidade e vontade da outra jurisdição de persecução efetiva; e (3) a sentença provável e/ou outras consequências se a pessoa física for condenada na outra jurisdição.” O *Justice Manual* se concentra nessa análise de ações potenciais de “autoridades da ordem pública estaduais, locais ou tribais”, mas o novo memorando esclarece que esses fatores também são determinantes para avaliar ações de autoridades de jurisdições fora dos EUA.

Considerando o efeito potencial da análise do *Justice Manual* em apresentar casos potenciais contra pessoas físicas sujeitas a investigações fora dos EUA, o novo memorando esclarece que “os procuradores não devem atrasar o início da persecução federal na medida em que o atraso possa impedir o governo (dos EUA) de perseguir certas cobranças (*por exemplo*, por motivos prescricionais), reduzir a chance de prender a pessoa ou prejudicar a força do caso federal (dos EUA)”. O memorando afirma ainda que “os procuradores não devem ser dissuadidos de apresentar acusações apropriadas apenas porque uma pessoa física responsável pelo crime corporativo está localizada fora dos Estados Unidos”. Diversos casos recentes do DOJ contra pessoas físicas, relacionados à corrupção, envolveram cidadãos de fora dos EUA — muitos dos quais, provavelmente, estão sujeitos à persecução potencial instaurada por outros países. O efeito desses esclarecimentos será, possivelmente, a continuação dessa tendência.

Normas para avaliar o efeito de improbidade corporativa anterior

Como Lisa Monaco reconheceu em sua fala, talvez a diretriz mais controversa no memorando de outubro de 2021 foi a de que “os procuradores são instruídos a considerar *qualquer* improbidade (prévia) da empresa” em vez de “conduta semelhante”, que foi a norma por muitos anos. O novo memorando reforça a exigência de que toda conduta anterior seja considerada,

mas, em resposta à contribuição da CCAG, estabelece que (nas palavras de Lisa Monaco em sua fala) “nem todos os casos anteriores de improbidade são iguais”.

O novo memorando afirma que “os procuradores devem, entre outros fatores, considerar o histórico de improbidade da empresa, incluindo resoluções criminais, civis e regulatórias anteriores, tanto nacional quanto internacionalmente”. O memorando atribui o maior peso às recentes resoluções criminais dos EUA (definidas como menos de 10 anos) e “agressões anteriores envolvendo o mesmo pessoal ou administração que a improbidade atual”. As resoluções civis e regulatórias dos últimos cinco anos também são apontadas como particularmente relevantes. Casos “datados” (como casos penais com mais de 10 anos) “devem ter menos peso”. Apesar de estabelecer esses prazos, o memorando afirma que “a improbidade repetida pode ser indicativa de uma empresa que opera sem uma cultura de conformidade adequada ou salvaguardas institucionais”.

Outros fatores de consideração discutidos nessa seção do novo memorando incluem:

- ▶ Menos peso para “(...) resoluções anteriores que envolveram entidades que não têm gestão comum ou compartilham recursos de conformidade com a entidade sob investigação”
- ▶ Menos peso para resoluções anteriores que “envolvem conduta não passível de acusação de violação criminal ao abrigo da lei federal dos EUA”
- ▶ Menos peso para resoluções anteriores envolvendo “improbidade cometida por uma entidade adquirida se a entidade adquirida tiver sido integrada a um programa de conformidade eficaz e bem planejado na corporação adquirente e se a empresa adquirente resolveu a causa raiz da improbidade anterior (...) e houve saneamento completo e tempestivo dentro da entidade adquirida antes da conduta atualmente sob investigação”
- ▶ “(...) se uma empresa opera em um setor altamente regulado, o histórico de conformidade regulatória ou deficiências de uma empresa provavelmente deve ser comparado ao de empresas de situação semelhante no setor”

Outros fatores listados para consideração incluem se a conduta sob investigação ocorreu enquanto a empresa estava sob avaliação ou “estava sujeita a supervisão, monitoramento ou outra obrigação imposta pela resolução anterior”. É provável que esta questão receba maior atenção em questões atuais e futuras. Os procuradores também devem avaliar “o tipo de saneamento para resolver as causas básicas de improbidade anterior, incluindo a punição ao funcionário, restituição de fundos, restituição, reestruturação de gestão e atualizações do programa de conformidade” – uma lista que se expande em discussões anteriores ao saneamento.

Nem o novo memorando nem os discursos pertinentes do DOJ aprofundam a inclusão contínua de “ações penais, civis ou regulatórias” internacionais anteriores contra a empresa ou qualquer uma de suas afiliadas como um fator, inclusive quanto ao peso dado. Em tese, tais resoluções anteriores poderiam ter um impacto significativo na avaliação geral, pois a linguagem expande substancialmente o universo do “registro” de comportamento de uma empresa em avaliação para incluir ações de governos estrangeiros relacionadas a leis diferentes em substância daquelas nos EUA ou ao abrigo de sistemas legais que não garantem o devido processo legal ou outras considerações às empresas objetos dessas ações.

Por fim, o novo memorando deixa claro que “(...) múltiplos acordos de não persecução ou acusação diferida são geralmente desfavorecidos, especialmente quando as questões em questão envolvem tipos semelhantes de improbidade; o mesmo pessoal, funcionários ou executivos; ou as mesmas entidades. “Em sua fala, Lisa Monaco reiterou: “(...) as empresas não podem presumir que têm direito a um NPA ou DPA, principalmente quando são ‘passageiros frequentes’. Não nos coibiremos de apresentar acusações ou exigir admissões de culpa quando os fatos e as circunstâncias assim o exigirem”.

O DOJ está ciente de que essa mensagem pode muito bem impedir que empresas com resoluções anteriores denunciem novos problemas. A resposta do DOJ a essa preocupação legítima será familiar aos profissionais de conformidade da FCPA — uma reiteração dos benefícios potenciais de denúncias voluntárias tempestivas, cooperação e saneamento.

Avaliação de crédito do DOJ para autodenúncia e cooperação tempestivas

O novo memorando de Lisa Monaco não substitui a política de cumprimento corporativo da FCPA (Corporate Enforcement

Policy – CEP) – essa política ainda rege o tratamento de investigações corporativas de acordo com Seção de Fraude do DOJ. O novo memorando orienta os setores do DOJ que não têm tais políticas formais, incentivando as autodenúncias para implementar políticas consistentes com as normas descritas no memorando.

Em primeiro lugar, essas políticas do DOJ devem confirmar que “na ausência da presença de fatores agravantes, o Departamento não buscará uma admissão de culpa quando uma empresa se autodenunciou voluntariamente, cooperou totalmente e corrigiu oportuna e adequadamente a conduta criminoso”. Note-se que a CEP afirma que constatações positivas desses três fatores podem levar a desistência da denúncia. No entanto, a CEP também afirma que a “reincidência criminal” é um fator agravante que pode impedir uma desistência que, quando somada às diretrizes do novo memorando sobre os efeitos da reincidência mencionados acima, levanta riscos potenciais relacionados às repetidas denúncias voluntárias na área da FCPA.

Kenneth Polite abordou diretamente essas questões em sua fala, perguntando: “qual seria o incentivo para se autodenunciar voluntariamente quando sua empresa tem um longo histórico de improbidades anteriores?” Sua resposta é que “mesmo nessas circunstâncias (...) há um “poderoso incentivo à autodenúncia tempestiva (...) pois isso pode fazer toda a diferença entre um acordo de delação (DPA) e uma resolução de admissão de culpa, supondo-se que a empresa tenha também cooperado e corrigido de forma tempestiva e adequada a conduta criminoso”. Lisa Monaco também apresentou a “proposta de valor” da denúncia, afirmando que “a matemática é fácil: a autodenúncia voluntária pode economizar centenas de milhões de dólares para uma empresa em multas, penalidades e custos” e “(...) casos de autodenúncia voluntária resultaram em desistências e acordos de não persecução sem penalidades criminais significativas.”

O novo memorando orienta ainda que as políticas componentes do DOJ devem fornecer “diretrizes sobre as circunstâncias que constituiriam tais fatores agravantes, (...) e os exemplos poderiam incluir improbidades que representam uma grave ameaça à segurança nacional ou profundamente difundidas em toda a empresa”. Em sua fala, Keneth Polite observou que “a partir de agora, na Divisão Criminal, os agravantes que consideraremos incluirão, ainda que não exaustivamente, o envolvimento da administração executiva da empresa na improbidade, lucro significativo para a empresa da improbidade ou improbidade generalizada ou flagrante”.

Essa lista (juntamente com a reincidência, que é referenciada em outra parte da fala de Keneth Polite) é uma reafirmação dos fatores agravantes existentes na CEP — portanto, não é uma mudança na política existente na área da FCPA.

Apesar das garantias de altos funcionários do DOJ, as empresas com histórico de violações passadas podem permanecer cautelosas com denúncias novas questões por medo de consequências mais sérias do que poderia ter sido o caso nas políticas anteriores do DOJ. Há algum conforto na linguagem do novo memorando que observa corretamente, “denúncias voluntárias tempestivas não revelam simplesmente improbidade em uma empresa; elas também podem refletir que a empresa o está trabalhando adequadamente para detectar improbidade e leva a sério sua responsabilidade de incutir e agir de acordo com uma cultura de conformidade.” No entanto, o DOJ provavelmente terá que respaldar suas garantias com medidas concretas e verificáveis publicamente em ações específicas de fiscalização corporativa para aliviar essas preocupações de forma mais completa — algo que Lisa Monaco reconheceu em sua fala quando declarou: “Espero que as resoluções nos próximos meses reafirmem o quanto as empresas se saem melhor quando se apresentam e fazem uma autodenúncia.”

A segunda exigência que o novo memorando de Mônaco estabelece para as políticas do DOJ sobre denúncias voluntárias é que o DOJ “não exigirá a imposição de um monitor de conformidade independente para uma empresa que colabore voluntariamente informando a conduta relevante se, no momento da resolução, também demonstrar que implementou e testou um programa de conformidade eficaz.”

De acordo com a CEP atual da FCPA, a denúncia voluntária, a cooperação e a presença de um programa de conformidade eficaz devem levar (na ausência de circunstâncias agravantes específicas) a uma desistência e, portanto, a nenhum monitor. Dessa forma, a exigência do novo memorando quanto aos monitores não representa necessariamente uma mudança na política do DOJ. Assim sendo, a orientação do novo memorando pela primeira vez vincula formalmente a imposição de um monitor a outros fatores, além da condição de saneamento de uma empresa (especificamente, a eficácia do programa de conformidade de uma empresa e controles pertinentes), e fatos específicos por trás de um caso. Os pronunciamentos formais

anteriores do DOJ sobre o emprego de monitores — o [memorando de Morford](#) (2008) e o [el memorando de Benczkowski](#) (2018) — não citaram a denúncia ou a cooperação em suas discussões de análise sobre a propriedade da imposição de um monitor.

Embora a garantia anunciada de não monitoramento nos casos em que uma empresa tenha feito uma autodenúncia efetiva claramente pretenda ser um incentivo à denúncia, há uma questão sobre se vincular um monitoramento a fatores não diretamente relacionado ao estado do programa de conformidade de uma empresa ou os riscos por trás podem criar dificuldades para futuros monitores. Historicamente, o DOJ teve o cuidado de observar que os monitoramentos não são punitivos, reconhecendo a realidade de que empresas e seus executivos podem facilmente fazer tal suposição. De acordo com a nova orientação, uma empresa que não denuncie e que receba um monitor em qualquer determinação, pode presumir que o monitoramento é uma consequência negativa de não denunciar. Tal conclusão pode afetar a eficácia do monitoramento gerando ressentimentos e motivando a falta de cooperação e comprometimento dos executivos com os objetivos do monitor e da empresa.

Finalmente, o novo memorando de Lisa Monaco resume as políticas existentes do DOJ, incluindo a CEP da FCPA, que define as avaliações e os benefícios da cooperação total das empresas. O memorando observa que o DOJ fará alterações adicionais no *Justice Manual* no futuro sobre esses pontos para garantir a consistência entre os departamentos, inclusive quanto a como avaliar o efeito da privacidade de dados estrangeiros e leis pertinentes que podem evitar ou impedir que as empresas apresentem certas informações ao DOJ em investigações. As empresas que enfrentam investigações da FCPA gerenciam esses problemas de privacidade de dados há anos, e o memorando não altera as posições anteriores do DOJ sobre essa questão. No entanto, monitoraremos as futuras alterações do *Justice Manual* para quaisquer sinais de novas orientações sobre essas questões importantes.

Avaliações do DOJ sobre a eficácia do programa de conformidade – “Estruturas de remuneração” e gestão de “dispositivos pessoais” e “aplicações a terceiros”

O novo memorando de Lisa Monaco resume e cita orientações anteriores do DOJ sobre a eficácia dos programas de conformidade corporativa, incluindo as [Diretrizes da Divisão Criminal](#), que foi atualizada pela última vez em 2020. A discussão reitera que, no contexto de determinar uma disposição apropriada para uma investigação, o DOJ deve “avaliar a adequação e eficácia do programa de conformidade da empresa em dois momentos: (1) o momento do crime; e (2) o momento da decisão de cobrança” e que “(...) os mesmos critérios devem ser usados em cada instância”. O memorando identifica duas “métricas adicionais relevantes para a avaliação dos procuradores sobre o programa e a cultura de conformidade de uma empresa”.

A primeira “métrica adicional” concentra-se no papel das “estruturas de remuneração” — medidas disciplinares e incentivos de apoio a comportamentos de conformidade — na cultura de conformidade de uma empresa. Tais estruturas, especialmente na questão disciplinar, são consideradas, há muito, um elemento crítico de um programa de conformidade corporativa eficaz pelo DOJ e em conformidade com muitas outras normas nacionais e internacionais, como o [“Guia de Boas Práticas sobre Controles Internos, Ética e Conformidade”](#) recentemente atualizado da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em sua Recomendação Anticorrupção de 2021.

A diretriz de eficácia do programa de conformidade existente do DOJ (que cita o papel de “incentivos apropriados” nas diretrizes de sentença dos EUA (*U.S. Sentencing Guidelines* – U.S.S.G. § 8B2.1(b)(5)(C)) incluiu perguntas sobre “(...) como a empresa incentiva a conformidade e o comportamento ético” e se “houve exemplos específicos de ações tomadas (por exemplo, promoções ou prêmios negados) (ou bônus, citados em outro lugar) resultantes de considerações de conformidade e ética”. O novo memorando de Lisa Monaco se baseia nessa linguagem, afirmando que “(...) os procuradores devem (...) considerar se os sistemas de remuneração de uma empresa oferecem incentivos afirmativos para o comportamento de promoção da conformidade”. O memorando observa que esses “incentivos afirmativos” podem incluir “o uso de métricas e referências de conformidade nos cálculos de remuneração e o uso de avaliações de desempenho que medem e recompensam o comportamento de promoção da conformidade, tanto para o funcionário

quanto para quaisquer subordinados que eles supervisionem”. Como o DOJ está ciente, muitas empresas já implantaram esses tipos de incentivos, embora os detalhes e a execução possam variar amplamente com base em diversos fatores. O acréscimo formal dessa métrica significa que as empresas que resistiram a esses tipos de incentivos no passado podem querer reconsiderar os potenciais benefícios de tais incentivos para gerenciar os riscos de execução.

O memorando também amplia a avaliação de medidas disciplinares, observando que “os procuradores devem examinar se os sistemas de remuneração são elaborados de forma a permitir a penalização retroativa, inclusive por meio do uso de medidas de restituição (de fundos), garantia parcial da remuneração ou acordos similares. Além disso, o memorando instrui os procuradores a avaliar se é como uma empresa “tomou medidas afirmativas para executar esses acordos e restituir fundos *anteriormente pagos a executivos atuais ou antigos* cujas ações ou omissões resultaram ou contribuíram para a conduta criminosa em questão” (grifo nosso). Em um [discurso](#) no evento *Global Investigations Review* do GIR Live em 21 de setembro de 2022, o Diretor e Procurador Geral Adjunto Marshall Miller discutiu as expectativas do DOJ quanto a restituição de fundos, afirmando: “(...) o que esperamos agora em 2022 é que as empresas tenham programas de recuperação robustos e implantados regularmente, (...) pois com frequência, vemos empresas lutando para ressuscitar e tentar implementar políticas esquecidas quando estão na mira de uma investigação. Ele também observou que os procuradores avaliariam se “a empresa (está) visando a concessão de bônus para funcionários e supervisores que definem o tom correto”.

Esta é a primeira instância do DOJ citando formalmente medidas de remuneração específicas, como restituição ou caução, como um componente-chave de um programa de conformidade eficaz no espaço FCPA (a Avaliação de Programas de Conformidade Corporativa em Investigações Criminais Antitruste de 2019 observa “bônus recuperados” como um exemplo de “ações tomadas” (...) graças a considerações de conformidade). Não está claro até que ponto o DOJ considerou os potenciais desafios para que as empresas possam implementar os novos recursos, como as restituições, em seus sistemas atuais de remuneração executiva (especialmente para ex-executivos), dadas a complexidade das regras que regem tais sistemas e a dinâmica de mercado que conduz essa remuneração nos níveis seniores. Talvez um sinal da consciência dessas dificuldades seja que o novo memorando de Lisa Monaco orienta a Divisão Criminal a “desenvolver mais diretrizes até o final de (2022) sobre como recompensar empresas que desenvolvem e aplicam políticas de restituição de fundos, incluindo como transferir o ônus das penalidades financeiras corporativas dos acionistas — que em muitos casos não têm um papel na improbidade — para os responsáveis mais diretos”. Em sua fala, Kenneth Polite observou que, durante esse processo, a Divisão “receberá informações” de “especialistas em remuneração de executivos”.

Declarações de Lisa Monaco no momento de sua fala indicam que o foco do DOJ em restituições está sendo coordenado com declarações recentes da Comissão de Valores Mobiliários dos EUA — *Securities and Exchange Commission* (“SEC”) sobre a ampliação da aplicação da seção 304 da Sarbanes-Oxley. Este desenvolvimento será discutido mais adiante em alertas futuros de nossa [Prática de apuração e punição de irregularidades no mercado](#). Esta é uma questão que merecerá uma análise mais aprofundada, especialmente porque o DOJ faz essas avaliações em casos futuros.

A segunda “métrica adicional” orienta os procuradores do DOJ a “considerar se a empresa implementou políticas e procedimentos eficazes que regem o uso de dispositivos pessoais e plataformas de mensagens de terceiros (como o WhatsApp ou, talvez mais desafiadoramente, o WeChat chinês) para garantir que dados e comunicações eletrônicas relacionadas aos negócios sejam preservados”. O novo memorando de Lisa Monaco observa ainda que “(...) como regra geral, todas as empresas com programas robustos de conformidade devem ter políticas eficazes que rejam o uso de dispositivos pessoais e plataformas de mensagens de terceiros para comunicações corporativas, devem fornecer treinamento claro aos funcionários sobre essas políticas e aplicarem essas políticas quando as violações forem identificadas”.

Essa exigência [não é nova](#), mas continua a ser um desafio para as empresas implementarem, especialmente no que diz respeito a aplicativos como o WeChat, à medida que leis e regras de privacidade de dados e segurança nacional de outros países continuam a se desenvolver e potencialmente abrangem dados em dispositivos pessoais. Reconhecendo esses desafios, o memorando orienta a Divisão Criminal “a estudar melhor as melhores práticas corporativas em relação ao uso de dispositivos pessoais e plataformas de mensagens de terceiros e incorporar o produto desse esforço na próxima edição de seus programas de avaliação de conformidade corporativa, para que o Departamento possa abordar essas questões de

forma consciente e consistente”.

Uso e gestão de monitores de conformidade independentes

A seção do novo memorando de Lisa Monaco sobre monitores independentes de conformidade resume as políticas atuais do DOJ, incorporando por referência as diretrizes anteriores do DOJ, quando aplicáveis. A introdução do memorando observa que o DOJ pretende atualizar o *Justice Manual* com “novas seções sobre monitores corporativos independentes” e esta seção é provavelmente o primeiro rascunho dessas seções. O memorando contém subseções sobre (1) uma “lista não exaustiva de fatores ao avaliar a necessidade e os benefícios potenciais de um monitor”; (2) seleção de monitores; e (3) “revisão contínua dos monitoramentos”. Abordaremos apenas uma seleção dos aspectos mais notáveis.

O memorando confirma que “(...) como estabelecido em outubro de 2021 (no memorando de Mônaco), os procuradores do Departamento não aplicarão nenhuma presunção geral contra a exigência de um monitor de conformidade independente (...) como parte de uma resolução penal corporativa, nem aplicarão qualquer presunção em favor da imposição de uma”; “(...) em vez disso, a necessidade de um monitor e o alcance de qualquer monitoria deve depender dos fatos e circunstâncias do caso particular”. A maioria dos fatores listados pelo memorando para avaliar a necessidade de um monitor foram bem definidas pelas diretrizes anteriores do DOJ. Existem várias menções ou inclusões de interesse, inclusive:

- ▶ Como observado acima, um novo fator sobre a autodenúncia corporativa
- ▶ “Se a conduta criminosa subjacente foi duradoura ou generalizada em toda a organização empresarial ou foi aprovada, facilitada ou ignorada pela cúpula administrativa, executivos ou diretores (*inclusive por meio de uma cultura corporativa que tolerava comportamentos de risco ou improbidade, ou não incentivava a discussão aberta e a informação de possíveis riscos e problemas*)” (grifo do autor)
- ▶ “Se a conduta criminosa em questão envolveu a participação ativa do pessoal de conformidade ou *falha do pessoal de conformidade em escalar ou responder adequadamente aos sinais de alerta*” (grifo do autor)
- ▶ “Se a empresa tomou medidas investigativas ou corretivas adequadas para abordar a conduta criminosa subjacente, incluindo, se apropriado, *o rompimento de relações comerciais e práticas que contribuíram para a conduta criminosa* e a punição ou demissão das pessoas envolvidas, *inclusive em relação àquelas com responsabilidades de supervisão, gestão ou supervisão pela improbidade*” (grifo do autor)
- ▶ “Se a empresa enfrenta quaisquer riscos exclusivos ou desafios de conformidade, inclusive relativos à região ou setor comercial específico em que a empresa opera ou à natureza dos clientes da empresa”
- ▶ “Se é em que medida a empresa está sujeita à supervisão dos reguladores do setor *ou um monitor imposto por outra autoridade ou regulador nacional ou estrangeiro*” (grifo do autor)

As principais mudanças no processo de seleção de monitores incluem uma ampliação de procedimentos transparentes e consistentes em todo o DOJ (a seção de seleção do memorando de Benczkowski de 2018 é citada como relevante ainda para os casos da FCPA); reiteração de que “os processos de seleção de monitores devem ser conduzidos de acordo com o compromisso do Departamento com a diversidade e a inclusão”; e uma exigência confirmando que “qualquer acordo que imponha um monitoramento deve descrever o motivo para exigir um monitor”.

A subseção final sobre gestão de monitoramentos do DOJ formaliza e enfatiza o papel dos procuradores do DOJ ao longo do projeto. Em sua fala, Lisa Monaco afirmou que os procuradores do DOJ “não são reguladores, nem aspiram ser (...), mas onde impomos um monitor, reconhecemos nossas obrigações de permanecer envolvidos e monitorar o monitor”. Historicamente, o envolvimento do DOJ variou baseado em vários fatores, incluindo as circunstâncias específicas do assunto em questão, o envolvimento de outras agências, como a SEC, e problemas de recursos e tempo.

Entre as principais diretrizes estão:

- ▶ “Os procuradores devem receber atualizações regulares do monitor sobre o status do monitoramento e quaisquer problemas presentes” e “devem também receber regularmente informações sobre o trabalho que o monitor está

realizando para garantir que ele continue adaptado ao plano de trabalho e ao escopo do monitoramento” (...)

- ▶ “os procuradores devem considerar a razoabilidade da revisão do monitor, incluindo, quando apropriado, questões relacionadas ao custo do trabalho do monitor”
- ▶ Como tem sido o caso em disposições anteriores de assuntos específicos, os procuradores devem avaliar se o escopo e o prazo do monitoramento devem ser reduzidos à vista do andamento mais rápido do que o esperado pela empresa, ou alongados à vista de novos problemas ou “preocupações identificadas” sobre o progresso da empresa.

Transparência do DOJ

A seção final do novo memorando de Lisa Monaco discute as exigências entre DOJ para “(...) transparência em relação a prioridades e processos de execução criminal corporativa do Departamento — incluindo suas expectativas quanto à cooperação e conformidade corporativa e as consequências de atender ou não atender a essas expectativas”. A seção estabelece vários elementos para incorporação em qualquer “acordo do DOJ para resolver a responsabilidade criminal corporativa”, incluindo “uma declaração acordada de fatos (relevantes)” e “uma declaração de considerações relevantes que explique as razões do Departamento para celebrar o acordo”. No âmbito da FCPA, DPAs e NPAs do DOJ, bem como a desistência, em conformidade com a CEP, tradicionalmente, incluem esses elementos. O memorando também determina que “(...) salvo circunstâncias excepcionais, resoluções penais corporativas pactuadas serão publicadas no site público do Departamento”.

A Miller & Chevalier continuará monitorando as mudanças discutidas no novo memorando de Lisa Monaco, inclusive analisando as mudanças futuras indicadas no *Justice Manual* e esforços adicionais da Divisão Criminal para criar diretrizes relacionadas às principais questões discutidas acima.

Para obter mais informações, entre em contato com:

John E. Davis, jdavis@milchev.com, 202-626-5913

Matteson Ellis, mellis@milchev.com, 202-626-1477