

Publicações da Escola da AGU

ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI Nº 12.846, DE 2013: A EXPERIÊNCIA DA CGU E DA AGU (ASPECTOS PRÁTICOS, TEÓRICOS E PERSPECTIVAS)

volume 12 - n. 03 - Brasília-DF, set./dez. 2020

ISSN-2525-3298

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 12	n. 03	p. 1-236	set./dez. 2020
---------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

José Levi Mello do Amaral Júnior

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Fabrcio da Soller

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fabrcio da Soller	Secretário-Geral de Consultoria
Vinfcius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Edimar Fernandes de Oliveira	Corregedor-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor
Andreia Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral de Ensino

EDITOR RESPONSÁVEL

Danilo Barbosa de Sant'anna

COORDENADORES/CONSELHO EDITORIAL

Vanir Fridriczewski	Diretor do Departamento de Patrimônio Público e Probidade
Carolina Yumi de Souza	Advogada da União
Rafael Rott de Campos Velho	Advogado da União

Diagramação/Capa: Gláucia Maria Alves Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores não expressando as posições oficiais da AGU ou da República Federativa do Brasil.

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal, a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral e a partir de 2020 periodicidade quadrimestral. A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-3 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Vanir Fridriczewski

Carolina Yumi de Souza

Rafael Rott de Campos Velho 5

PREFÁCIO

José Levi Mello do Amaral Júnior - Advogado-Geral da União..... 7

Comentários ao Estudo de Direito Comparado *Resolving Foreign Bribery Cases With Non-Trial Resolutions* da OCDE

Commentaries to the Oecd'S Comparative Law Study Resolving Foreign Bribery Cases With Non-Trial Resolutions

Sara Martins Gomes Lopes..... 9

Requisitos de Integridade Empresarial e a Completude da Cooperação nos Acordos de Leniência: da necessidade da admissão irrestrita dos ilícitos na colaboração da empresa

Corporate Compliance Requirements and the Complete Cooperation in the Leniency Agreements: the need for unrestricted illicit admission in the company's collaboration

João Carlos Figueiredo Cardoso

Luana Roriz Meireles 25

Acordo de Leniência: as obrigações pecuniárias e seus efeitos na perspectiva das Leis nº 12.846/2013 e 8.429/1992

Leniency Agreement: pecuniary obligations and its effects based on Laws 12.846/2013 and 8.429/1992

Matheus Bredt de Menezes

Victor Godoy Veiga

Viviane André Antunes..... 43

Da Restituição de Lucros Indevidos em Caso de Corrupção: fundamentos legais para adoção de *Disgorgement* como ferramenta para recuperação de ativos

Restitution of Ill-Gotten Profits: legal framework for Disgorgement in corruption cases as a tool to recover proceeds from bribery

Rafael Romanoff 59

O Princípio do *First Come First Served* sob a Ótica da Lei nº 12.846/2013

The Principle of First Come First Served under the Law 12.846/2013

Rafael Formolo..... 79

Consensualidade e o Direito Sancionador: adequação dos espaços de consenso aos direitos e garantias fundamentais como fator limitante do Poder Punitivo Estatal <i>Consensuality and Punitive Right: adequacy of consensus spaces to fundamental rights and guarantees as a limiting factor of State Punitive Power</i> Raniere Rocha Lins	91
Múltiplas Instâncias de Responsabilização e Consensualidade na Lei nº 12.846/2013 <i>Multiple Instances of Liability and Settlements in Law 12,846/2013</i> Pedro Vasques Soares.....	109
Imputando Responsabilidade a Pessoas Jurídicas: convergências entre improbidade administrativa e Lei Anticorrupção <i>Imputing Liability to Legal Persons: convergences between administrative improbity and Anti-Corruption Act</i> Rafael Rott de Campos Velho.....	135
Alavancagem Investigativa no Ambiente de Leniência: repercussões para a cooperação internacional <i>Investigative Leverage in the Leniency Environment: outcomes for the international cooperation</i> Lucio Angelo Jr.	151
O Monitoramento de Programas de Integridade em Acordos de Leniência <i>The monitoring of compliance programs in Leniency Agreements</i> Pedro Ruske Freitas Thiago Braga Smarzarzo	165
Responsabilidade de Pessoa Jurídica e <i>Compliance</i> : incentivos do sistema da Lei 12.846/2013 <i>Corporate Liability and Compliance: systemic incentives of Federal Law 12.846/2013</i> Renato Machado de Souza Marcelo Pontes Vianna	185
Compartilhamento de Informações Entre Autoridades: entre a proteção do colaborador e o dever de investigação <i>Evidence Sharing Between Authorities: deciding between collaborator protection and investigation duty</i> Laura Fernandes de Lima Lira.....	201
A Adesão de Pessoas Físicas ao Acordo de Leniência e sua Interseção com a Colaboração Premiada <i>The Adhesion of Individuals to the Leniency Agreement and its Intersection with the Award-Winning Collaboration</i> Raissa Torres Moraes Delázari.....	219

APRESENTAÇÃO

As primeiras sementes que deram origem à presente Coletânea foram lançadas ainda em 2019, quando houve a reestruturação do Grupo de Atuação Proativa da Procuradoria-Geral da União e da atuação conjunta da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União em matéria de negociação e celebração de acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2013.

Mudaram os paradigmas de atuação de ambas as instituições no manuseio de ferramentas anticorrupção e mudaram as discussões e a profundidade dos debates. Novos temas surgiram, novas questões precisaram ser solucionadas, novos rumos foram sendo dados à política de acordos de leniência e de combate à corrupção no Brasil. Um novo tempo na atuação de ambas as instituições nessa seara.

Foi desse caldo de mudanças que surgiu a ideia e a necessidade de materializar o conhecimento adquirido pelas instituições no tema. Explorar a temática, elucidar dúvidas, expor problemas, encontrar ou tentar encontrar soluções relacionados com esta atuação. Estes foram e ainda são os desafios que marcam o caminhar da AGU e da CGU no desenvolvimento e afirmação dessa política de Estado.

Para concretizar essa ideia, reunimos em uma Coletânea artigos científicos de membros da AGU e da CGU que atuam na política de acordos de leniência e de combate à corrupção. São artigos tanto com viés prático como teórico, que abordam vários pontos relacionados com esta temática, buscando demonstrar premissas e aspectos que foram e são fundamentais para a afirmação dessa importante política anticorrupção do Estado brasileiro, além de refletir sobre alguns de seus aspectos polêmicos e sobre sua evolução.

Creemos não haver uma fórmula mágica para controlar a corrupção. É um fenômeno complexo, assim como complexo e difícil é o seu controle. Mas atuações estatais sólidas, coordenadas e bem pensadas podem ser um caminho para ajudar nessa tarefa. E a atuação da CGU e da AGU na política de acordos de leniência e de combate à corrupção, apesar de muitas dificuldades, parece caminhar no rumo certo, contribuindo para a melhoria do sistema anticorrupção brasileiro.

O propósito desta obra, justamente, é apontar e esclarecer alguns dos pontos mais importantes do esforço de ambas instituições nessa empreitada, bem como incentivar seu aprimoramento conjunto e constante. Este é objetivo principal desta Coletânea, e esperamos que ele tenha sido alcançado com os 13 artigos que a compõem.

Os coordenadores

Vanir Fridriczewski
Diretor do Departamento de Patrimônio Público e Probidade

Carolina Yumi de Souza
Advogada da União

Rafael Rott de Campos Velho
Advogado da União

PREFÁCIO

Desenvolver um sistema mais eficaz para combater a corrupção e melhorar os índices de recuperação de ativos: talvez seja uma das pautas mais atuais e um dos maiores desafios impostos aos Estados. Como lembrou o ex-Secretário das Nações Unidas, Kofi Annan, em suas palavras de apresentação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, esse fenômeno contamina a democracia e o Estado de Direito; leva a violações dos direitos humanos; distorce os mercados; mina a qualidade de vida; e permite que o crime organizado, o terrorismo e outras ameaças à segurança humana floresçam.

Combater a corrupção, portanto, é fortalecer a democracia. E o Brasil, nos últimos anos, vem trilhando esse caminho. Foram realizadas reformas orgânicas e efetuada a modernização da legislação. Exemplo disso foi a instituição de novas ferramentas para combate à corrupção, como ocorreu com a Lei nº 12.846, de 2013, ao introduzir o acordo de leniência como mecanismo consensual para sancionamento de pessoas jurídicas por atos de natureza corrupta praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

A partir do advento dessa legislação, um novo cenário se apresentou para a AGU e para a CGU, instituições com legitimidade para o manuseio desta inovadora ferramenta. O comprometimento com o Estado Democrático de Direito e o zelo com a coisa pública nortearam os primeiros passos neste novo universo, e os resultados já obtidos demonstram o potencial desta ferramenta para fazer frente ao fenômeno da corrupção, bem como o acerto do trabalho que vem sendo realizado: 12 acordos de leniência já firmados que resultaram no compromisso do pagamento de mais de 13,6 bilhões de reais.

Nesse contexto, vem em boa hora esta obra coletiva intitulada “Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas)”, coordenada pelos Advogados da União Vanir Fridriczewski, Carolina Yumi de Souza e Rafael Rott de Campos Velho. A obra reúne artigos de autoria de membros da AGU e da CGU, sendo muito profícua por abordar aspectos teóricos e práticos desta temática.

Esta obra contribui por demonstrar os passos que foram dados para a construção da política de acordos de leniência conduzida pela AGU e pela CGU. A partir da assinatura, em agosto último, do Acordo

de Cooperação Técnica entre a AGU, a CGU, o Ministério de Justiça e Segurança Pública e o Tribunal de Contas da União, essa política em matéria de combate à corrupção no Brasil ganhou novos elementos, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2013. O Acordo de Cooperação Técnica tem por objetivo dar segurança jurídica aos intervenientes, lógico, sem nenhuma alteração no marco legal pertinente, explicitando-o dentro de uma compreensão comum aos órgãos públicos competentes.

Inegável que importantes avanços estão sendo feitos no Brasil para o fortalecimento da atuação estatal no combate à corrupção. E esta obra traz importantes contribuições sobre o tema, sendo de grande valor a sua leitura para compreensão do caminho que já foi percorrido em matéria de acordos de leniência, bem como para ajudar a pavimentar o caminho que ainda está por vir.

Parabéns aos autores e uma boa leitura a todos.

Brasília, dezembro de 2020.

José Levi Mello do Amaral Júnior

Advogado-Geral da União

COMENTÁRIOS AO ESTUDO DE DIREITO
COMPARADO *RESOLVING FOREIGN
BRIBERY CASES WITH NON-TRIAL
RESOLUTIONS* DA OCDE

*COMMENTARIES TO THE OECD'S COMPARATIVE LAW
STUDY RESOLVING FOREIGN BRIBERY CASES WITH NON-
TRIAL RESOLUTIONS*

Sara Martins Gomes Lopes

*Advogada da União. Membro do Departamento de Patrimônio e Probidade da
Procuradoria-Geral da União. Pós-graduada em Direito Administrativo.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Principais achados do estudo; 2 Das vantagens dos acordos segundo o estudo; 3 Fatores em comum; 4 Dos pontos de reflexão levantados pelo estudo; 4.1 Caráter dissuasório; 4.2 Coordenação em casos multijurisdicionais; 4.3 Supervisão por órgão jurisdicional ou outra autoridade; 4.4 Publicidade; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo comenta sob a ótica brasileira as principais conclusões do documento “*Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery*”, elaborado no âmbito do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção em Transações Internacionais¹ da OCDE e publicado em 2019. Cuida-se de pioneiro estudo de direito comparado que analisa os diferentes tipos de acordos existentes para solucionar casos de suborno transnacional com sanções e/ou confisco dos lucros nos regimes de 27 dos 44 estados parte da Convenção Antissuborno da OCDE. O documento é relevante fonte de boas práticas, apresentando estatísticas de responsabilização, pontos em comum e discrepâncias entre os sistemas de resolução por acordos existentes nos países analisados, além de fornecer informação prática das metodologias aplicadas e estudo de casos específicos já encerrados. O estudo conclui que os acordos são a forma predominante de responsabilização por suborno transnacional e ofensas correlatas desde a entrada em vigor da Convenção Antissuborno da OCDE há 20 anos.

PALAVRAS-CHAVE: OCDE. Direito Comparado. Acordos. Convenção. Combate à Corrupção.

ABSTRACT: This article comments on a Brazilian view the key findings of the study *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery*, undertaken by the OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions and published in 2019. This unprecedented work analyzes the different forms of settlements available to resolve transnational bribery cases applying sanctions and/or confiscation in 27 of the 44 states parties to the OECD Anti-bribery Convention. The paper is a relevant source of good practices, presenting statistics on liability, common aspects and differences between the systems of settlements on the examined countries, also supplying practical information on the methodologies applied and concluded case studies. The document demonstrates that non-trial resolutions have become the primary enforcement vehicle of anti-foreign bribery and correlated offences since the Anti-Bribery Convention’s entry into force twenty years ago.

KEYWORDS: OECD. Comparative Law. Resolutions. Anti-bribery Convention.

¹ *Working Group on Bribery in International Business Transactions* (tradução nossa).

INTRODUÇÃO

Para marcar os 20 anos da entrada em vigor da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, na qual os países signatários se obrigaram a combater conjuntamente o suborno transnacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) lançou em 2019 o estudo *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery*.

Trata-se de pioneiro estudo de direito comparado que analisa os diferentes tipos de *non-trial resolutions* – soluções extrajudiciais, doravante *acordos* – que podem ser utilizados para solucionar casos de suborno transnacional com sanções e/ou confisco dos lucros. Elaborado no âmbito do relevante Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção em Transações Internacionais² da OCDE, o documento tem o objetivo de comparar os regimes de acordos de 27 dos 44 estados parte da Convenção Antissuborno da OCDE.

Os *non-trial resolutions* são definidos pelo documento da OCDE como qualquer acordo entre uma pessoa jurídica ou natural e uma autoridade de aplicação da lei que soluciona um caso de suborno transnacional sem um julgamento finalizado sobre o mérito das alegações, seja antes ou depois do indiciamento, com sanções e/ou confisco, independentemente de condenação (OCDE, 2019, p. 11).

O documento aborda as razões e o impacto para o uso crescente de acordos em casos de corrupção, analisando os variados mecanismos disponíveis e seus usos na prática para solucionar expedientes criminais, bem como em procedimentos civis ou administrativos, com relação a pessoas físicas e jurídicas.

Foram utilizados como fontes a pesquisa circulada entre os países parte da Convenção, os dados obtidos nos relatórios de monitoramento dos países e o banco de dados da OCDE de casos concluídos de suborno transnacional, além de estudo dos principais casos multijurisdicionais já concluídos.

² Working Group on Bribery in International Business Transactions (tradução nossa).

A pesquisa circulada entre os países consistiu em questionário³ preenchido por 27 Estados⁴, com 58 perguntas sobre os regimes de cada país, cujos resultados estão divulgados no sítio da OCDE e constituem uma fonte de pesquisa de direito comparado na matéria sem precedentes.

O documento da OCDE é importantíssima fonte de boas práticas na responsabilização de suborno transnacional, apresentando estatísticas e pontos em comum e discrepâncias entre os sistemas existentes nos países analisados, além de fornecer informação prática das metodologias aplicadas e exposição de casos específicos já encerrados. Ainda, seu anexo fornece relevantes informações sobre estudos de casos concretos solucionados por acordos em diferentes países.

Como será exposto ao longo deste artigo, o estudo demonstra de forma contundente que os acordos são a forma predominante de responsabilização por suborno transnacional e ofensas correlatas desde a entrada em vigor da Convenção Antissuborno da OCDE há 20 anos.

Evidencia ainda, ante as particularidades dos modelos retratados, que os sistemas de acordos são significativamente diversos, já que embasados e construídos conforme as tradições jurídicas dos países onde são aplicados.

1 PRINCIPAIS ACHADOS DO ESTUDO

É possível afirmar de forma inequívoca, com base no estudo da OCDE (2019), que os acordos são uma ferramenta eficaz de responsabilização por atos de suborno transnacional. Cerca de 95% do total de 14.9 bilhões de dólares obtidos até junho de 2018 em sanções a pessoas jurídicas foram obtidos por acordos (OCDE, 2019, p. 12-14).

Os 27 países objeto do estudo possuem pelo menos um sistema de solução de caso de suborno transnacional por acordo, e 74% dos países possuem diferentes sistemas aplicáveis internamente. Verificou-se que 68 sistemas são utilizados nos 27 países objeto do estudo: 13 específicos para pessoas jurídicas, 16 específicos para pessoas naturais, e 39 aplicáveis

3 OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: OECD Data Collection Questionnaire Results* www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-BriberyCases-with-Non-Trial-Resolutions.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

4 Argentina, Austrália, Áustria, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Tcheca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Hungria, Israel, Itália, Japão, Letônia, México, Países Baixos, Noruega, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos. OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*. Disponível em: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm. p. 12. Acesso em: 17 jul. 2020.

para ambos. Ou seja, há 52 tipos de sistemas disponíveis para pessoas jurídicas e 55 para indivíduos (OCDE, 2019, p. 12).

Aproximadamente 78% dos 890 casos de suborno transnacional finalizados com sucesso nos 20 anos desde a vigência da Convenção da OCDE foram concluídos por acordos: 695 casos (OCDE, 2019, p. 13). Além disso, o estudo aponta que pelo menos 423 pessoas naturais foram sancionadas por meio de soluções extrajudiciais.

Nos três países com maior responsabilização por meio de acordos, os resultados obtidos por meio desses instrumentos são relevantes: nos EUA, 96% dos casos são solucionados por acordo, enquanto na Alemanha e no Reino Unido cerca de 79% dos casos são solucionados via consensual (OCDE, 2019, p. 13).

Dos 23 países com algum caso concluído de suborno transnacional, 15 utilizaram acordos pelo menos uma vez, seja com pessoa jurídica, indivíduo ou com ambos. Em alguns países, o acordo constitui a primeira hipótese de conclusão de caso envolvendo pessoa jurídica, como no Brasil, ou a única, como no caso de Israel. Até o momento da coleta de dados para a elaboração do estudo da OCDE, 7 países apenas utilizaram acordos para responsabilização por suborno transnacional: Austrália, Brasil, Chile, Israel, Países Baixos, Espanha e Suíça (OCDE, 2019, p. 13).

O principal ponto em comum em todos os sistemas de acordo analisados pelo estudo é a potencial redução de sanções. Porém, há diferenças significativas nos níveis de sanções impostos na prática, que refletem a variedade de punições que os países impõem a pessoas naturais e jurídicas. Alguns sistemas, por exemplo, não preveem a aplicação de sanção, mas apenas o perdimento⁵ de valores.

Nos sistemas de acordos em que há aplicação de sanções, as formas de redução também variam de forma significativa, seja por meio da imposição de uma sanção máxima que possa ser aplicada por meio de acordo, ou com uma redução percentual da sentença que seria aplicada depois do julgamento.

No que tange ao perdimento de lucros obtidos ilicitamente por pessoa jurídica, o estudo narra que há 5 cenários nos acordos recentemente concluídos nos países parte da Convenção: (i) imposição de multa cumulada com perdimento; (ii) imposição de perdimento em procedimento civil apartado relacionado; (iii) imposição somente de sanção monetária, sem medida de perdimento em separado; (iv) imposição somente de perdimento e (v) perdimento imposto ao menos por uma das autoridades envolvidas em caso multijurisdicional.

5 *Confiscation* (tradução nossa).

Sem prejuízo, o estudo da OCDE ressalva que nem sempre há nos acordos firmados uma clara distinção dos valores de perdimento e de multa, de modo que há obstáculos na estimativa da proporção de cada um (OCDE, 2019, p. 111-112).

2 DAS VANTAGENS DOS ACORDOS SEGUNDO O ESTUDO

Os acordos são instrumentos eficazes de sancionamento por ato de corrupção transnacional frente a esquemas de corrupção cada vez mais complexos, cujas investigações demandam muito tempo e recursos financeiros de governos que tem recursos limitados nesta seara, além de exigirem equipes altamente especializadas.

Segundo o estudo da OCDE (2019), tais soluções agilizam os procedimentos, reduzem os custos e risco de prescrição, além de produzirem potencial aumento da responsabilização indiretamente, pois o tempo e os recursos economizados com acordos podem ser revertidos para outros casos (OCDE, 2019, p. 22). Ainda, a autodenúncia e a cooperação resultam no aumento da detecção e do sucesso das investigações e processos (OCDE, 2019, p. 24).

No que tange aos incentivos ao infrator, os acordos permitem a redução das sanções ou evitam uma condenação, além de trazerem a solução final dos casos com maior rapidez e limitarem custos com advogados e complexos julgamentos.

Além disso, essas soluções extrajudiciais limitam a exposição dos infratores à publicidade negativa, reduzindo danos reputacionais. Esses pontos são relevantes sobretudo nos casos envolvendo pessoas jurídicas, que estão sujeitas à perda da confiança de investidores e até mesmo de oportunidades de negócios (OCDE, 2019, p. 84-85).

Sob a ótica da responsabilização, o estudo aborda como os acordos podem contribuir para o impulsionamento da responsabilização, e o Brasil é citado como um exemplo. Com a promulgação de Lei n. 12.850, de 2013, e a Lei n. 12.846, de 2013, o país concluiu o seu primeiro caso de punição de suborno transnacional, e possui alguns em andamento (OCDE, 2019, p. 23).

De fato, os avanços decorrentes dos acordos em casos de corrupção representam uma verdadeira revolução no Brasil não só na esfera penal, como se observa na Operação Lava Jato, como também na recuperação de ativos na esfera civil.

Os 11 acordos de leniência firmados pela Controladoria-Geral da União em parceria com a Advocacia-Geral da União totalizaram mais de 13 bilhões de reais acordados até a presente data, dos quais,

até junho de 2020, já foram pagos mais de 3,8 bilhões de reais⁶. Os valores foram revertidos aos entes lesados pelos esquemas de corrupção em cada caso, como a União e a Petrobras, por exemplo.

Nesse contexto, a alavancagem investigativa – por meio da obtenção de provas dos ilícitos tipificados na lei – é um dos pilares do acordo de leniência da Lei n. 12.846, de 2013, no Brasil. No âmbito da Controladoria-Geral da União, as informações e documentos provenientes de acordos de leniência servirão de suporte, por exemplo, para a investigação e potencial punição no âmbito administrativo de agentes públicos e outras pessoas jurídicas envolvidas nos ilícitos.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, foi criado em 2019 o Grupo de Ajuizamento Decorrente de Acordos de Leniência (Graal), que atua no pós-acordo de leniência, avaliando as provas trazidas pelas colaboradoras e preparando a adoção de medidas judiciais cabíveis na esfera civil, com a propositura de ações em face das outras empresas e pessoas físicas envolvidas nas infrações, buscando a recuperação de ativos e a responsabilização dos agentes citados nas irregularidades reveladas no acordo.

3 FATORES EM COMUM

Conforme o estudo da OCDE (2019), ao decidir por firmar um acordo, as autoridades responsáveis consideram principalmente os seguintes fatores: o interesse público, a disponibilidade de tempo e recursos no órgão a cargo da responsabilização, e a robustez do acervo probatório à disposição das autoridades no momento da tomada da decisão (OCDE, 2019, p. 67).

Há ainda uma série de critérios relacionados à conduta do infrator que são considerados pelas autoridades ao analisar um acordo que tem o objetivo de promover e recompensar seu bom comportamento.

Além da autodenúncia e da ampla cooperação, são comumente relevantes os esforços preventivos, como a existência de um programa de *compliance*, bem como as ações de remediação, a exemplo da adoção de medidas disciplinares como a demissão das pessoas físicas envolvidas após a descoberta da infração (OCDE, 2019, p. 68-70).

A análise comparativa dos sistemas demonstra que, nesse contexto, a cooperação do infrator é o fator principal entre os sistemas.

6 Conforme informações constantes do sítio da Controladoria-Geral da União, disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em: 17 jul. 2020.

A exigência de admissão dos fatos é a mais comum nos sistemas envolvendo pessoas físicas e pessoas jurídicas.

As principais formas de cooperar consistem na produção de provas e identificação dos demais envolvidos. Para as pessoas jurídicas, consiste no compartilhamento dos achados da investigação interna, documentos e materiais de prova. Para os indivíduos, reside na identificação dos demais envolvidos, confissão e compromisso em colaborar com procedimentos posteriores (OCDE, 2019, p. 71-73).

A prática envolvendo a cooperação de pessoas jurídicas em procedimentos de acordos depende primordialmente dos resultados de investigações internas, que são um elemento-chave para a avaliação do nível de cooperação na decisão de admitir ou não a solução do caso por acordo (OCDE, 2019, p. 73).

Quanto às cláusulas e obrigações dos acordos, são as mais comuns (OCDE, 2019, p. 99): a sanção monetária (87% pessoas jurídicas e 80% indivíduos); o perdimento dos lucros (85% pessoas jurídicas e 75% indivíduos); a admissão de fatos (69% indivíduos e 62% pessoas jurídicas), a admissão de culpa (33% pessoas jurídicas e 44% indivíduos), a implementação de um programa de *compliance* (54% pessoas jurídicas) e o monitoramento do programa de *compliance* (37% pessoas jurídicas), além da obrigação de cooperação com as investigações (42% em ambos).

4 DOS PONTOS DE REFLEXÃO LEVANTADOS PELO ESTUDO

O estudo da OCDE (2019) oferece importante visão comparada dos sistemas existentes para que as autoridades a cargo da responsabilização possam avaliar as necessidades de melhoria e evolução em seus sistemas pátrios de acordos em matéria de combate à corrupção. Sua utilidade não está restrita às situações envolvendo suborno transnacional, sobretudo porque os sistemas de acordos utilizados pelas autoridades são similares nos casos de corrupção transnacional e doméstica.

São apresentados ainda no estudo os principais pontos de preocupação da OCDE (2019) em matéria de acordos, como a transparência, o caráter efetivamente dissuasório das sanções aplicadas e a possibilidade de revisão do acordo por outra autoridade.

A existência de um arcabouço normativo claro em matéria de acordos tem sido uma recomendação do Grupo de Trabalho Antissuborno da OCDE, sobretudo para permitir uma maior transparência, segurança e previsibilidade do sistema. Conforme

destaca a doutrina brasileira, “uma das mais relevantes características dos programas de leniência é o fato de eles serem, idealmente, estipulados aprioristicamente de maneira geral e abstrata” (CANETTI, 2018, p. 75).

Nesse contexto, na visão da OCDE, deve haver suficiente clareza do arcabouço normativo para que o interessado em um procedimento de acordo coopere e se autodenuncie, sobretudo acerca dos motivos para optar por ingressar em um procedimento de acordo, na ótica dos benefícios, e acerca de como funciona efetivamente o procedimento do acordo almejado (OCDE, 2019, p. 94).

4.1 CARÁTER DISSUASÓRIO

O caráter dissuasório da sanção aplicada por meio de acordos é um fator determinante para o sucesso de um programa de leniência. O estudo da OCDE (2019) reconhece o desafio em avaliar se as sanções impostas por acordos são efetivas, proporcionais e dissuasórias, sobretudo envolvendo pessoas jurídicas, porque a quantidade e a dimensão dos casos resolvidos por acordos tornam difícil a comparação com os casos que foram submetidos a julgamento perante o Judiciário (OCDE, 2019, p. 16).

Os valores pagos em casos de corrupção transnacional por meio de acordos são significativamente maiores do que os valores obtidos até hoje nos casos que foram submetidos a julgamento perante a autoridade competente. Segundo o estudo, as maiores sanções foram aplicadas por acordos, como o caso Odebrecht/Braskem firmado pelo MPF, com 3.5 bilhões de dólares (2016), e o caso Siemens, 1.6 bilhões de dólares (2008).

Não obstante o estudo destaque a dificuldade em estimar nos casos finalizados por acordos qual seria o valor imposto a título de sanção se submetidos a julgamento, apresenta a maior sanção a pessoa jurídica após um julgamento de suborno transnacional (OCDE, 2019, p. 16): 29 milhões de dólares em valores de 2018 (caso Saipem, 2016, Itália). A desproporção entre os valores das sanções nos maiores casos encerrados por acordo e aqueles submetidos a julgamento é notória.

Ainda, conforme o estudo, alguns tipos de acordos podem inclusive aplicar a penalidade de inidoneidade, proibindo a pessoa jurídica de contratar com o Poder Público (OCDE, 2019, p. 123), em prazos que podem variar de 2 anos, como no sistema chileno, a 20 anos, como na República Tcheca.

O documento da OCDE (2019) faz ainda importante alerta sobre a importância da real possibilidade de responsabilização e imposição

de sanções por meio de condenações em juízo para a efetividade de um sistema de acordos (OCDE, 2019, p. 82). Como destaca Rafaela Coutinho Canetti,

[...] a mera existência de uma previsão de sanção, penal ou administrativa, pode não ser suficiente para gerar efeitos dissuasórios no comportamento dos particulares: se a probabilidade de imposição de penalidades é mínima, pouco importará tratar-se de uma punição teoricamente grave. (CANETTI, 2018, P. 49)

Nessa linha, pode-se deduzir que a existência de estímulos para buscar uma solução com as autoridades em autodenúncia é inútil se não existe o real risco de descoberta da infração com posterior condenação e sancionamento dos infratores. Ou seja, os instrumentos tradicionais de responsabilização devem permanecer ativos e eficazes para que exista atratividade nos acordos.

4.2 COORDENAÇÃO EM CASOS MULTIJURISDICIONAIS

Não obstante a cooperação entre autoridades em casos multijurisdicionais enfrente dificuldades, ante as diferenças entre os procedimentos e as normas domésticas de cada país, o estudo da OCDE (2019) demonstra que os acordos permitem soluções coordenadas sem precedentes em grandes casos envolvendo mais de uma jurisdição. O documento destaca o aumento dos acordos multijurisdicionais coordenados na última década, citando, por exemplo, o caso Siemens AG (2008), que reuniu autoridades americanas e alemãs – e o conhecido caso brasileiro Odebrecht.

Ainda, os acordos multijurisdicionais geraram os maiores valores globais de penalidades financeiras combinadas: 8 dos 10 maiores casos de suborno transnacional envolvem acordos coordenados ou sequenciais entre pelo menos 2 países parte da Convenção (OCDE, 2019, p. 16).

Conforme o estudo, nos casos com elementos transnacionais, os instrumentos de cooperação internacional podem levar tempo, criando riscos de prescrição e até mesmo de viabilidade para os casos concretos. Nesse contexto, a coordenação de autoridades em acordos multijurisdicionais é uma tendência, em especial pela crescente colaboração entre jurisdições.

Os casos de acordos multijurisdicionais são apresentados pelo estudo da OCDE (2019) como vantajosos ao garantirem maior eficiência, certeza dos resultados para os réus, distribuição mais justa

das penalidades e valores a título de compensação, além da redução do risco de penalidades desproporcionais.

Ademais, nos grandes esquemas de corrupção envolvendo diferentes países, uma solução coordenada entre jurisdições e autoridades internacionais não seria, por óbvio, possível se os casos fossem submetidos a julgamento perante o Poder Judiciário.

Grandes avanços têm sido notados no Brasil com relação à coordenação entre órgãos internos e internacionais, nos casos que envolvem diferentes jurisdições. Em junho de 2019, a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério Público Federal (MPF) e o Departamento de Justiça Norte-Americano (DoJ) anunciaram a conclusão da primeira negociação global no âmbito da Operação Lava Jato com as empresas Technip Brasil e Flexibras, totalizando o valor de R\$ 1,13 bilhão, dos quais R\$ 819 milhões serão pagos no Brasil⁷.

A própria OCDE tem tido papel essencial em promover a integração entre as autoridades internacionais e fortalecer a cooperação entre agentes responsáveis pela aplicação da Convenção Antissuborno. O Grupo de Trabalho Antissuborno da OCDE, que por si só já é uma relevantíssima rede de autoridades envolvidas com o combate à corrupção, tem apoiado e incentivado a criação de redes locais, como a LAC-LEN (Rede de Autoridades responsáveis pelo Combate à Corrupção na América Latina e Caribe), com representantes de mais de 14 países.

4.3 SUPERVISÃO POR ÓRGÃO JURISDICIONAL OU OUTRA AUTORIDADE

Resta claro do estudo da OCDE (2019) que os países parte na Convenção possuem diferentes abordagens quanto à existência de supervisão na conclusão dos acordos pelo Poder Judiciário ou por outra autoridade, ao momento da revisão do instrumento, e à extensão e escopo dessa revisão (OCDE, 2019, p. 41). Ainda, há significativas diferenças sobre a supervisão do cumprimento dos seus termos.

Em alguns casos, não há nenhuma revisão do acordo pelo Judiciário ou por outra autoridade quando da conclusão, e a própria autoridade verificaria o cumprimento dos seus termos. Em outro extremo, alguns regimes exigem a aprovação do acordo pelo Judiciário antes mesmo da proposta – como no caso do *Deferred Prosecution Agreement (DPA)* no Reino Unido, no qual o Judiciário deve definir se o caso seria

⁷ Conforme consta em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/technip-brasil-e-flexibras>. Acesso em: 13 ago. 2020.

apropriado para uma solução extrajudicial antes mesmo dos seus termos serem estabelecidos.

Na maioria dos sistemas, os acordos estão sujeitos a alguma revisão por outra autoridade ou pelo Judiciário, como ocorre em 73% dos sistemas envolvendo pessoas jurídicas, e 82% dos sistemas envolvendo pessoas naturais. Nos casos em que não há revisão externa pelo Judiciário, há formatos internos de revisão para garantir que os procedimentos foram corretamente aplicados.

Ainda, nos casos em que há envolvimento do Poder Judiciário na supervisão dos acordos, a natureza do papel do Tribunal varia. Os fatores avaliados mais comuns são os termos e condições do instrumento (90% dos regimes sujeitos à revisão judicial), seguidos do cumprimento das condições procedimentais necessárias (81% dos regimes em que há revisão judicial).

Por outro lado, é menos comum que os Tribunais avaliem as condições materiais do acordo. Nesse contexto, as revisões de mérito do caso são mais comuns nos acordos envolvendo pessoas naturais do que nos acordos envolvendo pessoas jurídicas. Nos regimes elaborados para pessoas jurídicas, esse controle só existe em 21% dos regimes, enquanto os Tribunais adotam papel mais significativo nessa avaliação de mérito nos acordos que envolvem pessoas físicas - 31% dos regimes existentes. Na França, por exemplo, o Tribunal avalia inclusive se a multa proposta é proporcional.

Quanto ao monitoramento do cumprimento dos termos do acordo, há hipóteses em que não há necessidade de supervisão porque as obrigações consistem no pagamento de multa, como no caso da *administrative order* do Reino Unido. Sem prejuízo, os acordos tipicamente possuem mecanismos de monitoramento da implementação de seus termos, pois preveem obrigações mais complexas que podem levar anos para o completo cumprimento, como a obrigação de cooperar com futuras investigações e procedimentos em juízo, como ocorre no Brasil, Argentina e Estados Unidos (OCDE, 2019, p. 149).

4.4 PUBLICIDADE

O estudo da OCDE (2019) menciona ainda a publicidade de informações dos acordos como relevante instrumento de *accountability*, conscientização e confiança da população na responsabilização promovida pelo Estado nos casos de corrupção. Ainda, destaca a importância da publicidade de elementos dos acordos como forma de orientação aos aplicadores da lei na hipótese (OCDE, 2019, p. 156).

O Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção em Transações Internacionais da OCDE tem feito recomendações aos países em suas avaliações sobre a necessidade de publicação de informações sobre acordos concluídos, sobretudo quanto aos termos do acordo e a motivação para escolha do acordo no lugar do processamento do caso no Judiciário.

Como destaca o estudo da OCDE (2019), para que o público possa avaliar se as sanções são efetivas, dissuasórias e proporcionais, o Grupo de Trabalho tem incentivado a publicação de informações sobre as sanções monetárias aplicadas. É considerada relevante nesse contexto, por exemplo, a publicação dos valores das propinas pagas.

Como boas práticas, o estudo da OCDE (2019) sugere a publicação, em conformidade com o ordenamento de cada país, dos fatos do caso, objetivando esclarecer o que constituiu o suborno transnacional na hipótese; das pessoas sancionadas; das razões para escolha do acordo no lugar do procedimento jurisdicional, bem como a base legal do acordo assinado.

Ainda, recomenda a publicação dos termos dos acordos com a maior quantidade de elementos possível, bem como as sanções impostas – incluindo o valor das sanções monetárias, do perdimento, valores das propinas pagas, e eventuais sanções adicionais aplicadas, como a proibição de contratar e as medidas de monitoramento (OCDE, 2019, p. 157).

No Brasil, o artigo 4º, §2º, da Portaria Conjunta AGU-CGU nº 4, de 9 de agosto de 2019, dispõe que:

O acordo de leniência, após sua celebração, será público, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, as quais inclusive devem ser observadas por todos aqueles que tenham acesso aos elementos de prova por força das atividades de alavancagem investigativa ou outra atuação decorrente dos acordos de leniência.

No ponto, cumpre destacar que os onze termos dos acordos de leniência firmados por CGU-AGU estão publicados no sítio da CGU⁸, com exceção das cláusulas resguardadas por sigilo, na forma da lei. No que tange aos anexos correspondentes aos fatos ilícitos narrados, é importante ressaltar que os acordos de leniência em si têm um caráter investigativo, de modo que a divulgação total de seu

8 Conforme sítio da Controladoria-Geral da União, disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia>. Acesso em: 17 jul. 2020.

conteúdo poderia impossibilitar futuras ações e investigações por parte do Estado.

Após firmados os acordos de leniência da Lei n. 12.846, de 2013, as informações e provas trazidas pelas pessoas jurídicas colaboradoras serão analisadas e processadas no âmbito da AGU e da CGU, para análise das medidas administrativas e cíveis de responsabilização cabíveis em face dos demais envolvidos.

Nessa linha, a publicação desses dados poderia efetivamente prejudicar as investigações e adoção de medidas sancionatórias contra terceiros após a assinatura do acordo. A própria Lei de Acesso à Informação prevê expressamente a possibilidade de restrição de acesso a informações que possam comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações, em seu artigo 23, VIII.

5 CONCLUSÃO

Como visto, o estudo da OCDE (2019) conclui que os acordos são a forma predominante de responsabilização por suborno transnacional e ofensas correlatas desde a entrada em vigor da Convenção Antissuborno da OCDE há 20 anos (OCDE, 2019, p. 13). Assim, inequivocamente os acordos são um instrumento relevante e efetivo de responsabilização, especialmente quando comparados à alternativa: julgamentos onerosos, demorados e complexos.

Ainda, conforme destaca o documento da OCDE (2019), os acordos contribuem de forma indireta para o aumento da responsabilização, pois, como relevantes meios de obtenção de prova, economizam tempo e recursos que podem ser revertidos a outros casos, reduzindo inclusive os riscos de prescrição (OCDE, 2019, p. 22).

Nos casos multijurisdicionais, a tendência de soluções coordenadas entre autoridades deve continuar a crescer, dando segurança jurídica às autoridades e às companhias sancionadas quanto ao valor da pena pecuniária fixada em coordenação internacional, que não seria juridicamente possível na hipótese de julgamentos perante o Judiciário.

Por fim, o estudo da OCDE é uma atualizada e relevante fonte de boas práticas e de direito comparado, que oferece aos órgãos e autoridades envolvidas no combate à corrupção uma importante visão sistêmica do inegável valor de soluções alternativas como as dos acordos.

A análise do direito comparado e dos modelos adotados internacionalmente provoca no legislador e nos agentes aplicadores da lei relevantes reflexões sobre os potenciais pontos de melhoria e

aprimoramento dos instrumentos aplicáveis ao combate à corrupção e à recuperação de ativos.

Conforme temos acompanhado no Brasil, a crescente sofisticação dos esquemas de corrupção demanda das autoridades constante aperfeiçoamento e modernização para que se possa impedir, combater e sanar as infrações de forma eficiente.

REFERÊNCIAS

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CGU Internacional. Edição 7. abril/maio de 2020. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45607/5/Boletim%20CGU%20Internacional%20Edicao%207.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*. Disponível em: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm. Acesso em: 21 jul. 2020.

OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: OECD Data Collection Questionnaire Results*: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-BriberyCases-with-Non-Trial-Resolutions.htm. Acesso em: 21 jul. 2020.

REQUISITOS DE INTEGRIDADE EMPRESARIAL E A COMPLETUDE DA COOPERAÇÃO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA: DA NECESSIDADE DA ADMISSÃO IRRESTRITA DOS ILÍCITOS NA COLABORAÇÃO DA EMPRESA

CORPORATE COMPLIANCE REQUIREMENTS AND THE COMPLETE COOPERATION IN THE LENIENCY AGREEMENTS: THE NEED FOR UNRESTRICTED ILLICIT ADMISSION IN THE COMPANY'S COLLABORATION

João Carlos Figueiredo Cardoso

Graduado em Engenharia Mecânica pela Universidade de Brasília – UnB. Trabalhou nos últimos 14 anos na Controladoria-Geral da União – CGU, onde ocupa atualmente o cargo de Secretário de Combate à Corrupção.

Luana Roriz Meireles

Graduada em Engenharia Civil com Mestrado em Engenharia Civil, ambos pela Universidade Federal de Goiás – UFG. Trabalhou nos últimos 12 anos na Controladoria-Geral da União – CGU, onde ocupa atualmente o cargo de Chefe de Gabinete da Secretaria de Combate à Corrupção

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Lei Anticorrupção e o novo modelo de integridade empresarial; 2. O acordo de leniência e as alternativas de resolução de casos

de corrupção; 3. A extensão da colaboração plena e permanente; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: As recentes inovações na legislação anticorrupção brasileira alteraram profundamente o paradigma de responsabilização de pessoas jurídicas nacionais ou estrangeiras com atuação no território brasileiro. No arquétipo anterior, a presença do elemento subjetivo de culpa ou dolo era condição indispensável para alcance dos principais players da cadeia corruptiva – ao menos na dimensão do poder econômico, a saber, as empresas. A promulgação da Lei nº 12.846, em 1º de agosto de 2013, alterou a balança de forças entre o Estado sancionador e aqueles que optam por lesá-lo por meio de práticas delitivas, ao adicionar duas massivas ferramentas ao arsenal de combate à corrupção, notadamente a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas e a resolução consensual e negociada pela prática de atos contra a administração nacional ou estrangeira: o acordo de leniência. Por força desses novos dispositivos, as sociedades empresárias nacionais têm sido fortemente induzidas a criarem ou aprimorarem suas estruturas de integridade, na forma de programas de compliance empresarial efetivos. Este artigo busca apresentar uma abordagem crítica dos programas de integridade das empresas proponentes de acordos de leniência sob o aspecto da necessidade de admissão irrestrita dos ilícitos por elas praticados, exibindo os pressupostos legais a fundamentar o modelo e os aspectos práticos já observados na bem sucedida experiência dos acordos celebrados.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Anticorrupção. Acordos de Leniência. Programa de Integridade. Compromisso de Colaboração. Admissão Integral.

ABSTRACT: Recent innovations in Brazilian anti-corruption legislation have profoundly changed the liability paradigm of national or foreign legal entities operating in Brazilian territory. In the previous archetype, the presence of the subjective element of a culpable mens rea was an indispensable condition for reaching the main players in the corrupt chain - at least in the dimension of economic power, namely, companies. The enactment of Law 12,846, on August 1, 2013, changed the balance of forces between the sanctioning State and those who choose to harm it with the means of criminal practices, by adding two important tools to the anti-corruption arsenal, notably the strict liability of legal entities and the consensual and negotiated resolution for the practice of acts against national or foreign administration, the leniency agreement. As

a result of these new provisions, national companies have been strongly induced to create or improve their integrity structures, in the form of effective corporate compliance programs. This article seeks to present a critical approach to the integrity programs of companies that propose leniency agreements under the aspect of the need for unrestricted admission of their illicit practices, showing the legal assumptions to support the model and the practical aspects already observed in the successful experience of the settled agreements.

KEYWORDS: Anti-Corruption Law. Leniency Agreements. Compliance Program. Collaboration Commitment. Full Disclosure.

INTRODUÇÃO

Estima-se que a indústria global de governança, risco e *compliance* empresarial (GRC) atingiu, em 2018, valor de mercado superior a US\$ 25 bilhões. Com crescimento a uma taxa projetada de 10% ao ano, o segmento de GRC movimentará cifras expressivas, da ordem de US\$ 45 a 50 bilhões anuais em quatro anos¹.

No Brasil, observa-se um desenvolvimento ostensivo do setor, após décadas de defasagem na comparação com países mais avançados no tema. Esse florescimento tardio deve-se, em grande parte, à necessidade de resposta dos setores público e privado aos recentes escândalos de corrupção desvelados pelas investigações estatais, notadamente a partir de 2014. Multiplicam-se as ofertas de consultorias especializadas, assessoramento jurídico, grandes eventos, capacitações e certificações sobre a matéria. Governo e empresas reorganizam suas estruturas para adaptação a essa nova realidade. Novas leis e normas regulamentares incorporam conceitos fundamentais de GRC ao rol de atribuições de observância obrigatória pelos órgãos e entidades da Administração Pública e ao modo de relacionamento com o setor privado, a exemplo da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) e do Decreto nº 9.203/2017.

Às empresas, por sua vez, impõem-se variados vetores que resultam na necessidade vital de estruturação de suas respectivas áreas executivas de *compliance*. Por um lado, a demonstração de existência de política de integridade empresarial começa a integrar o elenco

1 Fonte: <https://www.globenewswire.com/news-release/2019/03/19/1757266/0/en/Governance-Risk-and-Compliance-Platform-Market-Global-Industry-Trends-Share-Size-Growth-Opportunity-and-Forecast-2019-2024.html> e <https://www.businesswire.com/news/home/20190405005176/en/Enterprise-Governance-Risk-Compliance-Market-Study-2019>. Acesso em: 14 ago. 2020.

de requisitos para a contratação com o setor público, a exemplo do que dispõe a Lei das Estatais, ao consignar, em seu art. 32, inciso V, que as licitações e contratos das empresas estatais deverão observar, como diretriz, a política de integridade nas transações com partes interessadas. De outra frente, o próprio mercado em que se inserem começa a fomentar iniciativas de autorregulação sobre a matéria, impelindo as sociedades empresárias à conformação compulsória ao novo paradigma.

Nada, entretanto, representa incentivo mais contundente às empresas brasileiras, no sentido de incorporação de um programa de integridade efetivo em suas estruturas organizacionais, do que as recentes mudanças no paradigma legal de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, notadamente a partir da edição da Lei nº 12.846/2013, a Lei Anticorrupção brasileira, e do decreto que a regulamenta em nível federal, a saber o Decreto nº 8.420/2015.

1 A LEI ANTICORRUPÇÃO E O NOVO MODELO DE INTEGRIDADE EMPRESARIAL

A um só tempo, o novel marco legal inaugura, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de responsabilização autônoma de empresas em decorrência de ilícitos praticados contra a administração pública, e o faz imputando-lhes responsabilidade objetiva, aquela que independe de comprovação do elemento subjetivo da conduta, de culpa ou dolo. Ora, tamanha exposição ao risco de ser responsabilizada pela prática ilícita de qualquer de seus agentes, sejam eles sócios, conselheiros de administração, executivos, empregados ou terceiros que ajam em seu interesse ou benefício, somente pode ser mitigada pela estruturação de uma densa e efetiva rede de controles contra fraude e corrupção, na forma de um robusto programa de *compliance* empresarial.

Por outro flanco, a Lei Anticorrupção define, em seu art. 7º, inciso VIII, que:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

[...]

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

Assim, ainda que os controles e a gestão de risco empregados não sejam suficientes para evitar a prática de ilícitos tipificados na Lei Anticorrupção por algum dos agentes da empresa, a simples existência de um efetivo programa de *compliance* empresarial será considerada como elemento atenuador da sanção a ser aplicada, seja no processo administrativo de responsabilização – PAR, seja no acordo de leniência, podendo representar uma significativa mitigação no montante financeiro da multa aplicada.

Ao regulamentar esse dispositivo da Lei, o Decreto no 8.420/2015 apresenta ao ambiente jurídico brasileiro os elementos essenciais de um programa de integridade efetivo, em grande parte inspirado nos sete elementos de um programa de *compliance*, conforme publicado nos *Guidelines* do *United States Sentencing Commission* – (USSC GUIDELINES, 2018, §8B2.1), mas ampliados para melhor detalhamento das ações requeridas, conforme disposto nos incisos I a XVI do art. 42 do referido Decreto, que traz as diretrizes normativas para a avaliação dos programas de integridade das empresas, estabelecendo uma série de parâmetros, elencados nos incisos I a XVI, para fins de diminuição de sanção.

O efeito indutor que tais normas introduziram na dinâmica empresarial brasileira, aliado à possibilidade de internalização de experiências bem-sucedidas e já consolidadas em nível global, resultaram em rápida difusão de iniciativas práticas entre empresas nacionais de todos os portes.

Nesse aspecto, observa-se vantagem em relação aos países que avançaram de forma pioneira sobre o tema. Cita-se, como exemplo, a experiência dos Estados Unidos nos anos subsequentes à edição de sua principal norma anticorrupção, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de 1977. Biegelman (2010, p. 17) descreve o caminho árduo percorrido para universalização dos requisitos de *compliance* nas empresas norte-americanas:

Alguns anos após a promulgação do FCPA, ainda havia resistência e ressentimento nas empresas e no governo. A lei foi pejorativamente chamada de “Lei de Pleno Emprego dos Contadores de 1977” pelos onerosos requisitos de *compliance* que disciplinava. As empresas agora tinham que aumentar seus departamentos de auditoria interna, focar nos controles internos, policiar melhor seus agentes terceirizados e revisar cuidadosamente todos os pagamentos, especialmente aqueles relacionados às rotineiras propinas, que agora haviam sido proibidas. Em 1981, já havia discussão para alterar a FCPA. (BIEGELMAN, 2010, p. 17, tradução dos autores).

A naturalidade com que o setor privado brasileiro abraçou as novas definições de integridade na condução de seus negócios não reflete necessariamente a qualidade dos programas de *compliance* alegadamente implementados. Diversos indicadores apontam para a baixa qualidade das pretensas estruturas de integridade criadas. A iniciativa “Empresa Pró-Ética”, fruto de uma parceria entre a Controladoria-Geral da União e o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, é assim definida em sua página oficial na Internet:

O Pró-Ética é uma iniciativa que busca fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude.²

A cada nova edição do programa, centenas de empresas candidatam-se para participarem da avaliação e postularem recebimento do selo “Empresa Pró-Ética”, mas apenas um pequeno percentual delas efetivamente logra obtê-lo. Na última edição do programa, das 373 empresas que indicaram interesse em participar da avaliação, 222 enviaram o questionário de avaliação devidamente preenchido e no prazo estipulado. Após o processo de avaliação, 26 empresas foram aprovadas e reconhecidas como “Empresa Pró-Ética 2018-2019”. Ou seja, menos de 7% das empresas postulantes conseguiram, ao final do processo avaliativo, aprovação quanto aos quesitos de existência, qualidade e efetividade de seus respectivos programas de integridade, de acordo com os critérios estabelecidos pela iniciativa³.

Do ponto de vista do Estado sancionador, tal constatação revela uma fonte relevante de preocupação e um risco a ser enfrentado nos processos de responsabilização de pessoas jurídicas. Em uma primeira dimensão, esse risco se materializa pela necessidade de avaliação ampla e minudente dos programas de integridade das empresas sujeitas a processo de responsabilização, nos termos da Lei nº 12.846/2013, para fins de mensuração e dosimetria das sanções de multa a serem aplicadas, tanto no PAR, quanto no acordo de leniência. Esse aspecto específico da atuação estatal tem sido objeto de amplo debate nos âmbitos acadêmicos e de práticas jurídicas e não será tratado em detalhes no presente estudo.

² Fonte: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 18 ago. 2020.

³ Fonte: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/relatorios-de-avaliacao/2018-2019>. Acesso em: 18 ago. 2020.

Uma segunda dimensão, de materialização do risco de baixa efetividade e alcance limitado dos programas de integridade das empresas submetidas a processo de responsabilização pelo Estado, verifica-se apenas nos acordos de leniência. Trata-se do risco de omissão deliberada de ilícitos de que a empresa tenha conhecimento, ou plenas condições de conhecer, no momento da celebração do acordo com as autoridades legitimadas.

2 O ACORDO DE LENIÊNCIA E AS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CASOS DE CORRUPÇÃO

Dentre todos os aspectos inovadores da nova geração de legislações de combate à corrupção no Brasil, destaca-se a possibilidade de responsabilização por intermédio de resolução consensual ou negociada (*non trial resolutions*). Tais formas de resolução aprimoram o ferramental estatal de responsabilização, ao mesmo tempo em que incrementam as atividades de investigação e recuperação de ativos. Em regra, representam também melhor alternativa às pessoas físicas ou jurídicas infratoras, em relação às sanções que poderiam ser aplicadas pela via convencional. Os dois principais instrumentos dessa forma de responsabilização são a colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013, na responsabilização penal da pessoa física, e o acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013, na responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica.

A experiência internacional vem demonstrando larga vantagem desse modelo de responsabilização em comparação com o regime convencional, de responsabilização via processo administrativo ou judicial. O estudo *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions* (OCDE, 2019, p. 15 e 16) da Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico – OCDE, publicado em março 2019⁴, aponta, entre outros, os seguintes fatos:

- Foram analisados 128 casos resolvidos de suborno de agentes públicos estrangeiros que resultaram algum tipo de confisco (ressarcimento, *disgorgement*, multa), em 10 países membros da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE (Convenção Antissuborno da OCDE);

⁴ <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2020.

- O confisco referente a esses casos totalizou EUR 6,8 bilhões, dos quais EUR 6,1 bilhões (90%) ocorreram por meio de acordos (*non-trial resolutions*);
- O maior confisco imposto a uma pessoa jurídica por meio de ação judicial (*trial resolution*) foi de USD 29 milhões, somados o ressarcimento e a multa;
- A maior multa já imposta a uma pessoa jurídica por meio de ação judicial foi de EUR 1,43 milhão;
- Desde 1999 (ano da Convenção Antissuborno) 890 casos de suborno transnacional foram resolvidos, dos quais 695 (78%) o foram por meio de acordo.

Os poucos anos de existência da Lei Anticorrupção brasileira ratificam as conclusões expressas no citado estudo. Em pouco mais de seis anos desde o início da vigência da Lei, 11 acordos já foram celebrados, alavancando investigações sobre mais de 1.000 outras pessoas físicas ou jurídicas envolvidas nos ilícitos confessados e mais R\$ 3,8 bilhões já foram recuperados aos cofres públicos, de um total de mais de R\$ 13,6 bilhões pactuados para pagamento nos próximos anos⁵.

Embora o modelo brasileiro de resolução consensual de casos de corrupção espelhe-se, em grande medida, nos instrumentos similares empregados pelas autoridades norte-americanas, notadamente o *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) e o *Non-Prosecution Agreement* (NPA), em ao menos um ponto principal o acordo de leniência da Lei Anticorrupção distingue-se fundamentalmente. Enquanto nos acordos praticados nos Estados Unidos e na maioria dos demais países membros da Convenção Antissuborno da OCDE o foco da avença restrinja-se ao ilícito sobre investigação, no acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013 requer-se que a empresa revele e comprove, no limite de sua capacidade de investigação e produção de provas, todos os ilícitos de que tem conhecimento ao tempo da negociação do acordo e, mais ainda, que informe espontaneamente a descoberta posterior de ilícitos sobre os quais não teve condições de conhecer no momento de sua celebração.

5 Fonte: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em: 18 ago. 2020.

3 A EXTENSÃO DA COLABORAÇÃO PLENA E PERMANENTE

O acordo de leniência da Lei Anticorrupção é descrito em seu Capítulo V, artigos 16 e 17. O Decreto nº 8.420/2015 dedica os arts. 28 a 40 ao detalhamento do instrumento. A compreensão da total dimensão e alcance desse processo administrativo sancionador requer, entretanto, contextualização com os demais elementos da Lei, notadamente do capítulo que trata do PAR (Capítulo IV da Lei e Capítulos I e II do Decreto), posto que, a Leniência é igualmente – e exclusivamente – um processo sancionador de natureza administrativa, derivado do regular exercício do poder disciplinar do estado.

Numa primeira camada de análise, é natural e intuitivo que se diferencie o acordo de leniência do PAR apenas sob a perspectiva da pessoa jurídica infratora, o que leva à inevitável conclusão de que o acordo é alternativa sancionatória mais branda, mais favorável à empresa. Tal caracterização, muito embora de modo nenhum incorreta, não deve ser tomada como única ou exclusiva, a ponto de turvar a visão quanto aos aspectos de vantajosidade para o Estado sancionador. Em verdade, o acordo de leniência, tanto do ponto de vista de sua prescrição legal, quanto no que diz respeito aos resultados concretos já produzidos, afigura-se como o melhor modelo sancionatório do Estado, em qualquer dimensão que se avalie, seja na recuperação de ativos desviados pela corrupção, na potencialização da capacidade investigativa dos órgãos de defesa do Estado, na economia processual, ou na geração de parcerias duradouras entre as instituições celebrantes e as empresas colaboradoras na prevenção e no combate à corrupção.

Este derradeiro aspecto decorre de comando legal, conforme depreende-se da leitura do inciso III do § 1º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013:

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

[...]

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. (grifo dos autores)

Em sentido estritamente prático, a *plenitude* e a *permanência*, grifados no excerto legal acima, traduzem-se em um conjunto de obrigações a que

as empresas que desejem usufruir dos benefícios mitigatórios do acordo de leniência devem submeter-se voluntariamente, gerando, ao final do processo de negociação e ao longo de todo o período de execução do acordo de leniência, uma relação altamente regulada e permanentemente monitorada, que, em todos os aspectos, se assemelha a verdadeira parceria entre Estado e empresa colaboradora.

Soma-se ao dispositivo legal acima a exegese do inciso V do art. 5º da Lei Anticorrupção, segundo a qual, ao omitir intencionalmente informações sobre ilícitos de que tenha conhecimento evidenciado, seja no período de negociação ou no pós-acordo, a empresa incorre em novo ilícito, igualmente passível das sanções da Lei:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Os termos dessa relação Estado-Colaboradora começam a ser construídos logo nas fases iniciais do processo negocial. Já nas primeiras interações, a empresa é informada a respeito dos requisitos a serem inexoravelmente supridos para que se logre êxito na celebração do almejado acordo. Resta, então, evidente a priori, que as premissas para celebração de acordo, a saber, a admissão da responsabilidade objetiva quanto aos ilícitos e a cessação da prática delitiva, a colaboração efetiva, a assunção de obrigações de integridade e as obrigações financeiras decorrentes de aplicação de multa e ressarcimento dos danos e do enriquecimento ilícito derivados da prática ilícita correlacionam-se organicamente, não podendo ser dissociadas.

Exemplificativamente, a quantificação dos valores de multa e ressarcimento depende intrinsecamente do escopo admitido pela empresa, em sede do histórico de condutas ilícitas apresentado, e da colaboração da empresa; já as obrigações assumidas de aperfeiçoamento do programa de

integridade dialogam permanentemente com a absoluta ausência de reserva mental e de seletividade na iniciativa de admissão dos ilícitos.

O principal motivo de insucesso em negociações decorre justamente da recusa por parte das empresas em comprometerem-se com a integralidade do escopo admitido. Nos estágios iniciais da negociação as pessoas jurídicas, em regra, buscam limitar o escopo admitido ao estrito objeto do PAR já instaurado, à ação de improbidade já ajuizada, ou àquilo que as investigações estatais já evidenciaram de alguma forma. Apenas as empresas que efetivamente se dispõem a uma expiação ampla e irrestrita de seu passado conseguem, ao final, se comprometer com as cláusulas de admissão de responsabilidade e com as hipóteses de rescisão por descumprimento do acordo de leniência. Observe-se, como exemplo a respeito desse tema, o clausulado de um acordo celebrado pela CGU em maio de 2019⁶, e que se repete, como padrão, em todos os 11 acordos celebrados até o momento:

5.4. No caso de descoberta ou de revelação, por qualquer forma, até mesmo a partir da alavancagem investigativa decorrente deste acordo ou de outros acordos de leniência firmados por outras pessoas jurídicas, de *atos ilícitos adicionais conexos* aos atos lesivos descritos nos Anexos I, II, III, IV-A e IV-B deste Acordo, cujo conteúdo a RESPONSÁVEL COLABORADORA comprovadamente não conhecia ou não teve condições de apurar em tempo hábil, até a assinatura do presente Acordo, esta se compromete a:

5.4.1. Adotar as medidas investigativas e sancionatórias internas cabíveis, promovendo, inclusive, sempre em consonância com a legislação aplicável, com normas do seu programa de integridade e com as disposições do Acordo celebrado com a CGU e AGU, o afastamento de dirigentes ou empregados contra os quais existam indícios robustos e suficientes da sua efetiva participação no cometimento das condutas ilícitas descobertas.

5.4.2. Nos termos do Capítulo V da Lei 12.846/2013, informar as ocorrências às instituições celebrantes, e se dispôr a, de boa-fé, celebrar Termo de Aditamento ao presente Acordo de Leniência, o qual deverá conter:

5.4.2.1. Novo “HISTÓRICO DE ATOS LESIVOS E CONDUTAS ILÍCITAS” com a descrição dos novos fatos ilícitos, acompanhado da respectiva documentação comprobatória, em cumprimento do dever legal

6 Fonte: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/braskem.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

de cooperação plena e permanente previsto no artigo 16, §1º, inciso III, da Lei Anticorrupção;

5.4.2.2. Ajuste, quando aplicável, no tocante ao incremento do ressarcimento de valores, inclusive no tocante às sanções previstas na Lei 8.429/1992 e na Lei 12.846/2013.

5.4.2.3. Conforme o caso, indicação de prepostos e ex-prepostos da RESPONSÁVEL COLABORADORA para os fins de aditamento e complementação do Anexo VI-A (Pessoas Físicas Passíveis de Adesão ao Acordo de Leniência) e estabelecimento de novo prazo para adesão na forma da Cláusula 1.1.5.

5.5. Na hipótese de descoberta de *atos ilícitos não conexos* aos fatos descritos nos Anexos I, II, III, IV-A e IV-B, por qualquer forma, até mesmo a partir da alavancagem investigativa decorrente deste acordo ou de outros acordos de leniência firmados por outras pessoas jurídicas, cujo conteúdo a RESPONSÁVEL COLABORADORA comprovadamente não conhecia ou não teve condições de apurar; as INSTITUIÇÕES CELEBRANTES avaliarão a extensão dos benefícios deste Acordo de Leniência para as novas infrações apuradas, mediante a celebração de Termo de Aditamento nas condições previstas nos subitens da Cláusula 5.4; ou a celebração de novo Acordo de Leniência nos termos da Lei 12.846/2013 e do Decreto Regulamentar 8.420/2015. (Grifo dos autores)

Note-se que a obrigação de colaboração ultrapassa o marco temporal da assinatura do acordo, devendo a empresa buscar as instituições celebrantes, a qualquer tempo durante a execução do acordo, para revelar novas informações a respeito dos fatos que compõem o escopo do acordo (Cláusula 5.4) ou, ainda, novos ilícitos sem qualquer conexão com os fatos que compõem o escopo do acordo (Cláusula 5.5).

Noutro ponto, na Cláusula Décima Quinta do acordo, que trata das hipóteses de rescisão do acordo, as consequências de eventual omissão deliberada por parte da pessoa jurídica ficam bem delineadas:

15.3. O presente Acordo de Leniência será declarado resiliado pelas INSTITUIÇÕES CELEBRANTES, caso a RESPONSÁVEL COLABORADORA não comprove o regular cumprimento de quaisquer das obrigações assumidas no presente Acordo de Leniência, exaurido o prazo de purgação de mora, quando aplicável, inclusive, a título de exemplo, que:

15.3.1. Sonegou, omitiu, mentiu ou deixou de colaborar integralmente e de maneira dolosa sobre informações, fatos, provas ou quaisquer documentos que estejam sob sua posse e relacionados à prática de fatos descritos nos Anexos I, II, III, IV-A e IV-B, bem como seus eventuais aditamentos.

15.3.2. Recusou-se, sem justificativa legal, a prestar qualquer informação ou documento solicitado pelas INSTITUIÇÕES CELEBRANTES ou em relação aos quais a RESPONSÁVEL COLABORADORA teve conhecimento e deveria ter revelado nos termos do presente Acordo de Leniência.

15.3.3. Recusou-se, sem justificativa legal, a entregar documento ou outros elementos de prova solicitados pelas INSTITUIÇÕES CELEBRANTES, que tenha em seu poder ou sob sua guarda de pessoa de suas relações ou ainda sujeito a sua autoridade ou influência, sobre os fatos em relação aos quais se obrigou a cooperar, salvo se, diante da eventual impossibilidade de obtenção direta de tais documentos ou elementos de prova, indique às INSTITUIÇÕES CELEBRANTES, desde que conhecido, a pessoa que o guarda ou o local onde poderá ser obtido para a adoção das providências cabíveis.

Não se deve, naturalmente, desprezar o risco de as empresas celebrantes decidirem não cumprir com as obrigações de autoincriminação voluntária no pós-acordo. O modelo de leniência desenhado, no entanto, transfere às pessoas jurídicas tal risco, expondo-as a elevado grau de dano quando se considera o binômio *impacto x probabilidade de detecção*. O impacto é potencialmente fatal, tanto do ponto de vista econômico-financeiro, quanto da própria manutenção de suas atividades negociais, vis-à-vis as graves consequências de uma rescisão por descumprimento da empresa, como se observa nas cláusulas a seguir presentes no acordo de leniência citado anteriormente:

15.6. O reconhecimento, pelas INSTITUIÇÕES CELEBRANTES, do descumprimento ou inexecução do presente Acordo de Leniência, certificado após decisão final e definitiva do processo previsto na Cláusula 15.1, resultará:

15.6.1. Na perda integral dos benefícios pactuados neste Acordo de Leniência, especialmente aqueles previstos em sua Cláusula Décima Primeira; e

15.6.2. No vencimento e execução antecipada da dívida decorrente do presente Acordo de Leniência.

15.6.3. Na incidência com vencimento imediato da obrigação de pagamento e sujeito à execução judicial, do valor total da multa prevista na Lei 12.846/2013, sem a incidência das reduções pactuadas, assegurado, à RESPONSÁVEL COLABORADORA, o abatimento dos valores já pagos com esta rubrica na execução do Acordo de Leniência, bem assim, a atualização monetária desses valores.

15.6.4. Na incidência com vencimento imediato da obrigação de pagamento e sujeito à execução judicial, do dever de pagamento integral pela RESPONSÁVEL COLABORADORA do valor previsto na Cláusula 8.1, assegurado à RESPONSÁVEL COLABORADORA o abatimento dos valores já pagos com esta rubrica na execução do Acordo de Leniência, bem assim, a atualização monetária desses valores.

15.6.5. Na incidência com vencimento imediato da obrigação de pagamento e sujeito à execução judicial do valor da multa prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, correspondente a 3 (três) vezes o valor total referente à Cláusula 8.1.

15.6.6. Na proibição, de forma direta e imediata e por força do ato declaratório de descumprimento do Acordo de Leniência, de contratar com o Poder Público e na proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

15.6.7. Na instauração ou prosseguimento de processo administrativo interno conduzido pela AGU em face da RESPONSÁVEL COLABORADORA, bem como das pessoas físicas aderentes nos termos da Cláusula 1.1.5, tendo por objeto a responsabilização pela prática de atos ilícitos descritos nos Anexos I, II, III, IV-A e IV-B, para os efeitos da Lei 8.429/1992 e da Lei 12.846/2013, e o consequente ajuizamento das medidas judiciais correspondentes.

15.6.8. Na inclusão imediata da RESPONSÁVEL COLABORADORA no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, com a descrição detalhada do respectivo descumprimento, conforme previsto no art. 22, §4º, da Lei 12.846/2013.

15.6.9. Na impossibilidade de a RESPONSÁVEL COLABORADORA celebrar novo Acordo de Leniência, pelo prazo de três anos, nos termos do art. 16º, §8º, da Lei 12.846/2013.

15.6.10. Na declaração de inidoneidade da RESPONSÁVEL COLABORADORA, de forma direta e imediata e por força do ato declaratório de descumprimento do Acordo de Leniência, para licitar ou contratar com a Administração Pública, conforme art. 43, II, do Decreto 8.420/2015 e na legislação correlata.

15.7. Em caso de descumprimento ou inexecução deste Acordo de Leniência, as informações, dados, materiais, e quaisquer outros documentos apresentados pela RESPONSÁVEL COLABORADORA, relativos à prática dos atos lesivos descritos nos Anexos I, II, III, IV-A e IV-B poderão ser utilizados em face da RESPONSÁVEL COLABORADORA, e das pessoas físicas aderentes nos termos da Cláusula 1.1.5 e de terceiros, em investigações ou processos administrativos ou judiciais, cíveis ou criminais, que venham a ter prosseguimento regular ou sejam instaurados ou propostos pelas INSTITUIÇÕES CELEBRANTES.

15.8. A RESPONSÁVEL COLABORADORA, ao assinar o presente Acordo de Leniência, está ciente do direito ao silêncio e da garantia da não autoincriminação nos termos do artigo 5º, inciso LXIII, aos quais renunciam no presente ato por livre manifestação de vontade.

A probabilidade de detecção dos ilícitos omitidos pelos órgãos de defesa do Estado, na hipótese em comento, aumenta exponencialmente à medida que novos acordos de leniência são celebrados e a rede de informações e evidências das novas colaborações torna-se mais densa.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo procurou analisar a importância que um programa de *compliance* empresarial efetivo tem tanto na fase que antecede a celebração do acordo, quanto na fase de seu integral cumprimento.

Pela Lei Anticorrupção, os programas de *compliance* são de adoção facultativa pela empresa, uma vez que a lei só prevê o instituto como instrumento apto a abrandar eventual penalidade de multa aplicada à pessoa jurídica.

Apesar de não obrigar a implementação, a Lei representa um incentivo contundente às empresas no sentido de incorporação de um

programa de integridade efetivo em suas estruturas organizacionais, em virtude das mudanças no paradigma legal de responsabilização objetiva – independente de comprovação do elemento subjetivo da conduta, da culpa ou dolo – das pessoas jurídicas pelos atos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Isto porque os riscos de ser responsabilizada pela prática ilícita de qualquer dos seus agentes somente podem ser mitigados pela estruturação de um robusto e efetivo programa de *compliance* empresarial.

Nesta seara, ainda que os controles advindos do programa implementado não sejam suficientes para evitar a prática dos ilícitos, a existência de um programa de integridade efetivo será considerada como atenuador da sanção aplicada em quaisquer dos processos de responsabilização que a empresa venha a responder, seja o PAR ou o acordo de leniência.

Não obstante, embora a Lei Anticorrupção tenha sido um indutor na rápida difusão de iniciativas de integridade na condução de seus negócios, o que se verifica na prática é que os programas de *compliance* implementados nem sempre são de boa qualidade, o que se revela uma fonte relevante de preocupação e um risco a ser enfrentado nos processos de responsabilização de pessoas jurídicas.

Um dos riscos a ser enfrentado é o da baixa efetividade e alcance limitado dos programas, pela omissão deliberada de ilícitos de que a empresa tenha conhecimento, ou plenas condições de conhecer, no momento da celebração do acordo com as autoridades legitimadas.

Desse modo, do modelo de colaboração desenhado para a responsabilização consensual da Lei Anticorrupção, deduz-se a importância central do elemento “programa de integridade” no sucesso ou insucesso das negociações que antecedem a celebração do acordo de leniência e de seu integral cumprimento.

Na perspectiva da empresa infratora que busca beneficiar-se da mitigação das sanções, a mensagem indelével é: programa de integridade de prateleira, adquirido e implementado às pressas, como mera formalidade para conseguir-se celebrar acordo, de forma nenhuma a permitirá alcançar esse propósito.

Isto porque, na ótica das instituições celebrantes, o acordo de leniência reveste-se de todas as características de uma parceria estratégica de longo prazo, de benefícios mútuos, muito embora distinta das parcerias convencionais, eis que decorrente de um ato de império, praticado sob o fundamento do poder disciplinar do Estado. Os quesitos de diligência e gestão de risco, no entanto, devem ser observados rigorosamente pelas autoridades, tanto no período de negociação, na forma de um *due diligence*

amplo e criterioso quanto aos elementos de existência, qualidade e efetividade do programa de leniência da empresa postulante, quanto na fase de execução do acordo, por meio de um monitoramento contínuo quanto à implementação do plano de ações de melhoria indicado entre as obrigações do acordo.

Por fim, cabe ressaltar o elevado grau de risco a que a empresa se expõe caso opte por não cumprir com as obrigações de autoincriminação voluntária no pós acordo, uma vez que o impacto de uma rescisão por descumprimento da pessoa jurídica é potencialmente fatal, tanto do ponto de vista econômico-financeiro, quanto da própria manutenção de suas atividades negociais, conforme se pode observar nas cláusulas dos acordos já celebrados pela CGU.

REFERÊNCIAS

USSC, *Guidelines Manual*, §8B2.1 (2018). Disponível em: <<https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual-annotated>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: Protecting Your Organization from Bribery and Corruption*. Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2010. Edição do Kindle.

OCDE, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions - Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention* (2019). Disponível em: <www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

CGU, *Acordo de Leniência Firmado entre a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e a Braskem S.A.* (2019). Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/braskem-s-a>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

ACORDO DE LENIÊNCIA: AS OBRIGAÇÕES
PECUNIÁRIAS E SEUS EFEITOS NA
PERSPECTIVA DAS LEIS Nº 12.846/2013 E
8.429/1992

*LENIENCY AGREEMENT: PECUNIARY OBLIGATIONS AND
ITS EFFECTS BASED ON LAWS 12.846/2013 AND 8.429/1992*

Matheus Bredt de Menezes

*Coordenador-Geral de Supervisão de Acordos de Leniência
na Controladoria-Geral da União*

Victor Godoy Veiga

Ex-Diretor de Acordos de Leniência da Controladoria-Geral da União

Viviane André Antunes

*Coordenadora-Geral de Monitoramento de Acordos de Leniência
na Controladoria-Geral da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da Metodologia de cálculo; 2. Dos mecanismos de incentivo; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção – LAC, criou, no âmbito da responsabilidade objetiva, institutos para sancionar as pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos, inaugurando possibilidades de recuperação de ativos desviados em decorrência destes atos e que tenham causado lesão à administração pública nacional e estrangeira. Um dos grandes desafios na implementação de um programa de leniência que atenda ao seu propósito sancionador é a medida adequada de incentivos para as pessoas jurídicas, principalmente àquelas que identificaram a conduta ilícita por meio das ferramentas de seu programa de integridade, buscarem as autoridades para autodenúncia. Se por um lado é preciso incentivar a colaboração dos infratores, por outro, é preciso desincentivar a prática de novas ilicitudes. Assim, a busca pela calibração dos mecanismos de incentivos e de punição é chave para o sucesso da política de leniência. Há questões adjacentes como, por exemplo, a alavancagem investigativa, a cessação da prática dos atos lesivos, bem como a indução a uma atuação íntegra das empresas, que também devem ser levadas em consideração para a celebração de acordos de cooperação. O desafio que se coloca, no que tange ao recente instituto do acordo de leniência da Lei Anticorrupção, é o de encontrar o equilíbrio entre uma justa sanção que represente a devida reprimenda, inclusive na perspectiva dissuasória, e a promoção de incentivos para que empresas busquem o Estado, inclusive em situações de autodenúncia, com fins de colaborar com investigações, de modo que esse importante instituto possa se fortalecer como ferramenta no combate à corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Leniência. Lei Anticorrupção. Lei de Improbidade Administrativa. Direito Sancionador. Multa Administrativa. Responsabilização de Pessoa Jurídica.

ABSTRACT: The Brazilian Anti-Corruption Act – LAC, created, within strict liability, tools to sanction legal entities for the practice of illegal acts, opening up possibilities for recovering misappropriated assets related to the national and foreign public administration. One of the major challenges in implementing a leniency program that meets its sanctioning purpose is the appropriate measure of incentives for legal entities, especially those who have identified illicit conduct through the tools of their integrity program, to seek the authorities for self-disclosure. If, on one hand, it is necessary to encourage the collaboration of offenders, on the other, it is necessary to discourage the practice of new illegal practices. Thus, the search for the calibration of incentive and punishment mechanisms is key to the success of the leniency policy. There are adjacent issues, such as, for

example, investigative leverage, the cessation of the practice of harmful acts, as well as the induction of a compliance programs, which should also be taken into account for the non-trial resolution. The challenge that arises, with regard to the recent Brazilian leniency agreement program, is to find the balance between an adequate sanction that represents deterrent effect, and the promotion of incentives for companies to seek the State, including self-denunciation, in order to cooperate with investigations and strengthen the leniency program itself as a tool in the fight against corruption.

KEYWORDS: Leniency Agreement. Anticorruption Law. Improbability Act. Sanctioning Law. Administrative Fine. Liability of Legal Persons.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção – LAC, criou institutos para sancionar as pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos, em decorrência da responsabilidade objetiva. Essas ferramentas incorporam sanções pecuniárias, mas também novas possibilidades de recuperação de ativos desviados a partir de práticas ilícitas que tenham causado lesão à administração pública nacional e estrangeira.

Esses instrumentos são o Processo Administrativo de Responsabilização e o Acordo de Leniência, que possibilitam ao Estado a aplicação de multas, além de permitirem a devolução de valores relativos a danos causados à administração pública.

As condutas ilícitas previstas na Lei Anticorrupção são aquelas que atentem contra *o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil* e são delimitadas pelos incisos do art. 5º da referida Lei.

Em linhas gerais as condutas são dispostas em 5 categorias: a) prometer, ofertar ou conceder, de forma direta ou indireta, vantagens indevidas a agente público ou a pessoa a ele relacionada; b) financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na Lei; c) valer-se de pessoa física ou jurídica interposta com vistas a dissimular ou ocultar a identidade dos envolvidos nas práticas ilícitas ou os reais interesses das pessoas jurídicas infratoras; d) frustrar, fraudar, perturbar, interferir ou impedir a ocorrência de contratações públicas e contratos delas decorrentes; e e) dificultar ou interferir em atividades de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos.

Cerca de seis anos após a vigência da Lei Anticorrupção, o Governo Federal já instaurou mais de 600 processos contra pessoas jurídicas. O

fundamento identificado que teve mais ocorrência foi o pagamento de vantagem indevida ou seu oferecimento a agente público (CGU, 2020). Além disso, a Controladoria-Geral da União, conjuntamente com a Advocacia-Geral da União, celebrou onze acordos de leniência com a previsão de retorno aos cofres públicos de aproximadamente R\$ 13,6 bilhões, dos quais R\$ 3,6 bilhões já foram efetivamente devolvidos pelas empresas colaboradoras.

Desde dezembro de 2016, com a edição da Portaria Interministerial AGU/CGU n° 2278/2016, a Advocacia-Geral da União passou a participar dos acordos de leniência previstos na LAC que passaram a ser assinados pelo Ministro da CGU e pelo Advogado-Geral da União. Essa medida, atualmente regida pela Portaria Conjunta AGU/CGU n° 04/2019, transmutou os acordos de leniência em instrumento híbrido que resolve tanto a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas prevista na LAC como a sua responsabilidade civil da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n° 8.429/1992) – LIA e da própria LAC, em relação à União.

Em decorrência, os valores determinados nos acordos de leniência atualmente preveem não somente a aplicação da multa administrativa da LAC, mas também montantes com natureza de ressarcimento (danos admitidos e enriquecimento ilícito) além da multa da LIA. Pode-se dizer, portanto, que os montantes definidos nos acordos de leniência buscam sancionar adequadamente as pessoas jurídicas pelas práticas dos ilícitos da LAC. Além disso, a participação da AGU no processo resulta em maior segurança jurídica para as empresas na medida em que sua responsabilidade civil prevista na LIA também é tratada nos acordos.

Para que se tenha a dimensão da representatividade dos valores definidos nos acordos de leniência, importante citar estudo do Conselho Nacional de Justiça – CNJ intitulado “Lei de Improbidade Administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”¹, publicado em 2015, no qual aponta que em ações dessa natureza, no âmbito do TRF4 (tribunal com competência das ações federais), o ressarcimento dos danos causados, de forma total, foi observado em 8,7% dos processos, e o ressarcimento parcial ocorreu em apenas 6,52% dos processos.

Nesse mesmo estudo, ao tratar do efetivo ressarcimento à Administração Pública, o CNJ assim dispõe:

Em termos de efetividade da decisão, com o ressarcimento dos danos causados, verificou-se uma grave falha no sistema processual. Mesmo

1 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

após longa tramitação, raras foram as ações nas quais se verificou uma efetiva atuação no sentido de obter a reparação dos danos. As ações de Improbidade Administrativa não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de ressarcimentos.

Em que pese os esforços no sentido de apresentar dados acerca da efetiva recuperação de ativos desviados por corrupção no âmbito dos Tribunais de Contas dos Estados, da Advocacia-Geral da União, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça, não se identificou tais informações de maneira sistematizada em transparência ativa, de modo a viabilizar uma análise comparativa mais ampla. Tampouco se identificou estudos que tiveram como objeto a mensuração da efetividade do Estado na recuperação de ativos desviados por corrupção.

Não obstante, se identificou estudo publicado no sítio do TCU (PALMA, 2008), no qual é mencionado que o percentual efetivo de recolhimento de débitos e multas de 1998 a 2007 correspondeu a 0,80% do total imputado pela Corte de Contas. Ao todo o TCU imputou nesse período cerca de 4,8 bilhões e, desse montante, foram recolhidos R\$ 38 milhões.

Acerca da efetividade das medidas administrativas de ressarcimento de danos, verifica-se que os valores dos acordos de leniência são em muito superiores aos historicamente recuperados. Isso se mostra em certa medida natural, uma vez que, fora do ambiente consensual, as empresas ainda podem questionar em juízo os métodos adotados pela Administração Pública para apuração de dano, em respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Este artigo visa a tratar justamente dos aspectos pecuniários dos acordos de leniência levando-se em consideração os dispositivos das Leis nº 12.846/2013 e nº 8.429/1992. Objetiva-se abordar as possibilidades legais para determinação dos valores dos acordos e tecer discussões acerca de seus efeitos. Tanto sob o ponto de vista da dissuasão da corrupção como do ponto de vista da atratividade do instrumento da colaboração espontânea, busca-se avaliar, ainda, aspectos relacionados a um sancionamento justo das pessoas jurídicas infratoras, no bojo de um processo de colaboração e consensualidade.

Inicialmente, será descrita a metodologia de cálculo dos acordos de leniência e as potencialidades de recuperação legalmente previstas. Após, serão avaliados os efeitos dessas potencialidades, seja sob o ponto de vista do Estado sancionador, seja do ponto de vista do Estado que busca incentivar e atrair a cooperação de pessoas jurídicas.

1 DA METODOLOGIA DE CÁLCULO

O acordo de leniência, disposto na Lei nº 12.846/2013, deve estipular condições necessárias para a efetiva colaboração e o resultado útil do processo, como previsto no § 4º, art. 16 do dispositivo.

Para garantir que o acordo seja útil e promova a efetiva colaboração, certas dimensões devem ser observadas, dentre as quais identifica-se o dever de cooperar, o compromisso de adotar medidas de integridade e a obrigação pecuniária decorrente do acordo, de ressarcimento de valores e pagamentos de multas.

Nesse contexto, verifica-se que o dever de colaboração efetiva perpassa pela admissão do ilícito, apresentação de informações e documentos, e, ainda, a identificação de outros envolvidos, quando cabível. Todavia, a colaboração vai além do momento negocial, devendo permanecer em momento posterior à assinatura do acordo, sendo as empresas colaboradoras obrigadas a manterem postura colaborativa com relação à investigação de ilícitos².

Ademais, a Lei Anticorrupção prevê que a aplicação da sanção levará em consideração a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade. O decreto regulamentador da lei deixou expresso que o acordo de leniência deve abordar, necessariamente, o programa de integridade, versando quanto à sua adoção, aplicação ou aperfeiçoamento pela empresa colaboradora.

Quanto à perspectiva de ressarcimento de valores, a Lei Anticorrupção prevê aplicação de multa administrativa sobre o faturamento bruto da empresa. Sobre esse faturamento incidirão agravantes e atenuantes, em razão de critérios definidos no decreto regulamentador, os quais resultam em acréscimos ou reduções no valor da base de cálculo da multa. Ao final, no âmbito do acordo de leniência, pode a administração pública aplicar redução de até 2/3 (dois terços) do valor da multa aplicável.

Na Portaria Conjunta AGU/CGU nº 04/2019, que substituiu a Portaria Interministerial AGU/CGU nº 2278/2016, estabeleceu-se que:

Art. 2º O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846, de 2013, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas

² O acordo com empresas do grupo OAS, firmado em 11/11/2019, estabelece o dever de cooperação plena e permanente com as investigações dos atos ilícitos objeto deste Acordo de Leniência. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo (...)

O normativo deixa claro que os acordos de leniência, firmados no âmbito do Poder Executivo federal, também possuem o condão de resolver os ilícitos previstos na perspectiva da Lei de Improbidade Administrativa. Tal procedimento decorre da competência natural da Advocacia-Geral da União, como representante da União, nos termos do art. 131 da Constituição Federal, para propor ações de improbidade contra aquelas pessoas jurídicas que tenham incorrido em ilícitos tipificados na lei específica³.

Nesse contexto, os acordos de leniência firmados pela CGU/AGU têm endereçado valores relativos não só à multa administrativa da Lei Anticorrupção, mas também à multa civil prevista na Lei de Improbidade Administrativa e à restituição de montantes relativos a enriquecimento ilícito e a eventuais danos⁴.

A Instrução Normativa – IN CGU-AGU nº 02/2018 ratificou a possibilidade de endereçamento de valores com natureza de ressarcimento, referentes à vantagem indevida, decorrente de eventuais danos incontroversos⁵ atribuíveis às empresas colaboradoras; do somatório de propinas pagas; e do lucro ou enriquecimento que seria razoável se não houvesse a prática ilícita.

Em resumo, nos acordos de leniência firmados pela CGU/AGU identificam-se as seguintes possíveis dimensões de valores:

- a) multa administrativa prevista na Lei nº 12.846/2013;
- b) multa civil decorrente da Lei nº 8.429/1992;
- c) ressarcimento de enriquecimento ilícito, em virtude de previsão na Lei nº 8.429/1992 e na Lei nº 12.846/2013 (processo judicial);
e

3 O art. 17 da Lei nº 8.429/1992 estabelece que a ação de improbidade pode ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.

4 O acordo de leniência firmado com a empresa Bilfinger Maschinenbau previu pagamento do valor equivalente a 54.643,77 Euros (cinquenta e quatro mil, seiscentos e quarenta e três euros e setenta e sete centavos), a título de multa incidente com base na Lei nº 8.429/1992 e 2.248.290,33 Euros (dois milhões, duzentos e quarenta e oito mil, duzentos e noventa euros e trinta e três centavos), a título de ressarcimento ao erário. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/bilfinger.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

5 A Instrução Normativa CGU-AGU nº 02/2018, define como danos incontroversos aqueles em que haja admissão de autoria e materialidade por parte da empresa colaboradora ou decisão final irrecurável do Tribunal de Contas da União.

- d) ressarcimento de danos, também em decorrência da Lei de Improbidade Administrativa.

No bojo do direito administrativo sancionador, sob a perspectiva pecuniária, a Lei Anticorrupção prevê a aplicação de multa administrativa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos. Destaca ainda que este valor nunca poderá ser inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

O Decreto nº 8.420/2015 apresentou a forma de cálculo da multa administrativa, bem como os limites inferior e superior da referida sanção, e a referida IN CGU-AGU nº 02/2018 definiu metodologia de cálculo. Dessa forma tem-se o valor do faturamento como base de cálculo, sobre o qual devem ser aplicados os fatores agravantes específicos ao caso sob análise, nos termos do art. 17, incisos I a VI do Decreto nº 8.420/2015, e, após, deve ser deduzido o valor em função dos fatores atenuantes, nos termos do art. 18, incisos I a V do Decreto nº 8.420, sempre se respeitando a faixa de percentuais indicados. Somados os percentuais de agravantes e diminuído da soma dos percentuais de atenuantes, tem-se o valor percentual a ser aplicado sobre a o faturamento bruto para cálculo da multa.

O valor calculado da multa deve observar ainda os limites inferior e superior, os quais estão dispostos no Decreto nº 8.420/2015:

I – limite mínimo, o maior valor entre o da vantagem auferida⁶ e 0,1 por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos ou R\$ 6.000,00; e

II – limite máximo, o menor valor entre:

a) vinte por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

b) três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida.

Cabe registrar que, no âmbito do acordo de leniência, a multa calculada pode ser reduzida em até $\frac{2}{3}$ (dois terços), como previsto no §2º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013.

6 A Instrução Normativa CGU-AGU nº 02/2018, que aprovou metodologia de cálculo da multa da Lei Anticorrupção, a ser aplicada nos acordos da CGU, define como vantagem para fins de cálculo da referida multa o somatório de propina e lucro para fins de cálculo da multa da LAC.

Ainda sob a perspectiva sancionatória, a Lei de Improbidade Administrativa, que dispõe sobre a sanção em caso de enriquecimento ilícito, prevê multa civil de até três vezes do valor desse acréscimo patrimonial; e de até duas vezes o valor do dano, nas situações fáticas de lesão ao erário.

A Lei de Improbidade Administrativa, e por consequência o próprio acordo de leniência firmado conjuntamente com a Advocacia-Geral da União, preveem a restituição do enriquecimento ilícito e de eventuais danos que tenham sido causados a partir do ato ímprobo. Nessa perspectiva, a referida lei estabelece, na hipótese de cometimento de ato de improbidade que importe em enriquecimento ilícito, a penalidade de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e ressarcimento integral do dano, quando houver.

Nesse contexto, podemos verificar que a aplicação das sanções pecuniárias aplicadas no âmbito dos acordos de leniência firmados junto à CGU e à AGU são as mesmas previstas pelas Leis nº 12.846/2013 e nº 8.429/1992. Das notícias divulgadas pela CGU, sobre acordos de leniência, é possível se observar que há aplicação das multas civil e administrativa, além do ressarcimento de enriquecimento ilícito oriundo de contratos fraudulentos e de eventuais danos⁷.

Todavia, o acordo de leniência é instrumento de aplicação do direito sancionador, em ambiente de consensualidade, no qual as pessoas jurídicas decidem colaborar com investigações de interesse do Estado, recebendo em contrapartida mitigação em suas penas, a exemplo da previsão de redução de até 2/3 (dois terços) da multa administrativa aplicável. Nesta perspectiva, e observando o princípio da proporcionalidade, é esperado que as sanções aplicadas no âmbito dos acordos possuam certa atenuação quando comparadas com os processos administrativos e judiciais ordinários que se oporiam em face da empresa sem que houvesse colaboração.

De fato, essa parece ser a lógica que vem sendo aplicada nos acordos de leniência, como se observa na cláusula que prevê os resultados em caso de rescisão do acordo:

15.6.3. Na incidência com vencimento imediato da obrigação de pagamento e sujeito à execução judicial, do valor total da multa prevista na Lei nº 12.846/2013, sem a incidência das reduções pactuadas, assegurado, às RESPONSÁVEIS COLABORADORAS, o abatimento dos valores já pagos com esta rubrica na execução do Acordo de Leniência, bem assim, a atualização monetária desses valores.

7 Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/11/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-grupo-oas> e <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/11/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-nova-participacoes-s-a>. Acesso em: 05 jul. 2020.

[...]

15.6.5. Na incidência com vencimento imediato da obrigação de pagamento e sujeito à execução judicial do valor da multa prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/1992, correspondente a 1 (uma) vez o valor estabelecido para a multa na referida Lei, sem o desconto pactuado, consoante os cálculos demonstrativos constantes do ANEXO VI.⁸

Do referido excerto, observa-se no caso de inadimplência da empresa colaboradora que leve a uma rescisão do acordo, dentre outros efeitos, que a pessoa jurídica estará sujeita: i) ao valor da multa administrativa sem reduções e ii) a uma multa civil de 1(uma) vez, sem aplicação de desconto, o que leva à razoável conclusão de que no âmbito do acordo foram estabelecidos descontos das referidas multas em patamar inferior à penalidade prevista para o descumprimento do acordo.

Esse é o cenário esperado no âmbito dos acordos, que devem apresentar reduções nas penas em relação àqueles que colaboram com o Estado, em atenção ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Mesmo em um cenário de lide, estes princípios já têm pautado as decisões judiciais quando da apreciação das ações de improbidade:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENALIDADES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 12 DA LEI N. 8.429/92, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.120/2009. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em obediência aos princípios da economia processual e da fungibilidade.
2. Nos termos da jurisprudência do STJ, cada inciso do art. 12 da Lei 8.429/1992 traz uma pluralidade de sanções, que podem ser aplicadas cumulativamente, cabendo ao magistrado a sua dosimetria, como bem assegura o seu parágrafo único.
3. Hipótese em que as penalidades foram aplicadas de forma razoável e proporcional ao ato praticado não merecendo reforma o acórdão recorrido. Ademais, modificar o posicionamento adotado pela instância

⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

ordinária envolve o reexame de provas, o que é inviável em recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, mas improvido. (EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 360.707 – PR, Min. HUMBERTO MARTINS).

O acordo de leniência reconhece expressamente o princípio da proporcionalidade quando estabelece que o interesse público é alcançado com:

3.4

[...]

(ii) obter a reparação aos danos causados ao erário, mediante o pagamento consensual dos valores previstos neste Acordo de Leniência e a entrega de informações e elementos de prova que viabilizem a responsabilização de terceiros responsáveis, inclusive solidários, conforme o caso;

(iii) sancionar as **RESPONSÁVEIS COLABORADORAS** proporcionalmente aos ilícitos praticados;⁹

Nesse contexto, o acordo de leniência tem o potencial de alcançar valores expressivos considerando que há a previsão de entabular rubricas de ressarcimento de danos e de enriquecimento ilícito, bem como em razão da aplicação de sanções nas esferas cível e administrativa. Todavia, a responsabilização das pessoas jurídicas, como visto, deve observar o princípio da proporcionalidade, de forma a encontrar equilibrada responsabilização, a qual, em ambiente de consensualidade, deve prever mitigações das penas de modo a, também, manter a atratividade do instituto do acordo de leniência.

Diante do exposto, podemos resumir a seguir o cenário de aplicação máxima das sanções pecuniárias pelas Leis nº 12.846/2013 e nº 8.429/1992 que incorrem no âmbito dos acordos de leniência firmados junto à CGU e à AGU:

⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

Ressarcimento		Sanção	
Dano (D)	Enriquecimento Ilícito (E)	Multa LAC (MLAC)	Multa LIA (MLIA)
100%	100%	Máximo: $300\% \times D + 300\% \times E$	Máximo: $\frac{200\% \times D + 300\% \times E}{300\% \times E}$
Cenário Máximo*	Ressarcimento (D + E) + MLAC ($\frac{3 \times D + 3 \times E}{+ 7 \times E}$) + MLIA ($2 \times D + 3 \times E$) = $6 \times D$		

*No cenário máximo considerou-se o valor máximo da Multa LAC sem a aplicação de descontos e o valor máximo da Multa LIA, aplicando-se cumulativamente as multas previstas nos incisos I e II do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

Tomando como base os parâmetros acima, em um exemplo hipotético, em que R\$ 50,00 tivessem sido pagos a título de propina para aquisição de um contrato público de forma fraudulenta, a partir do qual a empresa obteve R\$ 50,00 de lucros.

Em um contexto de acordo de leniência, é possível se estimar, considerando as simplificações ora aplicadas, que seja pactuada a devolução de montante que pode alcançar R\$ 650,00, na perspectiva da máxima sanção e ressarcimento.

Por fim, não é demais ressaltar que o § 3º do art. 6º, da Lei nº 12.846/2013 dispõe que a aplicação das sanções não exclui a obrigação de reparação do dano causado.

2 DOS MECANISMOS DE INCENTIVOS

Um dos grandes desafios na implementação de um programa de leniência que atenda ao seu propósito sancionador é a medida adequada de incentivos para as pessoas jurídicas, principalmente àquelas que identificaram a conduta ilícita por meio das ferramentas de seu programa de integridade, buscarem as autoridades para autodenúncia.

Nos casos em que as autoridades não têm conhecimento prévio da infração, a tendência é que a empresa sopesse o conjunto de incentivos que poderá obter a partir de sua colaboração, de forma que não venha a ser penalizada de forma mais gravosa que os demais envolvidos que não colaborem com as autoridades. Vianna e Simão (2017, p. 121) acreditam que o “esforço, por conseguinte, deve se concentrar no ajuste da proporcionalidade e razoabilidade dos benefícios que serão concedidos e das sanções ou obrigações impostas ao colaborador.”

Falar em incentivos no contexto de uma ferramenta consensual para a aplicação de direito sancionador não deve afastar seu poder dissuasório, mas permitir a manutenção do seu potencial de alavancagem investigativa com o abrandamento ou extinção de algumas sanções.

Neste sentido, é importante destacar que a estrutura de incentivos ampliada ocasiona proporcional aumento da capacidade persecutória do Estado, uma vez que estimula a propositura de acordos por um maior número de colaboradores, os quais dão conhecimento à Administração de condutas ilícitas que dificilmente seriam obtidas por métodos convencionais de investigação.

Este cenário de proporcionalidade entre os incentivos definidos de forma clara, objetiva e transparente, e a consequente efetividade de um programa de leniência, pode ser observado no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), instituído por meio da Lei nº 10.149/2000 e atualmente regulado pela Lei nº 12.529/2011, conhecida como a Lei Antitruste, que contempla, no rol de incentivos, a previsão de extinção da ação punitiva da administração pública e isenção da pessoa jurídica de qualquer sanção administrativa, após o cumprimento do acordo, para os que tenham apresentado fatos desconhecidos. Tais benefícios vão sendo escalonados de acordo com a ordem de chegada dos proponentes, do estágio do processo e do grau de colaboração.

Nesse contexto, a previsão na LAC de redução da multa limitada a 2/3 (dois terços), não cabendo isenção total em qualquer hipótese, quando comparada às possibilidades disponíveis nos acordos de leniência previstos na Lei Antitruste ou nas resoluções negociadas em âmbito internacional, denota sua limitação no tocante a incentivos. Como exemplo de jurisdições que permitem a isenção total das sanções, caso minuciosamente demonstrado que a pessoa jurídica adotou todas as medidas cabíveis para evitar a ocorrência do ato lesivo, estão a legislação norte-americana (*Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*), a inglesa (*UK Bribery Act*) e o Código Penal espanhol.

O racional que embasa tais isenções decorre da diferenciação da pessoa jurídica dos indivíduos que praticaram os ilícitos. Assim, nos casos de autodenúncia, são considerados na imputação à pessoa jurídica os danos eventualmente causados pela conduta ilícita que a beneficiou, enquanto as sanções são aplicadas à pessoa física que efetivamente a praticou.

Considerando as teorias do racionalismo matemático (teoria dos jogos) (LUCE e RAIFFA, 1957, NEUMANN, 1964 apud MENDONÇA, 2018) e o conceito de negociação distributiva (WALTON e MACKERSIE, 1965 apud MENDONÇA, 2018), políticas de colaboração, a exemplo das dispostas na Lei Antitruste, na LAC e na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), buscam equilibrar uma balança que tem de um lado os incentivos e do outro as punições.

Uma pessoa física ou jurídica, regra geral, tende a buscar uma avaliação utilitarista antes de decidir seguir na admissão de práticas ilícitas para

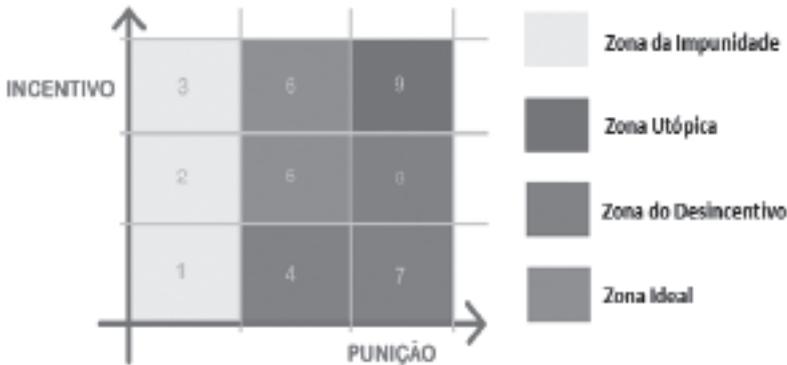
obtenção de benefícios. Nos casos em que essa avaliação se mostrar altamente desvantajosa e penosa, ou seja, quando os incentivos para a colaboração não forem suficientemente capazes de tornar a colaboração vantajosa, é menor a tendência de colaboração e de admissão dos ilícitos pelos infratores.

Por outro lado, quando as sanções aplicadas pelo Estado são por demais brandas e não punem adequadamente os infratores, há menor tendência de se desincentivar a prática de novos ilícitos, podendo em alguns casos tornar o ato delituoso vantajoso. Ou seja, é preciso buscar potencializar o efeito dissuasório de modo que seja percebido pelos agentes privados.

Assim, se por um lado é preciso incentivar a colaboração dos infratores, por outro, é preciso desincentivar a prática de novas ilicitudes. Além do mais, não se deve tratar de maneira igual os agentes que cooperam com o Estado e aqueles que não colaboram. A busca pela calibração dos mecanismos de incentivos e de punição é chave para o sucesso da política de leniência.

O gráfico abaixo ilustra, de forma didática, a relação entre incentivos e punições em políticas colaborativas.

Relação entre Incentivo x Punição em Políticas de Incentivo à Colaboração



Importante destacar que os incentivos e as punições referidas no gráfico acima são os decorrentes do ambiente negocial. Ou seja, o quadrante 9 (em vermelho) representa uma situação utópica, já que não é possível aplicar uma punição elevada e ao mesmo tempo oferecer um elevado incentivo para colaboração.

Ao analisar os demais quadrantes do gráfico acima, pode-se afirmar que:

1. Os quadrantes 1 a 3 (em amarelo) representam situações de baixa punição e, portanto, podem ser categorizados como uma Zona da Impunidade, já que os efeitos dissuasórios são insuficientes;
2. Os quadrantes 4, 7 e 8 (em marrom) representam situações nas quais as punições são superiores aos incentivos, o que pode induzir a um menor nível de procura para colaboração espontânea, mas pode representar um valor de multa mais significativo; e
3. Os quadrantes 5 e 6 representam situações desejadas em políticas de colaboração ou, ainda, uma Zona Ideal. O quadrante 5 representa um equilíbrio adequado entre os incentivos e as punições. Já o quadrante 6 representa um peso maior para o lado dos incentivos, o que pode significar uma maior indução à autodenúncia.

Nesse sentido, verifica-se que há vários modelos de calibragem possíveis para o desenho de uma política de colaboração. É fundamental ajustar o modelo a partir de dados empíricos, para que a política se encaixe na Zona Ideal. Para que a política tenha atratividade numa calibragem que a encaixe nos quadrantes 4, 7 ou 8, é preciso que as punições aplicáveis em um cenário sem acordo sejam severas e efetivas. Assim, ainda que os incentivos em tais quadrantes sejam menores, os infratores poderão buscar a colaboração para reduzir, ainda que pouco, as sanções que já estariam sujeitos sem um acordo de cooperação.

Outrossim, para que o modelo seja calibrado adequadamente com a realidade de cada país, é condição *sine qua non* que se avalie a Melhor Alternativa Sem Acordo (MASA). Ou seja, é fundamental que se avalie quais são as possibilidades do Estado sem que se celebre o acordo de cooperação, ou seja, que se tenha uma avaliação acerca da vantajosidade do acordo. É necessário, não obstante, que essa avaliação considere variáveis realistas para a projeção da MASA, sob pena de se supervalorizar um cenário irreal com risco de se rejeitar um acordo que atenda ao interesse público.

3 CONCLUSÃO

Considerando o cenário apresentado dos acordos de leniência, celebrados pela CGU/AGU com empresas colaboradoras, é possível se identificar endereçamento de sanção de multa administrativa e civil, bem como de ressarcimento de danos e de enriquecimento ilícito. Tais rubricas devem ter por finalidade a aplicação de justa sanção em decorrência e na

medida dos ilícitos cometidos pela empresa infratora. Os limites impostos pela legislação molduram penalidades que se demonstram rigorosas, em especial quando se ressalta o fato de não haver qualquer quitação em relação a eventuais outros danos que sejam apurados posteriormente.

Há questões adjacentes que também devem ser levadas em consideração para a celebração de acordos de cooperação, como, por exemplo, a alavancagem investigativa, a cessação da prática dos atos lesivos, bem como a indução a uma atuação íntegra das empresas, favorecendo um ambiente de negócios mais justo e ético.

A busca pelo ajuste do modelo deve levar em consideração um maior incentivo para a autodenúncia das empresas, de modo que haja a combinação de esforços por parte do Estado e da iniciativa privada. Isso porque a capacidade investigativa do Estado possui limitações intrínsecas que podem ser mitigadas por meio desse esforço conjunto.

Finalmente, o desafio que se coloca, no que tange ao recente instituto do acordo de leniência da Lei Anticorrupção, é o de encontrar o equilíbrio entre uma justa sanção que represente a devida reprimenda, inclusive na perspectiva dissuasória, e a promoção de incentivos para que empresas busquem o Estado, inclusive em situações de autodenúncia, com fins de colaborar com investigações, de modo que esse importante instituto possa se fortalecer como ferramenta no combate à corrupção.

REFERÊNCIAS

CGU. *Painel – Correição em Dados*, 2020. Disponível em: <http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>. Acesso em: 16 jun. 2020.

PALMA, Maria Salete Fraga Silva. 2008. *Tomada de contas especial à luz do Tribunal de Contas da União*: aspectos gerais e relevantes. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital-8a81881f6364d8370163bc5ce6d85b14/tomada-de-contas-especial-a-luz-do-tribunal-de-contas-da-uniao-aspectos-gerais-e-relevantes.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020

VIANNA, Marcelo Pontes; SIMÃO, Valdir Moysés. *O acordo de leniência na lei anticorrupção*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MENDONÇA, André Luiz de Almeida; NAGLE, Luz Estella; GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *Negociación en casos de corrupción*: Fundamentos Teóricos y prácticos. Valencia: Rare Book, 2018.

DA RESTITUIÇÃO DE LUCROS
INDEVIDOS EM CASO DE CORRUPÇÃO:
FUNDAMENTOS LEGAIS PARA
ADOÇÃO DE *DISGORGEMENT* COMO
FERRAMENTA PARA RECUPERAÇÃO DE
ATIVOS

*RESTITUTION OF ILL-GOTTEN PROFITS: LEGAL
FRAMEWORK FOR DISGORGEMENT IN CORRUPTION
CASES AS A TOOL TO RECOVER PROCEEDS FROM BRIBERY*

*Rafael Romanoff
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dos fundamentos para exigir a restituição dos lucros indevidos; 2 A restituição dos lucros ilícitos e o ressarcimento; 3 Do acordo de cooperação técnica; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata-se de artigo em que se discutem os fundamentos para adoção da restituição de lucros obtidos em contratos afetados por ilícitos tipificados na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção. Defende-se a efetividade da restituição de lucros indevidos como adiantamento de danos para casos em que a quantificação de dano efetivo seja de complexa apuração, como medida que assegure um patamar mínimo de ressarcimento. Por fim, pondera sobre como o Acordo de Cooperação Técnica firmado com TCU, Polícia Federal, AGU e CGU poderá tratar a questão.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Confisco. Restituição de Lucros Indevidos. Acordos de Leniência.

ABSTRACT: This article pursues the legal framework for the adoption of disgorgement of profits obtained in contracts affected by acts classified as illicit in the law of administrative improbity and in the anti-corruption law. It discusses the effectiveness of restitution of ill-gotten profits is defended as an advance of damages for cases in which the quantification of actual damage is complex to determine, as a measure that ensures an adequate level of reimbursement and discusses how the Technical Cooperation Agreement signed with TCU, Federal Police, AGU and CGU can address the issue.

KEYWORDS: Corruption. Confiscation. Disgorgement. Leniency Agreements.

INTRODUÇÃO

Nos últimos 10 anos, o Brasil tomou conhecimento de um imenso esquema de corrupção, que se alastrava por diversas esferas federativas e afetou centenas de contratos administrativos. Diante da relevância dos fatos revelados, as esferas de controle interno e externo adotaram diversas medidas para buscar a responsabilização dos agentes públicos e privados, assim como buscar quantificar os danos causados pelos atos ilícitos e promover ações para recuperação dos ativos desviados pela corrupção.

O presente artigo buscará demonstrar que a restituição de lucros indevidos é uma ferramenta adequada para efetivação da aplicação de confisco do produto do ilícito, bem como para o cálculo de um valor mínimo para ressarcimento de danos causados à administração pública, sem prejuízo de outros procedimentos complementares reparação integral do dano.

Além disso, analisará o tratamento de questões relativas à diferenças de metodologia de apuração de dano no acordo de cooperação técnica celebrado entre a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e o Tribunal de Contas da União (TCU) em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846/2013.

1 DOS FUNDAMENTOS PARA EXIGIR A RESTITUIÇÃO DOS LUCROS INDEVIDOS

No plano internacional, três convenções assinadas pelo Brasil trazem importantes compromissos para responsabilização: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Tais diplomas internacionais trazem alguns dispositivos que se relacionam diretamente ao dever de buscar o confisco ou perdimento.

O artigo XV da Convenção Interamericana contra a Corrupção determina que:

1. Em conformidade com as legislações nacionais aplicáveis e os tratados pertinentes ou outros acordos que estejam em vigor entre eles, os Estados Partes prestarão mutuamente a mais ampla assistência possível para identificar, localizar, bloquear, apreender e confiscar bens obtidos ou provenientes da prática dos delitos tipificados de acordo com esta Convenção, ou os bens usados para essa prática, ou o respectivo produto.

O artigo 30 da Convenção da UNCAC prevê que:

1. Cada Estado Parte adotará, no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno, as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco:

a) Do produto de delito qualificado de acordo com a presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao de tal produto;

b) Dos bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados utilizados na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

O artigo 3º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais:

3. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias a garantir que o suborno e o produto da corrupção de um funcionário público estrangeiro, ou o valor dos bens correspondentes a tal produto, estejam sujeitos a retenção e confisco ou que sanções financeiras de efeito equivalente sejam aplicáveis.

Pelo teor dos dispositivos citados, há uma grande preocupação da comunidade internacional com a efetivação de medidas que permitam o confisco do produto do delito, ou seja, lucros ou outros benefícios obtidos pelo subornador na transação ou outra vantagem indevida obtida ou assegurada por meio de suborno.

No plano interno, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção determinam a aplicação de perdimento de bens, nos seguintes termos:

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

Como ressaltam Saadi e Machado (2017, p. 493), o confisco de ativos é importante eixo da nova estratégia estatal para arrostar a corrupção:

Se o crime se torna um negócio que gera grandes volumes de riqueza, a política criminal que reage a esse quadro será efetiva na medida em que priva os criminosos dos proveitos ilicitamente auferidos. A resposta penal por excelência, tradicionalmente voltada à persecução da pessoa, exige uma reformulação para contemplar ações que busquem valores. Dessarte, o confisco de ativos é importante eixo da nova estratégia estatal para arrostar a corrupção.

Além de assumir efeito dissuasório da prática do crime, a constrição de bens pode assegurar a reparação de danos causados pelo delito. A propósito, as medidas para indisponibilizar o patrimônio ilícito foram historicamente concebidas como instrumento para garantir que vítimas pudessem requerer, futuramente, a compensação pelos prejuízos que o delito lhes tiver causado (DE CARLI, 2012, p. 217). Em crimes de corrupção, contudo, nem sempre é possível nomear vítimas individualmente, mas a índole reparatória a que se destinam as medidas patrimoniais permanece para assegurar a compensação da sociedade pelos danos econômicos e sociais.

Conforme manual da OCDE para identificação e quantificação do produto do ilícito (OECD 2012), há cinco medidas legais principais para que o Estado busque a recuperação do produto do delito: confisco, *disgorgement*, multas aplicadas no valor do benefício, ressarcimento de danos e indenização por descumprimento contratual. Cada uma dessas medidas pode ser utilizada isoladamente ou em conjunto, em muitos casos por mais de um órgão competente na mesma jurisdição.

Segundo o estudo, tanto o confisco como o *disgorgement* servem para propósitos similares, quais sejam, remover da esfera jurídica do infrator os ganhos obtidos ilicitamente. Neste ponto, diferem-se das multas, que possuem nítido objetivo de punir o infrator. Por tal razão, é comum a aplicação de uma penalidade e do *disgorgement* no mesmo procedimento, sem que haja cobrança em duplicidade em face do infrator.

Há também interação entre confisco e cobrança de danos. Em relação a um mesmo ato ilícito, o Estado pode atuar para efetivar o confisco de bens, caso o infrator tenha obtido algum benefício do ato ilícito, assim como a vítima pode requerer a cobrança de danos sofridos, mesmo que o infrator não tenha auferido qualquer vantagem com o ilícito.

Todavia, o estudo afirma que várias jurisdições levam em consideração a relação entre o confisco e a cobrança de danos, para impedir injusta duplicidade na responsabilização dos agentes. Nesse sentido, os órgãos competentes podem considerar satisfatórias uma das medidas já tomadas e avaliar se é necessário adotar outras medidas, ou mesmo privilegiar a indenização das vítimas, diretamente ou pela restituição dos valores confiscados à vítima, e depois avaliar se outras medidas serão necessárias.

Além desses instrumentos legais, o estudo da OCDE também discorre quanto às metodologias utilizadas para quantificar a vantagem indevida na efetivação do confisco ou do *disgorgement*. Quando o ato de corrupção afeta um contrato administrativo, alguns sistemas podem exigir a devolução de (i) todo o valor do contrato, (ii) da receita líquida, ou seja, das receitas pagas deduzidas despesas legítimas ocorridas na execução do contrato, ou (iii) do lucro adicional, que avalia quais benefícios a empresa teria obtido caso a propina não tivesse sido paga.

No sistema brasileiro, o art. 59 da Lei de Licitações traz balizas para declaração de nulidade de contratos administrativos:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Em tais casos, por se tratar de ato lesivo ao patrimônio público, há possibilidade de que os atos ensejem o ajuizamento de ação civil pública ou de ação de ressarcimento para pleitear a nulidade do contrato afetado, com a desconstituição dos efeitos produzidos e o ressarcimento de danos que tenham sido causados à administração pública. Com efeito, os valores obtidos nos contratos viciados são produto do crime e devem ser restituídos ao patrimônio do ente público lesado com o ato.

Como ensina Cano (2015, p. 71), a anulação de atos e contratos administrativos é uma forma de confisco dos produtos do delito ou da aplicação de sanções de efeito equivalente:

Todos os instrumentos internacionais de luta contra a corrupção partem do princípio de que a corrupção não pode compensar e que, conseqüentemente, os Estados signatários devem confiscar o produto da corrupção ou aplicarem sanções pecuniárias de efeito equivalente. O confisco do produto dos delitos de corrupção engloba também a “caducidade dos direitos” noção dentro da qual, sem esforço, cabe considerar incluída a nulidade de atos e contratos públicos.

Para Cano (2017, p. 64), a declaração de nulidade do contrato e do ato poderia ser determinada pelo próprio juízo criminal. Todavia, tal entendimento é mais coerente com sistemas que admitem a responsabilização criminal da pessoa jurídica, parte na relação contratual, enquanto no direito brasileiro, para fins de combate à corrupção, a responsabilização desses entes deve se dar nas esferas civil e administrativa, haja vista que pessoas jurídicas na esfera criminal somente podem ser punidas pela prática de crimes ambientais.

Dessa forma, como consequência normativa de contratos afetados por corrupção, impõe-se a nulidade do contrato no âmbito administrativo e civil ou, no caso de contratos já executados, a criação de instrumentos que permitam restituir a vítima ao estado anterior à lesão.

Por fim, o último fundamento para a aplicação decorre do enriquecimento sem causa. No âmbito do direito privado, há recente decisão no STJ que reconhece a possibilidade de restituição de lucros ilícitos, com fundamento na proibição do enriquecimento sem causa. Nesse caso, o STJ entendeu que:

A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante.

Ainda que se trate de aplicação no âmbito do direito privado, observa-se uma crescente introdução do instituto da restituição dos lucros indevidos na prática forense brasileira.

Em suma, a prática internacional demonstra que o compromisso de recuperar bens e valores provenientes de ilícitos praticados contra a administração pública pode ser efetivado por diversos instrumentos e de acordo com parâmetros determinados por algumas metodologias (produto bruto, receita líquida e lucro adicional).

No direito brasileiro, em relação a ilícitos que afetaram contratos administrativo, há instrumentos no direito sancionador que permitem a responsabilização da pessoa jurídica mediante a restituição de lucros ilícitos aos entes públicos lesados, bem como uma crescente adoção do instrumento na seara do direito privado.

2 A RESTITUIÇÃO DOS LUCROS ILÍCITOS E O RESSARCIMENTO

O pedido de perdimento dos ganhos ilícitos pode se tornar o principal instrumento da dificuldade em apurar, em cada caso, a exata extensão do dano causado para a administração pública, e da necessidade de promover medidas céleres de responsabilização aos agentes que se beneficiaram dos ilícitos praticados com a obtenção de contratos administrativos.

Chinelato (2018, p. 123), a partir da jurisprudência norte-americana, afirma que o *disgorgement* orienta-se a partir de uma premissa muito clara: não é possível que, mesmo após a vítima recuperar as suas perdas, o agressor permaneça em uma posição melhor da que estava antes da ilicitude. Assim, o *disgorgement* não deve ser entendido como um instrumento voltado primordialmente para garantir a compensação da vítima, mas uma forma de privar o transgressor de todos os ganhos decorrentes do seu erro.

Como alertam Rosenvald e Kuperman (2017, p. 29), há espaço, no sistema jurídico pátrio para uma adequação do instituto do enriquecimento sem causa, convertendo-se em efetiva pretensão para o resgate do lucro ilícito, bem como uma alteração da fisionomia sistemática da Responsabilidade Civil mirando o escopo preventivo-punitivo, especificamente para casos em que há necessidade de uma alteração in pejus no patrimônio do responsável pelo ilícito e não somente um retorno deste ao status quo:

O grave problema da responsabilidade civil brasileira consiste na miopia de preservar o paradigma puramente compensatório, em detrimento de um modelo plural e aberto que possa albergar a civilizada convivência de remédios reparatórios, restituitórios e punitivos, cada qual dentro de seus pressupostos objetivos. Esse esquema monolítico de reparação de danos é exclusivamente focado na fictícia restituição da vítima ao estado anterior a lesão, quando na verdade, o máximo que o direito pode fazer para, de alguma forma, resgatar o passado é transcender

a epiderme do dano e alcançar o ilícito em si, seja para remover os ganhos indevidamente dele derivados ou, em situações excepcionais, punir comportamentos exemplarmente negativos.

Todavia, a existência de instrumentos diversos para quantificação de sanções e ressarcimento não implica a impossibilidade de diálogo entre as diversas esferas para apuração de dano, cada uma a seu tempo adequado.

Dessa forma, havendo elementos que comprovam a existência de ilícitos que acarretem a nulidade do contrato administrativo, sem que seja necessário comprovar a existência de dano efetivo, o disgorgement pode ser utilizado como ferramenta tanto para efetivação da pena de perdimento como uma fixação mínima de valor de ressarcimento.

No âmbito dos acordos de leniência firmados entre a AGU e a CGU, há previsão normativa na Instrução Normativa nº 2, de 16 de maio de 2018, acerca dos valores a título de ressarcimento que podem ser endereçados nos acordos de leniência, com previsão expressa da devolução do lucro ou do enriquecimento que seria razoável se não houvera o ato ilícito:

3. No que se refere ao ressarcimento aos entes lesados, a orientação vigente sobre o valor a ser ressarcido aos entes públicos lesados, no âmbito de acordo de leniência, consigna dois tipos de rubricas:

i. Rubrica com natureza de sanção: a multa administrativa da LAC; e

ii. Rubrica com natureza de ressarcimento: a vantagem indevida auferida ou pretendida no âmbito de suas relações com a administração pública em geral. Composta por três categorias de valores, a saber:

1. somatório de eventuais danos incontroversos atribuíveis às empresas colaboradoras;

2. somatório de todas as propinas pagas; e

3. lucro ou enriquecimento que seria razoável se não houvera o ato ilícito.

A metodologia prevista na Instrução Normativa se aproxima do método da receita líquida descrito no Manual da OCDE, ao determinar o perdimento das receitas do contrato com exceção de custos e despesa legítimas incorridos pela pessoa jurídica infratora na execução do contrato. A inclusão do valor das propinas como valor a ser ressarcido também

se aproxima da metodologia, pelo fato de tais despesas serem inseridas de forma fraudulenta na contabilidade de contratos e repassadas aos entes lesados.

Essa metodologia, todavia, não tem a pretensão de eximir a pessoas jurídicas colaboradoras de ressarcimento integral ao erário, tendo em vista a expressa previsão legal do art. 16, § 3º, da Lei nº 12.846/2013.

A opção por não incluir o ressarcimento do dano no bojo do próprio acordo de leniência parte do pressuposto que a apuração do dano pressupõe contraditório e ampla defesa efetivos, inclusive com participação de terceiros envolvidos que não fazem parte do processo de negociação de leniência.

Além disso, as informações e documentos fornecidos pelas colaboradoras nem sempre trarão todos os elementos necessários para a integral apuração dos fatos no bojo do próprio procedimento de negociação. Com efeito, as ações de alavancagem investigativa podem demandar a obtenção de informações e documentos em poder de terceiros, obtidos a partir de medidas de natureza judicial (em alguns casos com reserva de jurisdição) ou administrativa que somente poderão ser efetivadas após a celebração do acordo.

Além disso, para correta mensuração do dano, em muitos casos será necessária a realização prova de natureza pericial e de estudos aprofundados de natureza econométrica absolutamente cuja produção seja absolutamente incompatível com a rito de negociação de um acordo de leniência.

Em vista das limitações inerentes ao próprio processo de negociação de acordo de leniência, a restituição de lucros indevidos é estruturada como adiantamento de dano, tornando possível um patamar mínimo de ressarcimento decorrente do ato ilícito admitido pela empresa colaboradora. Com efeito, não afeta a possibilidade de o ente lesado adotar medidas para ressarcimento de danos não tratados no acordo ou de o TCU imputar débitos e apurar a responsabilidade financeira daqueles que deram causa a prejuízo ao erário. Como explicita Alves (2018, p. 174-175):

O eventual ressarcimento dos prejuízos decorrentes dos atos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas, no âmbito dos processos administrativos instaurados pela administração pública ou pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, na esfera federal, não constitui óbice à atribuição constitucional do TCU de julgar as contas dos responsáveis, que, por óbvio levará em conta o valor devolvido na decisão final quanto ao valor do débito.

Para evitar ressarcimento em duplicidade, podem ser estipuladas cláusulas que permitem compensações de valores cobrados em instâncias

distintas, decorrentes do mesmo fato gerador e sob a mesma rubrica de ressarcimento, como para, mediante um juízo equitativo, ser utilizado como parâmetro para fixação de reparação de danos

Como visto, a declaração de nulidade do ato poderia ensejar inclusive a restituição de todos os valores desembolsados, por força do art. 59 da Lei nº 8.666/1993. No entanto, tal alternativa traria inúmeras discussões acerca de enriquecimento ilícito da própria administração pública, uma vez que usufruiria das obras e serviços prestados pelo contratado sem qualquer contraprestação.

Como aponta Chinelato (2018, p. 124), os tribunais americanos não exigem precisão na definição da quantia a ser restituída, mas uma apuração razoável dos lucros que teriam sido efetivamente realizados e que tenham sido diretamente relacionados com o ato ilícito.

A previsão de restituição dos lucros indevidos nos acordos de leniência segue prática internacional, como se depreende de estudo realizado pelo Banco Mundial (OECD 2014, p. 72), o qual aponta que, em acordos de natureza civil e administrativa que envolvam suborno transnacional, 60,2% do total dos valores pagos consistia na devolução de ganhos indevidos.

Em relação à autocomposição de conflitos que envolvam casos de suborno transnacional, outro estudo (OECD 2019) aponta que 71% dos sistemas de soluções consensuais permitem que a aplicação de multa e de confisco seja realizada no mesmo procedimento. Conforme o estudo, há diferenciação exata entre os valores aplicados a título de multa daqueles relacionados ao confisco.

Nesse contexto, a adoção de metodologia focada em apuração de dano, com padrões distintos daqueles adotados por outras jurisdições, pode prejudicar a coordenação entre autoridades em casos multijurisdicionais, essencial para adequada solução de conflitos que envolvam suborno transnacional.

No âmbito do TCU, a possibilidade de aplicação de sanção de perda de lucros foi objeto do Acórdão nº 129/2020-Plenário, no qual a Corte de Contas concluiu pela impossibilidade de aplicação de perda de lucros em sede de tomada de contas especial.

A partir de análise dos efeitos do art. 19 da Lei nº 12.846/2013, do art. 12 da Lei nº 8.429/1992 e do art. 91 do Código Penal, o Tribunal reconheceu a natureza punitiva da devolução do lucro obtido mediante fraude às licitações e a ausência de competência legal para a aplicação dessa sanção pelo Tribunal de Contas da União (p. 8-9):

Outrossim, julgo que falta competência legal a este Tribunal para deliberar sobre a restituição do lucro espúrio recebido pelo consórcio

contratado. O TCU não pode aplicar sanções sem a devida previsão legal, nos termos do art. 5º, incisos II, XXXIX e XLVI, da Constituição Federal. Em obséquio ao princípio da reserva legal, não é dado à administração pública aplicar penalidades administrativas sem respaldo em lei formal. A Lei Orgânica do TCU não possui capitulação análoga à existente nas Leis 8.429/1992 e 12.846/2013, que estabelecem perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio dos envolvidos nos atos de improbidade administrativa ou lesivos contra a administração pública, respectivamente.

23. Ainda nessas leis, a competência para a aplicação da pena de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio é privativa ao Poder Judiciário, mediante o devido processo legal, diferentemente do que ocorre no processo de tomada de contas especial, em que as decisões desta Corte de Contas possuem eficácia de título executivo.

Embora tenha reconhecido a natureza de sanção do perdimento do lucro dos contratos, outro fundamento acolhido pela Corte de Contas diz respeito à possibilidade de compensação das verbas devolvidas a tal título com os danos efetivos possivelmente apurados em relação ao mesmo fato.

Nessa ocasião, o tribunal retomou antigo entendimento firmado em decisão anterior (Acórdão 892/2019-Plenário, que apreciou embargos de declaração opostos contra o Acórdão 2.677/2018-Plenário), no sentido de que os pagamentos efetuados no âmbito dos acordos de leniência e de colaboração, a título de ressarcimento de danos, multas de natureza indenizatória ou confiscos, podem ser considerados para amortização dos valores dos débitos imputados na tomada de contas especial apurados contra os responsáveis colaboradores, desde que configurada a identidade dos fatos geradores e do cofre credor.

Dessa forma, mesmo reconhecendo a natureza sancionatória do perdimento de lucros, o TCU avalia a possibilidade de compensação dos valores fixados em acordo de leniência em sede de apuração de dano concreto. Não há, portanto, impossibilidade de coexistência de ambos institutos.

Por fim, em relação à atuação do Ministério Público, ainda que a Lei nº 12.846/13 não tenha reconhecido competência expressa para a celebração de acordos de leniência, tornou-se prática realizar acordos com pessoas jurídicas, especialmente em conjunto com acordos de colaboração premiada de pessoas físicas vinculadas à pessoa jurídica infratora.

Em relação a pagamento de valores, ainda que o Ministério Público Federal não tenha orientação quanto parâmetros para cálculo

de ressarcimento ou discriminação entre sanção e ressarcimento, a Nota Técnica 01/2017 indica que o pagamento em dado caso concreto pode ser apenas um adiantamento de caráter parcial do ressarcimento, que não dá quitação e não é requisito do próprio acordo. Dessa forma, também há preocupação em indicar os valores fixados em tais instrumentos como adiantamento de dano, evitando-se cobrança em duplicidade.

3 DO ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA

No dia 06 de agosto de 2020, anunciou-se a assinatura de acordo de cooperação técnica entre a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Tribunal de Contas da União (TCU) para o combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846/2013.

O preâmbulo do referido instrumento revela a finalidade do acordo: coordenar a atuação de diversas esferas de exercício do poder sancionatório do Estado:

Percebe-se assim que, no que tange à função estatal de prevenção e combate à corrupção, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro é dotado de um sistema de múltiplas camadas de competências e responsabilidades, com independência relativa ou mitigada entre elas. E nesse sistema com múltiplas esferas de responsabilidade vários são os órgãos ou instituições públicas com atribuição e competência para exercer parcela do poder sancionatório do Estado, sem a existência de hierarquia ou subordinação entre eles.

Nesse contexto, dada a natureza multifacetária e plural dos atos de corrupção, esses atraem a incidência de um verdadeiro sistema de responsabilização que demanda a atuação articulada de várias instituições para combatê-la. Dentro deste sistema, destacam-se (i) as instituições com poder de investigação e persecução penal (no nível federal através da Polícia Federal e Ministério Público Federal); (ii) as instituições encarregadas de promover ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa (no plano federal através do Ministério Público Federal e os entes públicos lesados, notadamente a União representada pela Advocacia-Geral da União); (iii) as instituições comissionadas legalmente para exercer as funções próprias ao controle interno, à persecução administrativa nos termos da Lei nº 12.846/2013 e à prevenção e combate à corrupção (no âmbito do Poder Executivo

federal, a cargo da Controladoria-Geral da União); bem como (iv) as instituições incumbidas do controle externo dos demais Poderes (que no âmbito federal é exercido pelo Tribunal de Contas da União).”

Em relação à natureza dos valores a serem fixados nos acordos, a necessidade de discriminação correta de cada rubrica foi erigida à condição de princípio:

Nono princípio: da objetividade dos parâmetros para fixação proporcional e razoável dos valores a serem pagos a partir de, ao menos, dois tipos de rubricas: (i) rubrica de natureza sancionatória, referente às multas da Lei nº 12.846, de 2013, e da Lei nº 8.429, de 1992; e (ii) rubrica específica referente a uma estimativa justa e consensual dos valores a serem ressarcidos, considerando a necessidade de se dar efetividade à recuperação de ativos e observadas as condições subjetivas do colaborador;

Dessa forma, o ACT afasta o estabelecimento de rubricas genéricas, que não permitem exatamente a verificação de como foi exercido o poder sancionador no caso concreto. Nesse sentido, considera-se que o referido princípio do ACT traz avanços na uniformização da terminologia dos acordos, essencial para permitir que o TCU e os entes lesados entendam adequadamente quais foram os parâmetros utilizados para a construção dos valores e avaliem os reflexos nos procedimentos de sua competência.

Tal diferenciação é essencial para a aplicação da sexta ação operacional prevista no ACT:

Sexta ação operacional: as SIGNATÁRIAS DO ACT buscarão estabelecer mecanismos de compensação e/ou abatimento de multas (sanções) pagas pelas empresas em condutas tipificadas em mais de uma legislação, assim como, para evitar pagamentos ou cobranças em duplicidade, procurarão estabelecer mecanismos de compensação e/ou abatimento de valores de ressarcimento quando destinados aos mesmos entes lesados e originários dos mesmos fatos.

Observa-se um esforço em promover um diálogo institucional para que o compromisso assumido pela pessoa jurídica infratora de restituir os lucros indevidos seja devidamente levado em consideração em procedimentos que apurem o dano pelo mesmo fato.

Todavia, o ACT avançou ainda mais nessa seara ao prever, em sua segunda ação operacional, que a CGU, a AGU e o TCU buscarão

parametrizar metodologia específica para apuração de eventual dano a ser endereçado em negociação para acordo de leniência. Há uma expectativa, portanto, que a análise relativa a dano seja aprofundada nas próprias negociações da leniência e que haja condições de que o TCU se pronuncie e, de forma definitiva, possa dar quitação de dano que houver sido estimado:

(2) concluindo a CGU/AGU que o acordo está em condições de ser assinado e ainda não havendo manifestação do TCU, este será comunicado para que se manifeste em até 90 (noventa) dias acerca da possibilidade de não instaurar ou extinguir procedimentos administrativos de sua competência para cobrança de dano em face de colaboradora, por considerar que os valores negociados atendem aos critérios de quitação de ressarcimento do dano;

(3) Havendo manifestação do Tribunal de Contas da União no sentido de considerar que os valores negociados no acordo satisfazem aos critérios estabelecidos para a quitação do dano por ele estimado, o tribunal dará quitação condicionada ao pleno cumprimento do acordo.

Na efetivação do acordo de cooperação técnica, este ponto parece ser o principal desafio imposto às instituições celebrantes, uma vez que a metodologia atual prevista na Instrução Normativa nº 2, de 16 de maio de 2018, não contempla uma discussão aprofundada sobre dano, pelos motivos já expostos neste artigo.

Por outro lado, deve-se reconhecer que a tentativa de criação de parâmetros para ressarcimento pode trazer maior segurança jurídica para as empresas colaboradoras, tendo em vista maior previsibilidade quanto às repercussões financeiras de suas condutas.

Além disso, diante da ausência de atribuição legal para celebração de acordo de leniência por parte do TCU e dos benefícios decorrentes da adoção de mecanismos consensuais para solução de controvérsias, considera-se legítima a preocupação do TCU de que os acordos de leniência também possam trazer resoluções adequadas para os procedimentos de tomadas de contas em trâmite no tribunal.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Extraordinário 636.886/AL- Alagoas (STF, 2020, pgs. 15/16), no qual o STF reconheceu que “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”, a Suprema Corte exaltou a necessidade de os atores políticos envidarem esforços para redução do tempo dos processos em trâmite no TCU:

Em primeiro lugar, cabe ao Tribunal de Contas, em particular, e a todos os agentes políticos, de modo geral, evitar esforços para que haja a redução do tempo dos processos na referida Corte. Penso não ser legítimo o sacrifício de direitos fundamentais dos indivíduos, como forma de compensar a ineficiência da máquina pública.

No entanto, é imprescindível que a boa intenção de apurar de forma célere danos causados à administração pública não prejudique outros pilares do acordo de leniência, especialmente relacionado à efetividade na apuração dos ilícitos, com a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa. Com efeito, é possível que a existência de um prejuízo efetivo seja identificada somente após o aprofundamento das apurações, sem que haja elementos suficientes para o tribunal avaliar se é possível conceder a quitação do dano.

Outra hipótese é que o TCU entenda que os valores fixados a título de restituição de lucro, em alguns casos, podem ser suficientes para o encerramento ou não instauração de tomada de contas especial. Nesse caso, haveria um aproveitamento parcial do acordo em relação à quitação, que já seria útil pela possibilidade de priorização dos procedimentos em que seja necessário um maior aprofundamento pelo tribunal.

Nesse contexto, o ACT traz, de um lado, como quarto princípio a busca do consenso entre as SIGNATÁRIAS DO ACT quanto à apuração e eventual quitação de danos decorrentes de fatos abrangidos no acordo, ao mesmo tempo em que, de outro, reconhece como sétimo princípio a busca do interesse público na avaliação da vantajosidade da proposta de acordo para a Administração Pública, devendo-se analisar quais seriam os custos e o resultado útil das medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.

Um dos pontos essenciais para sucesso do ACT é a elaboração de uma metodologia que alcance um ponto de equilíbrio entre os mencionados princípios e permita que a celebração de acordos de leniência continue a ser efetiva. Caso não se compreendam as limitações inerentes ao instrumento, há o risco de que os mesmos problemas que prejudicam a efetividade dos procedimentos tradicionais de apuração de dano coloquem em risco a celebração de novos acordos e a possibilidade de se obter um nível razoável de recuperação de ativos desviados por força da corrupção.

4 CONCLUSÃO

No presente texto destacou-se, de início, a existência de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil que demandam o confisco de bens obtidos ou provenientes da prática dos delitos contra a administração pública e instrumentos internos que permitem o cumprimento desse compromisso.

Uma das formas de efetivar o perdimento de valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio é a aplicação da restituição dos lucros indevidos, quando analisados ilícitos relacionados a contratos administrativos. Trata-se de metodologia adotada internacionalmente e adequada para mecanismos de resolução consensual de conflitos, com bons resultados no combate à corrupção.

Na restituição de lucros decorrentes de acordo de leniência, ainda que o procedimento tenha a natureza de procedimento administrativo sancionador, os valores devolvidos diretamente às vítimas passam a ter natureza de ressarcimento.

O compromisso na restituição dos lucros aos entes lesados deve ser levado em consideração na cobrança de danos apurados concretamente, na medida em que se admite a compensação de valores relacionados aos mesmos fatos e com a mesma rubrica.

Em um sistema que enfrenta diversos desafios relacionados à apuração e quantificação de dano, a adoção da metodologia de devolução de lucros como parâmetro de aplicação da pena de perdimento serve como instrumento efetivo para garantir um ressarcimento razoável, sem prejuízo da apuração e da cobrança de danos que superem os valores acordados.

Nesse contexto, conclui-se que o acordo de cooperação técnica trouxe importante avanço nos diálogos entre o acordo de leniência, principal mecanismo consensual de responsabilização da pessoa jurídica, e outros instrumentos de direito sancionador contencioso, tais como as tomadas de contas especiais de competência do Tribunal de Contas da União. No entanto, o acordo também trouxe grandes desafios às instituições celebrantes ao propor metodologia de apuração de dano no bojo do acordo de leniência.

Dessa forma, a possibilidade de colocar o ACT em prática e de forma efetiva demanda a correta compreensão acerca da finalidade e das limitações do instrumento de acordo de leniência, assim como de ajuste de expectativas quanto à sua viabilidade como mecanismo de apuração de dano. Nesse sentido, ainda que as instituições adotem os seus melhores esforços e cumpram o ACT dentro do espírito de cooperação que norteou a celebração do acordo, pode haver frustração nos resultados esperados se forem completamente descartadas metodologias adequadas ao rito dos acordos de leniência, tais como a restituição dos valores de lucros indevidos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. Análise da juridicidade do controle dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção empresarial pelo Tribunal de Contas da União. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 17, m.02 155-182, abr/jun. 2018.

BRASIL. *Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Tribunal de Contas da União (TCU) para o combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei 12.846/2013*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E73726BD20173C539FB925300>. Acesso em: 15 Ago. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 4410/2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso: em 15 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 5480/2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5480.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 5687/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. Presidência, Controladoria-Geral da União. Brasília: CGU, 2007.

BRASIL. *Nota Técnica nº 01/2017 – 5ª CCR, sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal*. Brasília: MPF, 2007. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *ACÓRDÃO Nº 129/2020 – TCU – Plenário*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 5/5/2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2390637%22>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. *Lei 12.846/2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8666/1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8429/1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CANO, Carlos Aymerich. *O dever de deixar sem efeito os contratos afetados por atos de corrupção*. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/59315/35394>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CHINELATO, João Marcelo Torres. Do dever de restituir o lucro decorrente da lesão a direitos coletivos. *Advocacia-Geral da União 25 anos: o Brasil com segurança jurídica*, v.10 n.3, 07/2018 a 09/2018.

OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention* Disponível em: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm Acesso em: 15 ago. 2020.

OECD (2014). *Left out of the bargain: settlements in foreign bribery cases and implications for asset recovery* / Jacinta Anyango Oduor, Francisca M.U. Fernando, Agustin Flah, Dorothee Gottwald, Jeanne M. Hauch, Marianne Mathias, Ji Won Park, Oliver Stolpe. Disponível em: <https://star.worldbank.org/publication/left-out-bargain-settlements-foreign-bribery-cases-and-implications-asset-recovery>. Acesso em: 15 ago. 2020.

OECD (2012), *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: Revised edition*, February 2012, OECD Publishing, Paris, Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264174801-en>. Acesso em: 15 ago. 2020.

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? R. *Fórum de Dir. Civ. – RFDC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5283/3367>. Acesso em: 15 ago. 2020.

SAADI, Ricardo Andrade; MACHADO, Diogo de Oliveira. Os valores da corrupção: administração de bens apreendidos e confiscados. *Rev. direito GV*, [online]. 2017, v.13, n.2 [cited 2020-07-26], pp.484-519. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200484&lng=en&nrm=iso>. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201719>. Acesso em: 15 ago. 2020.

SOARES, Pedro Vasques. Atribuições e cooperação em leniência: a busca do arranjo institucional. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5411, 25 abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64573>. Acesso em: 15 ago. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL : *REsp 1.698.701 RJ (2017/0155688-5)*. Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/recurso-especial-resp-686209-rs-2004-0111329-9-stj>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

STF. *Recurso Extraordinário nº 636886*. Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020). Acesso em: 15 ago. 2020.

WILLEBOIS, Emile van der Does de. *Using Civil Remedies in Corruption and Asset Recovery Cases*, 45 Case W. Res. J. Int'l L. 615 (2013) Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol45/iss3/6>. Acesso em: 15 ago. 2020.

WOODY, Karen. *"Declinations with Disgorgement" in FCPA Enforcement*, 51 U. MICH. J. L. REFORM 269 (2018). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol51/iss2/1>. Acesso em: 15 ago. 2020.

O PRINCÍPIO DO *FIRST COME FIRST SERVED* SOB A ÓTICA DA LEI Nº
12.846/2013

*THE PRINCIPLE OF FIRST COME FIRST SERVED UNDER
THE LAW 12.846/2013*

Rafael Formolo

Advogado da União. Pós-Graduado em Direito Administrativo

SUMÁRIO: Introdução; 1. Lei nº 12.846/2013 e seu Acordo de Leniência; 2. Principais características do acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013; 3. O Princípio do *First Come First Served*; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Lei nº 12.846/2013 introduziu ao ordenamento jurídico brasileiro o Acordo de Leniência com a finalidade de sancionar atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas. As autoridades competentes a firmar o acordo são a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União, as quais podem sancionar ilícitos previstos nas Leis nº 8.429/1992, nº 8.666/1993 e nº 12.846/2013. Entre os requisitos para se firmar o Acordo de Leniência aqui estudado, se destaca o da primazia, ou do *first come first served*, o qual explica que apenas a primeira pessoa jurídica a manifestar o seu interesse em cooperar pode firmar o acordo de leniência. No entanto, com a edição do Decreto nº 8.420/2015 tal princípio foi relativizado, sendo exigido apenas quando tal circunstância for relevante. Ocorre que a legislação não definiu quando a circunstância é relevante. Deste modo, havendo a prática de atos ilícitos conjuntamente por mais de uma pessoa jurídica, e, não sendo o caso de circunstância relevante para o caso, tanto a primeira como a última empresa, poderão, eventualmente, firmar acordo de leniência. Assim, com a finalidade de estimular a corrida por ser a primeira pessoa jurídica a manifestar o interesse em cooperar, este estudo traz alternativas de incentivo para a pessoa jurídica que observar o princípio do *first come first served*.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Acordo de Leniência. Autoridade Competente. Princípio da Primazia. *First Come First Served*. Tratamento Diferenciado.

ABSTRACT: Law 12.846/2013 introduced the Leniency Agreement to the Brazilian legal system, which aims to sanction acts of corruption practiced by legal entities. The competent authorities to sign the agreement are the Comptroller General of the Union and the Attorney General's Office, which can sanction illegal acts provided for in Laws 8,429/1992, 8,666/1993 and 12,846/2013. Among the requirements to sign the Leniency Agreement studied here, the primacy, or first come first served, stands out, which explains that only the first legal entity to express its interest in cooperating can sign the leniency agreement. However, with the enactment of Decree 8,420/2015, this principle has been put into perspective, being required only when such circumstance is relevant. It so happens that the legislation did not define what when the circumstance is relevant. In this step, if illicit acts are carried out jointly by more than one legal entity, and, if the case is not relevant to the case, both the first and the last company, may eventually enter into a leniency agreement. Thus, in order to stimulate the race for being the first legal entity to express an interest in cooperating, this study brings alternatives of incentive for the legal entity that observes the principle of first come first served.

KEYWORDS: Corruption. Leniency Agreement. Competent Authority. Principle of Primacy. First Come First Served. Differentiated Treatment.

INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei nº 12.846/2013, às autoridades brasileiras foi posto à disposição um novo instrumento de combate à corrupção, que é o acordo de leniência da LAC.

A norma estabeleceu a Controladoria-Geral da União como órgão com competência legal para firmar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal. No entanto, como é sabido, o leque de normas sancionatórias do ordenamento jurídico brasileiro é amplo, e, caso a pessoa jurídica firmasse acordo de leniência apenas com a CGU, não ficaria resguardada de receber sanções por violação de outras normas, tais como a Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 8.429/1992.

Em razão disso, visando dar maior segurança jurídica ao acordo de leniência da LAC, a Advocacia-Geral da União, órgão legitimado a propor ações de improbidade administrativa na hipótese de a União ser a pessoa jurídica lesada, passou a compor, juntamente com a CGU, as negociações dos acordos de leniência.

Entre os inúmeros requisitos legais e infralegais para que se venha a firmar um acordo de leniência com a CGU e AGU, aprofunda-se, neste estudo, a exigência legal da empresa ser a primeira a manifestar o interesse em cooperar, também conhecido como *First Come First Served*.

Segundo este princípio, de origem no direito antitruste, apenas a primeira empresa a manifestar o interesse em cooperar pode firmar o acordo de leniência. No entanto, tal princípio foi relativizado no âmbito do acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013, tendo o Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a LAC, determinado que tal princípio só é exigido quando tal circunstância for relevante.

A justificativa para a relativização teve fundamento na argumentação de que este princípio era originalmente destinado ao combate de cartéis, e, sendo assim, como os ilícitos antitruste e de corrupção possuem racionalidade distintas, não cabe a aplicação pura e simples o princípio do *first come first served* aos ilícitos previstos na LAC.

Portanto, após a regulamentação da norma pelo Decreto, percebe-se que o cumprimento do princípio *first come first served* perdeu força de exigibilidade, uma vez que não existe conceito determinado do que consiste a circunstância ser relevante ou não.

Deste modo, com a finalidade de não deixar que este princípio perca sua aplicabilidade, este estudo propõe a criação de mecanismos de tratamento

diferenciado e menos benéfico para as pessoas jurídicas retardatárias, ou seja, aquela que não forem as primeiras a manifestar, criando assim um cenário de incentivo ao cumprimento do princípio ora discutido.

1 LEI Nº 12.846/2013 E SEU ACORDO DE LENIÊNCIA

A Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC), foi editada em meio à turbulência social e política em que o Brasil se encontrava no período, tempo em que a sociedade clamava por uma transformação moral tanto na seara pública quanto privada. O Poder Público, visando dar uma resposta à sociedade, introduziu ao ordenamento jurídico a LAC, norma que trouxe mecanismos para responsabilizar e sancionar pessoas jurídicas que cometam algum ato de corrupção *lato sensu*.

Entre esses mecanismos trazidos pela LAC, destaca-se o Acordo de Leniência. Este é compreendido como o instrumento de apuração de ilícitos por meio do qual a pessoa jurídica admite de forma espontânea a prática de ilícito e coopera com as investigações administrativas, e a partir disso, passa a ter a oportunidade de pleitear a atenuação ou mesmo a isenção de determinadas sanções cabíveis, em especial o impedimento de contratar com a administração pública.

Segundo destaca a doutrina moderna sobre Acordos de Leniência no Brasil (ATHAYDE, 2019, p.30) pode-se justificar a instituição de um Programa de Leniência por sete fundamentos: a detecção de práticas ilícitas; a obtenção de provas; a eficiência e a efetividade investigativa; a cessação da infração; a sanção dos demais infratores; a reparação e ressarcimento dos danos; e a dissuasão de práticas ilícitas futuras.

Explicado no que consiste o Acordo de Leniência, bem como quais são os principais fundamentos para instituir um Programa de Leniência, importante esclarecer as principais características do Acordo, quais sejam: autoridade competente, quais ilícitos podem fazer parte do escopo do acordo e os seus requisitos centrais.

2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI Nº 12.846/2013

2.1 DA AUTORIDADE COMPETENTE

Segundo disciplina a legislação aqui em estudo¹, compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebrar acordo de leniência,

1 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, no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como nos casos de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira, essa competência é dada à Controladoria-Geral da União - CGU².

Dessa maneira, ao firmar acordo de leniência, a empresa tem isenção ou atenuação de algumas das possíveis penalidades a serem aplicadas em razão de ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013 e na Lei nº 8.666/1993, vide artigos 16, § 2º, e art. 17 da LAC. No entanto, como o ordenamento jurídico brasileiro é muito amplo, a empresa ainda se via como possível destinatária das penalidades previstas na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992 – LIA).

Diante desse cenário, a Advocacia-Geral da União – AGU - passou a participar dos acordos de leniência, visando ampliar o escopo destes, de modo a deixá-los mais robustos e mais coerentes com o microsistema nacional de combate à corrupção.

Sobre este ponto, importante esclarecer que a competência da AGU para atuar nos Acordos de Leniência decorre da própria Constituição da República Federativa do Brasil que estabelece competir à Advocacia-Geral da União a representação judicial e extrajudicial da União – art. 131. Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Complementar nº 73/1993 em seu art. 4º, inciso VI, dispondo que são atribuições do Advogado-Geral da União “desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente.”

A Advocacia-Geral da União como órgão legitimado para propor a ação judicial de ato de improbidade administrativa na hipótese de a União ser a pessoa jurídica lesada³, bem como para propor a ação judicial da Lei nº 12.846/2013, possui atribuição não apenas para a propositura destas, mas também para atuar na seara negocial, acerca dos ilícitos que poderiam ser objetos das eventuais ações judiciais.

Assim, é possível dizer que os Acordos de Leniência possuem efeitos mais amplos do que os previstos no § 2º do art. 16 e 17 da LAC⁴, uma vez

2 § 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

3 Lei nº 8.429/1992

[...]

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

4 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

que se discutem as penalidades e ações judiciais decorrentes de atos de improbidade administrativa – Lei nº 8.429/1992.

Desta maneira, diante do reconhecimento da necessária participação da Advocacia-Geral da União nos Acordos de Leniência, editou-se em 2016 a Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278, que inicialmente tratou das negociações conjuntas entre AGU e CGU, sendo esta norma revogada pela Portaria Conjunta nº 4 de agosto de 2019, instrumento normativo que atualmente define os procedimentos para negociação, celebração e acompanhamento dos acordos de leniência de que trata a Lei nº 12.846/2013, no âmbito da Controladoria-Geral da União e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União.

2.2 DOS ILÍCITOS TRATADOS NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA FIRMADOS PELA CGU E AGU

Segundo disciplina a própria norma (art. 16, *caput* e 17 da LAC), os Acordos de Leniência firmados pela CGU e pela AGU se prestam a responsabilizar pessoas jurídicas por eventuais ilícitos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, bem como ilícitos constantes da Lei nº 8.666/1993.

Além disso, como foi mencionado acima, tendo em vista o microsistema de combate à corrupção, que busca trazer maior segurança jurídica para o instituto dos Acordos de Leniência, as pessoas jurídicas, ao firmarem acordo de leniência com a CGU e AGU, passaram também a ser responsabilizadas por eventuais atos de improbidade administrativa praticados.

Portanto, percebe-se que os acordos de leniência ora em estudo visam responsabilizar pessoas jurídicas por eventuais ilícitos capitulados em três normas, quais sejam: Leis nº 12.846/2013, 8.666/1993 e 8.429/1992.

2.3 DOS REQUISITOS LEGAIS E INFRALEGAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA FIRMADO PELA CGU E AGU

Fazendo uma análise conjunta do art. 16, *caput* e § 1º, da LAC, e artigos 28 e 30 do Decreto nº 8.420/2015, depreende-se que os requisitos do Acordo de Leniência são:

1. Identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber;
2. Obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração;

3. A pessoa jurídica seja a primeira a manifestar o interesse em cooperar para apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;
4. Cessação por completo do envolvimento no ato lesivo a partir da propositura do acordo;
5. Admissão da participação na infração;
6. Cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitado.

Tendo em vista o objeto deste estudo, opta-se por aprofundar a análise quanto ao requisito nº 3, ou seja, a pessoa jurídica ser a primeira a manifestar o interesse em cooperar, conhecido no direito pátrio como princípio da primazia, ou no âmbito internacional, *first come first served*.

3. DO PRINCÍPIO DO *FIRST COME FIRST SERVED*

3.1 DOS ASPECTOS GERAIS

Importado do direito concorrencial, e conhecido no direito pátrio como princípio da primazia, este princípio explica que apenas a primeira pessoa jurídica a manifestar o seu interesse em cooperar pode firmar o acordo de leniência.

Por ser um elemento de incentivo para que uma das empresas envolvidas no ilícito quebre o silêncio e descortine ao Estado o esquema de cartel, tal requisito é notadamente aplicado aos casos de cartel.

Segundo explica Amanda Athayde (2019, p. 83) “apenas a primeira empresa que procura a autoridade de defesa da concorrência (o CADE) é que poderá receber os benefícios”. Restando para as demais empresas que quiserem colaborar, porém não forem a primeira, o instituto do termo de compromisso de cessação (TCC – art. 85 da Lei nº 12.529/2011).

Nesse passo, tendo em vista a importação norte americana de alguns preceitos de leniência existentes no Brasil, interessante lembrar como funciona a aplicação do princípio em questão pelo *Department of Justice* (DoJ) no seu programa antitruste.

Segundo o *frequently asked questions about the antitrust division's leniency program and model leniency letters*⁵ do DoJ, em ambos os tipos de acordo leniência que podem ser firmados com as autoridades americanas

5 Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>. Acesso em: 15 jun. 2020.

(Tipo A e Tipo B)⁶, compreende-se que apenas à primeira pessoa jurídica a se qualificar será garantido eventual acordo de leniência. Concluem, portanto, que em razão disso, as companhias têm um grande incentivo para buscarem as autoridades o quanto antes.⁷

3.2 *FIRST COME FIRST SERVED* À LUZ DA LEI Nº 12.846/2013

Como já mencionado anteriormente, a legislação trouxe como primeiro requisito para que o Acordo de Leniência da LAC seja celebrado, o de que a empresa seja a primeira a manifestar o seu interesse em cooperar para apuração do ato ilícito (art. 16, § 1º, I, da LAC).

No entanto, como tal requisito tem por origem os casos de prática de cartel, e, como visto no item 2.2 os ilícitos tratados no acordo de leniência com fundamento na LAC não visam responsabilizar os ilícitos concorrenciais, passou-se a questionar se tal requisito seria imprescindível para a celebração dos acordos de leniência firmados pela CGU e AGU.

A doutrina (AYRES E MAEDA, 2015 *APUD* ATHAYDE, 2019, P. 268) PONDERA QUE:

ao tomar emprestado o dispositivo originalmente destinado ao combate de cartéis, o legislador brasileiro tratou da mesma forma os ilícitos antitruste e de corrupção, esquecendo-se que as Leis Anticorrupção e Antitruste possuem racionalidades distintas.

Lembra-se que os ilícitos endereçados no âmbito do Acordo de Leniência aqui estudado não são necessariamente praticados de forma coletiva, o que pode ensejar interpretação na direção da inexistência de fundamento para exigir a observância à primazia como requisito imprescindível para celebração do eventual acordo.

Nesse sentido, o Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei nº 12.846/2013, trouxe uma atenuação ao princípio do *first come first served*, vejamos o teor do dispositivo:

Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá:

6 Tipo A – Aquela em que a empresa reporta o ilícito antes de qualquer conhecimento das autoridades; Tipo B – Aquela em que a empresa reporta o ilícito após as autoridades já possuírem informações sobre os fatos.

7 4. Can more than one company qualify for leniency? No. Under both Type A Leniency and Type B Leniency, only the first qualifying corporation may be granted leniency for a particular antitrust conspiracy. [...] Therefore, companies have a huge incentive to make a leniency application as quickly as possible.

I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, *quando tal circunstância for relevante*; (Grifo nosso)

Diante da regulamentação acima colacionada, nasceu discussão doutrinária no sentido de avaliar se o decreto extrapolou ou não os limites normativos estabelecidos na lei ordinária. Ademais, importante destacar que não houve um aprofundamento acerca do conceito de circunstância relevante, ficando, portanto, a cargo das autoridades estipular quando a circunstância é ou não relevante. Esta ausência de conceito acerca da circunstância relevante, de fato, atrai certa instabilidade para o instituto, podendo existir interpretações diferentes para casos semelhantes.

Nesse passo, não obstante as ponderações acima, o fato é que o dispositivo do decreto está em vigor e é plenamente aplicado pela Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União no âmbito das negociações dos acordos de leniência.

Portanto, na hipótese de mais de uma pessoa jurídica estar envolvida em ilícitos que podem ser tratados no âmbito do acordo de leniência firmados pela CGU e AGU, quando a circunstância não for relevante, eventual acordo poderá ser firmado com mais de uma empresa.

No entanto, pode-se questionar que na hipótese de ilícitos em que haja atuação coletiva de pessoas jurídicas, tendo em vista as normas vigentes e a interpretação que rege os acordos de leniência atualmente, não haveria estímulo para que uma delas rompa com o silêncio e traga às autoridades os fatos ilícitos, dado que, a priori, todas receberão tratamento igualitário ao negociarem um acordo de leniência, exceto quando o princípio da primazia for considerado circunstância relevante.

Assim, ainda que o acordo de leniência possa ser firmado com outras pessoas jurídicas que não a primeira a manifestar o interesse, entende-se que as empresas retardatárias devem ter tratamento menos benéfico em comparação com a empresa que observe o princípio da primazia, tornando o sistema mais interessante e quem sabe mais eficaz.

3.3 DO TRATAMENTO DIFERENCIADO PELA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO *FIRST COME FIRST SERVED*

Como visto anteriormente, no âmbito dos acordos de leniência firmados com fundamento na Lei nº 12.846/2013, o princípio do *first come first served* somente é exigido quando tal circunstância for relevante. Porém, como dito no item anterior, não há definição de quando a circunstância

é ou não relevante, o que pode ensejar inaplicabilidade do requisito ou interpretações distintas para casos com escopo equivalente.

Diante do cenário posto, visando trazer maior efetividade ao princípio ora estudado, as autoridades podem estabelecer tratamento menos benéfico para as empresas retardatárias, posto que, se durante a negociação tiverem tratamento igualitário ao da primeira empresa, não existirá estímulo para que uma das pessoas jurídicas envolvidas nos ilícitos tenha a iniciativa de romper o silêncio.

Assim sendo, entre as alternativas para tratamento menos benéfico pode-se ter: menor desconto nas multas aplicadas no acordo; impossibilidade de parcelamento do pagamento do acordo ou que exista um limite de parcelas; e impossibilidade de desconto na rubrica do lucro a ser ressarcido.

Sem o intuito de esgotar as possíveis alternativas, verifica-se que apenas com as sugestões acima apresentadas se criaria um cenário de maior disputa com o objetivo de ser a primeira empresa a manifestar o interesse de colaborar, o que, de certa maneira, seria benéfico para o sistema de leniência da Lei nº 12.846/2013.

Portanto, a implementação de um tratamento diferenciado visando a observância do princípio do *first come first served*, pode ser um instrumento que torne mais célere a busca das autoridades pelas pessoas jurídicas, quando mais de uma está envolvida nos ilícitos, o que, por conseguinte, tornaria o Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013 mais eficiente e atraente.

4 CONCLUSÃO

A Lei nº 12.846/2013 fortaleceu o combate à corrupção no Brasil, tendo como destaque de inovação decorrente da legislação o acordo de leniência, que é firmado pela Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União.

Por se tratar de instituto recente, no que toca ao acordo de leniência com finalidade de combate à corrupção, evidente que passa por processo de aperfeiçoamento e amadurecimento.

Sendo assim, e diante do que foi apresentado no item 3.3, a implementação de um regramento de tratamento diferenciado para as empresas que não sejam a primeira a procurar as autoridades pode fazer com que o princípio da primazia seja melhor aplicado, sem conduto, violar os dispositivos que atualmente regulamentam o Acordo de Leniência.

Por fim, é importante deixar claro que não se está defendendo que apenas a primeira pessoa jurídica a se manifestar possa firmar acordo de leniência, mas que exista um tratamento mais benéfico para a empresa que observe o princípio do *first come first served*.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil - Teoria e Prática*. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2019.

[HTTPS://WWW.JUSTICE.GOV/ATR/PAGE/FILE/926521/DOWNLOAD](https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download).
ACESSO EM: 15 JUN. 2020.

CONSENSUALIDADE E O DIREITO SANCIONADOR: ADEQUAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO FATOR LIMITANTE DO PODER PUNITIVO ESTATAL

*CONSENSUALITY AND PUNITIVE RIGHT: ADEQUACY
OF CONSENSUS SPACES TO FUNDAMENTAL RIGHTS
AND GUARANTEES AS A LIMITING FACTOR OF STATE
PUNITIVE POWER*

Raniere Rocha Lins

Advogado da União com atuação no Departamento de Patrimônio Público e Probidade da Procuradoria-Geral da União. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Pós-Graduado em Prática Processual nos Tribunais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Consensualidade e sua (in) compatibilidade com o Direito Sancionador: adequação aos limites impostos ao Poder Punitivo do Estado pelos Direitos e Garantias Fundamentais; 1.1 Argumentos contrários ao uso da consensualidade no exercício do Poder Punitivo do Estado; 1.2 Argumentação favorável à utilização de espaços de consenso no âmbito do Direito Sancionador; 2 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo busca, a partir de revisão bibliográfica, aclarar os motivos pelos quais o Estado passou a estabelecer uma ponte de diálogo com as partes na repressão de ilícitos. E até que ponto esse diálogo/consensualidade é compatível com o Direito Sancionador à luz dos limites impostos ao poder punitivo estatal pelos direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Consensualidade. Direito Sancionador. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: Based on a bibliographic review, this article seeks to clarify the reasons why the State started to establish a dialogue with the parties in the reproof of illicit acts. And to what extent this dialogue is compatible with punitive right in light of the limits imposed on the state's punitive power for fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS: Consensuality. Punitive Right. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

Alinhando-se à ideia do estímulo a soluções dialógicas, o Direito Sancionador Brasileiro desenvolveu ferramentas capazes de substituir os métodos tradicionais de aplicação das sanções previstas em lei pelas autoridades competentes por soluções de consenso entre as partes.

Incorporou-se a tendência mundial da Administração Pública Consensual (ou dialógica). Vale dizer, um Estado que privilegia a cooperação e o diálogo entre as partes, deixando de prevalecer a ideia de que o Direito Sancionador não abriria margem para negociações ou transações. Houve uma quebra de paradigma (HEINEN, 2015, p. 233).

Deveras, em prol de uma gestão pública mais moderna, apta a contemplar as emergentes necessidades da coletividade (PALMA, 2010, p. 11), e diante da insatisfação com os resultados até então obtidos, marcados muitas vezes pela morosidade, o Direito Sancionador buscou novos caminhos, que pudessem garantir respostas mais céleres e eficientes aos comportamentos desviados, com amplo destaque à consensualidade, rompendo-se, assim, o modelo clássico adversarial.

Há quem faça a associação desse movimento crescente também à globalização, que trouxe consigo uma demanda por eficiência. Moreira Neto retrata bem o tema com a seguinte lição:

Na elaboração da norma; na sua execução político-administrativa; na fiscalização da sua boa aplicação e na sua execução contenciosa, em todas as fases, a consensualidade é sinal de celeridade, de precisão e de acerto – numa palavra, de eficiência – que se espera do direito em tempos de mundialização (2006, p. 41-47).

Para além disso, pode-se entender que a globalização acendeu o fenômeno da importação de institutos de ordenamentos estrangeiros, na linha do que Vasconcellos chama de transplantes ou traduções legais (2014, p. 175)¹, considerando que zonas de consenso se revelam de grande incidência em países originados pela *common law*, tornando-se característica mais recente, da segunda metade do século XX para cá, em países que adotam a *civil law* (LEITE, 2013, p. 21)².

1 O autor destaca a influência da *common law* sobre o incentivo à introdução de mecanismos negociais na justiça criminal em regiões da Europa e da América Latina, como Itália, Alemanha e Brasil.

2 Os espaços de consenso surgiram a partir de experiências positivas no Direito Alienígena, o que fez o legislador brasileiro importá-los ao país. De certo modo há uma aproximação desses instrumentos de consensualidade com o sistema jurídico da *common law*, notadamente, o utilizado pelos norte-americanos, no qual o sistema acusatório rege-se, em grande parte, pela figura do *plea bargaining*, por meio do qual as

Com base nessa perspectiva, vários mecanismos de consensualidade foram criados no Direito Sancionador Brasileiro como ferramenta auxiliar do Estado na prevenção e repressão de atos ilícitos. Em regra, no campo do direito sancionador, os espaços de consenso levam: a) à não instauração do processo sancionatório; b) à suspensão do processo, com a imposição de condições ao infrator para que, uma vez cumpridas, haja a extinção processual ou; c) à substituição ou à redução da sanção aplicável ao final do processo (PALMA, 2010, p. 192)³.

No mesmo sentido, Vasconcellos destaca que a justiça consensual (ou negocial) se pauta pelo afastamento do acusado da posição de resistência, com a renúncia ao devido transcorrer do processo, implicando em regra o seu encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma de sua fase, com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção, em contraprestação a um benefício imputado ao agente (2014, p. 41)⁴.

Diante desse cenário, com cada vez mais presente a atuação consensual no campo do direito sancionador, a realidade nos impõe o dever de avaliar se é compatível esse modo de agir com o Poder Punitivo do Estado, buscando formas de conciliar o seu exercício aos limites impostos pelos Direitos e Garantias Fundamentais, previstos na Constituição Federal.

1. A CONSENSUALIDADE E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O DIREITO SANCIONADOR: ADEQUAÇÃO AOS LIMITES IMPOSTOS AO PODER PUNITIVO DO ESTADO PELOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO USO DA CONSENSUALIDADE NO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

A atuação consensual tem sido objeto de várias críticas, inflamando a sua capacidade de causar ofensas a premissas básicas do Estado Democrático de Direito, em especial, ao devido processo legal, do qual decorrem outros

partes envolvidas em ações penais dispõem com razoável liberdade a respeito do reconhecimento de culpa e da aplicação de sanções (PINTO, 2016, p. 52).

- 3 Palma, orientada pela doutrina italiana, faz a divisão dos acordos na Administração Pública em integrativos ou substitutivos. Os acordos integrativos correspondem aos acordos firmados entre a Administração Pública e o administrado com vistas a modelar o ato final, o qual, contudo, continua sendo de competência unilateral da Administração. Por sua vez, o acordo substitutivo –, substitui o provimento imperativo e unilateral pelo acordo de natureza consensual firmado entre Administração e administrado (2010, p. 119-120).
- 4 Aqui é válido destacar que autores têm feito a linha distintiva entre justiça consensual e negociada. Na justiça consensual há limites bem definidos para a atuação das partes, sendo a margem de discricionariedade delimitada por força normativa, sem tanta abertura de espaço para discussão fora dos parâmetros estabelecidos. Por sua vez, na justiça negociada as partes possuem mais autonomia para a formulação das propostas e na definição de seu conteúdo, havendo uma margem ampla de negociação (ANDRADE, 2018, p. 58).

direitos e garantias fundamentais, cuja titularidade beneficia aos acusados em geral e teriam por finalidade servir como instrumento de limitação do poder punitivo estatal (VASCONCELLOS, 2014, p. 322).

Nesse passo, chama-se a atenção para o risco de que a atuação consensual deságue num utilitarismo puro, pautado em discurso eficientista, que busca a punição a qualquer custo, de modo a relativizar os direitos e garantias fundamentais de proteção ao acusado (ALENCAR, 2017, p. 305).

E aqui é válido destacar que, malgrado o Direito Sancionador tenha espaço em diversos ramos do direito, cada um com sua especificidade, existe um conjunto de normas agrupáveis debaixo da categoria que se pode designar como Direito Processual Punitivo, aplicáveis a todas as esferas.

Isso porque as esferas de responsabilização se estruturam a partir de quatro elementos essenciais, vale dizer, os bens jurídicos tutelados, os ilícitos fixados, as sanções estatais oponíveis e o processo estatal regular a ser observado, organizados sistematicamente a partir de um núcleo básico principiológico que orienta o Estado no que toca ao exercício do seu poder punitivo (OLIVEIRA, 2018, p. 22).

Como nos ensina Osório, é possível avaliar, de forma, global, as garantias básicas do sistema repressivo, seja quando se trate de processos administrativos, seja quando se trate de processos judiciais, pois:

A garantia do devido processo legal indica já pelo ângulo formal, a necessária submissão do processo sancionador ao Estado de Direito, à legalidade, à segurança jurídica e a todas as cláusulas constitucionais que abrigam direitos fundamentais relevantes nas relações punitivas (2019, p. 406).

Nesse aspecto, os direitos e garantias fundamentais que decorrem do devido processo legal e que, geralmente, são referenciados como postos em xeque pela atuação consensual nas relações punitivas, são a ampla defesa e o contraditório, a presunção de inocência e o direito a não autoincriminação, além da falta de legítima voluntariedade na solução consensuada. Essa é a lição de Pereira ao exaltar a limitação desproporcional dos direitos e garantias fundamentais em prol de uma maior eficácia na persecução estatal, a saber:

A doutrina é prolífera na menção a princípios e garantias violados pelo recurso aos pentiti, podendo referir-se, entre outros: o direito ao silêncio, o papel do interrogatório como meio de defesa, o nexó retributivo entre pena e delito, o princípio de materialidade, a moralidade pública, ampla defesa e contraditório [...] igualmente encontram-se referências

doutrinárias de diversos direitos e garantias que seriam desatendidos na adoção do prêmio, podendo referir-se, entre outros: o princípio da igualdade, de estreita legalidade, ônus da prova, a publicidade e o contraditório (2013, p. 319).

Sob o primeiro prisma, iniciam-se as críticas destacando que a atuação consensual no Direito Sancionador não seria legítima, uma vez que não haveria propriamente uma composição das partes na formulação do acordo. Acredita-se que o poder de coerção do Estado desequilibraria a relação jurídica estabelecida, de modo a comprometer a livre manifestação de vontade do agente que se senta à mesa com o Poder Público (CASARA, 2015, p. 193).

Isso porque, sempre haveria a ameaça de o Estado se utilizar dos meios à sua disposição para encetar uma persecução mais veemente contra os infratores que se neguem ou desistam da via consensual (FERNANDES, 2005, p. 268)⁵.

Nesse ínterim, como no Direito Sancionador, em regra, os espaços de consenso se pautam pelo reconhecimento da culpabilidade do agente, tal fato ocasionaria a ofensa ao direito da não autoincriminação (VASCONCELLOS, 2014, p. 41-42). Com efeito, dados os vícios de vontade inerentes à consensualidade, acredita-se que o infrator se sentiria coagido ou pressionado a reconhecer sua culpabilidade, abdicando das suas garantias constitucionais, com vistas ao benefício prometido face à solução dialógica.

Outro ponto de crítica refere-se ao obstáculo ao exercício do direito de defesa, na medida em que os instrumentos consensuais levam o acusado a sair da sua posição de resistência à pretensão punitiva do Estado, inviabilizando eventualmente alegações aptas a afastar a aplicação de sanções pelo Poder Público (VASCONCELLOS, 2014, p. 61).

Com efeito, nutre esse pensamento o fato de que nas soluções de consenso se estabelece mecanismos de simplificação processual, alternativos procedimentais, justamente, com o fim de acelerar a resposta estatal à prática de ilícitos (LEITE, 2013, p. 63). Desse modo, medidas desse jaez afrontariam o devido processo legal, consubstanciado, notadamente, no exercício regular do contraditório e da produção probatória, pois incompatíveis ao desenvolvimento dos espaços de consenso.

A atuação consensual limitaria naturalmente o espaço do exercício do direito à defesa e de todos os seus direitos consecutórios, na medida em

5 Há autores que comparam à consensualidade no Direito Sancionador aos tempos de inquisição. Isso porque, impõe-se uma intimidação ao acusado para que reconheça sua culpabilidade, sob pena de uma sanção mais grave se respeitado o devido processo. Vale dizer, por meio de fatores de coação obtém-se a sua confissão, utilizando-se desta prova como fundamental para o juízo condenatório (CÓRDOBA, 2005 apud VASCONCELLOS, 2014, p. 172).

que a concessão ampla do seu exercício representaria verdadeiros entraves à eficiência e celeridade que se prega da solução consensuada.

Dada essa premissa, os mecanismos negociais seriam capazes de subverter a presunção de inocência, considerada uma das pedras de toque da configuração de um processo punitivo democrático, ao passo que não haveria a necessidade de produção de lastro probatório sólido, desincumbindo o Estado de colher elementos à aplicação da sanção (VASCONCELLOS, 2014, p. 172).

No mesmo sentido, Tulkens afirma que:

Se cada pessoa deve ser considerada inocente até que sua culpa seja estabelecida em um julgamento, o que acontece com a presunção de inocência quando o próprio acusado, nos estágios iniciais do procedimento, sinaliza a renúncia a tal princípio (2005, p. 710).

No modelo consensual, portanto, não haveria de se falar em uma apuração detalhada dos fatos, com vistas à verdade real (CASARA, 2011, p. 148). O reconhecimento da culpabilidade do agente supriria a ampla produção probatória, conferindo-se quase que valor absoluto à autoincriminação, de modo a expropriar os papéis de cada uma das partes (CASARA, 2015, p. 193).

Firme nessas compreensões, doutrinadores destacam que a atuação consensual seria incompatível com o Direito Sancionador, pois acarreta o afastamento do direito à prova, à defesa, à presunção de inocência, gerando inevitáveis distorções das relações jurídicas e das premissas do processo no Estado Democrático de Direito, este como instrumento de limitação do poder punitivo estatal (VASCONCELLOS, 2014, p. 304). Em poucas palavras, esse tipo de atuação estatal ensejaria a renúncia ou não exercício inconstitucional de direitos e garantias fundamentais caracterizados como indisponíveis (TÁVORA, 2009, p. 192).

Entre todos, cita-se Vasconcellos, crítico da atuação consensual no campo do Direito Penal. Para ele, o direito ao processo e ao julgamento seriam opções democráticas fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, visto que a culpabilidade só poderia ser afirmada após o transcorrer completo do procedimento, com o respeito às regras do devido processo legal, devidamente comprovada por meio de lastro probatório produzido licitamente e sob o crivo do contraditório. Nas suas lições:

A punição estatal depende inevitavelmente da comprovação da culpabilidade por meio de provas produzidas pelo acusador suficientes ao rompimento da presunção de inocência, em atenção aos princípios

da necessidade e da jurisdicionalidade; ou seja, a imposição de uma sanção penal pelo Estado depende indissociavelmente do processo (*nulla poena sine iudicio*). Consolidam-se, assim, a instrumentalidade do processo como limitação/legitimação do poder punitivo estatal, configurando-se ferramenta de proteção aos direitos fundamentais do imputado (2014, p. 334).

Não só isso, pontua-se ao risco de a atuação consensual ser a porta de entrada à lógica economicista ou de mercado no Direito Sancionador, causada pela busca desmedida por celeridade e eficiência. Relativizam-se os direitos e garantias fundamentais, em troca de uma postura utilitarista, baseada em resultados, própria de cenários mercadológicos. Chama-se, assim, atenção ao fenômeno que denominam de mercantilização ou privatização do Direito Sancionador (ANDRADE, 2018, p. 113)⁶.

1.2 ARGUMENTAÇÃO FAVORÁVEL À UTILIZAÇÃO DE ESPAÇOS DE CONSENSO NO ÂMBITO DO DIREITO SANCIONADOR

Dado a esse contexto, malgrado relevantes às críticas ao modelo de atuação consensual no Direito Sancionador, pensa-se ser possível compatibilizá-lo aos direitos e garantias fundamentais, como fatores limitantes do poder punitivo estatal, na contramão da linha que defendem alguns autores.

Nesse contexto, é de suma importância ressaltar que a proposta que aqui se defenderá não busca afastar os procedimentos do Direito Sancionador calcados na lógica adversarial. Muito pelo contrário, malgrado se entenda que as relações punitivas do Poder Público podem dispor de espaços de consenso, é clara a compreensão de que ambos os modelos de atuação coexistam e se complementem, não sendo recomendável, pois, um Direito Sancionador permeado de modo absoluto pela lógica adversarial ou dialógica (ANDRADE, 1995 apud ANDRADE, 2018, p.57).

O que acontece é que o efetivo exercício do Direito Sancionador pode ocorrer de diversas maneiras, seja por meio de mecanismos beligerantes ou mecanismos outros consensuais. Para tanto, cabe ao Poder Público decidir de forma fundamentada qual o melhor caminho para exercer a sua pretensão punitiva e o porquê naquele caso a escolha de determinado modo de agir em detrimento dos demais.

6 Fala-se também em justiça de liquidação ou justiça de supermercado (TULKENS, 2005, p. 712). Ou então, “McDonalldização” do sistema repressivo, a partir de processo e de julgamentos “fast-food” (BOHM, 2006 apud VASCONCELLOS, 2014, p. 178).

De fato, o que aconteceu foi que as qualidades da sociedade atual adepta à dinâmica e marcada por um alto grau de complexidade, revestida por uma pluralidade de ações, comportamentos e fenômenos sociais, fizeram reduzir o espaço e a legitimidade dos modelos adversariais e burocráticos, outrora, prevaletentes, pondo em destaque novas estruturas caracterizadas pelo diálogo e pela eficiência (ANDRADE, 2018, p. 62-63)⁷.

Então, os espaços de consenso não vieram para desvirtuar as estruturas e os fins do processo sancionador, nem muito menos para contrastar os direitos e garantias fundamentais dos acusados em geral, mas sim para propiciar com mais eficiência e agilidade a resposta do Poder Público aos atos infracionais de qualquer natureza.

Isso porque, a demora da resposta estatal frente a práticas ilícitas fez gerar o descrédito e desconfiança quanto à atuação das autoridades constituídas. Desse modo, pensou-se num modelo capaz de aproximar as partes a fim de que, em conjunto, encontrem uma solução adequada a pacificar a tensão causada em decorrência da prática do ilícito. Para Andrade, o consenso, assim, evita o enfretamento do caminho das instâncias formais, garantindo mais eficiência ao poder punitivo estatal e a reconstrução de laços antes perdidos (2018, p. 64).

Diferentemente do pensamento de alguns, os quais veem na atuação consensual uma espécie de mercantilização do Direito Sancionador, enxerga-se, deveras, uma tentativa de melhor atender à sociedade moderna e recuperar a credibilidade do sistema punitivo, por meio da dialeticidade e racionalização do seu exercício.

Em outras palavras, evita-se o seguimento de todas as fases próprias da lógica adversarial, resultando em ganho de eficiência, de modo a abrir espaço para a maior dedicação das autoridades competentes aos casos mais complexos ou de maior relevância social, sem a ofensa às garantias processuais dedicadas ao acusado (FERNANDES, 2005, p. 60).

Nessa linha, é válida a menção à teoria do garantismo penal integral, na qual se faz a crítica ao olhar voltado exclusivamente à necessidade de proteção dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que estão na condição de investigados, processados ou condenados, sem assegurar a proteção dos bens jurídicos de toda a coletividade, por meio de uma política repressiva eficiente. Na respectiva teoria, busca-se equilibrar os dois lados da balança (FISCHER, 2015, p. 42).

7 Na linha que expomos, para Andrade, o princípio da eficiência encontra-se vinculado a um novo modelo de Administração Pública, com maior participação dos administrados e centrado na ponderação de interesses. O Poder Público volta-se o seu olhar a uma melhor otimização de recursos, bem como a forma mais adequada de atender ao interesse público (2018, p. 67).

Nessa perspectiva, a eficiência e o direito à duração razoável do processo, ambos valores enraizados no texto constitucional, mostram-se vetores à adoção dos instrumentos de consenso. Entretanto, é natural que, esses vetores não possam ser transformados em premissas indestrutíveis, sob pena de desvirtuar a lógica do processo punitivo estatal. Deveras, o direito sancionador não é um fim em si mesmo, possuindo caráter instrumental de pacificação das relações sociais. Desse modo, não se admite o exercício do poder punitivo desvinculado de uma finalidade de interesse público suficiente para justificar sua imposição (MARQUES NETO, 2011, p. 177).

De fato, é recomendável que se busque alcançar a celeridade e a eficiência, mas com ideias de justiça, pois não se pode buscar o sancionamento a todo custo, sem o respeito mínimos às garantias fundamentais daqueles sujeitos à pretensão punitiva do Estado.

Partindo dessa premissa, vale o esforço de rebater cada uma das principais ponderações no sentido da incompatibilidade da consensualidade com o Direito Sancionador. Nesta oportunidade, não se busca esgotar de forma exaustiva o tema, mas pontuar que é possível adequar a atuação consensual aos limites impostos ao poder punitivo do Estado pelos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, sob o primeiro prisma, quanto ao direito a não autoincriminação, supostamente violado pela atuação consensual, é de suma importância frisar que se trata de uma garantia àquela realizada de forma forçada ou coativa. Inclusive, é o que se extrai do art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, do qual o Brasil é signatário, nos moldes do Decreto nº 592/1992. Nos termos do respectivo dispositivo, “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Desse modo, nada impede que o infrator assim o faça de modo voluntário, sem sofrer coações ou ameaças de qualquer natureza. Deveras, cabe ao acusado, de acordo com seu âmago e liberdade de autodeterminação, avaliar se, naquela oportunidade, reconhecer a sua culpabilidade e, por conseguinte, não oferecer resistência à pretensão punitiva do Estado, atende melhor aos seus interesses.

Isso porque, a opção pela autoincriminação configura-se como uma maneira de exercer de forma negativa o seu direito de defesa, sendo o importante aqui que ele o faça de maneira livre e consciente. Com efeito, o acusado não é obrigado a se contrapor à pretensão punitiva estatal, podendo se conformar com ela e, daí, buscar junto ao Poder Público a solução mais que lhe pareça mais ajustada ao seu ato infracional. Vale dizer, configura-se efetivo exercício de defesa a busca pela solução consensual, em troca de

posições de vantagens, uma vez que ato de defesa não compreende apenas uma postura reativa (HADDAD, 2005, p. 361)⁸.

E sob esse ponto de vista, ainda que se entenda que no espaço de consenso não se busca a verdade real, ancorada nos elementos probatórios produzidos, em contraditório, é preciso ter em mente que, mesmo no ambiente adversarial, tal valor não pode ser alcançado de modo absoluto.

Como nos ensina Andrade, “ainda quando trilhada toda a fase instrutória, também não se logra uma completa reconstrução dos fatos para se atingir uma verdade absoluta, até porque esta se mostra inalcançável no mundo frágil e incerto dos humanos” (2018, p. 105). Nos espaços de consenso, chega-se a uma verdade consensual ao invés de uma verdade processual.

Aliás, nesse processo de diálogo, embora exercido em menor grau do que numa lógica adversarial, não se tolhe o poder do acusado de contra argumentar, formular contraproposta, inclusive, sendo-lhe facultado o afastamento do espaço de consenso, caso entenda que as vantagens oferecidas não atendem aos seus interesses.

Deveras, o importante é que se tenha voluntariedade no ato, como imposição do Estado Democrático de Direito, vista sob as seguintes perspectivas: a) a conformidade, pois o ato não pode ter sido induzido mediante coações, ameaças e outros fatores que possam viciar a vontade do acusado; b) a inteligência do ato, vale dizer, o acusado há de ter pleno conhecimento das consequências da sua conduta, compreendendo devidamente a natureza da imputação que pende sobre si e os direitos a que pode estar renunciando - capacidade de negociação; e c) adequação, isto é, necessidade da existência de uma base fática que ampare o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado (VASCONCELLOS, 2014, p. 323)⁹.

Ocorre que voluntariedade do acordo não se confunde com espontaneidade. É dizer, não precisa que a solução consensuada decorra de iniciativa do agente, podendo advir de terceiro que o incentive ou o convença de estabelecer o diálogo com o Poder Público (LIMA, 2016, p. 531)¹⁰.

8 Com efeito, na posição do autor, a presunção de inocência, instituída em benefício do acusado não é violada se, dada a liberdade de autodeterminação que comanda a conduta processual do réu, escolhe-se uma tese defensiva entre aquelas inseridas no conceito constitucional da ampla defesa.

9 Alguns autores partem das diretrizes fixadas na teoria do agir comunicativo, concebida por Jürgen Habermas. Para o filósofo alemão, o consenso válido deve ser fruto de um diálogo racional e horizontalizado, de entendimento mútuo fundado no reconhecimento recíproco entre os sujeitos partícipes. Com efeito, cada uma das partes deve ter condições de igualdade na oportunidade da fala, liberdade, como reflexo da ausência de coação, assim como as mensagens devem possuir o caráter inteligível, ser autênticas, assim como justas e legítimas à luz do contexto normativo vigente (HABERMAS, 2012 apud ANDRADE, 2018, p. 39-56).

10 Ensina-nos o autor que o ato espontâneo é aquele cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer interferência alheia.

Havendo a voluntariedade nesses termos, não se tem como proporcional obrigar o acusado a se submeter a um processo moroso, retirando-lhe a possibilidade de resolver sua situação de forma acordada/consensual, indo de encontro ao direito da duração razoável do processo e da liberdade da autodeterminação, ambos protegidos constitucionalmente.

A via ordinária será sempre uma opção para que não possui interesse na consensualidade, estando plenamente assegurado o exercício de todas as garantias constitucionais. O que não pode, porém, é de modo abstrato suprimir a faculdade do acusado de resolver a sua situação de forma mais eficiente, evitando os efeitos estigmatizantes próprios da submissão ao longo processo punitivo estatal.

Isso, pois, a consensualidade permite que o acusado participe da construção da solução para o caso posto em análise, ofertando a si uma previsibilidade das sanções e medidas que eventualmente devem ser por ele cumpridas, sem contar os benefícios que geralmente podem advir da postura dialógica, em regra, melhorando o cenário se comparado aquele que lhe poderia ser imputado num processo punitivo convencional (ANDRADE, 2018, p. 109).

Entende-se que o caráter, em regra, irrenunciável dos direitos e garantias fundamentais não é apto a deslegitimar a consensualidade no âmbito do Direito Sancionador. Isso porque, a renúncia de direitos (ou exercício negativo) pode exatamente equivaler ao próprio exercício deles, sendo válida, sobretudo, quando propicia vantagens ou benefício ao seu titular (ANDRADE, 2018, p. 109).

É o caso, por exemplo do direito a não autoincriminação, pois, em determinadas situações, quando o agente faz a opção por não exercê-lo, busca uma posição de vantagem frente ao poder punitivo estatal, fato que representa uma forma do exercício do direito de defesa. Como já dito, defender-se não é apenas assumir uma posição de resistência à pretensão punitiva do Poder Público.

Assim, foge-se um pouco da noção até então enraizada, geralmente, em países ligados à *civil law* no sentido de que os direitos fundamentais são irrenunciáveis ou de exercício cogente. Isso porque, encontra-se dentro da liberdade de autodeterminação do agente a faculdade de não os exercitar, de deles dispor ou de a eles renunciar (SILVA, 2004, p. 163-164)¹¹. Com efeito, essa possibilidade é decorrente da própria titularidade do direito, como nos ensina Novais:

11 Afonso da Silva destaca que os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão. Assim, não teria nada mais coerente do que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais.

Se a titularidade de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo face ao Estado, é um trunfo nas mãos do indivíduo (Dworkin), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem [...] o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito (2006, p. 235).

Apenas aqui se faz a distinção entre renúncia integral ao direito, isto é, privação por completa e irrestrita da sua titularidade, fato inadmissível à luz dos princípios do Estado Democrático de Direito, e a renúncia ao seu exercício. Neste último caso, é plenamente aceitável e justificável conforme as circunstâncias do caso, desde que, conforme anteriormente dito, seja feita de forma livre e consciente (NOVAIS, 2006, p. 227).

Entretanto, é válido destacar que existem critérios para disposição de uma posição jurídica tutelada, face à titularidade de um direito fundamental. Vale dizer, essa faculdade não pode ser exercida de maneira ilimitada e sem critérios, não sendo ela, portanto, absoluta (NOVAIS, 2006, p. 239 e 269).

Mas isso não significa vedar por completo que uma pessoa, com plena capacidade de discernimento, negocie ou renuncie ao exercício de determinados direitos fundamentais, sob pena de violar um dos valores mais caros à sociedade contemporânea, qual seja, a liberdade de autodeterminação (MARMELSTEIN, 2016, p. 438). No mesmo sentido, pode-se mencionar a seguinte lição:

Não estará ele renunciando à titularidade desses direitos constitucionais, mas deles dispendo numa situação específica justamente porque deles é o titular. Essa renúncia deve ser enxergada como um exercício estratégico de tais direitos fundamentais, até porque a noção de irrenunciabilidade ou indisponibilidade absoluta equivaleria a negar a liberdade ao titular da proteção jurídica (ANDRADE, 2018, p. 232).

Deveras, as limitações aos exercícios dos direitos fundamentais devem se mostrar razoáveis, proporcionais e “decorram de manifestação de vontade livre e consciente dos efeitos que serão produzidos no processo, devendo existir meios que equilibrem tanto quanto possível as posições do indivíduo e do Estado” (LEITE, 2013, p. 34).

Portanto, entende-se como válida a renúncia ao exercício de direitos fundamentais, desde que haja a declaração expressa do titular do direito

ou da posição jurídica, sem vícios de vontade, de modo a respeitar o núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, revela-se possível a restrição do exercício de determinados direitos fundamentais, em prol da eficiência, a qual se revela uma finalidade acolhida ou tolerada pelo sistema normativo-constitucional vigente.

Não estar-se-á, vale dizer, a defender que seja possível, via declaração de vontade, abdicar por completo, de forma desregrada, e *ad eternum*, a determinado direito fundamental. Mas sim que a liberdade da autodeterminação possa ser respeitada, em situações específicas e desde que atendam aos interesses do titular da posição jurídica tutelada, com a possibilidade de renúncia ao exercício de alguns direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (SILVA, 2008, p. 64).

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a essas considerações, é inegável que os espaços de consenso alteraram a dinâmica do Direito Sancionador, outrora, quase que genuinamente pautado pela lógica adversarial, na qual um dos polos da relação detinha a responsabilidade de coletar robusto acervo probatório em busca de um juízo positivo à culpabilidade de quem se acusava, enquanto que o outro polo buscava resistir à essa pretensão, utilizando-se do contraditório e da ampla defesa, direitos que a ele eram garantidos pela Carta Magna.

Com a chegada dos espaços de consenso, há uma participação maior e direta das partes na construção da solução do caso posto, conferindo-se maior legitimidade, principalmente sob a óptica do acusado, se comparado aos espaços adversariais. Com efeito, as partes ampliam o diálogo entre si, dando-se um maior prestígio à autonomia da vontade e à liberdade de autodeterminação, com a possibilidade de disposição de posições jurídicas e concessões recíprocas.

O desafio, porém, é encontrar o equilíbrio entre os espaços de consenso, baseados muitas vezes em valores interligados à eficiência, com os limites impostos ao poder punitivo do Estado pelos direitos e garantias fundamentais, mas que, desde já, nos parece clara a possibilidade de conciliação.

Por isso, é de suma importância que haja balizas normativas às soluções consensuadas, com parâmetros bem definidos, com fim de garantir o mínimo de segurança jurídicas às partes que deles participem, com a previsão dos casos a elas sujeitas e os limites da sua extensão (ANDRADE, 2018, p. 111).

Há de se estabelecer critérios legais para os espaços de consenso, de modo que a renúncia parcial, voluntária e expressa do exercício de

parcela dos direitos e garantias fundamentais seja compatível com o Estado Democrático de Direito (LEITE, 2013, p. 35).

Os espaços de consenso são frutos do processo de tomada de decisões coletivas, os quais por opção legislativa configuram uma nova modalidade de devido processo legal (CUNHA, 2019, p. 276), mais céleres e eficientes, os quais não visam a flexibilizar ou esvaziar garantias dos acusados em geral, mas sim criar espaços dialógicos ou comunicacionais que possam abrigar soluções mais rápidas e efetivas baseadas no encontro de vontades.

Deveras, são postos em prática com o fim de se adequar à transformação ideológica, cultural e social dos tempos ditos pós-modernos. Nesse cenário, ao invés de negar ao imputado os benefícios que podem advir da solução consensual, retirando-lhe por completo a liberdade de autodeterminação, torna-se mais adequado buscar o aprimoramento dos espaços de consenso.

Como nos chama atenção Andrade, é natural que haja falhas e aspectos a serem aprimorados no que tange às vias de consenso, mas no processo punitivo convencional ou clássico também existem equívocos e pontos sujeitos a críticas. Ocorre que isso não constitui razão para desacreditar todo um novo modelo de solução de conflitos que inegavelmente tem ajudado a uma resposta mais efetiva do Estado (2018, p. 38).

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória. In: Roberto Carvalho Veloso; Fernando Quadros da Silva. (org.). *Justiça Federal: estudos em homenagem aos 45 anos da AJUFE*. Belo Horizonte/MG: D'Plácido, 2017, v.1, p.289- 311.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de admissão de culpa no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas; Pelella, Eduardo. *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O Poder Sancionador nas Agências Reguladoras. In: LANDAU, Elena (Coord), *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Governo e Governança em Tempos de Mundialização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, 2006, p 41-47.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 4º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. MARRARA, Thiago (Coord). *Lei Anticorrupção Comentada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, 332f.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista CEJ*, São Paulo, v. 17, n. 59, 4 jul. 2013.

PINTO, José Guilherme Bernan Correa. Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, a. 16, n. 190, p.49-56, dez. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 178f. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2004.

TÁVORA, Nestor. *Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2009.

TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Porto Alegre, 2014. 361 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS.

MÚLTIPLAS INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO E CONSENSUALIDADE NA LEI Nº 12.846/2013

*MULTIPLE INSTANCES OF LIABILITY AND SETTLEMENTS
IN LAW 12,846/2013*

Pedro Vasques Soares

Advogado da União. Mestre em Administração Pública, Pós-Graduado em Direito Público e em Advocacia Pública. Ex-Coordenador-Geral de Defesa da Probidade – DPP/PGU/AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Lei nº 12.846/2013; 2. A busca da múltipla responsabilização na Lei Anticorrupção; 3. A solução consensual e necessidade de coerência; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Prevenir, detectar e responsabilizar por atos de corrupção é missão de todo o Estado por seus diversos órgãos, sendo pressuposto da eficiência no controle do fenômeno a múltipla atuação dos órgãos de *accountability* horizontal, com coordenação. A Lei nº 12.846/2013 traz regra geral de responsabilização de pessoas jurídicas por infrações administrativas, concretizando papel do empresário no combate à corrupção. Em seu ferramental contencioso estimula múltipla responsabilização concomitante, consagrando a separação de instâncias punitivas, sem, com isso, privilegiar insegurança jurídica. A Lei nº 12.846/2013 trouxe expressa previsão de solução consensual para fins de responsabilização para atos de corrupção. Acordo de Leniência é exercício do poder sancionador pela Administração, ainda que consensualizado, cumprindo, no âmbito do Poder Executivo Federal, à CGU, seu uso. Entretanto, como ferramenta consensual, demanda que outras ferramentas contenciosas não sejam utilizadas de forma simultânea em face da mesma pessoa jurídica, pelos mesmos e exatos fatos, se se buscando penalidades. A ferramenta consensual justifica-se exatamente pela vantajosidade que traz quanto a multiplicidade de ferramentas contenciosas. A análise específica e cuidadosa de cada uma das conexões possíveis em ambiente de multiplicidade de agências de *accountability* horizontal, indica a existência de soluções de coerência, cuja previsão em direito positivo e a vontade institucional de atuação coordenada, concretizam caminho mais eficaz no combate à corrupção, visando à eficiente apuração e a efetiva recomposição do erário, sem prejuízo da dissuasiva apenação.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Agências de Accountability Horizontal. Lei Anticorrupção. Responsabilização. Acordos de Leniência.

ABSTRACT: Preventing, detecting and holding accountable the responsible for corruption acts is a State mission, through its various agencies, the efficiency in controlling the phenomenon is the role of multiple horizontal accountability agencies, acting in a coordinated way. The Law 12,846/2013 establishes a general rule of liability for legal entities that commit administrative infractions, materializing the entrepreneur's role in the fight against corruption. Contentiously, it encourages multiple concurrent liability, consecrating the separation of punitive instances, without privileging legal uncertainty. The Law 12,846/2013 expressly provided a consensual solution on liability for acts of corruption. Leniency Agreement is an exercise of the sanctioning power by the government, even if consensual, within the scope of the

Federal Executive Branch its use is complied by CGU. However, as a consensual tool, it demands that other contentious tools are not used simultaneously in the opposition of the same legal entity, for the same and exact facts, if penalties are sought. The consensual tool is justified exactly by its advantages in terms of the multiplicity of contentious tools. The specific and careful analysis of each possible connection in an ambiente with a multiplicity of horizontal accountability agencies indicates the existence of coherent solutions, which positive law provision and the institutional will towards a coordinated action, achieve a more effective path in the fight against corruption, aiming the efficient investigation and the effective damage restoration, without prejudice to the dissuasive sentence.

KEYWORDS: Corruption. Horizontal Accountability Agencies System. Anti-corruption Law. Liability. Leniency Agreements.

INTRODUÇÃO

A Corrupção é fenômeno complexo, multicausal, com reflexos tão diversos como suas causas e, pois, de conceituação também abrangente. As searas da vida social percebem seus efeitos, contribuindo o fenômeno ao detrimento da relação da sociedade com a política, gerando danos à economia, servindo a rupturas na estrutura do Estado, falseando a representação democrática e, ao fim, inviabilizando o atingimento dos objetivos da República previstos em carta constitucional.

Ante tais características, demanda múltipla atuação do Estado em sua prevenção e em sua repressão, vez que contornos multifacetais dificultam solução ou “remédio” único. Não parece possível entender-se, assim, razoável sequer tratar seu combate como missão de um ente só, de atribuição única e, pois, infalível.

Natural também existir multiplicidade de áreas ou searas de responsabilização para o combate ao fenômeno da corrupção que, pois, a partir de cada ordenamento, pode se configurar como ilícito civil, penal e até político-administrativo, além de puramente administrativo. Evidentemente surgem as necessárias conexões entre instâncias, mas que dosadas, com áreas de não tangibilidade e ou exclusividade, podem permitir atuação concomitante, coordenada ou sequencial.

Este o ambiente necessário à compreensão ou a leitura que se cabe fazer da Lei nº 12.846/2013 e este o objetivo do presente artigo: tratar das múltiplas instâncias de responsabilização e sua incorporação pela Lei nº

12.846/2013, além do ferramental que esta oferece, sem se descuidar do desenho necessário quando a opção for a consensualidade.

Desta forma, o presente artigo tratará da Lei nº 12.846/2013, alguns de seus contornos, conexões e estímulos à atuação coordenada, a evidenciar ou não, busca da múltipla responsabilização quando do uso do ferramental contencioso. Mesma análise caberá quando a opção ferramental da Administração for consensual, via “Acordo de Leniência”, verificando-se seus estímulos, ou não, à atuação coordenada e coerente. Ao fim, as conclusões retiradas da leitura que se fez do normativo em consideração ante percepções de experiência prática.

Para tanto, singela metodologia de uso interpretativo dos dispositivos normatizados aplicados ao contexto dos órgãos de controle no âmbito federal e das searas de responsabilização penal, civil e administrativa, objetivando identificar se a norma considerada apresenta soluções e mecanismos atentos ao ambiente de múltipla responsabilização, sem prejuízo de eventual uso da consensualidade como ferramenta opcional.

1 A LEI Nº 12.846/2013

Não é novidade que “corrupção” é fenômeno complexo, multicausal, com reflexos diversos como suas causas e, pois, de conceituação também abrangente. Ante tais características, demanda múltipla atuação do Estado em sua prevenção e em sua repressão, vez que contornos multifacetais dificultam solução ou “remédio” único. Não parece possível entender-se, assim, razoável sequer tratar seu combate como missão de um ente só, de atribuição única e, pois, infalível.

Prevenir, detectar e responsabilizar por atos de corrupção é missão de todo o Estado, por seus diversos órgãos e poderes e ante diversas atribuições ou especialidades; e da sociedade. Neste ponto se identifica, com pressuposto da eficiência no controle do fenômeno, a múltipla atuação dos órgãos de controle – órgãos de *accountability* horizontal.

Accountability é cobrar, dever, e ter a responsabilidade de prestar contas (CHRISPIM, 2007, p. 49). O’Donnel (1998, p.29-30 e 40) classifica em vertical ou eleitoral (no processo político democrático), societal (participação social), e horizontal ou administrativa (que pressupõe o ambiente de múltiplas agências capazes em estrutura, com atribuição legal e com vontade de combater ilegalidades).

O “*cluster*”, pois, é de uma ecologia ambiental em rede (ARANHA; FILGUEIRAS, 2016, p.12 e 36), com atuação em sistema, que pressupõe controle recíproco dentre os “fiscais”, evitando-se o poder

“absoluto” de instituição “Sebastiana”¹, e que, portanto, diminuiria a possibilidade de abuso “madisoniano” (RICO, 2014, p. 138). É tema a boa e velha lógica da separação de poderes ou funções estatais, visando ao equilíbrio e, também, a maior eficiência.

Assim, natural também existir multiplicidade de áreas ou searas de responsabilização para se combater o fenômeno da corrupção que, pois, a partir de cada ordenamento, pode se configurar como ilícito civil, penal e até político administrativo, além de puramente administrativo. Evidentemente surgem as necessárias conexões entre instâncias, mas que dosadas, com áreas de não tangibilidade e ou exclusividade, permitem atuação concomitante, coordenada ou sequencial.

O arquiteto do arranjo essencial ao sistema de atuação em rede é o direito positivo, o ordenamento jurídico, que fixa regras de atribuições, competências e legitimidade (SOARES, 2018). No Brasil, a Constituição de 1988 concretizou opções dando, por exemplo: ao Ministério Público a titularidade da ação penal, ao Tribunal de Contas as análises e decisões em tomadas de contas e a todos o dever de probidade. Na mesma Carta fixadas as atribuições da Advocacia-Geral da União – AGU – que, inclusive, tem exclusividade na representação judicial dos entes públicos, a partir da simples leitura do art. 129, IX e 131.

O Ordenamento, a partir de pilares constitucionais, vem completando a teia de atuação institucional, atribuindo a diversos órgãos papéis especializados que somam ao desafio estatal, como também exemplos o papel do CADE na defesa da ordem econômica e o papel da Controladoria-Geral da União – CGU – como órgão de controle interno central, no mínimo, do Poder Executivo federal.

Na defesa da probidade administrativa, como não podia ser diferente, atribuído ao ente público lesado o dever e a legitimidade para ajuizamento de ação de improbidade. Entretanto, a partir da legitimidade extraordinária, também o Ministério Público restou responsável pelas demandas atreladas à Lei nº 8429/1992.

Exemplos, pois, de que está na soma de papéis a possibilidade de algum êxito no ciclo de prevenção, apuração, identificação, punição dos corruptos e de busca efetiva de recuperação de ativos desviados. Mas soma pressupõe coordenação, cooperação, comunicação, compartilhamento, sob pena de mera competição por alocação de recursos ante atuações assistemáticas em ambiente organizacional predatório.

1 Movimento místico-secular percebido em Portugal no séc. XVI. A morte em batalha do rei D. Sebastião, que não possuía herdeiros, fez o trono de Portugal ficar sob o poderio da Espanha. O Sebastianismo significa a esperança de vinda de um salvador, ainda que sob características miraculosas, como seria a própria e desejada ressurreição do rei morto, D. Sebastião. ARAÚJO, Ana Paula de. *Sebastianismo*. InfoEscola. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/sebastianismo/>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

“Arranjo” então se faz necessário, inclusive quanto ao uso das “ferramentas” de combate à corrupção. Da mesma forma é o direito positivo, via constituição e normas infraconstitucionais, que cria as ligações, conexões e proteções necessárias ao funcionamento e uso das ferramentas, em equilíbrio almejado a sistema público de controle. Atribuições estabelecidas e respeitadas, pontos de conexão identificados e “ferramentas distribuídas”, terá o Estado a difícil e complexa missão de trazer resultados no combate à corrupção.

Este o ambiente necessário à compreensão ou a leitura que se cabe fazer da Lei nº 12.846/2013, visando a compreender como trata das múltiplas instâncias de responsabilização, se estimuladas, e também considerando o desenho necessário quando a opção ferramental for a da consensualidade.

Pressuposto, pois, da compreensão do que estabelece o normativo é o respeito às atribuições institucionais estabelecidas na Constituição e ou em normas infraconstitucionais. Essa obediência ao plano do arranjo jurídico-normativo é que gerará segurança jurídica, vez que o discurso da “insegurança jurídica” no uso das ferramentas de combate à corrupção é alimentado pelo descumprimento das atribuições e normas, em franco benefício ao agente ilícito.

Aguçar ou aprofundar destrutivamente eventuais falhas de conexão no “sistema” ou na “rede” de combate à corrupção estabelecida pelo ordenamento jurídico, ou no uso das ferramentas disponíveis, não contribui à eficiência no combate ao fenômeno, potencializando a consolidação de ambiente com traços de impunidade e injustiça.

Como em O’Donnel (1998, p. 46), e Soares (2018, p. 46) a usurpação de atribuições entre entes de controle, para além da perda de eficiência decorrente da falta de especialidade e do desperdício de recursos públicos, com alocação simultânea não justificada, é elemento desestruturante do Estado de Direito, abalando pilar central da separação de poderes ante o desequilíbrio sistemático.

Fortalecer, obedecendo-se, o arranjo jurídico positivo das atribuições, pois, transmite previsibilidade e segurança jurídica, robustecendo por maior legitimidade o uso das ferramentas anticorrupção e potencializando os resultados. A Lei nº 12.846/2013, assim, será mais robusta quanto mais seu uso for resultado do respeito ao ordenamento jurídico e aos papéis institucionais positivados.

Neste contexto, a Lei nº 12.846/2013 traz então a denominada responsabilidade social empresarial, prevendo regra geral a responsabilização por infrações administrativas. Concretiza, pois, no ordenamento nacional, o papel do empresário no combate à corrupção, como feito em algumas

localidades mundo afora, a exemplo central os Estados Unidos da América, com o denominado “*foreign corrupt practices act – FCPA*”.

Necessária se fez a lei, no ambiente nacional, a partir da percepção de que o direito penal não resolve a responsabilização por atos de corrupção de pessoas jurídicas; a percepção de que o direito civil, com a lei de improbidade administrativa, Lei nº 8.429/1992, não abarca todas as possibilidades de corrupção e fraudes diante do Estado, em especial ante dependência direta e na perspectiva da responsabilidade subjetiva de conduta de servidor público, o que propiciava vácuo de responsabilização; a percepção de que empresas, pessoas jurídicas e não necessariamente pessoas físicas, se beneficiam direta e indiretamente dos atos; a percepção de que empresas tem melhores condições de apurar e controlar situações de corrupção em seu ambiente organizacional e; ao fim, a constatação da necessidade do trato do “*compliance*”, como valor da atividade empresarial em Estado Democrático de Direito.

Rapidamente, pode-se considerar “*compliance*” como conjunto de medidas que busca o estabelecimento de uma cultura corporativa ética e a adoção de procedimentos técnico e administrativos para viabilizar a prevenção ou minoração dos riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por uma empresa, por meio de um de seus sócios, colaboradores ou parceiros econômicos. Ainda, em ocorrendo o fenômeno da ilicitude, o “*compliance*” também orientaria a empresa a detectar, mitigar e remediar, inclusive cooperando ou em articulação com autoridades competentes.

A CGU – Controladoria-Geral da União adota metodologia avançada de conceituação e análise de programas de integridade, valendo citar publicações como “PROGRAMA DE INTEGRIDADE – Diretrizes para empresas privadas²”, que traz o conceito normativo, previsto no Decreto nº 8.420/2015, art. 41:

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

² Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

A novidade legislativa, assim, era plenamente justificada e necessária, evidenciando a essencialidade da atuação estatal executiva, poder executivo, em especial quanto ao órgão de controle interno, no caso a Controladoria-Geral da União, no papel de fomento à cultura da prevenção, apuração e combate à corrupção.

Araújo (2016, p. 263-264) diz de anseio constitucional, inclusive:

A Lei nº 12.846/2013, portanto, atende aos anseios da Constituição Federal, uma vez que, ao dar “musculatura” ao Estado para mais eficientemente punir ilícitos da espécie, dá a este meios mais aptos e eficazes para que cumpra o seu papel de protetor dos direitos fundamentais e valores objetivos que geralmente são afetados com os atos corruptos.

O texto da Lei nº 12.846/2013, finalmente, traz série de conceitos e parâmetros que devem ser destacados, ainda que objetivamente, vez que relevantes à análise que aqui se pretende:

1. O art. 2º traz a responsabilidade objetiva administrativa e civilmente quanto a atos que indiquem corrupção, fraude a licitações ou dificuldade do poder de fiscalizar/investigar;
2. O art. 3º prevê que responsabilizar a pessoa jurídica não exclui *necessariamente* responsabilização de pessoas físicas, sendo a pessoa jurídica responsável de forma independente das pessoas físicas e que as pessoas físicas têm culpabilidade como parâmetro;
3. O art. 4º estabelece que se responsabiliza pessoa jurídica mesmo com alterações societárias posteriores e que grupo e coligadas respondem financeiramente. Aqui, quanto à limitação à responsabilidade financeira, caberia alguma discussão quanto ao programa de integridade, em especial por sua natureza e seus contornos e aplicações em grupo econômico e empresas coligadas e subsidiárias, o que pode significar um reflexo não financeiro necessário da responsabilização;
4. O art. 6º estabelece quais são as penas aplicáveis, destacando-se a pena de multa, para além da pena de publicação de decisão. Em § 3º do mesmo disposto expressa menção ao dever de reparação integral de dano. A multa será nunca inferior à vantagem e variará entre 0,1% a 20% faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo;

5. O art. 7º traz os parâmetros para dosimetria das penas (inciso VIII inclui “compliance”); Registros em cadastros negativos constam no art. 22, com o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP e art. 23, com o “Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS” e multa;

6. Art. 8º traz o Processo Administrativo de Responsabilização – PAR – competências e atribuições como a destacada da autoridade máxima de cada órgão de todos os poderes, podendo delegar. Conforme § 2º, no Poder Executivo federal, a CGU tem competência concorrente para PAR, podendo avocar;

7. No art. 10, § 2º, há possibilidade de suspensão dos efeitos do ato ou processo objeto de investigação;

8. No art. 13 deixasse claro que a instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei, ou seja, a fixação e cobrança do dano em uma tomada de Contas Especial – Tcex - no âmbito do Tribunal de contas da União -TCU - por exemplo, não impede ou prejudica a aplicação das penas em decorrência do PAR, somando-se à responsabilização;

9. No art. 14 prevista a desconsideração da personalidade jurídica, quando usada para ilícitos ou confusão patrimonial – estendendo-se todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos sócios e administradores;

10. No art. 24 estabelece-se a destinação de multas e valores como “preferencialmente” a órgãos ou entidades públicas lesadas;

11. No art. 25 fixada a prescrição de 5 anos contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, interrompida eventualmente com abertura do PAR;

12. No art. 30, finalmente, expressamente estabelecido que a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992 e atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666/1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração.

Leitura atenta dos dispositivos acima citados já indica, pelas diversas referências a instâncias, instituições e até pessoas diversas, sejam físicas ou jurídicas, que a norma adentrou o ordenamento jurídico ciente de um contexto de pluralidade.

2 A BUSCA DA MÚLTIPLA RESPONSABILIZAÇÃO NA LEI ANTI-CORRUPÇÃO

Em especial considerando-se os dispositivos citados e leitura sistemática do contexto de responsabilização de atos de corrupção, a partir inclusive da complexidade da natureza do fenômeno e de suas causas e consequências, seria possível esperar que a Lei nº 12.846/2013 consagre regime punitivo múltiplo!

É que tal consagração reforça o princípio da separação de instâncias punitivas, vez que a norma traz expressa a possibilidade conjunta, simultânea, de punição administrativa e de punição judicial, inclusive estabelecendo multiplicidade de penas, com diferenciação entre as aplicáveis, num mesmo contexto fático, a partir da seara de apuração.

De um lado há poder sancionador ou disciplinar natural da Administração, com as específicas penas previstas como fruto do PAR, no art. 6º. De outro, em atuação judicial, inclusive com legitimidade disjuntiva e concorrente do MP e da advocacia pública respectiva, para extraordinariamente punir (assim como na ação de improbidade da Lei nº 8.429/1992), há ação judicial do art. 19, com as respectivas penas previstas em seus incisos. Traço comum nas duas situações é a litigiosidade.

Nessa linha, as previsões relativas ao PAR trazem conexões com os regimes de punição diversos. De fato é de se concluir que em litígio, via contenciosa judicial ou sancionatória administrativa, há expressa possibilidade de punição da infração administrativa, punição do ilícito na via judicial e mais punição judicial via ação de improbidade.

Inexiste incidência da vedação do “*bis in idem*” ante bens jurídicos tutelados diversos e adoção de modelo múltiplo de responsabilização (como já destacamos em SOARES, 2018) em nosso ordenamento, ainda sendo possível a atuação de outros órgãos como CADE, TCU e responsabilização penal.

Em reforço, veja-se que expressamente o art. 29 da Lei nº 12.846/2013 estabelece que “*O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica*”.

Também o art. 18 no sentido de que “na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua

responsabilização na esfera judicial”. O PAR, assim, concluído e com decisão condenatória, soma-se em penas aos resultados de eventual ação judicial, tanto que essa leitura indica a sistematicidade da previsão do art. 20, no sentido de cúmulo de penas ao MP que, na esfera administrativa, não detém atribuição para aplicação das penas do art. 6º, específicas da Administração na seara administrativa. Assim, a punição *imposta* administrativamente não afasta punição judicial, pelo contrário, exige complementação, o que também torna clara a condicionante de somente ser possível ao MP “somar as penas” se a Administração for previamente omissa. Apenas se referência o *Parquet* vez que quando do ajuizamento pela advocacia pública do respectivo ente, este mesmo ente já detém a atribuição de atuação no âmbito administrativo.

A consagrar a multiplicidade de responsabilização como inerente ao nosso ordenamento jurídico e ao combate do complexo fenômeno da corrupção, o já citado art. 30 da Lei nº 12.846/2013 é claro ao estabelecer que

A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Ou seja, expressamente imposta a soma de responsabilização em situação de litígio, coerção, contencioso.

Desta forma, a leitura do normativo, seja em interpretação literal ou sistemática com o ordenamento jurídico, indica claramente que há múltiplas instâncias de responsabilização para os ilícitos tocados pela Lei nº 12.846/2013 que, em suas diversas configurações e diversos reflexos quanto a bens jurídicos tutelados não só indicam mas impõem, no litígio, no contencioso judicial ou por decorrência da força cogente do poder sancionador, a incidência de múltiplas penas.

A segurança jurídica está na previsão, pedagógica inclusive, de que uma vez cometido o ilícito e até por determinação constitucional (art. 3º, art. 15 e art. 23, I), o Estado atuará com todas as suas forças, searas e instâncias, para combater e buscar a responsabilização por tais atos.

Instrumental a tal busca de múltipla responsabilização se configura o compartilhamento de informações e documentos que, respeitadas as eventuais autorizações judiciais, deve ser estimulada dentre os órgãos de responsabilização para o mais completo exercício de suas atribuições.

Nesse sentido natural e esperado que as informações da frente de apuração e responsabilização mais avançada seja compartilhada com as frentes de searas diversas, visando à completa instrução e, simultaneamente, à completa apuração e responsabilização de ilícito.

Inclusive a falta de cooperação e compartilhamento de informações deve ser lida como falha sistemática no ordenamento cuja rede de atuação anticorrupção busque alguma eficácia. Nesse sentido, expondo a falta de compartilhamento de dados como exemplo de algo necessário à efetividade no combate a corrupção, no caso para fins de ressarcimento patrimonial, Garcia (2011, p.10) expõe a mesma percepção:

Nem todos os órgãos dispõem de ferramentas e tecnologia adequadas ao seu objetivo. Um exemplo notável, a que já fizemos referência em incontáveis congressos destinados ao estudo da temática, é a inexistência de um serviço central de informação, que seria responsável pela confrontação de dados recebidos de todos os entes responsáveis pela gestão de informações que possam refletir a situação patrimonial de uma pessoa.

A leitura é, inclusive, coerente com o que se espera, pois, como reação do Estado, por seus múltiplos órgãos e instâncias, diante do maléfico fenômeno da corrupção, ou seja: reação completa, capaz de minimizar os múltiplos danos e estancar as diversas causas.

Assim, haveria não só coerência mas também proporcionalidade entre a ação ilícita e a reação estatal em ordenamento jurídico que prevê instâncias de responsabilização e agências de *accountability* horizontal (SOARES, 2018, p.59 a 65), alocadas em “cluster organizacional” (ARANHA;FILGUEIRAS, 2016, p.12 e 36), cujo desenho ambiental pressupõe e exige atuação em rede (SOARES, 2017).

Resta saber se esta mesma leitura pode ser feita quando da atuação punitiva via consensualidade ou, na expressa previsão da lei, via Acordos de Leniência nos termos do art. 16 da Lei nº 12.846/2013.

3 A SOLUÇÃO CONSENSUAL E NECESSIDADE DE COERÊNCIA

A Lei nº 12.846/2013, como sabido (SOARES, 2018, , e outros como DIDIER e BOMFIM, 2017), trouxe expressa previsão de solução consensual para fins de responsabilização para atos de corrupção, estabelecendo parâmetros nos arts. 16 e 17, capítulo V da norma. Positivado está que:

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”.

No âmbito do Poder Executivo Federal, conforme § 10 do mesmo art 16, é atribuição da Controladoria-Geral da União a celebração de tais acordos.

Entretanto, sabido que o contexto de atuação dos órgãos de controle e combate à corrupção encontra e encontrou, também na aplicação da Lei nº 12.846/2013, desarticulação na capacidade de interação das agências.

A multiplicidade de órgãos e searas ante complexidade do fenômeno da corrupção e sua percepção sistêmica no cenário nacional impunham e impõem a atuação articulada e colaborativa das agências de *accountability* horizontal, sendo necessária a atuação destas em rede; a partir de estruturas adequadas em cada uma delas, da vontade de atuar e da existência de atribuições e competências; tudo tendo como pressuposto a capacidade de defesa de suas atribuições ante ingerências indevidas e sob pena de usurpação (SOARES, 2017). Está em O'Donnell (1998, p. 46), como visto, a percepção de que usurpação de atribuições leva a falhas sistêmicas e, pois, tão ou mais graves que as consequências de casos de corrupção.

Entretanto, como destacado em Aranha e Filgueiras (2016, p. 34), o cluster organizacional se caracteriza pela falta articulação, falta de cooperação e competição predatória, não se compreendendo ou não se exercendo a atuação em rede, seja em soma ou em sequenciamento. Coordenação com articulação deve ser o equilíbrio entre a defesa de atribuições que devem ser afirmadas, sob pena de falha sistêmica, e a capacidade de diálogo institucional, com aprimoramento do arranjo estabelecido, e não perfeito, pelo direito positivo.

Sem surpresas o contexto influenciou no uso e exercício das atribuições da Lei nº 12.846/2013, em especial quanto à ferramenta “Acordos de Leniência”, percebendo-se anomalias diversas nas interações dos múltiplos órgãos, múltiplos searas e problemas, com usurpação, no exercício de atribuições.

Porém, a natureza jurídica da ferramenta e seu âmbito e elementos de configuração indicam solução para o arranjo que, pois, sempre deve ter o direito positivo como arquiteto. De qualquer forma o destaque que se faz é que, dentre as ferramentas de combate à corrupção previstas na Lei nº 12.846/2013, que envolve procedimentos administrativos e judiciais, é na via consensual do Acordo de Leniência que o desequilíbrio na teia de atribuições gerou e gera mais impactos, ante, como aqui se pretende mostrar, alguma exigência de maior articulação ou interação entre órgãos.

Trata-se o Acordo de Leniência de exercício do poder sancionador pela Administração (SIMÃO;VIANNA, 2017, p. 70), ainda que consensualizado

ou como “negócio jurídico” (DIDIER; BOMFIM, 2017, p. 117), o que indica a atribuição, ao menos no âmbito do Poder Executivo Federal, de seu órgão central de controle interno e disciplinar, qual seja CGU, tanto que a Lei nº 12.846/2013, em verdade, trata como regra da perspectiva punitiva de pessoas jurídicas em seu relacionamento com a Administração, procedimento e penas aplicáveis, em especial na busca de completude ao regime estabelecido na Lei nº 8.429/1992. Eis inclusive a razão pela coerência na múltipla responsabilização quando da não consensualização: são disciplinas punitivas que se complementam ante várias feições do ato corruptivo.

O PAR - Procedimento Administrativo de Responsabilização (capítulo IV da norma) é, pois, o instrumento para o fluxo regular da responsabilização pretendida pela lei, ou seja, em contencioso administrativo aplicar-se sanção por atos corruptivos. Já o Acordo de Leniência é a ferramenta do fluxo opcional da consensualidade e que, por determinação legal, já parte de diferença de atribuição, vez que se no PAR há múltipla previsão (de cada um dos órgãos ou entes), em Acordo de Leniência há exclusividade da CGU, demonstrando-se maior necessidade de coordenação, ou coerência.

E essa maior necessidade de coerência se dá quanto às demais ferramentas responsabilizadoras também, considerado, claro, o mesmo escopo fático trazido em eventual apuração.

Não se desconhece que o Ministério Público, em razão inclusive de certa inação da CGU, não bastasse argumentação de utilidade, firmou acordos a que denominou “Termos de Leniência”, de natureza, então, diversa e com efeitos limitados à previsão da Lei nº 12.846/2013.

Tal discussão³ não é o cerne do presente artigo e até se indica minimamente firmada em decisões judiciais sólidas no âmbito do TRF4, mas é exemplificativa no sentido de que em ambiente organizacional de competição predatória a usurpação de atribuições ocorreu também quanto à aplicação da Lei nº 12.846/2013.

Também solucionada eventual discussão quanto à possibilidade de Acordos de Leniência com reflexos em ações de improbidade (aqui no que se refere a acordos em ações da Lei nº 8.429/1992, sendo que a existência de tais reflexos será a frente considerada). Não só para a União, via Advocacia-Geral da União, nos termos da CF/88, art. 129, IX, e Lei nº 13.140/2015, mas também de maneira mais recente com a alteração do

3 Plasmada na esfera judicial no Agravo de Instrumento 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em sessão de 22.08.2017, 3ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vania Hack de Almeida. Acesso em: 02 nov. 2020.

art. 17 da Lei nº 8.429/1992, fruto da Lei nº 13.964/2019, com expressa autorização de consensualização em ações de improbidade administrativa.

De qualquer forma é fato que existem acordos firmados, com teórico fundamento na Lei nº 12.846/2013, pelo PARQUET, o que traz à tona a discussão sobre multiplicidade de órgãos e insegurança jurídica.

Entretanto, para nós, trata-se de falso dilema, ao menos neste aspecto, não se podendo entender a usurpação de atribuição como atuação institucional que evidenciaria falha sistemática do modelo de múltiplas chibatas (ALVES, 2009, p. 111). A insegurança jurídica não advém do sistema em rede, da multiplicidade de órgãos e atribuições por si e sim do abuso ou da usurpação de atribuição, ferramenta específica, cuja titularidade é expressa em lei com presunção de constitucionalidade, não bastasse a evidente conformidade pela natureza jurídica.

No que interessa a presente análise, entretanto, resta saber se Acordo de Leniência, como instrumento ou ferramental que viabiliza o exercício do poder sancionador de forma consensualizada apresenta as mesmas características de conformidade e coerência que o PAR, que, como visto, estimula a multiplicidade de frentes combativas contra o fenômeno da corrupção, ou se, noutra frente, exige maior afinilamento, com coordenação.

O cerne aqui é, partindo do pressuposto de um Acordo de Leniência válido, ou seja, firmado por quem detém atribuição e obediente aos demais contornos da lei, perceber se esse Acordo exige outras frentes de responsabilização concomitantes ou, se diferentemente do PAR, ele pressupõe o não uso de outras ferramentas, como PAR e ações de improbidade em face das mesmas pessoas (obviamente considerando-se a mesma e única situação fática e a mesma pessoa jurídica envolvida, não as apurações decorrentes e terceiros, pessoas físicas e jurídicas envolvidas, que são consequência esperada do Acordo de Leniência).

A resposta parece ser que, em regra, o Acordo de Leniência demanda, pelo alto valor da lealdade na consensualidade, assim como da lógica cooperativa, que outras ferramentas não sejam utilizadas em face da mesma pessoa jurídica pelos mesmos e exatos fatos e buscando-se as penas da Lei nº 12.846/2013 e ou penas da Lei nº 8.429/1992 ou mesmo da Lei nº 8.666/1993. Diz-se em regra porque, e também decorre da mesma lei e de todo o ordenamento jurídico, que em se identificando dano concreto, todo o dano concreto deve ser buscado pelo TCU, por exemplo, ainda que o Acordo de Leniência faça recompor algum valor, o que já, por si, é algo além do que se poderia esperar em leitura literal e isolada da Lei nº 12.846/2013.

Entretanto, lendo-se o microssistema anticorrupitivo, especial Lei nº 12.846/2013 com Lei nº 8.429/1992, percebe-se que possível solução

ou uso complementar de ferramental na apuração do dano, sem prejuízo da firma de Acordo de Leniência. É o que expresso no art. 16, § 3º, da mesma norma.

A conclusão de “regra”, entretanto, decorreria da norma que indica uma série de situações cujos efeitos do Acordo de Leniência validamente firmado parece exigir, ante elementos axiológicos de um consenso, a coerência e harmonização do uso de ferramentas para responsabilização, inviabilizando, então, usos simultâneos em algumas situações.

Relevante para tal percepção a exigência de trato direcionado das informações recebidas, nos termos do art. 16. É que as conexões entre instituições mais devem aparecer para permitir a atuação sistêmica dos órgãos de controle no uso de diversas ferramentas, justamente, no trato dos dados, informações e documentos, recebidos voluntariamente.

Ou seja, a chamada “alavancagem investigativa”, o incremento na capacidade apuradora responsabilizadora do Estado” pressupõe o uso direcionado e limitado, também via conexões de compartilhamento institucional.

Diferentemente do estimulado compartilhamento na opção contenciosa, a instituição leniente, aquela que celebra o Acordo, pois, não poderia usar daquilo que recebeu em face da própria pessoa jurídica que trouxe as informações para aplicar outras penas que não as já consensualizadas no instrumento. E tal por uma questão de lealdade e boa-fé estatal, inerente à consensualização no poder de polícia, e também na raiz da criação de atos e negócios jurídicos.

Nesse sentido, parece correto haver reflexos potenciais do Acordo de Leniência em PARs eventualmente existentes em face da pessoa jurídica colaboradora, assim como em ações de improbidade administrativa eventualmente ajuizadas pela instituição leniente em face da mesma pessoa jurídica celebrante, desde que, claro, sobre os mesmos fatos. E diferentemente das conexões do PAR, que pressupõem uso simultâneo, aqui o que se espera é o encerramento da via contenciosa administrativa e o fim da relação processual judicial entre a pessoa jurídica colaboradora e o ente leniente.

É que a consensualidade, como ferramenta opcional e discricionária da Administração, justificada em seus elementos, indica análise de vantajosidade. Ou seja, o Acordo de Leniência é parametrizado por identificar-se vantagens não só quanto aos resultados de um PAR, mas também de ação de improbidade administrativa. O que se espera de um Acordo de Leniência é justamente melhores resultados concretos quanto às penas do que se poderia esperar, realisticamente, das vias contenciosas administrativa e judicial, vez que soaria incongruente a admissão

administrativa com solução em Acordo de Leniência e a continuidade de ação judicial sobre os mesmos fatos e entre as mesmas partes. Perceptível o avanço sistemático e coordenado no uso da ferramenta neste ponto, construindo-se na plêiade de searas e instâncias conexões harmônicas e coerentes, sem significar timidez na responsabilização estatal.

Esta inclusive mais uma das vantagens do potencial acordo de sanção: Uma única ferramenta, constituída validamente ante elementos relativos a atribuição, objeto e forma, daria solução mais ágil, adequada e concreta, com apenação, como resposta à violação do bem jurídico tutelado, qual seja, a não corrupção em relações empresariais com o Estado.

Assim, o Acordo firmado deve resolver o eventual PAR (se mesmo escopo e pessoa jurídica celebrante), da mesma forma que, ao menos quanto às penas, dentre as mesmas limitações, deve resolver eventual ação de improbidade administrativa. Essa é uma de suas vantagens, pois e desde que, como dito, respeitadas as atribuições originais.

Certo que durante a fase de negociação não há qualquer isenção de responsabilização, sendo possível e até desejável que a Administração continue com as frentes de responsabilização porventura existentes. Não há, pois, qualquer efeito pré-acordo e, pois, reflexo nas diversas searas de responsabilização. Unicamente há potencialidade de suspensão temporária do PAR, a critério da Administração e talvez fundado em alocação e economia de recursos, mas não se impede conclusão, nem apenação via PAR, muito menos ajuizamento de ação de improbidade. Pelo contrário, apresentado relatório final de responsabilização em PAR, é o Acordo de Leniência que resta inviabilizado, nos termos do Decreto nº 8.420/2015, art. 30, § 2º.

Inclusive tal continuidade de frentes de responsabilização, enquanto da fase de negociação de acordo, é essencial à análise da vantajosidade, da melhor opção para a Administração punitiva no juízo de conveniência e oportunidade do acordo a ser celebrado, vez que a opção da Administração pela consensualidade deve ser fundada em real tentativa. Acaso algum elemento anterior existisse e observado o sigilo da fase negocial inclusive dentro da própria instituição, deve ser exercida a responsabilização pelas vias regulares, não se podendo justificar um Acordo em omissão deliberada em atuar de forma contenciosa. Existir opção, pois, vem a ser melhor para a decisão da Administração, aprofundando favoravelmente a tutela do interesse público.

Mas, uma vez assinado o Acordo de Leniência, e como se pode supor, uma vez feita a opção de vantajosidade ante a atuação contenciosa, deixa então de ter sentido o cúmulo de opções como PAR e ação de improbidade administrativa.

Firmado o acordo o que se tem, então, e na perspectiva das Leis nº 12.846/2013, 8.429/1992 e 8.666/1993, é justamente o apanhado de penas, em suas respectivas dosimetrias, que se entendeu, por uma série de elementos, adequado estabelecer-se em face da empresa colaboradora.

O Acordo de Leniência traz, então, sanções. Dosadas, com isenções neste ou naquele ponto, mas basicamente sanções ante benefícios à Administração e por decorrência do que lhe caberia impingir pelas Leis nº 8.666/1993 e 12.846/2013, administrativamente, além de, na via judicial e ante leitura sistemática, pela Lei 8.429/1992.

Acordo de Leniência é, pois, sanção, natureza jurídica sancionatória decorrente de Poder Sancionador, mas via consensualidade. Daí a atribuição da Administração por seus órgãos sancionadores na via administrativa, como CGU no âmbito federal, e ao próprio ente, por sua advocacia pública, na via judicial. A exemplo AGU, que firma acordo pela União nos termos do art 129, IX, parte final e art. 131 da Constituição Federal, Lei Complementar nº 73/1993 e Leis nº 9.469/1997, 13.140/2015, além da própria Lei nº 12.846/2013. Sendo assim, especificadamente no mesmo escopo fático, parece uma consequência necessária, coerente, que o eventual PAR existente seja encerrado, substituindo-se a potencialidade de uma sanção impositiva pela efetividade de uma sanção consensualizada.

Uma vez assinado, espera-se como benefício à Administração, e elemento justificador da celebração, a denominada alavancagem responsabilizadora. Resultado deve ser, pois, o incremento na capacidade de apurar, descortinar situações ilícitas para então, ampliando-se o escopo subjetivo de tal apuração, responsabilizar-se outros ou todos os outros responsáveis, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

O que se espera – resultado – do Acordo de Leniência é justamente incremento na capacidade apuradora e responsabilizadora do Estado, administrativa e judicialmente. Assim, outros PARs e procedimentos como PADs (Processos Administrativos Disciplinares) deverão ser abertos ou robustecidos, mas tendo como sujeitos, especialmente estes, os “terceiros”, e não a empresa colaboradora.

É o que se retira da Lei nº 12.846/2013, art. 16, inciso I e II: “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”.

Deve, pois, a colaboradora, ser a primeira pessoa jurídica a cooperar na apuração do ato lesivo (§ 1º), que tenha efetividade na identificação de servidores e particulares envolvidos e, claro, que admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações.

Há alguma discussão sobre o que significa o inciso I do § 1º do art. 16, vez que a compreensão de primeira cooperação com o Estado é

complexa, ante justamente a multiplicidade de órgãos e searas, devendo, assim, ser lida a exigência com racionalidade e bom senso, em especial ante a diferença de tratamentos possíveis a pessoas físicas e jurídicas (a exemplo considerar-se delações premiadas ou colaborações premiadas de pessoas físicas diretamente envolvidas não só nos ilícitos, mas na gestão de pessoas jurídicas também envolvidas), inclusive existindo previsão em portaria de cooperação da pessoa jurídica em “outros processos ou instâncias” de responsabilidade, para fins de verificação de primeira manifestação.

Cabe destacar ainda que quanto a denominada alavancagem, é de se admitir algumas compreensões auxiliares na análise do descortinamento primevo. Basicamente as informações para definição de “alavancagem” específica ou *stricto sensu*, são aquelas que dizem respeito a pessoas, fatos, documentos e viabilizem o uso potencial, nos termos da Lei nº 12.846/2013, art 16, § 4º. Espera-se, pois, efetividade da colaboração e do resultado útil. Entretanto, o descortinamento pode envolver fatos absolutamente complexos e com isso tornar admissível o fatiamento da compreensão do episódio de corrupção em entregas diversas por pessoas jurídicas diversas, e cada uma sendo a primeira em determinado aspecto ou face do complexo episódio. É o que se poderia denominar “alavancagem vertical”, como aquela que traz o aprofundamento de um fato ou episódio genericamente ou parcialmente conhecido, sendo desconhecidas da Administração diversas etapas, detalhes ou faces do complexo fenômeno; enquanto “alavancagem horizontal” seria aquela de mais fácil verificação, que traz a cena um episódio novo, em relação ao qual também a Administração desconhecia, sendo fatos ou situações absolutamente diversos.

Ambos os descortinamentos podem, caso a caso, receber a adjetivação de relevantes para a Administração e ambos podem indicar a primariedade de sua entrega pela pessoa jurídica colaboradora, até porque também em ambas as situações há o “aprendizado institucional” para entes públicos, com o *know how* da corrupção detalhado ante informações e documentos que venham a destrinchar situações absolutamente complexas, com múltiplos atores e participações e responsabilizações nem sempre conectadas.

E mais, a própria expectativa sobre informações e documentos a receber também deve ser corretamente dimensionada. Afinal, o já falado fenômeno da corrupção não é caracterizado por registros formais e transparência. Assim, o que seria a “alavancagem esperada”? Provas cabais apenas? É ter como resultado necessário uma “condenação” administrativa ou judicial? Claramente que não. É o conjunto de indícios, provas, narrativas, evidência e até suspeitas que, demonstrado o esforço organizacional em obter-se ao máximo, venha a incrementar, aumentar em alguma proporção, a viabilidade de responsabilização efetiva de terceiros que, inclusive, pode se dar apenas em outras instâncias, com diversas outras variáveis, como a judicial.

Em qualquer caso, no que importa à presente análise, há regramento essencial quanto ao uso das informações e documentos recebidos como "alavancagem" e tal ponto é também evidência de coordenação relevante em ambiente de multiplicidade objetiva e subjetiva. É que ante alavancagem, pode-se abrir PARs em face de outras pessoas jurídicas, assim como PADs, em face de servidores, sem prejuízo de outras ações judiciais da própria Lei nº 12.846/2013 e da ação de improbidade da Lei nº 8.429/1992 em face destes. Também pode gerar a abertura de expedientes em âmbito de outros órgãos como CADE, CVM e TCU. Mas, em face da pessoa jurídica que colaborou, há necessidade lógica, decorrente da própria ferramenta, de não se usar as informações e documentos para apenar esta, tratando-a de maneira mais severa do que se faria em face de pessoas jurídicas não colaboradoras.

Não é que outros órgãos não possam mais punir aquela pessoa jurídica, pois podem obviamente dentro de suas atribuições. E isto é respeitar atribuição. Entretanto, não poderão fazê-lo utilizando-se das informações recebidas via Acordo de Leniência. Não se trata de se impedir o exercício de atribuição. O que não se permite, no que se poderia denominar como "regra de lealdade", é compartilhamento do obtido via consenso para fins punitivos, na busca de apenação, e tal pela natureza da origem da informação.

Ressalva se faz quanto à apuração de dano, vez que não é possível no Acordo de Leniência indicar-se "quitação". Enquanto existir dano apurável, este poderá ser perseguido inclusive a partir dos elementos fornecidos pela empresa. Cabe destacar, entretanto, que o dano apurado, já identificado, é elemento essencial e não negociável (ficar de fora ou existir "desconto"). O que se indica aqui é que caso outras instituições ou os próprios celebrantes venham, inclusive a partir dos elementos recebidos, apurar e identificar novos danos, posteriormente à celebração, e que possam ser imputados à empresa colaboradora, não poderá essa evitar a responsabilização, não existindo ilegalidade ou deslealdade no uso inicial de tais documentos e informações. Em suma, a "regra" da não quitação quer dizer, em Acordo de Leniência, como firmados pela AGU e CGU, que se houver informação de dano, esse será necessariamente utilizada durante a fase de negociação para se identificar tal valor que, pois, será rubrica necessária.

Em caso negativo, ou seja, não existindo elementos robustos e reconhecimento pela empresa colaboradora quanto à ocorrência de dano, o encaminhamento para TCU, por exemplo, não pode gerar apenação, mas pode sim justificar responsabilização por dano concreto eventual e posteriormente apurado. Cabe lembrar que esta lógica se aplica à pessoa jurídica celebrante, sendo absolutamente livre o uso das informações e documentos em face de terceiros. Em verdade, é este o objetivo da celebração.

Cabe, ainda, detalhar que o trato das informações durante as negociações e em caso de não sucesso ou não firma de Acordo tem regramento próprio. Há, assim, sigilo e restrição de uso durante o trâmite, sem prejuízo de verificação de plausibilidade e novidade das informações, o que poderia ser resumido no estímulo a “acesso” à informação, para comissão de negociação, e no impedimento do uso das informações ali recebidas, pela comissão de negociação em outras searas. Ou seja, deve entrar informação para a comissão de negociação realizar sua análise, mas nunca sair informação sob pena de quebra de compromisso e deslealdade estatal. Noutra frente, há sigilo e não uso nos casos de rejeição ou desistência do Acordo de Leniência. Expresso na Lei nº 12.846/2013, art. 16, § 7º, está que a proposta rejeitada não implica reconhecimento de ilícito, indicando-se que, em caso de desistência, há devolução de todo o material recebido e vedação de seu uso pelas autoridades envolvidas, não servindo a etapa negocial como qualquer reconhecimento de ilegalidades e não existindo divulgação.

Entretanto, como salientado, firmado o Acordo o uso das informações e documentos é definitivamente autorizado desde que respeitada a regra de não se punir, em outras frentes e com as mesmas informações, a própria colaboradora. Espera-se, inclusive, que a partir da celebração sejam realizadas diligências de complementação ou esclarecimento que, nos ambientes específicos das instituições AGU e CGU, indicam a cooperação contínua quanto as pessoas jurídicas colaboradoras. Para tanto, pode ser caso inclusive de se solicitar ou se determinar o compartilhamento de informações de outras instâncias ou com outras instâncias, desde que firmado o compromisso de não imposição de penas para a pessoa jurídica colaboradora a partir daqueles documentos e informações a receber.

Eventualmente, acaso um Acordo de Leniência venha a ser considerado descumprido pela pessoa jurídica colaboradora, outro regramento se põe diante das instituições celebrantes. É que, nesse caso, mesmo diante do fim da relação consensual, e em verdade por decorrência do descumprimento de tal compromisso, há possibilidade, clausulada, como se pode verificar dos termos publicados pela CGU⁴ de livre uso das informações pelas instituições celebrantes, inclusive em face das próprias pessoas jurídicas colaboradoras.

⁴ Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

4 CONCLUSÃO

Em cada uma das situações acima indicadas com seus respectivos regramentos de uso de informações e documentos, o que se tem, pois, são pontos de interconexão entre instituições e entre searas de responsabilização que, pois, indicam que a consensualidade prevista na nº Lei 12.846/2013, via acordo de leniência, acaba exigindo mais coerência, atuação coordenada e afunilamento, justamente pela natureza axiológica fundante da ferramenta jurídica de combate à corrupção, qual seja, lealdade estatal.

Entretanto, para além do discurso “interessado” de insegurança jurídica e desorganização teoricamente causado pelo sistema de múltiplas chibatas, parece existir soluções de coordenação e cooperação que, se de um lado respeitam as atribuições das agências de *accountability* horizontal (SOARES, 2018); e essas só tem sentido e maior eficácia se funcionando em multiplicidade; de outro viabilizam a atuação em rede, sequencial ou não, garantindo o exercício reforçado de atribuições e com segurança jurídica suficiente ao ordenamento pátrio. E mais, também viabilizando apuração e responsabilização suficientes às múltiplas e gravíssimas consequências do complexo fenômeno da corrupção, em especial se percebido de maneira endêmica como na sociedade brasileira.

O ambiente organizacional de instituições de combate à corrupção, para além do ferramental disponibilizado da Constituição Federal a leis ordinárias, passa necessariamente por multiplicidade de atribuições, o que não significa necessariamente insegurança jurídica e incoerência. Pelo contrário. A análise específica e cuidadosa de cada uma das conexões possíveis indica a existência de soluções de coerência cuja previsão em direito positivo e a vontade institucional de atuação coordenada concretizam caminho mais eficaz no combate à corrupção, que passa pela eficiente apuração e vai à efetiva recomposição do erário e à dissuasiva apenação.

A Lei nº 12.846/2013 traz, em seu ferramental bélico, o norte da multiplicidade de frentes, sejam administrativas ou judiciais e com múltiplas atribuições de múltiplos órgãos. Sem prejuízo, a previsão de consensualidade como forma traz, por sua natureza, afunilamento ferramental que, como exceção, não afasta a regra da pluralidade.

Importante perceber que no quadro atual, o arranjo institucional deve ser ancorado no direito positivo e no respeito às atribuições constitucionais. A experiência da AGU e da CGU e suas conexões com MPF e TCU, smj, apesar das já citadas críticas, inicialmente acertadas ainda que nem sempre amparadas no interesse público, vem demonstrando que é possível resultados com coordenação.

As instituições, com esforço, para além do pessoal, e compreensão das atribuições, buscaram e buscam arranjo institucional, visando à completa

migração de um modelo de competição predatória, como destacado por Aranha e Filgueiras (2016), gerando insegurança pelo desrespeito ou usurpação de atribuições e corrida orçamentária; para um paradigma compreensivo, cooperativo, com percepção da relação de sequenciamento das atribuições eventualmente existente e coordenação efetiva, como soma de esforços e compartilhamento leal de informações e documentos. Há e houve, pois, alguma vontade institucional de atuação colaborativa, embasada no direito positivo e que, justamente, transmite a necessária segurança jurídica, decorrente de respeito às atribuições constitucionais, as normas, ao ordenamento.

Os resultados já obtidos em Acordos de Leniência da Lei nº 12.846/2013, por exemplo, em atuação da CGU com “parceria” formal da AGU geraram, até junho de 2020⁵, 12 (doze) celebrações com empresas investigadas pela prática dos atos lesivos previstos na lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), e dos ilícitos administrativos previstos na lei de licitações (Lei nº 8.666/1993), sendo que os valores a serem ressarcidos envolvem os pagamentos de multa, dano e enriquecimento ilícito, com retorno de recursos aos cofres públicos esperado, ou seja, com título executivo constituído até tal data, em R\$ 13.671.855.155,97 (treze bilhões, seiscentos e setenta e um milhões, oitocentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta e cinco reais e noventa e sete centavos), e retorno efetivo aos entes lesados no valor concreto de R\$ 3.840.367.468,77 (três bilhões, oitocentos e quarenta milhões, trezentos e sessenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e oito reais e setenta e sete centavos).

Mas os resultados, no paradigma que se prega, devem ser, para além dos apresentados pelas instituições em rede, para toda a sociedade e fruto de uma estrutura estatal plúrima, porém coerente, ciente e ciosa do ferramental anticorrupção que se lhe impõe para atuar.

O que se conclui da presente análise é que a Lei nº 12.846/2013 trouxe ferramentas de combate à corrupção que, conforme vontade institucional, podem ser eficazes e apresentar uso coerente em ambiente de múltiplas agências de *accountability* horizontal, parecendo correto afirmar que o contexto nacional, somado à complexidade do fenômeno da Corrupção, indicam como acertado o modelo em rede. Restaria às críticas de insegurança jurídica e desorganização eventualmente geradas de maneira desconstrutiva, o apelo interessado, pois na presente construção não se sustentam quando detalhado o uso do ferramental e quando focada a percepção da conexão ou interação entre instituições, viabilizada pelas hipóteses de atuação contenciosa ou consensual da própria Lei nº 12.846/2013.

5 Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia> Acesso em: 25 out. 2020.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Fernanda Colaço. *Múltiplas Chibatadas? Institucionalização da política de controle da gestão pública federal 1988-2008*. Brasília, 2009. Dissertação Mestrado – Universidade de Brasília, Programa de Pós -Graduação em Administração, PPGA.

ARANHA, Ana Luiza. Instituições de accountability no Brasil: mudança institucional, incrementalismo e ecologia processual / Ana Luiza Aranha; Fernando FILGUEIRAS – Brasília: Enap, 2016. 51 p.: (Cadernos, 44).

ARAÚJO, Kleber Martins de. *Processo Administrativo de Responsabilização. Lei Anticorrupção e temas de compliance*. Salvador: JusPodivm, 2. ed. 2016.

CHRISPIM, Raquel. *Responsabilidade Social Empresarial na prevenção e combate à corrupção: uma iniciativa que pode reformular a relação entre empresas e estados?* 2007, Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas: Sociologia) – Instituto de Pesquisa do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

GARCIA, Emerson. *Repressão à corrupção no Brasil: entre realidade e utopia = Repression of Corruption in Brazil: between reality and utopia* /Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 90 p.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. São Paulo: Lua Nova, n. 44, 1998.

RICO, Bruno. O papel do controle interno no combate à corrupção: A experiência da Controladoria-Geral da União no Executivo Federal Brasileiro. In: MOI SÉS, José Álvaro II. *O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo*. p. 137-157. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SOARES, Pedro Vasques. Accountability horizontal e a Advocacia–Geral da União. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4137, 29 out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33219>. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. Atribuições e cooperação em leniência: a busca do arranjo institucional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 23, n. 5411, 25 abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64573>. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. Entes de combate à corrupção: da competição predatória à colaboração. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5107, 25 jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58298>. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. Publicações Eletrônicas da Escola da AGU — *Advocacia-Geral da União*: uma agência accountability horizontal? 1º ed. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2018. ISBN: 978-85-63257-18-5 Livro eletrônico Disponível em: www.agu.gov.br.

IMPUTANDO RESPONSABILIDADE A PESSOAS JURÍDICAS: CONVERGÊNCIAS ENTRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E LEI ANTICORRUPÇÃO

IMPUTING LIABILITY TO LEGAL PERSONS: CONVERGENCES BETWEEN ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND ANTI-CORRUPTION ACT

Rafael Rott de Campos Velho

Advogado da União lotado na Procuradoria Regional da União na 4ª Região. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

SUMÁRIO: Introdução; 1. Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção no ordenamento brasileiro; 1.1. A Lei de Improbidade Administrativa; 1.2. A Lei Anticorrupção; 2. Microssistema de responsabilização da Pessoa Jurídica: coerência nos critérios de imputação de responsabilidade? 2.1. Modelos de imputação da responsabilidade à pessoa jurídica; 2.2. Responsabilizando pessoas jurídicas por diferentes instrumentos: uma convergência? 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo cotejar os critérios de imputabilidade de responsabilidade à pessoa jurídica presentes na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. Ambos os diplomas têm como propósito principal a defesa da probidade, bem se entrelaçam em determinadas situações. O método de abordagem utilizado é o indutivo, partindo dos textos legais e procurando premissas genéricas a eles aplicáveis. O estudo apontou que, embora a redação dos textos possua contornos jurídicos distintos no que tange ao tema proposto, há também importantes congruências. De outra parte, ressalva-se que a complexidade da estrutura de governança das pessoas jurídicas modernas torna necessária uma leitura mais objetiva da reponsabilidade corporativa.

PALAVRAS-CHAVE: Imputação. Responsabilidade. Pessoa Jurídica. Corrupção.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to compare the imputability criteria of legal persons liability present in the Administrative Improbability Act and in the Anti-Corruption Act. Both legal texts have as their main goal the defense of probity, and their application is intertwined in certain circumstances. The research relies on the inductive method, starting from legal texts and looking for generic premises applicable to them. The study pointed out that, although the texts language has different juridical approaches about the proposed theme, there are also important congruencies. On the other hand, the modern legal persons governance structures are very complex, which requires a more objective reading of corporate liability.

KEYWORDS: Imputability. Liability. Legal Persons. Corruption.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade altamente complexa, marcada pela globalização e interconexão econômica, bem como pelo aprimoramento constante de estruturas empresariais, o tema da defesa da probidade ganha contornos bastante densos. Um dos tópicos que particularmente ganham espaço é a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção, considerando que a constituição de teias de governança corporativa torna dificultosa a responsabilização apenas de pessoas físicas pelas condutas ímprobas (PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 216).

Evidentemente que a responsabilização da pessoa jurídica é necessária à construção de um cenário mais propenso à probidade nas relações jurídicas, em especial naquelas entre os setores público e privado. O Brasil, de acordo com a sua tradição jurídica, optou pelo caminho da responsabilização cível-administrativa das pessoas jurídicas, dispensando a utilização do direito penal, como fizeram países como Estados Unidos e Reino Unido. Dentre os instrumentos legais disponíveis para esse tipo de responsabilização, destacam-se a Lei nº 8.429, denominada Lei de Improbidade Administrativa (LIA), em vigor desde 1992, e a mais recente Lei nº 12.846/2013, acunhada de Lei Anticorrupção, também conhecida pelo acrônimo LAC¹. Em comum, tem-se que a LIA e a LAC foram editadas em contextos de crises institucionais envolvendo o tema da probidade. Todavia, seus propósitos, e mesmo procedimentos delas decorrentes, são bastante diferentes, inobstante elas se imbriquem em diversas situações formando uma espécie de microssistema de defesa da probidade. É por essa razão que é importante refletir acerca dos critérios de imputação adotados pelas legislações, a fim de verificar a coerência entre elas.

O presente artigo está dividido em duas partes: a primeira tem por objetivo expor os principais conceitos da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção no que tange à tipificação de condutas e penalidades. O segundo tem por escopo apresentar diferentes formas de imputação de responsabilidade a pessoas jurídicas, bem como verificar como as citadas normativas brasileiras abordam a temática. Ao final são apresentadas as conclusões.

¹ Importante ressaltar que existem outras hipóteses que podem levar à punição cível-administrativa da pessoa jurídica em decorrência de práticas corruptivas, tais como a própria atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) e Cortes de Contas estaduais, conforme disposto na Constituição Federal e Lei nº 8.443/1992, além da legislação pertinente à defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011), à atuação de agências reguladoras e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). O presente estudo centra-se, todavia, na improbidade administrativa e na Lei Anticorrupção que estão umbilicalmente ligadas, conforme adiante exposto.

1 RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS DE CORRUPÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

1.1 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O pioneirismo na matéria de responsabilização administrativa da pessoa jurídica por atos de corrupção veio com a chamada Lei de Improbidade Administrativa, a qual foi editada em momento turbulento da história brasileira (logo antes do impedimento do ex-presidente Fernando Collor). Essa normativa, com efeito, foi publicada em 02 de junho de 1992 e tem origem em uma previsão geral estatuída na Constituição de 1988, a qual determina a punição por atos de improbidade administrativa².

O diploma legislativo abrange a responsabilização por atos de improbidade administrativa praticados por pessoas jurídicas, embora o intuito inicial da legislação tenha sido somente a punição dos agentes públicos ímprobos³. A redação final de seu art. 3º, nesse passo, afirma que terceiros, beneficiados de qualquer forma pelo ato de improbidade praticado, deverão ser igualmente punidos, o que inclui as pessoas jurídicas⁴.

A Lei nº 8.429/1992 dispõe de três tipos genéricos de atos de improbidade administrativa, os quais são passíveis de sancionamento: atos que acarretam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Todos esses tipos abrangentes são exemplificados em incisos abaixo de cada um dos artigos mencionados por meio de diversas condutas mais específicas, como “conceder benefício administrativo ou fiscal sem observância das normas legais ou regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea” (art. 10, VI) e “frustrar a licitude de concurso público” (art. 11, V). Recentemente, foi incluído, pela Lei Complementar nº 157/2016, um novo tipo de ato de improbidade administrativa relacionado

2 Art. 37, § 4º, da Constituição Federal: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

3 Registre-se que o Projeto de Lei nº 1.446/1991, enviado pelo Poder Executivo por meio da Mensagem 406/1991, que deu origem à Lei nº 8.429/1992, tinha por escopo apenas a punição de agentes públicos por enriquecimento ilícito. Posteriormente, houve a incorporação de outros tipos de ilícitos, bem como a responsabilização de terceiros, dentre os quais as pessoas jurídicas beneficiadas (GARCIA; ALVES, 2017, pp. 286–288). A íntegra do projeto de lei original pode ser acessada em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17AGO1991.pdf#page=68>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

4 Art. 3º “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.” A jurisprudência reconhece, de forma uníssona, a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de improbidade administrativa (ver, por exemplo, os Recursos Especiais 916.895/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 08 set. 2009 e 1.122.177/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23 mar. 2010).

à concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário relativo ao imposto municipal sobre serviços (art. 10-A).

No que concerne às penas, a legislação em comento traz as seguintes possibilidades: perda de valores ilicitamente incorporados ao patrimônio, ressarcimento integral do dano causado, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios fiscais ou creditícios.

A responsabilização da pessoa jurídica pela Lei de Improbidade Administrativa é, portanto, um marco importante no ordenamento jurídico brasileiro acerca do sancionamento a pessoas jurídicas. No que tange às penalidades, as únicas que não lhe são impostas, por motivos lógicos, são a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

Importante registrar que a LIA não dispensa a comprovação de dolo ou culpa (essa última apenas para art. 10), o que poderia provocar maiores celeumas sobre sua aplicação. Urge destacar que, em estudo patrocinado pelo Conselho Nacional de Justiça, identifica-se que, entre 2006 e 2016, houve a condenação de 472 pessoas jurídicas por atos de improbidade administrativa, número que representa apenas 7,16% das condenações no âmbito dessa legislação, mas que afasta a existência de uma resistência sistemática na sua aplicação em relação a pessoas não naturais (BARBÃO; OLIVEIRA, 2017, p. 29). Desse modo, há uma consolidação na responsabilização da pessoa jurídica por improbidade administrativa.

1.2 A LEI ANTICORRUPÇÃO

Mais de vinte anos após a Lei nº 8.429/1992, é editada a Lei nº 12.846/2013, a qual criou outras hipóteses de responsabilização da pessoa jurídica, chegando a ganhar o apelido de Lei Anticorrupção. Essa legislação claramente decorre da influência de Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário, especialmente a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, patrocinada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁵, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada sob os auspícios da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁶ e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida por Convenção de Mérida⁷ (CAMPOS VELHO, 2020, p. 164 e ss).

5 Internalizada pelo Decreto nº 3.678/2000.

6 Internalizada pelo Decreto nº 4.410/2002.

7 Internalizada pelo Decreto nº 5.687/2006.

De início, em seu art. 1º, a Lei nº 12.846/2013, evidencia seu objeto principal: “esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Ou seja, o escopo da legislação é criar uma responsabilização administrativa e objetiva, reforçada no art. 2º⁸, dispensando os elementos subjetivos (dolo ou culpa) e a necessidade de processos judiciais, embora ao Poder Judiciário seja reservada a imposição de determinadas sanções mais agressivas. Vê-se, portanto, duas diferenças bastante evidentes com a LIA.

A tipificação das práticas punidas pela lei está no art. 5º. O *caput* do dispositivo afirma que se constituem “atos lesivos”, denominação que afasta a conotação criminal, à administração (nacional ou estrangeira) “aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1o, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos [...]”. Percebe-se que, após elencar os bens jurídicos tutelados, a técnica legislativa utiliza a expressão “assim definidos”, de modo que a lista de condutas típicas não possui um caráter meramente exemplificativo, sendo *numeros clausus* (GARCIA; ALVES, 2017, p. 784)⁹.

O inciso I do art. 5º é praticamente a aplicação do crime de corrupção ativa a pessoas jurídicas. Assim, é considerado ato lesivo “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”. O inciso II já não possui um correspondente no direito penal, considerando ilícito o ato de “comprovemente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei”. O inciso III é mais voltado a combater a utilização de interpostos para a prática de atos de corrupção: “utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”.

O Inciso IV do art. 5º é voltado à punição de atos lesivos praticados no âmbito de licitações públicas¹⁰, sendo elencadas diversas alíneas com atos considerados irregulares. Essas condutas irregulares abrangem situações como frustrar o caráter competitivo da licitação (a), impedir,

8 “Art. 2º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

9 No mesmo sentido Modesto Carvalhosa: “não se trata, pois, o elenco constante no art. 5º, de mera enunciação a que se possa acrescentar outras práticas corruptivas ali não descritas” (CARVALHOSA, 2015, p. 173).

10 Como existe a possibilidade de punição por irregularidades em certames licitatórios e execução de contratos públicos também na Lei nº 8.666/1993 (artigos 86 a 88), o Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a LAC, determina, em seu art. 12, a tramitação conjunta desses processos administrativos de responsabilização.

perturbar ou fraudar ato do procedimento licitatório (b), afastar licitante mediante fraude (c), dentre outros.

Por fim, o inciso V afirma ser ato lesivo “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”. Trata-se de uma tipificação específica voltada a empresas que dificultem o exercício do poder fiscalizatório por parte do Estado.

O art. 6º trata das sanções que podem ser administrativamente cominadas: “multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”¹¹ e publicação da decisão condenatória em meio público, sem prejuízo da reparação de danos. Essas sanções são impostas após a tramitação de Procedimento Administrativo de Responsabilização, regulamentado no âmbito federal, pelo Decreto nº 8.420/2015. Outras sanções são reservadas ao poder judiciário, como perdimento de bens, suspensão ou interdição de atividades e, até mesmo, dissolução compulsória, além da proibição de recebimento de benefícios do poder público ou instituições de fomento com vínculo governamental (art. 19).

A LAC prevê ainda a possibilidade de realização dos chamados acordos de leniência¹² com as pessoas jurídicas, situação nas quais empresas que tenham praticado atos lesivos os confessam e colaboram para a elucidação dos fatos, identificando outros agentes (pessoas físicas e jurídicas) que tenham praticado irregularidades. Trata-se de um instrumento de suma importância para as investigações, uma vez que determinados conluios são de difícil elucidação.

Esses acordos, além de garantir alavancagem investigativa, constituem-se em uma forma consensual de imputação de responsabilidade. Nesse sentido, tem-se o seguinte cenário: a pessoa jurídica admite seu procedimento corruptivo e, como consequência, tem atenuada a multa imposta. Além do mais, deve ainda comprometer-se a cessar práticas irregulares e a adotar mecanismos de *compliance* efetivos, dentre outras

11 Quando não for possível estimar o faturamento da empresa, o valor pecuniário da multa deverá ser “de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais)”, conforme estipula o § 4º.

12 O Manual da CGU para Responsabilização de Pessoas Jurídicas assim conceitua o acordo de leniência: “ato administrativo consensual por meio do qual a Administração processante concede isenções ou atenuações de sanções administrativas imputáveis a determinado infrator em troca de uma efetiva colaboração processual, consistente na apresentação de informações relevantes e provas diretas relacionadas à prática de ilícitos administrativos, que permitam inferir, de forma substancial, a existência de elementos notórios de autoria e materialidade” (CGU, 2016, p. 92).

possíveis consequências, sendo importante salientar que o acordo não a exime da obrigação de reparar integralmente o dano.

2 MICROSSISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA: COERÊNCIA NOS CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE?

2.1 MODELOS DE IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE À PESSOA JURÍDICA

Existem dois meios possíveis para a responsabilidade corporativa. Um deles é a responsabilização da pessoa jurídica por ato próprio, sendo necessário, para tanto, criar formas de medir a culpabilidade da organização de forma independente das ações de seus funcionários ou dirigentes (FRAZÃO, 2018, p. 37-39). Outro, bastante diferente, “tenta justificar a responsabilidade da pessoa jurídica por fato de ‘terceiro’, ou seja, com base na prática de atos ilícitos pelos órgãos ou pessoas naturais que apresentam ou representam” (FRAZÃO, 2018, p. 39).

Para a primeira forma de imputação, é necessária uma quebra na organização interna da empresa, sendo que o funcionamento de um forte mecanismo de *compliance* é capaz de afastar a responsabilidade. A medida da culpabilidade da pessoa jurídica é considerada a sua falha em prevenir e remediar ilícitos (HEINÉ, 1997, p. 39-40).

A segunda forma de responsabilidade é representada pela chamada *vicarious liability*, oriunda do direito anglo-saxão, a qual possui contornos de responsabilização objetiva, por atos do preponente ou empregador, sendo bastante comum no direito privado (FRAZÃO, 2018, p. 40). É baseada no postulado do chamado *respondeat superior*, que, nos Estados Unidos, foi desenvolvido na legislação federal, permitindo a imputação de crime à corporação em virtude de atos ilícitos praticados por seus empregados, desde que inseridos dentro de seu plexo de atribuições e em benefício da pessoa jurídica.

No Reino Unido, foi desenvolvido um sistema parecido com o da responsabilidade vicarial, com contornos mais específicos. É a chamada teoria da identificação (*identification theory*). Dentro dessa perspectiva, a responsabilização corporativa somente ocorre quando são praticados atos pelos dirigentes superiores da organização, os quais atuam como seu *alter ego*. Há uma distinção entre o cérebro e os braços das pessoas jurídicas. Embora essa abordagem dificulte a imputação de responsabilidade, exigindo ações dos dirigentes superiores, ela influenciou diversos países a adotarem legislações semelhantes, notadamente os membros do *Commonwealth*. Com o tempo, no entanto, a teoria precisou se adaptar às novas estruturas

organizacionais cujo processo decisório é bastante descentralizado, tendo a nova legislação inglesa alterado sua concepção inicial (PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, pp. 220-221). Nesse passo, o *UK Bribery Act* (2010) adicionou à teoria da identificação uma forma mais objetiva de imputação, consistente na apuração de falhas corporativas em evitar atos de corrupção¹³.

Dentro das teorias objetivistas, é importante frisar que elas vêm ganhando maior destaque recentemente, tendo em vista a evolução da organização das pessoas jurídicas, principalmente grandes corporações, que dependem de uma estrutura bastante complexa para processos de tomada de decisão. A Austrália, por exemplo, possui uma previsão mais ampla em seu Código Criminal (*Criminal Code Act*, de 1995), de modo que a responsabilidade corporativa pode ocorrer em decorrência de atos praticados por empregados, agentes ou executivos, sendo ela transposta para a própria empresa¹⁴. Nesse sentido, esses atos podem ser atribuídos a pessoas jurídicas no caso de autorização ou permissão da própria estrutura empresarial ou, ainda, em decorrência de falhas administrativas que negligenciem a possibilidade de os representantes das corporações cometerem atos de corrupção (PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 222).

Eduardo Saad-Diniz e Renato Mello Jorge Silveira (2017, p. 10) identificam, no direito comparado, três modelos de imputação de responsabilização de pessoas jurídicas. Além da responsabilidade objetiva (por fato próprio) e da responsabilidade vicarial, atestam a existência de um sistema misto, no âmbito do qual programas de *compliance* teriam o condão de mitigar a responsabilidade empresarial, mas não afastá-la

13 Consta na seção 7:

"1) Uma organização comercial relevante ('C') é culpada de um delito sob esta seção se uma pessoa ('A') associada a C subornar outra pessoa pretendendo: (a) obter ou manter negócios para C, ou (b) obter ou manter uma vantagem na condução dos negócios para C.

2) Mas é uma defesa para C provar que C tinha em vigor procedimentos adequados destinados a impedir que as pessoas associadas à C realizassem tal conduta".

Tradução própria de: "1) A relevant commercial organization ('C') is guilty of an offence under this section if a person ('A') associated with C bribes another person intending: (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.

2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct".

REINO UNIDO. *UK Bribery Act*. 2010. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

14 "Se um elemento físico de uma infração for cometido por um funcionário, agente ou diretor de uma corporação que atue dentro do escopo real ou aparente de seu emprego, ou dentro de sua autoridade real ou aparente, o elemento físico também deve ser atribuído para o corpo corporativo". Tradução própria de: "If a physical element of an offence is committed by an employee, agent or officer of a body corporate acting within the actual or apparent scope of his or her employment, or within his or her actual or apparent authority, the physical element must also be attributed to the body corporate." AUSTRÁLIA. *Criminal Code Act*. 1995.

Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00235>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

totalmente. Essa é a premissa adotada pela legislação norte-americana (FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*).

O Conselho da OCDE editou a Recomendação de 2009 que, embora não possua caráter cogente, é um importante parâmetro para aplicação da Convenção patrocinada pela organização. Nesse contexto, o Anexo I, intitulado de Guia de Boas Práticas sobre a Implementação de Artigos Específicos da Convenção da OCDE (2009, p. 10), aconselha aos países que a responsabilidade da pessoa jurídica não seja condicionada à da pessoa física. Noutro giro, são firmados dois critérios de imputação: o primeiro, no qual o posto hierárquico ocupado pela pessoa física que age de forma indevida deve ser encarado de forma flexível, “refletindo a grande variedade de sistemas de decisão das pessoas jurídicas”, e o segundo, no qual a responsabilidade está centrada na pessoa com maior nível de gerência, obedecendo a três situações: a) quando o próprio agente máximo protagoniza o ato ilícito; b) quando autoriza um subordinado a praticá-lo; e 3) quando falha na prevenção de que os funcionários da empresa pratiquem atos de corrupção, por lapso de supervisão ou por não instituir adequados sistemas de controle, ética e *compliance*. O intuito da recomendação é nitidamente afastar a aplicação pura da responsabilidade subjetiva, mormente da Teoria da Identidade, sugerindo uma leitura mais objetiva da imputação.

Existem, portanto, basicamente duas formas de imputação de responsabilidade a pessoas jurídicas: em nome próprio, em decorrência de uma falha em sua estrutura interna ou em decorrência da atuação de um terceiro, dirigente ou empregado. Pode ser citada, ademais, uma forma híbrida, presente no UK Bribery Act, na qual a estrutura de governança das pessoas jurídicas, atrelada a um efetivo sistema de *compliance*, é capaz de afastar a responsabilidade, cabendo à própria empresa provar a situação em sede defesa.

2.2 RESPONSABILIZANDO PESSOAS JURÍDICAS POR DIFERENTES INSTRUMENTOS: UMA CONVERGÊNCIA?

É possível identificar, conforme demonstrado na Seção 1, que a imputabilidade de responsabilidade a pessoas jurídicas em decorrência de atos de corrupção possui, no Brasil, indicativos divergentes em suas legislações. A Lei de Improbidade Administrativa não demonstrou uma preocupação com esses critérios, exigindo culpa e dolo de forma genérica, tanto para pessoas físicas, quanto jurídicas. Noutro passo, a Lei Anticorrupção adota a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, aparentemente não admitindo a sua exclusão a partir da análise da estrutura interna da empresa¹⁵.

15 O art. 7º, ao afirmar que a existência de Programa de Integridade serve de atenuante na aplicação das sanções, dá a entender que não serve como excludente do nexo de causalidade.

A Lei de Improbidade Administrativa não trata especificamente da pessoa jurídica, a albergando em seu conceito de “terceiros”, conforme disposto em seu art. 3º: “[ã]s disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. Pela redação do dispositivo, a imputação de responsabilidade a pessoas jurídicas é facilmente imposta quando ela se *beneficiar* do ato, o que implica uma exegese simplificada da culpabilidade.

Nesse passo, importante registrar que o STJ possui jurisprudência consolidada no sentido de não ser possível a responsabilidade objetiva em sede de improbidade administrativa, exigindo-se a presença de dolo para condenação pelos arts. 9º e 11 e, ao menos culpa, para o art. 10¹⁶. No mesmo sentido a Corte Superior não admite a possibilidade de responsabilização apenas do agente particular, devendo haver a presença concomitante do agente público no polo passivo da demanda¹⁷. Esse segundo entendimento acaba facilitando a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica apenas na condição de beneficiária da conduta irregular do agente público, o que tem a comprovação facilitada.

A dicção da Lei de Improbidade Administrativa conduz, portanto, a uma espécie de responsabilização da pessoa jurídica por atos de terceiros, ou seja, por culpa de seus dirigentes ou mesmo do agente público ímprobo que a beneficie. Não se encontra, portanto, uma “objetificação” dessa responsabilidade por ato próprio, por falha de sua estrutura interna de governança e controle.

Do mesmo modo, para Ana Frazão (2018, p. 41), a Lei nº 12.846/2013 adotou um modelo de imputação de responsabilidade fundamentado na *vicarious liability*. Dessa forma, “ao tratar da responsabilidade objetiva, a lei parece referir-se, na verdade, à imputação automática da pessoa jurídica, pelos atos praticados pelas pessoas físicas que agem em seu nome”¹⁸. Esse raciocínio decorre das leituras dos arts 2º e 3º do diploma legal. O art. 2º assevera que pessoas jurídicas devem ser responsabilizadas objetivamente pelas condutas tipificadas quando praticadas em seu interesse ou benefício. Já o art. 3º afirma que a responsabilização corporativa não exclui a responsabilidade individual das pessoas naturais. A mesma autora defende a necessidade de uma interpretação da legislação no sentido de

16 Por exemplo, confira-se os seguintes julgados: Recurso Especial nº 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques julgado em 21 mai. 2015) e Recurso Especial nº 968.447/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (julgado em 16 abr. 2015).

17 Ver Recurso Especial nº 896044/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin (Julgado em 16 set. 2010) e Recurso Especial nº 1181300/PA, Rel. Ministro Castro Meira (Julgado em 14 set. 2010).

18 FRAZÃO, 2018, p. 41.

que a responsabilidade vicarial seja aplicada de maneira mitigada, não sendo responsabilizadas as pessoas jurídicas em situações cujas condutas não sejam reprováveis (FRAZÃO, 2018, p. 47).

O Manual de Responsabilização da Pessoa Jurídica editado pela Controladoria-Geral da União (CGU) explicita a ideia de que a responsabilização da pessoa jurídica depende da atuação de um humano, seja funcionário ou representante da empresa. A condição para que ocorra a punição da empresa está no fato de ela ser beneficiada pela conduta de seu agente¹⁹. Ou seja, há uma aproximação nítida com a LIA, a qual indica a condição de beneficiária como possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica.

Quando é realizado acordo de leniência, de outra parte, há uma resolução consensual do conflito, sendo que a responsabilidade é aceita pela própria pessoa jurídica leniente, conforme dispõe a LAC (art. 16, § 1º, III²⁰). Nesses casos, a imputação de responsabilidade ganha um contorno mais simplificado ainda, uma vez que não há conflito quanto à responsabilidade da empresa.

Importante registrar que as avenças em comento repercutem no plano de improbidade administrativa, pois tem sido prática a inclusão de ações em curso como elementos da transação, tal como preconizado pela Portaria Conjunta CGU/AGU nº 4/2019 em seu art. 2º²¹. Assim ocorreu, por exemplo, nos acordos de leniências celebrados pela Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União com Odebrecht, OAS e Camargo Correa, dentre outros²². Urge ressaltar que a nova redação legal da própria LIA, trazida pela Lei nº 13.965/2019 prevê a possibilidade de realização

19 Confira-se a redação: “[p]or outro lado, não se pode olvidar que, do ponto de vista prático, quem comete o ato ilícito no mundo real é sempre um ser humano. No caso em comento, pode ser funcionário ou representante da pessoa jurídica e atuar em seu nome. Ou seja, a conduta atribuída à pessoa jurídica – ente inanimado, construído e constituído por disposições legais – é exteriorizada por meio de um comportamento praticado por uma pessoa física” (CGU, 2018, p. 42).

20 “[A] pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparando, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento”.

21 Art. 2º O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração:

I – a identificação dos demais envolvidos no ato ilícito, quando couber; e

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

22 É possível acessar os termos dos acordos de leniência no seguinte *site*: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>> Acesso em: 29 jul. 2020.

de acordo²³. Aqui está-se diante de um notável imbricamento entre as legislações em estudo.

A maior crítica que se pode fazer a esse modelo reside no fato de não ser possível, ao menos em uma exegese literal, a utilização da estrutura de governança da empresa como um meio hábil para a exclusão do nexo de causalidade da responsabilidade por ato de terceiro (CAMPOS VELHO, 2020, p. 222 e ss.). Ou seja, não se encontram atualmente explicitados meios de afastar a responsabilidade quando haja um perfeito funcionamento das estruturas internas da organização, podendo a responsabilidade ser imputada somente ao terceiro, dirigente ou funcionário.

Conforme visto acima, uma leitura mais objetiva da imputação é imprescindível ante um cenário bastante complexo em que as estruturas de governanças corporativas se mostram intrincadas. Importante registrar que, ao interpretar a única legislação brasileira que admite responsabilização penal da pessoa jurídica (Lei nº 9.605/1998 – Crimes Ambientais), o STF afastou a necessidade de que o crime fosse imputado também à pessoa física²⁴.

Portanto, na atualidade, parece haver uma convergência entre a LIA e a LAC, no sentido de a imputação de responsabilidade a pessoas jurídicas se dar em razão dos atos de seus dirigentes ou empregados com poder decisório, embora existam divergências sensíveis quando cotejados os próprios textos legais.

23 “Art. 17 [...]”

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”.

24 Confira-se a ementa do julgamento paradigma: EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDIÇÃOAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. [...] 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram pelo exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido (Recurso Extraordinário nº 548.181, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 06 ago. 2013).

3 CONCLUSÃO

A responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção tem, na legislação brasileira, duas normas que se entrelaçam bastante, chegando a formar um microssistema de defesa da probidade. Tanto a Lei de Improbidade Administrativa quanto a Lei Anticorrupção nasceram em cenários turbulentos do ponto de vista ético no país. A primeira foi forjada em período ligeiramente anterior à abertura de processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor, quando já pesavam sobre ele fartas denúncias de corrupção. A segunda, por sua vez, foi editada no contexto das “jornadas de 2013”, série de mobilizações populares que tinham, dentre suas pautas, o combate à corrupção.

A LIA não tem por escopo único a punição da pessoa jurídica, sendo também aplicável a elas. A LAC, noutro passo, está direcionada especificamente para a responsabilização de pessoas jurídicas. A imputação de responsabilidade, em um primeiro momento, parece criar uma separação rígida entre as legislações em comento, uma vez que a primeira exige dolo ou culpa do agente e a segunda tem um caráter de responsabilidade objetiva.

A congruência entre elas, todavia, está no proveito que a empresa obteve com o ilícito praticado, haja vista que as duas leis imputam responsabilidade à pessoa jurídica que se beneficiou do ato. Como estudado na Seção 2, as duas legislações induzem que seja a responsabilidade auferida a partir das condutas de pessoas físicas que representam a empresa, consagrando uma versão brasileira da *vicarious liability*.

As duas leis objeto de estudo, portanto, encontram divergências evidentes em seus textos, uma exigindo elemento subjetivo para configuração de ato de improbidade administrativa e a outra valendo-se da responsabilidade objetiva. Todavia, a prática vem demonstrando que a imputação de responsabilidade a pessoas jurídicas por fato de terceiro, na qualidade de beneficiárias, aproxima ambas as legislações. Por fim, torna-se importante o desenvolvimento de uma leitura mais objetiva da responsabilidade corporativa, a fim de fomentar o desenvolvimento de estruturas de governança que estimulem ética e a probidade na condução dos negócios.

REFERÊNCIAS

BARBÃO, Jaqueline; OLIVEIRA, Fabiana Luci. Retrato do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI). *Revista CNJ*, Brasília: CNJ, v. 2, 2017, p. 24-32.

CAAR, Indira. Fighting Corruption Through Regional and International Conventions: A Satisfactory Solution? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, v. 15, n. 2, 2007, p. 121–154.

CAMPOS VELHO, Rafael Rott. *Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção: um reflexo de ordens jurídicas transnacionais?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CGU. *Manual de Responsabilização da Administrativa de Pessoa Jurídica*. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/ManualResponsabilizacaEntesPrivados.pdf/view>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

DELLIS, Georges. *Droit Pénal e Droit Administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Paris: LGDJ, 1997.

FÉRES, Marcelo Andrade; LIMA, Henrique Cunha Souza. *Compliance anticorrupção: formas e funções na legislação internacional, na estrangeira e na Lei nº 12.846/2013*. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 145–174.

FERREIRA, Luciano Vaz. A corrupção nos negócios internacionais: o problema do controle do suborno praticado por empresas transnacionais e seu reflexo no Brasil. In: MOROSINI, Fábio. (coord.). *Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 293–310.

FRAZÃO, Ana. Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 35–56.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HEINE, Günther. La Responsabilidad penal de las empresas: evolución histórica y consecuencias nacionales. In: POZO, José Hurtado. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madri: Grijleuy, 1997, p. 19–45.

MANFRONI, Carlos A. *The Inter-American Convention Against Corruption. Annotated with Commentary*. Nova York: Lexington Books, 2003.

OCDE. *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Paris: 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

OCDE. *The Liability of Legal Persons For Foreign Bribery: A Stocktaking Report*. Paris: 2016.

PIETH, Mark; LOW, Lucinda A; BONUCCI, Nicola. *The OECD Convention on Bribery. A Commentary*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. Históricos, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance. Incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAGARIS, Bruce; OSHRI, Shaila L. The emergence of an international enforcement regime on transnational corruption in the Americas. *Georgetown Journal of Law and Policy in International Business*. Washington, DC: Georgetown University Law Center, v. 30, 1999, p. 53–93.

ALAVANCAGEM INVESTIGATIVA NO AMBIENTE DE LENIÊNCIA: REPERCUSSÕES PARA A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

*INVESTIGATIVE LEVERAGE IN THE LENIENCY
ENVIRONMENT: OUTCOMES FOR THE INTERNATIONAL
COOPERATION*

Lucio Angelo Jr.

*Advogado da União no Departamento de Patrimônio Público e Probidade da
Advocacia-Geral da União. Mestre e Pesquisador em Administração Pública pela
Universidade de Brasília.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Instrumentos da Lei Anticorrupção Brasileira; 1.1. Alavancagem investigativa e gestão da informação; 2. Cooperação internacional: aspectos essenciais; 3. Alavancagem, improbidade, pessoas e ativos no exterior: como lidar?; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho versa sobre as relações entre informações sobre ilícitos obtidas em acordos de leniência celebrados por CGU e AGU, comumente designadas pela expressão “alavancagem investigativa” e suas consequências para as atividades de persecução civil empreendidas pela AGU, no desempenho de seu papel institucional no combate à corrupção. Em seguida, são expostos aspectos relevantes da cooperação internacional na atualidade. Após abordagem a conceitos e referências na literatura mundial, com ênfase na efetividade das medidas de recuperação de ativos, o estudo passa a abordá-las conjuntamente com as possibilidades de seu uso relacionado às ações de improbidade administrativa. Este artigo, portanto, visa a contribuir tanto com os operadores do Direito na árdua tarefa de localizar pessoas e ativos situados no exterior e efetivar sua recuperação quanto com aqueles que buscam aprofundar seus conhecimentos sobre o funcionamento desses mecanismos de forma sistematizada, à luz de práticas largamente consagradas no seio da comunidade internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Leniência. Alavancagem Investigativa. Improbidade. Cooperação Internacional. Recuperação de Ativos.

ABSTRACT: This work pertains to the relationship between information about offenses obtained through leniency agreements carried out by the Brazilian Comptroller General’s Office (CGU) along with the Attorney General’s Office (AGU), commonly referred as “investigative leverage”, and their consequences for the activities of civil prosecution in charge of the AGU, when performing its institutional role in the fight against corruption. Subsequently, current relevant aspects regarding international cooperation are pointed out. After an approach on concepts and references of the worldwide literature, with emphasis on the effectiveness of asset recovery measures, this study undertakes an analysis about the possibilities of their usage in connection with the administrative improbity lawsuits. Therefore, this article intends to contribute both to Law practitioners in their arduous task of seeking for persons and assets abroad and implementing the proper recovery, as to those who seek to deepen their operative knowledge about such mechanisms in a systematized manner and in the light of practices broadly acknowledged by the international community.

KEYWORDS: Leniency. Investigative Leverage. Improbability. International Cooperation. Asset Recovery.

INTRODUÇÃO

Os acordos de leniência, ao lado de outros instrumentos concebidos no intuito de recrudescer e aprimorar as medidas de combate à corrupção no Brasil, têm se mostrado eficazes principalmente sob a perspectiva da recuperação de ativos, assim como por sua celeridade e pelo vulto dos valores até então restituídos ao patrimônio público.

No cenário internacional, inúmeras são as repercussões positivas dos acordos já firmados pelos órgãos brasileiros, tanto pela demonstração de sua efetividade perante diversos foros e entidades multilaterais, a exemplo do *Working Group on Bribery (WGB)* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), do *G20 Anti-Corruption Working Group (G20 ACWG)* e da *Stolen Assets Recovery Initiative (StAR)*, quanto por seus desdobramentos probatórios que, não raro, remetem o profissional encarregado da persecução (criminal ou não) a diligências instrutórias e eventualmente executórias perante jurisdições estrangeiras.

No presente artigo, aborda-se a perspectiva da Advocacia-Geral da União como legitimada à propositura de ações de improbidade administrativa, em atuação pós-leniência, por meio da qual, com base nas evidências obtidas ao longo das negociações, tal organização pública tem buscado maximizar o retorno de bens ao erário que tenham sido desviados por terceiros não signatários dos acordos, as respectivas punições, quando aplicáveis, e a perda do produto dos ilícitos delatados, além de outros efeitos.

O objetivo do trabalho, portanto, é descrever as funcionalidades existentes na legislação nacional sobre leniência e cooperação internacional e analisá-las em conjunto com práticas já mundialmente reconhecidas como eficazes para a busca e repatriação de ativos, estabelecendo-se ao final uma proposta de ação a partir de informações obtidas a título de alavancagem investigativa.

O método eleito consistiu, de modo geral, em busca bibliográfica e documental junto a fontes brasileiras, no que se refere à estrutura dos acordos de interesse para o estudo, bem como em pesquisas junto a publicações internacionais e tratados já amplamente reconhecidos, tanto em suas formas impressas quanto disponíveis na rede mundial de computadores.

Uma das principais justificativas de ordem prática deste trabalho é a possibilidade de sua utilização por profissionais da advocacia pública ou privada como referência para estruturação de suas atividades destinadas à recuperação de ativos fora da esfera doméstica. No plano acadêmico, o artigo também se justifica pela proposta de estabelecer noções empíricas acerca do fluxo que conjuga ditames normativos relacionados à leniência

a ferramentas processuais atualmente disponíveis e reconhecidas pela literatura especializada.

Este artigo é composto por quatro capítulos, além desta introdução. O primeiro aborda os principais institutos da Lei Anticorrupção Brasileira, com destaque para alavancagem investigativa e a gestão da informação dela advinda, seguida de uma exposição de aspectos fundamentais da cooperação internacional em casos de corrupção. A terceira parte busca evidenciar a dimensão sinérgica entre os institutos abordados nas seções antecedentes para, em sede de considerações finais, sumarizar-se brevemente as ideias que inspiraram o artigo e verificar-se o atingimento dos objetivos propostos, bem como endereçar possíveis lacunas ou novas perspectivas sobre as questões trazidas à tona no estudo.

1 INSTRUMENTOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

A Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção, ou LAC - BRASIL, 2013), ao delinear medidas para combate à corrupção praticada por pessoas jurídicas em detrimento da administração pública nacional e estrangeira, também tratou dos instrumentos a serem manejados pelo Estado, conjugando-os, quando necessário, a outros disponíveis no ordenamento brasileiro. Para fins do presente estudo, destacam-se, para além dos acordos de leniência e das ações de improbidade administrativa (BRASIL, 1992) que lhes sucedem e que constituirão seus principais eixos, os processos administrativos de responsabilização (PARs) e as ações judiciais que os aparelham, previstas na própria LAC.

É de conhecimento geral que a LAC, ao prever responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, nas esferas administrativa e civil, não excluiu de sua abrangência as pessoas naturais que contribuam ou se beneficiem dos ilícitos nela cominados. Além disso, é relevante observar que “o patrimônio público nacional ou estrangeiro” e “os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil” encontram-se entre os bens jurídicos tutelados pela lei, conforme seu artigo 5º.

No âmbito administrativo, as pessoas jurídicas de que trata a LAC serão sancionadas aprioristicamente por meio do denominado Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), admitindo-se desde a instauração, que os membros processantes requeiram a atuação do órgão de representação judicial com vistas às providências necessárias à investigação e ao processamento dos ilícitos, incluindo-se aí a busca e apreensão, instituto de natureza eminentemente constritiva. Aqui, vale pontuar que a norma não fez qualquer ressalva *ex ante* quanto à natureza das medidas a serem empreendidas.

Além disso, o Decreto nº 8.420/2015 (BRASIL, 2015), em seu art. 9º, § 2º, reforça a ideia de que os limites territoriais da jurisdição brasileira não constituem óbice aos efeitos dessas providências, ao expressamente admitir que as mesmas podem recair sobre bens no Brasil ou no exterior. Não bastasse, o § 5º do mesmo dispositivo impõe que, na eventual verificação de ilícitos que transbordem a incidência da LAC, deverão tais informações ser encaminhadas ao Ministério Público e, no âmbito federal, à Advocacia-Geral da União ou a seus órgãos vinculados, para processamento adequado, sem qualquer limitação abstrata de escopo. Os artigos 18, I, e 19, § 4º da própria LAC também trazem disposições alinhadas a essas premissas.

Já na leniência, instituto impregnado de consensualidade, em que pese sua nítida feição sancionatória, aliada a um caráter discricionário (ANGELO JR.; FRIDRICZEWSKI, 2019, p. 141) e, a despeito da possibilidade de exclusão ou mitigação de parcela das sanções previstas na LAC (*v.g.*, art. 16, § 2º), a colaboração das pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos deve abarcar não só a identificação de outros envolvidos, como também “a obtenção célere de informações e documentos” que comprovem o ilícito sob apuração, segundo inteligência de seu artigo 16, incisos I e II, reforçados pelo artigo 28 do Decreto nº 8.420/2015.

Ademais, o artigo 30, I, da LAC, reforça a ideia de que, concluídas as negociações e, independentemente da cominação de sanções nela previstas, a possibilidade de responsabilização sob o prisma da probidade administrativa (Lei nº 8.429/1992 – LIA, BRASIL, 1992) é plena e, na maioria dos casos, viável.

Desse plexo normativo, extrai-se que a celebração do acordo de leniência, especialmente no que concerne às fases subsequentes de processamento das informações fornecidas a título de colaboração, pode comportar medidas investigativas adicionais e, como é comum, persecutórias em relação a pessoas (físicas ou jurídicas) não contempladas pela imunidade do ajuste e de bens que constituam o produto de atos ímprobos revelados, podendo estes coincidir ou não com as condutas abarcadas no acordo e ainda possam, segundo a lei brasileira, ser atingidos por medidas constritivas de modo geral.

1.1 ALAVANCAGEM INVESTIGATIVA E GESTÃO DA INFORMAÇÃO

Como visto acima, embora possível a atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública em diversos momentos da aplicação da LAC, a prática jurídica tem revelado que é no processamento das informações obtidas por meio de alavancagem investigativa que se encontram os maiores desafios, tanto na esfera doméstica quanto na internacional.

A alavancagem, ao lado da admissão de cometimento dos ilícitos e da adequada implementação de um programa de integridade, entre outros, constitui um dos principais objetivos a serem atingidos pelos acordos de leniência, de modo que, quanto maior a quantidade de informações acerca do cometimento das infrações, pelos colaboradores ou por terceiros, circunscritas ou não à LAC, maior será a possibilidade de obtenção de benefícios quando da assinatura final do ajuste.

Tamanha é a sua importância, que um dos principais intuitos da recente assinatura do acordo de cooperação técnica envolvendo AGU, CGU, Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), Tribunal de Contas da União (TCU) e Supremo Tribunal Federal (STF) fora justamente o de “garantir a efetividade do instrumento de alavancagem investigatória e da recuperação de valores desviados da União” (TCU, 2020).

Atenta às peculiaridades e à complexidade das informações obtidas em sede de alavancagem, a Administração Pública federal não só publicou a Portaria Conjunta CGU/AGU nº 4 (CGU, 2019), destinada a coordenar a atuação dos respectivos órgãos e membros nas comissões de leniência, como também criou, no âmbito da Procuradoria-Geral da União (PGU), a unidade denominada Grupo de Ajuizamento Decorrente de Acordos de Leniência – GRAAL (PGU, 2018), especializada na busca e recuperação de ativos pelo manejo de ações judiciais (inclusive de improbidade administrativa) em face de empresas e pessoas físicas citadas como participantes nos ilícitos apurados durante a fase negocial da leniência, com a prerrogativa de aprofundar as investigações quando necessário (CGU, 2019).

Entretanto, em que pese a especialização de unidade para o processamento desses casos, não é menos verdade que as notas tecidas a seguir também podem ser de alguma utilidade a qualquer órgão do Estado que, de maneira geral, seja incumbido de conduzir investigações e atuar em processos (judiciais ou não) destinados à persecução de atos de corrupção e à proteção do patrimônio público.

Tal realidade se mostra em consonância com as premissas teóricas da gestão da informação e do conhecimento na seara ora discutida. Ao propor um conceito operacional de informação, Mendonça (2019, p. 8) assevera:

[P]uede decirse que la información para fines de recuperación de activos procedentes de la corrupción radica en la interpretación contextual de un conjunto de datos relevantes y capaces de contribuir a la identificación del acto corrupto, sus autores y partícipes, y del destino del producto del ilícito.

E, nesse contexto, também trata de estabelecer um liame entre as informações obtidas e o conhecimento a partir dela produzido (*op. cit.* p. 9):

[C]onocimiento es la capacidad de atribuir valor a una información con el propósito de fundamentar una acción adecuada a identificar el autor y los beneficiarios del acto corrupto, las actividades de ocultación y encubrimiento patrimonial del producto del ilícito y la efectiva recuperación de los activos correspondientes a ese ilícito. Por lo tanto, el conocimiento tiene una finalidad práctica intrínseca[...].

Tal perspectiva é importante porque nem sempre os atributos das informações obtidas a partir do pilar investigativo permitem, como consequência imediata, a obtenção do conhecimento adequado sobre a localização dos bens desviados ou a identidade de todos os autores das ofensas delatadas que não estejam albergados pela imunidade ínsita à leniência. A depender da dimensão sistêmica dos fatos, é possível que estes sequer sejam de conhecimento do colaborador, circunstância que poderá demandar atividade estatal informativa complementar, preparatória ao ajuizamento ou a um pedido de bloqueio (aqui entendido em seu sentido lato).

Daí, é importante pontuar que tais informações podem ser de natureza objetiva (v.g. bens, empresas, ativos) ou subjetiva (ou seja, autores de atos de improbidade e/ou seus beneficiários), em conformidade com os artigos 2º e 3º da LIA.

Por outro lado, nos casos em o conhecimento construído a partir dos elementos obtidos em alavancagem já possuem, de plano, valor suficiente para fundamentar uma “ação adequada” no bojo do processo judicial de improbidade, os encarregados do ajuizamento já podem, desde sua propositura ou ao longo de seu desenvolvimento, destacá-los de modo claro e apto à obtenção de um provimento favorável, concernente à indisponibilidade de bens ou à localização de pessoas.

2 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: ASPECTOS ESSENCIAIS

Quando se aborda a temática da recuperação de ativos (ou *asset recovery*, como é corriqueiro) desviados para jurisdições estrangeiras, que a prática na esfera federal tem revelado não se tratar de ocorrência incomum, os mecanismos de cooperação existentes entre os países constituem elementos de importância central. Isto porque a efetividade na repatriação, com o consequente retorno ao erário dos bens e valores desviados, depende sobremaneira de uma atuação harmônica entre os atores envolvidos, lastreada em regras preexistentes ou, no mínimo, reciprocamente aplicáveis.

Na seara do combate à corrupção, o *Civil Forum for Asset Recovery* (MARTIN, 2016) afirma, de forma bastante sintética, que “[a]sset recovery

consists of repatriating the proceeds of corruption hidden in foreign jurisdictions”, traduzindo a ideia de que a repatriação dos frutos da corrupção enviados ao exterior é elemento central à temática.

Outra parcela da literatura internacional (BRUN ET AL., 2011, p. 6) compreende a expressão *asset recovery* sob uma ótica mais ampla, notadamente processual, na qual a repatriação (ou, mais precisamente, o denominado *return of assets*) constitui o ápice de um *iter* cujo desenho inclui as etapas de: (a) reunião de informações de inteligência, provas e rastreamento de ativos; (b) acautelamento (ou salvaguarda) de ativos; (c) processo judicial, destinado à condenação, imposição de multas, perdimento dos bens e outras compensações; (d) execução de ordens (*enforcement*) no foro doméstico ou estrangeiro e, finalmente; e (e) o retorno dos ativos. Os autores bem destacam que as duas primeiras e a quarta fases podem ser instrumentalizadas, quando necessário, por pedidos de assistência legal mútua (ou *MLAR – Mutual Legal Assistance Request*) a jurisdições alienígenas.

Todavia, a despeito dessa lógica linear, de grande valor didático, pode-se pontuar que os atos acima referidos não necessariamente têm de ser manejados de forma demasiado rígida, no que concerne a sua concatenação temporal, sendo razoável admitir possibilidades nas quais ocorram em ordem diversa ou mesmo simultaneamente. Além, obviamente, da utilidade vislumbrada pelo profissional na formulação de sua estratégia (à luz da maturidade do conhecimento adquirido), é importante frisar que essa flexibilização dependerá de conformação ao quadro legal do país em que as medidas serão processadas.

No caso brasileiro, especialmente, não parece haver óbice normativo apriorístico a essa abordagem. Com efeito, na esfera da LIA é bastante razoável inferir que a medida de indisponibilidade de bens sequer se sujeita à preclusão temporal, podendo ser requerida a qualquer momento antes do trânsito em julgado, desde que presentes os requisitos necessários à sua decretação, mormente no que se refere à demonstração robusta do *fumus boni iuris*. Isto significa, portanto, que investigações oficiais, de qualquer natureza, podem ocorrer paralelamente ao processo judicial sem maiores percalços, quando úteis à demanda.

Retornando à teoria sobre *asset recovery*, é interessante notar que, além da possibilidade de identificar-se na repatriação final uma espécie de recuperação de ativos *stricto sensu* (eis que dotada de concretude intrínseca), é possível deduzir que também inexistem qualquer imposição no sentido de que tais medidas ocorram estritamente, ou com proeminência, pela via criminal.

Com efeito, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – *UNCAC* (BRASIL, 2006) estabelece, em seu artigo 43.1, que a assistência em investigações e procedimentos em matéria civil e administrativa deve

ser levada em consideração pelos signatários sempre que apropriado e consistente com seus respectivos sistemas legais domésticos, como é o caso do Brasil. Indo além, as Resoluções 6/4, 7/1 e 8/1 da Conferência dos Estados-Partes¹ da *UNCAC* reforçam que o uso de mecanismos civis e administrativos contra a corrupção, a assistência legal mútua e a cooperação internacional para a recuperação e administração de ativos bloqueados e confiscados são dimensões a serem aprimoradas e fortalecidas. Aqui, vale lembrar que a restituição de ativos constitui princípio fundamental da *UNCAC*, segundo seu artigo 51.

Quanto às fontes de informação aptas a deflagrar o processo de *asset recovery*, diversas podem ser as suas naturezas, tais como investigações e processos criminais, relatórios oriundos de Unidades de Inteligência Financeira (UIFs), quando aplicável, procedimentos civis e administrativos, fornecimentos espontâneos (tal como é o caso dos *whistleblowers*) e mesmo requerimentos de *MLA* provenientes de outros países (pedidos passivos), entre inúmeros outros (BRUN *et al.*, 2011, p. 20).

O ambiente nacional também não está à míngua de previsões que viabilizam com plenitude a cooperação jurídica internacional (CJI), por diversos meios. O Código de Processo Civil (CPC - BRASIL, 2015), em sede de relevante exemplo, possui capítulo integralmente dedicado ao tema.

Referido diploma, além de prestigiar as figuras das autoridades centrais (art. 26, IV, CPC - precipuamente representada, no Brasil, pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI/MJSP), também tratou de evidenciar a amplitude dos objetos que podem ser abarcados por CJI, inclusive por meio de auxílio direto (“qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira” – artigos 27, VI e 30, III, respectivamente), bem como a possibilidade de suporte tanto em tratados como na reciprocidade manifestada pela via diplomática (artigo 26, §1º).

No plano continental, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (BRASIL, 2002), em seu artigo XVIII, também deixa clara a importância das autoridades centrais e do auxílio direto. Nesses casos, de modo sintético, os pedidos brasileiros devem ser endereçados ao país requerido, isto é, à jurisdição na qual se deseja ver a diligência efetivada, por intermédio da autoridade central nacional (o DRCI/MJSP, como já exposto), que verificará a regularidade formal e a existência de lastro jurídico (tratado bilateral ou multilateral, em regra) para o envio.

Por fim, não se podem olvidar exemplos de cooperação obtida por redes oficiais de cooperação, a exemplo da Associação Latino-Americana

1 Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/conference-of-the-states-parties.html>. Acesso em: 20 jul. 2020.

de Advocacias e Procuradorias de Estado (ALAP – da qual a Advocacia-Geral da União é parte fundadora), do Grupo *Egmont* (rede de UIFs) e da Rede de Recuperação de Ativos do Grupo de Ação Financeira da América Latina (RR@G-GAFILAT) que, a despeito de serem por vezes referidas como mecanismos “informais”, nada ficam devendo no que se refere à legalidade, oficialidade e institucionalidade de suas atuações em nome dos organismos de combate à corrupção que as integram e dos países que estes representam. Por muitas vezes, a existência de estruturas preordenadas de cooperação, como as ora citadas, superam os instrumentos tradicionais de CJI em agilidade e eficácia na obtenção de informações úteis, ainda que não dispensem a observância a princípios de ordem pública ou normativa.

Neste cenário, é importante destacar que a formulação de pedidos genéricos para a localização de bens e/ou seus proprietários sem elementos mínimos que permitam individualizá-los, vinculá-los a certa jurisdição requerida ou, ainda, que transcendam o escopo da ofensa sob investigação, é conduta prosrita pelo direito consuetudinário internacional, eis que constitui a denominada “*fishing expedition*” (BRUN, 2011, p. 149). Daí a importância no uso estratégico das informações coligidas por meio das redes citadas, com vistas, principalmente, ao estabelecimento de uma relação de mútua confiança institucional e, quando necessário, de um liame mínimo entre todos aqueles elementos, sendo certo que sua omissão constitui parcela significativa dos motivos que ensejam recusa de cooperação.

Destarte, fica evidente a posição nodal que a cooperação internacional, qualquer que seja a sua feição, ocupa em relação às etapas e instrumentos identificados anteriormente. Tanto a obtenção de provas e evidências, quanto o bloqueio e a expropriação de ativos, assim como o retorno dos mesmos à origem não dispensam um estreito relacionamento e a coordenação de atos entre autoridades de jurisdições distintas (BRUN ET AL., 2011, p. 122), muitas vezes dotadas de sistemas jurídicos de tradições notadamente distintas, exemplificadas pela clássica dicotomia entre *common Law* e *civil Law*. Daí a importância de haver múltiplas opções à disposição dos profissionais envolvidos.

3 ALAVANCAGEM, IMPROBIDADE, PESSOAS E ATIVOS NO EXTERIOR: COMO LIDAR?

Como visto anteriormente, informações obtidas em sede de alavancagem investigativa a respeito de ativos localizados ou remetidos ao exterior, que não tenham sido repatriados como consequência do acordo e que se relacionem a atos de improbidade praticados por terceiros não imunes ou em seu benefício, requerem medidas processuais ulteriores no

âmbito da Advocacia-Geral da União. Recorde-se, por oportuno, que essa demanda comportará os mais diversos objetos contidos nos incisos do artigo 12 da LIA, mas que, para fins do presente trabalho, destacam-se a perda dos bens adquiridos ilicitamente pelos envolvidos, o ressarcimento ao erário pelos prejuízos causados e o pagamento da multa civil cominada, quando aplicáveis.

Ultimada a remessa dos documentos à AGU, após a conclusão do acordo de leniência, o que se vislumbra em um primeiro momento são duas situações que ensejam providências distintas, a depender do grau de maturidade da informação.

A primeira delas ocorre quando esta se mostrar suficientemente apta a evidenciar localização e propriedade de bens sujeitos aos efeitos condenatórios e consistirá, em regra, na conjugação da decisão de indisponibilidade de bens, fundada nos artigos 7º, parágrafo único, e 16, § 1º, da LIA, com o clássico instrumento dedicado ao auxílio-direto entre países, o pedido de assistência legal mútua (o já citado *MLAR*), à luz do contido no CPC. Interessante sinalizar que o § 2º do artigo 16 ora citado estabelece claramente que “[q]uando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais”. O cabimento da previsão é evidente.

A outra hipótese que se vislumbra é quando os documentos fornecidos pós-leniência não se mostram suficientes para formar uma convicção minimamente sólida quanto à existência, localização ou titularidade de bens que se acredita existirem no exterior e que possam ser atingidos em decorrência das eventuais condenações na ação de civil que será ajuizada. Não raro, até mesmo a localização dos próprios agentes apontados como ímprobos e dos supostos beneficiários do ato é incerta e remete a diligências complementares. Daí, inviabilizado o fluxo regular da cooperação jurídica internacional em um primeiro momento, cabe perquirir quais seriam os instrumentos legítimos de investigação postos a serviço do órgão de representação judicial que figura no polo ativo.

Não por outra razão, o capítulo anterior já revelava a importância da existência das redes institucionalizadas de cooperação, cujo acesso dos membros prescinde de formalização por meio de *MLAR*, em que pese atualmente, no Brasil, haver também centralidade da figura do DRCI/MJSP também nessa modalidade, certamente com o objetivo de melhor uniformizar o tratamento dos requisitos e das hipóteses de cabimento de eventuais pedidos instrutórios.

Nada obstante a salutar existência de espaço para discussões (o que se justifica por questões de ordem pública, entre outras) quanto à

natureza das informações que podem ser acessadas, não é equivocado apontar que, em parte considerável dos casos, as mesmas podem ser encontradas em bases eletrônicas legítimas e publicamente acessíveis a partir de qualquer local do planeta. Além disso, também é correto afirmar que os instrumentos otimizados e as entidades encarregadas por buscas estruturadas e sistematizadas, em sua maioria, encontram-se concentradas no seio estatal e organizadas de diferentes formas em cada país, operando segundo limites impostos, além dos tratados de cooperação, por seus ordenamentos jurídicos próprios.

Superadas essas considerações, a operacionalização dos pedidos de cooperação por meio das redes integradas, antecedente ao ajuizamento da ação de improbidade ou mesmo já na sua existência, parece comportar, ao menos no Brasil, uma forma mais simplificada junto à Autoridade Central (em comparação ao *MLAR*), não havendo aparentemente vedação para que os mesmos tramitem de forma eletrônica e desde que presentes vínculos mínimos que evitem a caracterização da *fishing expedition*. De todo modo, considerando que não há como prever o tempo em que a diligência será concluída, ou mesmo se renderá frutos, é importante sinalizar ao operador a importância de não se paralisar na totalidade o andamento do processo investigativo ou judicial (ou ambos), buscando-se sempre uma atuação dinâmica e de acordo com a evolução das necessidades do caso concreto.

E, por fim, cabe um alerta singelo, mas que por vezes, diante da complexidade dos fatos, pode passar despercebido ao mais atento profissional: as modalidades de cooperação acima expostas podem coexistir de forma harmônica. Não sendo rara a multiplicidade de agentes ímprobos investigados e de bens no exterior sujeitos a efeitos condenatórios, também é natural admitir que o grau de conhecimento acerca de cada um deles possa ser heterogêneo, em que pese eventualmente processados de maneira conjunta.

Assim, nada impede o manejo concomitante das ferramentas para rastreamento, indisponibilização ou repatriação de ativos, em conformidade com cada uma das realidades verificadas, sendo de suma importância lembrar que não há, de antemão, impeditivos à formulação de mais de um *MLAR* no mesmo processo judicial ou mesmo de sua renovação, à luz de novos fatos que assim justifiquem.

4 CONCLUSÃO

À luz dos objetivos desta pesquisa, buscou-se estabelecer uma abordagem linear pautada no arcabouço jurídico brasileiro, aliado aos mais reconhecidos estudos internacionais empreendidos com a finalidade de ampliar a recuperação de ativos desviados ao exterior.

Partindo-se de tal premissa, verificou-se que, a despeito das frequentes dificuldades na adaptação de instrumentos nem sempre concebidos de maneira uniforme ou em contextos díspares, é plenamente possível compatibilizá-los nos casos em que a lei demanda maior efetividade em sua implementação.

Desta forma, as ideias formuladas no estudo pode ser sintetizadas em quatro pilares fundamentais, a serem observados pelos órgãos encarregados da recuperação de ativos no Brasil: (a) credibilidade perante as contrapartes nacionais e internacionais; (b) conformidade com o Direito (ou juridicidade); (c) efetividade e; (d) flexibilidade; cujos conteúdos ainda se encontram em franca construção e desafiam novas frentes de pesquisa.

Se é notório que o instituto da leniência trouxe avanços inéditos para o combate à corrupção, não é menos verdade que, de seus sucessos, podem ser buscados outros reflexos que potencializem ainda mais o compromisso do Brasil nessa seara. E tal objetivo passa, necessariamente, por uma Advocacia Pública fortalecida e preparada para os desafios do futuro.

Manter a mente aberta a novas perspectivas estratégicas, inspiradas nos espíritos da proatividade, do respeito à lei e da criatividade ética e institucional no exercício da profissão, parece ser um excelente caminho.

REFERÊNCIAS

ANGELO JR., Lucio Alves; FRIDRICZEWSKI, Vanir. Leniência na Lei Anticorrupção: Accountability Segundo as Funções Vertebradoras dos Atores Estatais. *Public Sciences & Policies*, Lisboa, v. 5, n. 2, p. 129-143, 2019.

BRASIL. *Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”.

BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

BRASIL. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil.

BRUN, Jean-Pierre; GRAY, Larissa; SCOTT, Clive; STEPHENSON, Kevin M. *Asset recovery handbook: a guide for practitioners*. The World Bank, Washington, D.C., 2011.

CGU. *Portaria Conjunta nº 4, de 9 de agosto de 2019*. Define os procedimentos para negociação, celebração e acompanhamento dos acordos de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Controladoria-Geral da União e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União.

CGU. *CGU e AGU reestruturam regulamento dos acordos de leniência*. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/08/cgu-e-agu-reestruturam-regulamento-dos-acordos-de-leniencia-1>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

MARTIN, Laila. *What is asset recovery and why you should care*. 2016. Disponível em: <<https://cifar.eu/asset-recovery-care>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MENDONCA, Andre Luiz de Almeida. La gestión de la información y la recuperación de activos procedentes de la corrupción. *Revista General de Derecho Procesal*, España, n. 47, p. 10, 2019.

PGU. *Portaria nº 30, de 30 de novembro de 2018*. Institui, no âmbito da Procuradoria-Geral da União, o Grupo de Ajuizamento decorrente de Acordos de Leniência – GRAAL.

TCU. *Cooperação técnica define protocolo para compartilhamento de informações nos acordos de leniência*. 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/cooperacao-tecnica-define-protocolo-para-compartilhamento-de-informacoes-nos-acordos-de-leniencia.htm>>. Acesso em: 07 ago. 2020.

O MONITORAMENTO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE EM ACORDOS DE LENIÊNCIA

THE MONITORING OF COMPLIANCE PROGRAMS IN LENIENCY AGREEMENTS

Pedro Ruske Freitas

*Auditor Federal de Finanças e Controle e ocupa o cargo de Diretor de Promoção da
Integridade na Controladoria-Geral da União.*

Thiago Braga Smarzaró

*Auditor Federal de Finanças e Controle e ocupa o cargo de Coordenador-Geral de
Integridade Privada na Controladoria-Geral da União.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Considerações sobre a política pública de promoção da adoção de programas de integridade e sua relação com Acordos de Leniência; 2. O Monitoramento do programa de integridade em Acordos de Leniência; 2.1. Escopo do monitoramento; 2.1.1. Compromissos definidos em decorrência da avaliação; 2.1.2. Compromissos decorrentes do monitoramento; 2.2. Processo de monitoramento; 2.2.1. Apresentação do plano de aperfeiçoamento; 2.2.2. Aprovação do plano pela CGU; 2.2.3. Envio de relatórios semestrais e evidências; 2.2.4. Realização de reuniões; 2.2.5. Realização de visita técnica; 2.3. Técnicas adotadas no monitoramento; 3 Conclusão.

RESUMO: O presente artigo discorre sobre a metodologia e as práticas adotadas pela Controladoria-Geral da União (CGU) para o monitoramento de programas de integridade (programas de *compliance* anticorrupção) das pessoas jurídicas signatárias de Acordos de Leniência celebrados com a CGU e a Advocacia-Geral da União (AGU). O artigo apresenta o escopo, as etapas e as técnicas adotadas para a realização da atividade de monitoramento e elenca importantes constatações e aprendizados decorrentes da experiência direta de auditores da Controladoria-Geral da União nos monitoramentos dos acordos de leniência celebrados até agosto de 2020. O artigo destaca, ainda, a importância da atuação da Administração Pública na atividade de monitoramento e ressalta a relação entre as medidas de remediação adotadas pela pessoa jurídica quando da identificação da prática da irregularidade e a definição do escopo e processo de monitoramento.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance*. Programa de Integridade. Cultura Organizacional. Monitoramento de Programa de Integridade. Integridade e Acordos de Leniência.

ABSTRACT: This article presents the methodology and practices adopted by the Office of the Comptroller General (CGU) for the monitoring of integrity programs (anti-corruption compliance programs) of legal entities that entered into Leniency Agreements with CGU and the Attorney General Office (AGU). The article presents the scope, steps and techniques adopted to carry out the monitoring activity and lists important findings and lessons learned from the direct experience of auditors of the Comptroller General in monitoring the leniency agreements entered into until August 2020. The article also highlights the importance of the Public Administration's involvement in the monitoring activity and highlights the relationship between the remediation measures adopted by the legal entity when identifying the practice of the irregularity and the definition of the scope and procedure of the monitoring process.

KEYWORDS: Compliance. Integrity Program. Organizational Culture. Monitoring of Compliance Programs. Integrity (compliance) and Leniency Agreements.

INTRODUÇÃO

O advento da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e da norma que a regulamenta, Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, representam marcos no combate à corrupção no Brasil. Além de seu forte elemento dissuasivo em decorrência das altas multas que podem ser aplicadas às pessoas jurídicas que tenham cometido atos de corrupção, são apresentados os elementos mínimos necessários para que a própria pessoa jurídica possa monitorar sua atuação e a conduta de seus colaboradores e terceiros através da adoção e aplicação de um programa de integridade adaptado às suas necessidades.

Um programa de integridade tem como finalidade precípua a prevenção, detecção e remediação de irregularidades praticadas no âmbito da pessoa jurídica. Sendo entendido como um elemento de gestão empresarial e um pilar de governança corporativa, o programa de integridade contempla elementos que extrapolam a mera conformidade com as normas, atuando também na formação e sustentação de uma cultura organizacional íntegra ao trabalhar valores e comportamentos.

O programa, conforme as normas supracitadas, deve ser considerado quando da aplicação da sanção, podendo resultar em considerável benefício¹ para a pessoa jurídica responsabilizada por atos de corrupção. A quantificação desse possível benefício é feita através de um processo de avaliação do programa de integridade, processo esse minuciosamente apresentado no documento “Manual prático de avaliação de programas de integridade em PAR”², elaborado pela CGU, não sendo objeto deste artigo discorrer sobre a avaliação propriamente dita.

Observa-se, todavia, que no contexto de negociação de um acordo de leniência, a avaliação do programa de integridade não tem somente o objetivo de quantificar o percentual redutor, mas também o de direcionar a pessoa jurídica em seus esforços para prevenir a ocorrência de novas irregularidades no futuro. Com esse intuito, e diante das falhas observadas na avaliação do programa, são definidas obrigações que versam sobre a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento do programa de integridade da pessoa jurídica que negocia o acordo. Assim, além de cláusulas que dispõem sobre o pagamento da multa, o ressarcimento ao ente lesado e a alavancagem

1 Conforme Inciso V, Artigo 18 do Decreto nº 8.420/2015, “serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos: (iii) V – um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV”.

2 Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

investigativa, o acordo também contém cláusulas que obrigam a pessoa jurídica a aprimorar seu programa de integridade³.

Há, assim, um verdadeiro interesse público no sucesso do acordo de leniência celebrado. Tal sucesso decorre não somente da quitação da multa imposta, com o pagamento tempestivo e completo das parcelas definidas em acordo, e também não se limita à abertura de novos processos de responsabilização que decorram das informações disponibilizadas pela pessoa jurídica signatária, mas deriva, também, do correto aprimoramento do programa de integridade através do cumprimento das obrigações definidas no momento da avaliação do programa, almejando a prevenção da ocorrência de novos ilícitos. É justamente visando a verificar que o interesse público está sendo respeitado que o próprio acordo apresenta as cláusulas e obrigações necessárias para assegurar o monitoramento eficaz dos compromissos firmados pela pessoa jurídica.

O presente artigo tem como objetivo apresentar, em linhas gerais, a metodologia de monitoramento, adotada pela CGU, do cumprimento dos compromissos de integridade por parte da pessoa jurídica signatária do acordo. Observa-se que as informações ora apresentadas representam práticas adotadas em casos concretos, com base nas cláusulas inseridas nos respectivos acordos de leniência, não constando de manuais ou outros documentos, fechando uma lacuna existente na doutrina que versa sobre este instrumento.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A POLÍTICA PÚBLICA DE PROMOÇÃO DA ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E SUA RELAÇÃO COM ACORDOS DE LENIÊNCIA

A negociação e a celebração de acordos de leniência com a CGU e a AGU operacionaliza duas políticas públicas de Estado: aquela voltada a pautar a resolução de conflitos entre o público e o privado de forma negocial (em que a celebração do acordo propriamente dito é o principal exemplo), e aquela voltada à promoção de um ambiente corporativo mais íntegro, por meio do fomento à adoção de programas de integridade por pessoas jurídicas brasileiras⁴.

A política pública de promoção da adoção de programas de integridade, apesar de fortemente impulsionada pela lei supracitada, inicia-se alguns anos antes com o objetivo de difundir boas práticas da prevenção

³ Conforme art. 37, IV, do Decreto nº 8.420/2015.

⁴ E também por pessoas jurídicas estrangeiras com atuação no Brasil.

de atos de corrupção e outras fraudes no âmbito empresarial⁵. Com um forte viés de conscientização e sensibilização em relação ao papel que pessoas jurídicas possuem no fenômeno da corrupção, e na importância de sua atuação preventiva, a política pública de fomento à adoção de programas de integridade tem um elemento didático e visa a atingir não somente uma única determinada pessoa jurídica, mas também toda a cadeia produtiva na qual tal pessoa jurídica se insere, gerando, assim, uma melhora no ambiente de negócios em sua integralidade, sobretudo nas relações público-privadas.

Como já destacado, o advento da Lei nº 12.846/2013, mais precisamente o advento do Decreto nº 8.420/2015, que delinea os parâmetros de um programa de integridade, impulsiona, de forma brusca, a busca pela adoção de referidos programas por empresas nacionais. Esse interesse pela adoção de programas de integridade resta evidenciado na multiplicidade de consultorias que prestam serviços de adoção de programas, nos diversos eventos, públicos ou privados, voltados ao debate e promoção de boas práticas, na busca por certificações e outros projetos de reconhecimento de boas práticas, em cursos de pós-graduação, entre outros. Observa-se, por outro lado, que o interesse repentino no tema não foi acompanhado, em sua maioria, de acertos na adoção e aplicação dos programas de integridade recém criados. Com exceção de alguns grupos específicos de pessoas jurídicas⁶, observa-se⁷ programas adotados sem a prévia realização de uma análise de riscos, a ausência de aplicação dos procedimentos adotados, falhas na estrutura de governança corporativa, ausência de adaptação de programas ao Brasil (nos casos de empresas estrangeiras), entre outros problemas. Assim, a política pública de fomento à adoção de programas de integridade tem, além do fomento propriamente dito e diante de tal cenário, a importante tarefa de destacar as falhas observadas visando a garantir o mínimo de efetividade ao programa de integridade adotado⁸.

Considerando o propósito sistêmico da política, bem como as diversas falhas observadas na primeira leva de programas de integridade adotados após advento do Decreto nº 8.420/2015, tanto a avaliação feita no contexto

5 A exemplo do projeto “Empresa Pró-Ética”, iniciativa decorrente da atuação conjunta da CGU e do Instituto Ethos, iniciada em 2010.

6 Como exemplo, vale citar as instituições financeiras, em decorrência das normas que pautam sua atuação, e multinacionais obrigadas a observar normas como a Lei Sarbanes Oxley, norma norte-americana que impõe a obrigatoriedade de criação de um robusto ambiente de controles em empresas de capital aberto.

7 Tais constatações decorrem da atividade de avaliação de programas de integridade em negociações de acordos de leniência, em projetos de fomento, a exemplo do Pró-Ética, e da própria atividade de monitoramento dos primeiros acordos celebrados.

8 Tal tarefa mostra-se imprescindível considerando as recentes mudanças nas leis de compras estaduais que passaram a exigir programas de integridade.

da negociação quanto o monitoramento do programa de integridade após a celebração do acordo contemplam etapas de conscientização sobre o objetivo e importância do tema, levam em consideração o impacto que a pessoa jurídica gera, ou pode gerar, nas demais organizações e pessoas com as quais se relaciona e visam a auxiliar na correção de erros na adoção e aplicação dos programas.

Observa-se, assim, que, ao realizar a atividade de monitoramento, o Estado garante que os compromissos de integridade firmados pela pessoa jurídica signatária do acordo sejam cumpridos, bem como aplica a política pública de fomento à adoção de programas de integridade, que reverbera para além da organização que está sendo diretamente monitorada.

2 O MONITORAMENTO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE EM ACORDOS DE LENIÊNCIA

O monitoramento administrativo⁹ do programa de integridade visa, como já destacado, a verificar o cumprimento dos compromissos de integridade por parte da(s) pessoa(s) jurídica(s) signatária(s) do acordo de leniência. Registra-se que o monitoramento administrativo foi imposto em todos os acordos de leniência celebrados pela CGU/AGU até o presente momento¹⁰.

Os compromissos, por sua vez, são definidos em decorrência da avaliação feita durante o processo de negociação do acordo, avaliação essa em que é considerado não somente o programa de integridade propriamente dito, mas também as medidas de remediação adotadas pela pessoa jurídica em relação ao ato lesivo praticado e o fato de a pessoa jurídica ter se auto denunciado ou não para a administração pública¹¹. Registra-se que a qualidade do programa de integridade submetido para avaliação, a tempestividade e assertividade da reação da pessoa jurídica em relação ao ato lesivo praticado e a auto denúncia, por influenciarem na definição dos compromissos de integridade, irão impactar a própria metodologia do monitoramento a ser realizado.

9 A expressão “monitoramento administrativo” é usualmente utilizada para diferenciar o monitoramento realizado pela administração pública, por isso “administrativo”, do monitoramento realizado por terceiros, cunhado de “monitoramento externo”.

10 O presente artigo foi concluído em 31 de julho de 2020, data em que há um total de onze acordos de leniência celebrados, resultando em trinta e três pessoas jurídicas monitoradas (observa-se que alguns acordos são celebrados com mais do que uma pessoa jurídica).

11 Entende-se como auto denúncia a situação em que a própria pessoa jurídica informa à administração pública sobre a prática de uma irregularidade em seu interesse ou benefício. São casos em que, sem a informação prestada pela pessoa jurídica, a administração pública não teria elementos para iniciar um processo de responsabilização, ou mesmo investigação.

Observa-se, também, que a CGU conta com uma área específica¹², dedicada exclusivamente à temática de fomento da adoção de programas de integridade, que atua na avaliação do programa e em seu posterior monitoramento quando da celebração do acordo de leniência. O conhecimento e a expertise obtidos por referida área ao longo dos anos de atuação no tema, principalmente em decorrência de avaliações e monitoramentos de programas de integridade de pessoas jurídicas com perfis diversos, com atuação em mercados distintos e estruturas organizacionais diferentes, têm-se mostrado como basilar para a atuação razoável e proporcional do Estado na definição dos compromissos de integridade. É tal visão sistêmica e comparativa entre pessoas jurídicas que garante que a atividade de monitoramento será adaptada às características do caso concreto. Foi em decorrência da atuação exclusiva no tema que foi definida a metodologia de monitoramento aplicada na maioria dos casos, podendo a metodologia ser dividida nos seguintes elementos, detalhados a seguir: (i) escopo; (ii) processo; e (iii) técnicas.

2.1 ESCOPO DO MONITORAMENTO

Como já destacado, a atividade de monitoramento do programa de integridade visa a verificar o eficaz cumprimento, por parte da pessoa jurídica, dos compromissos de integridade. Entende-se por compromisso de integridade todo aquele que possui relação direta, ou indireta, com o programa de integridade, o que inclui elementos da governança corporativa da pessoa jurídica signatária¹³. Os principais compromissos de integridade serão detalhados a seguir e podem ser divididos entre aqueles definidos em decorrência da avaliação durante a negociação do acordo e aqueles que decorrem diretamente da atividade de monitoramento.

2.1.1 COMPROMISSOS DEFINIDOS EM DECORRÊNCIA DA AVALIAÇÃO

Os compromissos definidos em decorrência da avaliação representam o ponto de partida do processo de monitoramento. Eles são formulados de acordo com as falhas e omissões verificadas durante a avaliação e visam nortear a pessoa jurídica na adoção de medidas voltadas à prevenção de novas irregularidades e à correção das irregularidades já praticadas. Tais compromissos podem ser divididos em: (i) obrigações de adoção, aplicação ou aperfeiçoamento do programa de integridade; (ii) obrigações

12 A Coordenação-Geral de Integridade Privada, na Diretoria de Promoção da Integridade da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção.

13 Conforme definido nos artigos 41 e 42 do Decreto nº 8.420/2015.

de remediação; e (iii) obrigações relacionadas à governança corporativa da pessoa jurídica signatária.

a) Obrigações de adoção, aplicação ou aperfeiçoamento do programa

As obrigações de adoção, aplicação ou aperfeiçoamento decorrem diretamente das falhas identificadas no momento da avaliação e têm como fim precípua aprimorar o programa de integridade fortalecendo ainda mais seu viés preventivo. Assim, e sempre em relação ao ato lesivo praticado e ao perfil da pessoa jurídica, caso o avaliador¹⁴ não verifique a existência e aplicação de parâmetros¹⁵ específicos do programa serão impostas obrigações de adoção, de aplicação ou de aperfeiçoamento do programa.

Obrigações de adoção decorrem da constatação da total inexistência de um determinado parâmetro do programa de integridade. Assim, caso a pessoa jurídica não possua um código de ética, uma política anticorrupção, um canal de denúncia ou mesmo caso não realize treinamentos, será determinado que a pessoa jurídica adote tais práticas em sede de monitoramento. As obrigações de adoção atuam no nível da existência do programa de integridade, nível esse que contempla a formalização das políticas, atribuições e planejamentos relacionados ao programa.

As obrigações de aplicação, por sua vez, decorrem da verificação da ausência de utilização dos controles e procedimentos adotados pela própria pessoa jurídica. Nesse caso, apesar de a pessoa jurídica ter formalmente adotado controles e procedimentos, tais controles e procedimentos não são aplicados nas suas atividades e operações. Exemplos seriam a existência de um procedimento de *due diligence* prévio à contratação de terceiros que nunca foi utilizado, a previsão da necessidade de elaboração de relatórios que nunca foi cumprida ou mesmo um planejamento de treinamento e comunicação interna que nunca saiu do papel. Tais obrigações atuam no nível da aplicação do programa, nível que trata justamente da utilização do programa que foi formalmente criado, e visam obrigar a pessoa jurídica a fazer uso daquilo que ela mesma adotou. É neste nível que pode ser constatado que o programa é meramente formal¹⁶.

Obrigações de aperfeiçoamento, finalmente, visam a adaptar as medidas já adotadas à realidade e aos riscos da pessoa jurídica, bem como a corrigir falhas pontuais em parâmetros que já existem e que já são aplicados. A necessidade de se complementar uma política de relacionamento com o

14 Atuação pautada pelo “Manual prático de avaliação de programas de integridade em PAR”.

15 Os parâmetros de um programa constam elencados nos dezesseis incisos do artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015.

16 Conforme Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015.

setor público, fazendo constar, por exemplo, a obrigação de adoção de controles para participação de funcionários em reuniões com servidores públicos; a obrigação de adoção de diferentes estratégias de treinamento, a necessidade de conferir maior autonomia à pessoa responsável pelo programa, e mesmo a diversificação dos meios e ampliação da periodicidade das manifestações do comprometimento da alta administração são exemplos de obrigações que visam aperfeiçoar o programa de integridade da pessoa jurídica signatária.

Por fim, ainda como espécie de obrigação de adoção, aplicação e aperfeiçoamento, vale mencionar a obrigação de adaptação do programa de integridade de multinacionais às especificidades brasileiras. Em geral, essa obrigação abrange a necessidade de adaptação das políticas para a legislação nacional, a designação de área ou pessoa responsável pelo programa de integridade no Brasil, a complementação de treinamentos com informações específicas do Brasil e a tradução das principais políticas para o idioma português, entre outras.

b) Obrigações de remediação

As obrigações de remediação decorrem da constatação da ausência da adoção de medidas saneadoras da irregularidade praticada. Com uma nítida natureza reparatória, medidas de remediação devem ser adotadas pela pessoa jurídica quando da identificação da prática de uma determinada irregularidade. Constatada a ausência de tais medidas quando da avaliação do programa de integridade, a pessoa jurídica deverá, em sede de monitoramento, tomar todas as providências cabíveis para sanar aquilo que já deveria ter sido sanado quando da identificação da ocorrência da irregularidade. As obrigações visam a resolver problemas passados com o intuito de prevenir que voltem a ocorrer no futuro. São exemplos típicos de obrigações de remediação o afastamento de membros da alta administração envolvidos no ato lesivo de seus cargos e o monitoramento de pessoas físicas envolvidas no ato lesivo que permaneçam na organização.

Cabe destacar que o afastamento de membros da alta administração de seus cargos é considerado como imprescindível para o processo de mudança cultural da organização. O afastamento demonstra compromisso com a ética e a integridade e serve de exemplo para todos os colaboradores que atuam na pessoa jurídica. A ausência de afastamento e a ausência do compromisso de se afastar dos cargos, após a celebração do acordo, gestores que a própria organização reconhece como responsáveis pelas irregularidades praticadas, representam verdadeira falta de comprometimento com o programa adotado, impactando a cultura organizacional de tal maneira que o programa de integridade é recebido como meramente formal.

As obrigações de monitoramento de pessoas físicas envolvidas no ato lesivo que permaneçam na organização visam a verificar a atuação de tais pessoas no desempenho de suas atividades, suas atribuições (que não podem ser de representação e gestão da pessoa jurídica), a participação em treinamentos, as autorizações de acesso a sistemas, entre outros.

c) Obrigações relacionadas à governança corporativa

Frisa-se que um programa de integridade é um elemento da governança da organização, sendo considerado um de seus pilares¹⁷. Entendida, de forma resumida, como um sistema de gestão e monitoramento da própria pessoa jurídica que envolve a relação entre áreas e departamentos e a atuação dos órgãos de fiscalização e controle da organização, a governança corporativa influencia diretamente na atuação do programa de integridade. Nesse sentido, as obrigações relacionadas à governança corporativa visam a atingir aqueles pontos que possuem relação direta com o funcionamento do programa de integridade, não sendo contemplados outros elementos de governança como, por exemplo, a atuação do acionista controlador ou a proteção aos direitos dos acionistas minoritários.

Assim, são exemplos de obrigações que impactam a governança corporativa da pessoa jurídica signatária a criação de novas estruturas, como um conselho de administração e uma área de auditoria interna, com a consequente definição de suas atribuições; a submissão da pessoa jurídica à auditoria independente e o aumento da transparência das informações relacionadas ao programa de integridade e às atividades da pessoa jurídica¹⁸. Registra-se que a obrigação de criação de um conselho de administração é usualmente imposta nos casos de pessoas jurídicas detidas e geridas por famílias que também atuaram na prática da irregularidade. Em tais casos, com o afastamento dos membros da alta administração de seus cargos, a criação do conselho visa, além de atuar como elemento de renovação da cultura, profissionalizar a gestão da organização.

17 Conforme “Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa” do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, “*governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas*” sendo princípios básicos de governança a transparência, a equidade, a prestação de contas (accountability) e a responsabilidade corporativa. Código disponível em: <<https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

18 Registra-se que todas as obrigações relacionadas à governança corporativa levam em consideração o porte e a complexidade da estrutura organizacional da pessoa jurídica.

2.1.2 COMPROMISSOS DECORRENTES DO MONITORAMENTO

Se, por um lado, as obrigações definidas no processo de avaliação representam o ponto de partida do monitoramento, direcionando os esforços da pessoa jurídica na melhora de parâmetros específicos de seu programa de integridade e de sua governança, as obrigações que decorrem diretamente do processo de monitoramento, por outro lado, são aquelas voltadas a garantir o funcionamento do programa em sua integralidade e são verificadas na segunda fase do processo de monitoramento, conforme abordado abaixo. Registra-se, assim, que é escopo do monitoramento verificar o cumprimento dos compromissos de integridade que decorrem da atividade de monitoramento em si, seja por previsão contratual ou seja pela atuação da pessoa jurídica após a celebração do acordo.

a) Obrigação de manter o programa funcionando de acordo com os artigos 41 e 42 do Decreto nº 8.420/2015

A obrigação de manter o programa de integridade funcionando de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos artigos 41 e 42 do Decreto nº 8.420/2015 decorre da própria essência de um programa de integridade, que, por definição, é um conjunto de práticas e procedimentos adotados por uma determinada organização, aplicados de forma orgânica e constante na própria condução dos negócios e atividades. Um programa de integridade não se concretiza em somente uma prática, um código ou uma política, e também não se manifesta somente com a execução de um ato isolado. A organicidade e a constância de seu funcionamento são inerentes ao programa de integridade e devem restar evidenciados ao longo de todo o monitoramento. Não basta, assim, a pessoa jurídica cumprir somente as obrigações definidas para corrigir falhas específicas, sendo necessário, também, manter todos os parâmetros que constituem o programa em pleno funcionamento durante toda a vigência do monitoramento (e, espere-se, durante toda a existência da organização), ainda que não tenha sido definido como um compromisso específico no acordo.

Nesse sentido, registra-se que a ausência de uma obrigação de adoção, aplicação ou aperfeiçoamento em relação a, por exemplo, procedimentos prévios a contratação de terceiros, não significa que a organização não precisará aplicar tal procedimento, não evidenciando-o durante o monitoramento, mas significa tão somente que não foram identificadas falhas na avaliação de tal parâmetro. Em que pese não ser necessária uma melhoria, resta evidente que o parâmetro tido como adequado durante a avaliação deverá ser continuamente aplicado.

Ainda, a comprovação de execução de uma determinada obrigação em um momento específico do monitoramento não exime, necessariamente, a pessoa jurídica de continuar a comprovar a sua aplicação ao longo de todo o período em que está sendo monitorada. Considerados como obrigações de aplicação contínua, muitos compromissos de integridade previstos no acordo visam a atacar um problema ou falha pontual em um parâmetro que deve ser reiteradamente utilizado. Assim, a obrigação de ampliar a manifestação do comprometimento da alta administração ao público externo não se esgota no momento da primeira manifestação, devendo a prática ser reiteradamente aplicada.

Necessário observar, também, que o monitoramento da efetividade do programa de integridade e de aspectos da cultura organizacional só são viabilizados com o acompanhamento sistêmico e permanente do programa, não sendo possível observar tais elementos a partir de comprovações isoladas de implementação de uma obrigação.

b) Novas obrigações

Considerando que não se trata de uma ciência exata, com atuação cartesiana e infalível da pessoa jurídica, ou mesmo exaustiva da administração pública quando da avaliação, é usual a definição de novas obrigações ao longo do período de monitoramento. Tais novas obrigações podem decorrer da constatação de que ainda existem falhas a serem sanadas, podem resultar de erros na adoção de novas práticas, podem derivar de alguma mudança no perfil de risco da pessoa jurídica signatária ou, ainda, podem decorrer do descumprimento de itens do plano de aperfeiçoamento, documento que será abordado abaixo.

As novas obrigações, em sua grande maioria, resultam de falhas na aplicação dos controles e procedimentos adotados pela própria organização e, ainda, da insuficiência da atuação da pessoa responsável pelo programa¹⁹, seja por não ter uma estrutura adequada em seu departamento, o que é recebido também como ausência de comprometimento da alta administração, ou seja por não ter o perfil correto para o cargo.

A mudança no perfil de risco da pessoa jurídica deve gerar, por si só, a adaptação do programa de integridade. A constante adaptação e melhoria é fundamental para qualquer programa de integridade e deve ocorrer independentemente de qualquer tipo de monitoramento pelo Estado. Assim, caso a pessoa jurídica, ao longo do monitoramento, passe a atuar em um mercado onde o risco de corrupção seja maior e não faça as adaptações necessárias em seu programa de integridade, serão definidas

¹⁹ O *compliance officer*.

novas obrigações visando garantir que o programa adotado contemple os riscos decorrentes daquela nova atuação.

2.2 PROCESSO DE MONITORAMENTO

A atividade de monitoramento concretiza-se na realização de atos processuais de natureza administrativa. O prazo inicial e os principais atos do processo encontram-se definidos no próprio acordo de leniência celebrado. Considerando os acordos celebrados até a data deste artigo²⁰, tem-se que o processo de monitoramento segue as seguintes etapas: (i) apresentação do plano de aperfeiçoamento; (ii) aprovação do plano pela CGU; (iii) envio de relatórios semestrais pela pessoa jurídica; (iv) reuniões; e, (v) realização de visita técnica às instalações da pessoa jurídica.

O prazo de monitoramento do programa de integridade acompanha, via de regra, o prazo de vigência do acordo, que, por sua vez, é influenciado por elementos que extrapolam a integridade, como, por exemplo, o número de parcelas para pagamento da multa. Considerando que muitos acordos celebrados possuem longa vigência, convencionou-se definir um período inicial de monitoramento, chamado de monitoramento ostensivo, de aproximadamente três anos²¹, podendo tal prazo ser prorrogado caso a pessoa jurídica não demonstre adequadamente o funcionamento de seu programa de integridade.

É necessário deixar claro que o descumprimento dos compromissos de integridade pode ensejar a rescisão do acordo de leniência celebrado. Toda e qualquer dificuldade na implementação dos compromissos de integridade e dos prazos definidos no monitoramento deve ser relatada à CGU, com a apresentação de justificativa razoável para tanto, que irá analisar a situação a deliberar sobre a situação concreta. Verificado o descumprimento desarrazoado, descumprimentos reiterados e interrupções no funcionamento do programa, a equipe técnica da CGU poderá propor a pronta rescisão do acordo.

2.2.1 APRESENTAÇÃO DO PLANO DE APERFEIÇOAMENTO

O plano de aperfeiçoamento é o documento preparado pela própria pessoa jurídica signatária em que é definida a estratégia de cumprimento

20 31 de julho de 2020.

21 “Aproximadamente” vez que o a contagem dos três anos somente se inicia após a aprovação do plano de aperfeiçoamento, que deve ser submetido, em regra, em até noventa dias após a celebração do acordo pela pessoa jurídica, conforme observado abaixo. Registra-se, ainda, que o prazo de três anos é considerado como suficiente, via de regra, para que a pessoa jurídica adote e aperfeiçoe seu programa de integridade.

dos compromissos de integridade estabelecidos quando da avaliação do programa. O documento representa um planejamento de execução dos compromissos e deve conter informações sobre o responsável pela implementação do plano, o cronograma de execução, incluindo os prazos intermediários para execução de cada ação, as metas, os recursos financeiros necessários e os departamentos envolvidos.

Considerando que o plano de aperfeiçoamento, uma vez aprovado pela CGU, vincula a pessoa jurídica durante todo o monitoramento ostensivo, é fundamental que a pessoa jurídica seja razoável e realista ao elaborar o plano, sobretudo em relação às prioridades e aos prazos em que pretende executar cada compromisso.

O plano deve ser submetido, usualmente, em até noventa dias da data de celebração do acordo.

2.2.2 APROVAÇÃO DO PLANO PELA CGU

A aprovação formal do plano de aperfeiçoamento pela CGU é o ato processual que oficializa o início do monitoramento ostensivo e, conseqüentemente, o início da contagem do prazo usual de três anos. Enquanto não há aprovação do plano não se pode falar em atividade de monitoramento.

Aprovar o plano pressupõe, obviamente, a análise de seu conteúdo por parte da CGU, que pode solicitar alterações e complementações sem as quais o plano não será aprovado. O trabalho de análise desse documento visa verificar se: (i) a pessoa jurídica contemplou todas os compromissos de integridade definidos no acordo; (ii) o plano apresenta priorizações, prazos finais e intermediários, metas, pessoas e departamentos envolvidos, previsão de recursos financeiros, entre outros elementos necessários para a execução de um planejamento; e, (iii) as priorizações e prazos são razoáveis considerando as obrigações assumidas. Registra-se que a análise do plano não visa verificar o efetivo aprimoramento do programa, o que somente será iniciado com o envio dos relatórios semestrais, conforme se verificará adiante.

Necessário tecer alguns comentários em relação à verificação da razoabilidade das priorizações e prazos do plano. Considerando que a aprovação do plano vincula a pessoa jurídica, que pode ter seu acordo rescindido em decorrência do descumprimento do plano por ela mesma proposto, a verificação da razoabilidade visa a ajustar as seguintes práticas, já observadas em casos concretos: (i) erro na priorização da implementação dos compromissos de integridade, manifestado quando a pessoa jurídica erra na ordem cronológica de implementação dos compromissos, deixando obrigações tidas como estruturantes para o aprimoramento do programa

para momento posterior (a exemplo das obrigações de adoção e de remediação); e, (ii) erro na definição de prazos, que pode se manifestar tanto com a definição de prazos muito curtos, em que a experiência prática demonstra que pessoa jurídica não conseguirá executar aquilo que ela mesma propõe (como exemplo, a pessoa jurídica informa que no primeiro semestre do monitoramento irá cumprir com todas as obrigações previstas, mesmo aquelas que, por questões societárias ou em decorrência de sua complexidade, precisariam de mais tempo), como com a definição de prazos exageradamente longos (por exemplo, nas situações em que a pessoa jurídica pretende implementar um determinada obrigação após dois anos de celebração do acordo) para cumprimento de obrigação de simples implementação.

Observadas falhas na construção do plano, a CGU irá determinação sua alteração, sendo concedido novo prazo para que a pessoa jurídica apresente uma nova versão. Reitera-se que enquanto o plano não atender as determinações da CGU não se inicia o monitoramento propriamente dito, vez que ausente a aprovação formal pela administração pública.

2.2.3 ENVIO DE RELATÓRIOS SEMESTRAIS E EVIDÊNCIAS

Os relatórios semestrais são documentos elaborados pela pessoa jurídica em que esta discorre sobre a existência e aplicação de todos os parâmetros de seu programa de integridade, conforme artigos 41 e 42 do Decreto nº 8.420/2015. Assim, os relatórios devem conter informações não somente sobre os avanços no programa em decorrência da implementação dos compromissos firmados no acordo, conforme definido no plano aprovado, como também sobre a existência, aplicação e adaptação dos demais parâmetros que porventura não tenham sido identificados como falhos quando da avaliação do programa durante a negociação do acordo.

Os relatórios devem ser acompanhados de evidências documentais que comprovem todas as declarações feitas pela pessoa jurídica no documento. É na análise da documentação comprobatória que a CGU irá verificar se os compromissos de integridade estão sendo cumpridos conforme o plano aprovado e se o programa de integridade, em sua integralidade, está sendo aplicado corretamente pela pessoa jurídica.

A análise dos relatórios semestrais e das evidências encaminhadas gera, usualmente, a necessidade de se requerer informações e documentos adicionais. A depender do resultado da análise das informações complementares, poderá ser determinada a elaboração de um novo relatório ou simplesmente definidas orientações e requerimentos que deverão ser observados no próximo relatório semestral.

Considerando os prazos semestrais, bem como o prazo ostensivo de três anos, tem-se que a pessoa jurídica está obrigada a enviar, no mínimo, seis relatórios ao longo do monitoramento. Observa-se, finalmente, que o próprio acordo dá à CGU a prerrogativa de determinar, justificadamente, a elaboração de relatórios extraordinários.

2.2.4 REALIZAÇÃO DE REUNIÕES

Desde a apresentação do plano de aperfeiçoamento e ao longo de todo o processo, é comum a realização de reuniões entre a equipe de monitoramento e os responsáveis pela implementação do programa de integridade da pessoa jurídica monitorada, para esclarecimentos de dúvidas, discussões técnicas, apresentação de requerimentos e busca de soluções para garantir a implementação de determinado compromisso. Em geral, as reuniões são convocadas pela CGU, mas também é possível que sejam solicitadas pela própria pessoa jurídica monitorada.

Além disso, nos casos em que a pessoa jurídica também está sendo monitorada em decorrência de acordos celebrados com outras instituições nacionais ou estrangeiras, podem ser realizadas reuniões entre a equipe de monitoramento da CGU e os demais monitores sobre a evolução do programa de integridade da pessoa jurídica, observado o sigilo e demais restrições que norteiam essas relações.

2.2.5 REALIZAÇÃO DE VISITA TÉCNICA

A visita técnica feita por auditores da CGU às instalações da pessoa jurídica signatária visa verificar: (i) o ambiente físico onde atuam os funcionários, principalmente daqueles que atuam no departamento responsável pelo programa de integridade; (ii) sinais, cartazes e comunicados físicos relacionados ao programa; (iii) o funcionamento dos sistemas informatizados adotados pela pessoa jurídica para a gestão de seu programa de integridade; (iv) a gestão de processos decorrentes da aplicação de controles e procedimentos do programa; (v) o comprometimento dos membros da alta administração; (vi) o conhecimento dos que atuam em departamentos específicos (a exemplo do departamento responsável pelo programa, da área de auditoria interna, do setor de compras, entre outros); e, (vii) a percepção dos funcionários sobre o funcionamento e efetividade do programa adotado.

A visita, que geralmente é realizada após a entrega do segundo relatório semestral, ao fazer uso de determinadas técnicas, conforme detalhado abaixo, tem como propósito observar a aplicação do programa

de integridade no dia a dia da gestão da pessoa jurídica. É principalmente na visita técnica que pode ser observado se o programa de integridade está cumprindo com seu propósito. É na visita técnica, também, em que podem ser observados elementos da cultura organizacional da pessoa jurídica, se tal cultura está mudando e qual seria o fundamento da mudança. Os trabalhos in loco comumente resultam em novas obrigações ou em orientações para a elaboração dos relatórios futuros.

2.3 TÉCNICAS ADOTADAS NO MONITORAMENTO

A atividade de monitoramento é realizada com a utilização de diversas técnicas em momentos específicos do processo. Além da verificação da existência e aplicação do programa, são aplicadas técnicas para verificar a efetividade de certas medidas e também para a conscientização da importância de certas práticas e parâmetros.

A análise documental, por exemplo, é utilizada em todo o processo. Ao logo do monitoramento são analisados relatórios e evidências encaminhados pela pessoa jurídica. Toda análise documental visa verificar se a pessoa jurídica cumpre com seus compromissos de integridade e se as informações prestadas são verdadeiras e suficientes.

A convocação de representantes da pessoa jurídica, o que inclui membros da alta administração, também é uma prática que permeia o processo de monitoramento. A convocação visa propiciar o questionamento e a solução de dúvidas específicas no contexto do aperfeiçoamento ou funcionamento do programa. Considerando o objeto do monitoramento, convoca-se, usualmente, a pessoa responsável pelo programa de integridade, criando-se uma oportunidade para analisar a atuação e perfil de referida pessoa no desempenho dos trabalhos.

A realização de visitas técnicas também é uma prática adotada no contexto do monitoramento e mostra-se como indispensável ferramenta de verificação direta do funcionamento e efetividade do programa de integridade, notadamente do envolvimento dos membros da alta administração no programa, da atuação da área responsável pelo programa e da percepção de funcionários sobre o tema. A visita técnica, que implica na utilização de diferentes técnicas, contempla, via de regra: (i) a verificação do ambiente de trabalho e na identificação da existência de sinais, cartazes e comunicados físicos relacionados ao programa; (ii) a realização de testes nos sistemas adotados pelas empresas; (iii) a realização de entrevistas com membros da alta administração, com funcionários da área responsável pelo programa, com os que atuam em áreas de maior risco e com funcionários escolhidos de forma aleatória.

Utiliza-se, também, o acompanhamento de mídias visando a identificar qualquer notícia desabonadora em relação à pessoa jurídica e seu grupo econômico no contexto de práticas de corrupção e outras fraudes. Caso uma determinada notícia seja identificada, a pessoa jurídica é imediatamente questionada.

Por fim, uma técnica que se estuda ser aplicada é a de se dar transparência aos avanços no processo de monitoramento, destacando-se o cumprimento de determinadas obrigações pela pessoa jurídica. Resguardadas as informações sensíveis e sujeitas a sigilo comercial, a transparência do processo de monitoramento visa apresentar à sociedade a atuação da administração pública no acompanhamento do aprimoramento do programa de integridade da pessoa jurídica signatária.

3 CONCLUSÃO

A metodologia apresentada acima é resultado de um processo evolutivo, ocorrendo de forma gradual e incremental na medida em que novas negociações foram, e são, iniciadas e novos acordos foram celebrados. Observa-se que há diferenças palpáveis entre a metodologia aplicada nos primeiros acordos celebrados e aquela sendo definida nos casos em negociação, a exemplo da apresentada neste artigo.

Como já destacado, registra-se que a metodologia apresentada neste artigo é aquela utilizada no monitoramento da maioria dos acordos celebrados até o momento, vez que grande parte desses acordos possui características semelhantes. Há, nesse sentido, uma influência do caso concreto na definição dos limites do monitoramento, podendo esse ser alterado em decorrência das medidas de remediação adotadas antes do início das negociações, da colaboração da pessoa jurídica com a administração pública e da qualidade do programa de integridade existente à época da prática da irregularidade e no momento da avaliação. Além de tais ajustes em casos específicos, vislumbra-se a possibilidade de definição de outros tipos de monitoramento, como o monitoramento mitigado²² ou o monitoramento externo²³. Registra-se que, independentemente do tipo

22 Em casos de autodenúncia, de pronta adoção de medidas de remediação e da qualidade do programa de integridade, entre outros elementos, poderia ser definido um monitoramento mais brando, de certa forma mitigado, com a redução do prazo ostensivo e ampliação do prazo para envio dos relatórios periódicos.

23 Vislumbra-se que, nos casos em que há permanência de membros da alta direção envolvidos no ato lesivo na gestão da pessoa jurídica, o envolvimento de diversas pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico no ato lesivo, e, ainda, a existência de irregularidades ou infrações de natureza diversa de atos de corrupção ou fraudes na relação com a administração pública, poder-se-á impor a obrigação de contratação de um monitor externo, vez que ausente vedação legal para tanto. Nesse contexto, mesmo com a submissão da pessoa jurídica ao monitoramento de um terceiro, restará a necessidade de envolvimento direto da administração pública na definição de critérios para a seleção de referido monitor, no monitoramento das atividades

de monitoramento adotado, sempre haverá participação da administração pública considerando que a atividade de monitoramento se insere em uma política pública mais ampla, voltada à promoção da adoção de programas de integridade visando a melhora na relação público-privada.

Observa-se que é somente em decorrência do trabalho de monitoramento que é possível verificar se a pessoa jurídica, de fato, virou ou está virando a página em sua história de prática de irregularidades. É somente ao longo do monitoramento que se pode perceber o verdadeiro impacto de um programa de integridade corretamente adotado e aplicado.

É, finalmente, somente durante o monitoramento que se pode observar se a pessoa jurídica está verdadeiramente comprometida com a integridade e com a mudança de cultura ou se encara o programa de integridade como uma simples imposição contratual, que poderá ser descartado tão logo o acordo tenha sido encerrado. Para as primeiras fica o reconhecimento da renovação de sua atuação e do importante papel na mudança cultural em toda a sociedade, para as últimas, além da possibilidade real de rescisão do acordo, resta a ignorância e o fantasma do jeitinho, que acompanharão a organização até sua extinção.

desempenhadas pelo monitor, uma vez contratado, e no acompanhamento macro do aperfeiçoamento do programa de integridade da pessoa jurídica signatária. Até a data de elaboração deste artigo, não existem casos de imposição de monitor externo nos acordos celebrados com a CGU/AGU.

RESPONSABILIDADE DE PESSOA JURÍDICA E *COMPLIANCE*: INCENTIVOS DO SISTEMA DA LEI 12.846/2013

*CORPORATE LIABILITY AND COMPLIANCE: SYSTEMIC
INCENTIVES OF FEDERAL LAW 12.846/2013*

Renato Machado de Souza

Auditor Federal na Controladoria-Geral da União, Diretor de Acordos de Leniência na Controladoria-Geral da União, Mestre e Doutor pela Universidade de Salamanca, LL.M. em Direito Internacional pela Stetson University, Pesquisador do Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG-USAL).

Marcelo Pontes Vianna

Auditor Federal na Controladoria-Geral da União, Diretor de Responsabilização de Entes Privados na Controladoria-Geral da União, LL.M. em Direito pela University of Notre Dame.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Incentivos para a utilização de programas de integridade; 1.1. Importância de programas; 1.2. Sistema do Brasil da Lei 12.846.2013; 2. Análise do sistema brasileiro; 2.1. A responsabilidade escalonada; 2.1.1. Incentivos relacionados ao cálculo da multa; 2.1.2. Incentivos relacionados ao acordo de leniência; 2.2. Caso hipotético; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa a estrutura de incentivos implementada pela Lei 12.846/2013 para a adoção de programas de integridade por pessoas jurídicas. Para tanto, parte-se da apresentação dos diferentes modelos de incentivos existentes, de modo a permitir uma avaliação crítica da norma brasileira. Enfoca-se ainda em que medida a legislação criou incentivos por meio de critérios de dosimetria na aplicação da multa administrativa e também ao estabelecer a possibilidade de celebração de um acordo de leniência. A análise permitiu concluir que a Lei 12.846/2013 prevê um significativo benefício, por meio da redução de multa, para as pessoas jurídicas que adotam programas efetivos de integridade. Todavia, ainda que a pessoa jurídica adote um efetivo programa de integridade e adote todo do comportamento de cooperação esperado pelo Estado, não há previsão legal para a concessão de uma isenção total da multa.

PALAVRAS-CHAVE: Programa de Integridade. Lei 12.846/2013. Incentivos. Responsabilidade de Pessoa Jurídica.

ABSTRACT: This article presents an analysis of the systemic incentives provided by Federal Law 12.846/2013 on the adoption of compliance programs by legal entities. The Brazilian approach was evaluated based on the three different models usually implemented by countries as a way to encourage the adoption of compliance programs. Federal Law 12.846/2013 established several mitigating circumstances as criteria to diminish fines for the companies that have adopted effective compliance programs. Furthermore, the law also admits that companies can benefit from leniency settlements whenever they adopt a cooperative approach within law enforcement agencies, which can decrease even more the applicable fine. Nonetheless, even in this scenario, there is no legal provision to give full immunity for companies.

KEYWORDS: Compliance Programs. Brazilian Law 12.846/2013. Incentives. Corporate Liability.

INTRODUÇÃO

A Lei 12.846/2013 instituiu um novo paradigma para a responsabilidade de pessoas jurídicas no direito brasileiro, ampliando as possibilidades de imposição de sanção por atos lesivos, em especial relacionados a corrupção doméstica e transnacional. Ao mesmo tempo, a lei e seu decreto federal incorporaram a tendência internacional de vincular à responsabilidade a existência (ou inexistência) de programas de integridade.

Nesse sentido, o sistema jurídico permite uma gama de incentivos para que as empresas adotem esse tipo de programa e uma cultura corporativa de cumprimento normativo. Talvez pela forma que esses incentivos foram estruturados, em uma primeira leitura não é possível observar claramente como adoção de um programa de integridade poderá beneficiar as pessoas jurídicas diante da prática de um ato lesivo.

O objetivo do presente trabalho é analisar em que medida a Lei 12.846/2013 criou uma estrutura adequada de incentivos à adoção de uma cultura corporativa de colaboração e prevenção da prática de ilícitos.

Para apresentar esse tema, este artigo está dividido em duas partes. Na Parte 1, será apresentada a importância da adoção de programas de integridade e os modelos normativos existentes para criar uma estrutura de incentivos para sua adoção. Ainda nessa parte, apresenta-se de forma panorâmica a legislação brasileira.

Na segunda parte (Parte 2) se apresenta uma análise crítica do modelo adotado pelo Brasil. Para tanto, são expostos os elementos relacionados ao programa de integridade e cultura corporativa que têm importância central no cálculo de multa e na celebração de acordo de leniência, conforme a opção legislativa e o regulamento federal vigente.

1 INCENTIVOS PARA A UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

1.1 IMPORTÂNCIA DE PROGRAMAS

Ter um programa de integridade funcionando adequadamente pode trazer vantagens de diversas naturezas para pessoas jurídicas, desde garantir um adequado nível de responsabilidade social, que poderá ser útil como parte de uma estratégia de marketing, a ter um sistema de controle efetivo que evite a prática de delitos (ou irregularidades de outra natureza) e conseqüentemente reduza gastos decorrentes de responsabilidade legal (ZENKNER, 2019, p. 364-368) (AZNAR, 2018,

pos. 11%)¹. Naturalmente, a redução da ocorrência de ilícitos não traz benefícios apenas para as pessoas jurídicas, mas para toda a sociedade. Desta maneira, é fácil perceber que os benefícios de um programa de integridade não se limitam às próprias corporações que o implementam.

A percepção do potencial de gerar múltiplas externalidades positivas tem sido um importante fator para que organismos internacionais, países e outras organizações prevejam normas que incentivem e que regulamentem a estrutura dos programas de integridade². Cresce ainda mais o interesse da sociedade ao se verificar que um programa de integridade efetivo pode não só prevenir delitos, como também ajudar na sua identificação e investigação, e na adoção de outras medidas necessárias para garantir um aprimoramento de prevenção e a repressão das condutas indevidas.

Não obstante, como o programa de integridade empresarial é um elemento que gerará investimentos e custos para as pessoas jurídicas, é importante também que o próprio sistema adotado por um país seja capaz de garantir e demonstrar as vantagens para setor privado.

Vários incentivos podem ser implementados através de decisão de política legislativa para tentar estimular as empresas a adotar programas de integridade. Para os fins deste artigo, estes incentivos serão agregados em três modelos, que podem ser adotados de maneira independente ou concomitante.

Como primeiro modelo, é possível utilizar normas jurídicas para obrigar as empresas a adotar programas de integridade, por exemplo, considerando os riscos específicos de sua atividade de negócio. Nesse caso, a simples decisão empresarial de não implementar um programa de integridade poderia gerar responsabilidade corporativa³.

Tanto o segundo quanto o terceiro modelos não preveem a responsabilidade pela não implementação de programa de integridade, mas oferecem algum benefício em caso de responsabilidade por atos lesivos⁴ e

1 Outros motivos também podem ser relevantes para a implementação de programas de integridade, o que inclui fazer o correto simplesmente por ser correto e pela concretização da noção de que as empresas têm um papel importante na construção de um mundo melhor e no aprimoramento das relações sociais (AZNAR, 2018, pos. 11%).

2 Podemos mencionar como iniciativas de organismos internacionais os trabalhos do Working Group on Bribery da OCDE sobre a implementação de programas de compliance, além de outras iniciativas, como o Global Compact, que une organismos internacionais e empresas na promoção de modelos internacionais de programas de compliance.

3 Esse tipo de incentivo sistêmico é aplicado, por exemplo, para tentar prevenir a lavagem de ativos, a través de imposição de obrigação legal de implantar sistemas de controle de operações suspeitas. A simples não adoção dos sistemas, independentemente da ocorrência ou não de delitos de lavagem, é suficiente para gerar sanção a pessoa jurídica obrigada (art. 12, Lei 9.613/1998).

4 Espanha pode ser mencionada como um exemplo que, em alguma medida, se encaixaria nesse modelo devido aos dispositivos de seu Código Penal que preveem a isenção de penalidade em caso de existência de um sistema de compliance que possa ser considerado defesa legal (GÓMEZ-JARA DÍEZ, pos. 55%).

existência de programa ou mesmo de medidas de controle. Esses benefícios podem ser desde a redução da responsabilidade até mesmo sua isenção.

No segundo modelo, a existência de um programa de integridade pode ser usada como defesa, por exemplo, para alegar a ausência de culpabilidade da empresa com base na adoção de todas as medidas possíveis para prevenir os atos lesivos⁵. A existência do programa pode ser avaliada em diversos níveis, desde mais formais até mesmo considerando sua efetividade e qualidade frente a situações práticas, podendo resultar, conforme mencionado, na redução ou até na isenção de sanção.

Qualquer um dos dois primeiros modelos pode criar incentivos efetivos para que uma pessoa jurídica adote programas de integridade. Talvez a pergunta seja, então, se são capazes de gerar os melhores incentivos possíveis para que as empresas realmente façam do programa de integridade um instrumento para a mudança da cultura corporativa.

Nesse sentido, a própria concepção de que um programa de integridade deve ser “efetivo” permite que se fale de um terceiro modelo de sistemas que se fundamente na existência de incentivos estruturados para sua implantação, incentivos estes que gerarão mais ou menos vantagens para as pessoas jurídicas conforme consigam produzir mais ou menos vantagens para o interesse público.

Por isso, o terceiro modelo seria aquele que objetiva atingir o grau mais elevado de externalidades positivas dos programas de integridade. Neste caso, a estrutura criada através do sistema de normas deverá possibilitar uma análise de efetividade do programa até mesmo no que se relaciona com as condutas para fora da empresa, e com base nela escalonar os benefícios oferecidos de redução e isenção de responsabilidade.

Isto permite, num primeiro momento, considerar o funcionamento do programa em termos gerais, sua forma, sua eficácia e sua qualidade. Além disso permite, no segundo momento, assignar valor à cultura corporativa, fornecendo benefícios não só se a empresa “previne” os atos lesivos, mas se os detecta e se, finalmente, o programa funciona como suporte para uma total colaboração com a administração pública na investigação dos fatos.

Dentro dessa concepção, um modelo jurídico adequado somente deveria conceder os maiores benefícios (ou atenuantes de sanção) às empresas que (i) adotem um programa de integridade (efetivo); (ii) identifiquem as irregularidades ocorridas; (iii) façam investigação interna que produza elementos de prova e informação suficientes; (iv) façam reporte voluntário

5 Espanha pode ser mencionada como um exemplo que, em alguma medida, se encaixaria nesse modelo devido aos dispositivos de seu Código Penal que preveem a isenção de penalidade em caso de existência de um sistema de compliance que possa ser considerado defesa legal (GÓMEZ-JARA DÍEZ, pos. 55%).

das condutas e (v) colaborem amplamente com as autoridades responsáveis pelas investigações (ARLEN, 2016, p. 8-9).

Do ponto de vista do interesse público, faria sentido ao Estado conceder sanções atenuadas (ou mesmo isentar de sanção) nesse cenário, uma vez que esse comportamento por parte das pessoas jurídicas asseguraria que a administração tivesse custos reduzidos em investigar e garantisse a responsabilidade das pessoas envolvidas, tanto particulares como agentes públicos. Não se trata, portanto, de recompensar apenas um o comportamento ético, sob uma perspectiva de moralidade. Trata-se também da aplicação de um racional econômico.

A concessão de benefícios como método de incentivo para que as pessoas jurídicas ajustem suas políticas internas conforme o anseio coletivo gera um equilíbrio necessário para incentivar a cultura de compliance e passar uma mensagem aos empregados da empresa sobre a importância de adesão a essa cultura. Um programa de integridade que não gerasse todas essas vantagens para a administração pública também não deveria garantir as empresas os máximos benefícios (como isenção de sanção) em casos de participação em ilícitos⁶. Este tipo de modelo gera o efeito de que somente poderá haver isenção de sanção nos casos de reporte voluntário e total colaboração⁷.

1.2 SISTEMA DO BRASIL DA LEI 12.846.2013

A Lei 12.846/2013 prevê a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas por atos lesivos a administração pública nacional ou estrangeira, que inclui atos de pagamentos de vantagens indevidas a agentes públicos (SIMÃO, VIANNA, 2017, p. 21). Com relação a essa responsabilidade administrativa, prevê a aplicação de sanção de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, além de prever sanções que podem ser aplicadas através de processo judicial⁸. Prevê também que a existência de (procedimentos e mecanismos internos de) integridade é um dos fatores que devem ser considerados para reduzir o cômputo da multa que pode ser aplicada, sendo esta a única vez, na versão atual, que

6 Sobre a importância do modelo escalonado na mudança de cultura corporativa, ver ARLEN (2016, p. 7) e ARLEN & KRAKMAN (1997, p. 687-779).

7 Note-se que se menciona isenção de sanções, e não de responsabilidade, porque as máximas vantagens ao interesse público provavelmente implicarão em devolução de dano e de lucros obtidos com condutas ilícitas. Neste sentido, o que deveria ser cobrado de uma pessoa jurídica é a colaboração total com a administração para resolver a questão de modo global: recompondo os danos causados, indenizando vítimas e auxiliando ao máximo na imposição de responsabilidade, inclusive penal, as pessoas responsáveis pelas condutas.

8 Arts. 6º e 19 da Lei 12.846/2013.

há menção ao termo “integridade”⁹. Desta maneira, a existência do que poderia ser considerado um programa de integridade é previsto apenas como um fator que pode gerar uma redução no percentual da multa (SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 212).

Nos termos da lei, os parâmetros de avaliação do programa de integridade que será fator de redução de porcentual de multa deveria — e foi — regulamentado em nível federal, através do Decreto 8.420/2015¹⁰. Esse dispositivo tem uma aplicabilidade importante porque determinou a criação de uma uniformidade nacional de elementos de programa de integridade a serem avaliados na aplicação de multa, com a finalidade de gerar um espaço de segurança no qual as pessoas jurídicas poderão conhecer, de antemão, os elementos indicadores de como seus mecanismos internos de controle serão considerados. Essa homogeneidade de tratamento deveria atuar como um incentivo a implementação de um modelo de programa porque permite que os investimentos em desenvolver um programa de integridade tenham repercussão em todo território nacional diante de autoridades federais, estaduais e municipais¹¹.

A lei também prevê a possibilidade de celebrar um acordo de leniência, desde que ocorram dois resultados específicos: a identificação de pessoas envolvidas nas condutas e a obtenção rápida de informações e documentos comprobatórios (CANETTI, 2018, p. 193-194)¹². Os requisitos previstos para que o acordo seja celebrado são: que a pessoa jurídica seja a primeira manifestar interesse em cooperar com as investigações, que cesse o seu envolvimento nos atos, e que admita sua participação e coopere plenamente com as investigações¹³. No caso do acordo, a sanção de multa pode ser reduzida em até 2/3 do valor calculado originalmente. Já a sanção administrativa de publicação da decisão de condenar e a sanção aplicável judicialmente de proibição de receber incentivos, subsídios e outros valores de órgãos públicos, poderão ser isentadas¹⁴. A lei ainda prevê a possibilidade de o acordo de leniência estender seus efeitos para isentar a pessoa jurídica da sanção de declaração de inidoneidade, imposta por previsão constante da Lei 8.666/1993¹⁵.

9 Art. 7º, VIII, da Lei 12.846/2013.

10 Art. 7º, parágrafo único, da Lei 12.846/2013.

11 Fala-se deveria porque, a despeito do comando legal, o que tem se observado na prática é que nem todos os entes subnacionais têm acompanhado a regulamentação federal, optando por editar normativos próprios que tratam dos parâmetros de avaliação dos programas de integridade. São os casos, por exemplo, dos Decretos 46.782/2015 e 1.106/2017, respectivamente editados pelos Governos de Minas Gerais e Santa Catarina.

12 Art. 16, I e II, da Lei 12.846/2013.

13 Art. 16, § 1º, da Lei 12.846/2013.

14 Art. 16, § 2º, da Lei 12.846/2013.

15 Art. 17 da Lei 12.846/2013.

É importante observar que a lei enumera nove fatores que deverão ser utilizados para fazer o cálculo da multa base, que deverá variar entre 0,1 a 20 por cento do valor do faturamento bruto da empresa no último exercício anterior ao de instauração do processo administrativo de responsabilidade¹⁶. Entre estes fatores estão: a gravidade da infração, o grau de lesão, o efeito negativo, a cooperação da pessoa jurídica com a apuração, o valor dos contratos mantidos com a administração, além da já mencionada existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade¹⁷.

No âmbito federal, o regulamento dispõe de uma maneira de cálculo geral da multa com a aplicação de percentuais em incremento, do que seriam circunstâncias de gravidade da conduta, e aplicação de percentuais de redução, do que seriam circunstâncias atenuantes da conduta realizada¹⁸. Além disso, a lei menciona em diversas ocasiões que a responsabilização administrativa não isenta a pessoa jurídica do dever de reparar integralmente o dano causado, incluso nos casos que haja acordo de leniência, impedindo, de maneira lógica, que se cogite isentar uma empresa dessa obrigação¹⁹.

Assim se observa que a lei brasileira não concede, nem mesmo para os casos de acordo de leniência, a isenção total de imposição de sanções as pessoas jurídicas, ainda que permita uma grande redução na sanção de multa: em até 2/3. Além disso, também não permite que exista isenção de ressarcimento dos danos, mas permite isenção da sanção de publicação da condenação —um tipo de sanção *name-and-shame*²⁰—, da sanção de proibição de receber incentivos e outras verbas públicas e das sanções impeditivas de licitar e contratar com o Poder Público.

2 ANÁLISE DO SISTEMA BRASILEIRO

2.1 A RESPONSABILIDADE ESCALONADA

Conforme mencionado, um dos modelos legais possíveis para estimular a implementação de programas de integridade é implementado através do escalonamento de vantagens para as empresas conforme

16 Art. 6º, I, da Lei 12.846/2013. A lei também prevê outras regras de cálculo de multa, caso os fatores não sejam disponíveis, e limites máximos e mínimos, por exemplo impedindo que a multa seja menor do que a vantagem auferida com os atos.

17 Art. 7º, VIII, da Lei 12.846/2013.

18 Arts. 17 e 18 do Decreto 8.420/2015.

19 Ver, e.g., art. 16, § 3º, da Lei 12.846/2013. Ver também ATHAYDE (2019: 284-289).

20 Sobre a importância desse tipo de sanção, especialmente para pessoas jurídicas, ver MEDINA ARNÁIZ (2016: 103-104).

seu “comportamento” de integridade ofereça maiores vantagens para o interesse público.

Nesse sentido, um sistema bem escalonado demandaria a avaliação, nesta ordem, de se uma empresa (i) tem programa de integridade que funciona em termos gerais, se o programa (ii) identificou o ato lesivo específico, se gerou uma (iii) investigação interna que resultou na coleta de documentos e informações, se a empresa fez (iv) reporte voluntário desse incumprimento e se (v) colaborou plenamente com as investigações e os processos de responsabilidade (ARLEN, 2016, p. 8-9). Esses elementos garantirão celeridade e economia de recursos na aplicação das medidas de correção e também na imposição de responsabilidade aos demais envolvidos nos atos ilícitos.

Uma análise conjunta da Lei 12.846/2013 e seu decreto federal regulamentador demonstram uma série de vantagens para que as empresas adotem uma estrutura de integridade que atenda esses cinco elementos mencionados (RODRÍGUEZ-GARCÍA; MACHADO DE SOUZA, 2019, p. 355). Isso pode ser observado em dois momentos distintos, no primeiro, através da análise dos fatores relevantes para o cálculo da multa base, e no segundo, através da análise dos requisitos e condições para a realização de um acordo de leniência.

2.1.1 INCENTIVOS RELACIONADOS AO CÁLCULO DA MULTA

Com relação ao primeiro momento, o cálculo da multa base, o decreto federal prevê percentuais de incremento da multa, até o valor de 20 pontos, com o que seriam as circunstâncias negativas (ou agravantes) da conduta.

Três circunstâncias negativas são especialmente relacionadas com a existência de um programa de integridade: a continuidade dos atos lesivos no tempo (incremento de 1 a 2,5 por cento)²¹, a tolerância ou ciência do corpo diretivo ou gerencial da empresa (incremento de 1 a 2,5 por cento)²² e a reincidência em ato lesivo previsto na Lei 12.846/2013 (incremento de cinco por cento)²³. Esses elementos significam um máximo de 10 pontos do percentual da multa, o que quer dizer que não havendo continuidade dos atos lesivos, não havendo tolerância do corpo diretivo nem havendo reincidência, o percentual máximo de multa (considerando a presença dos outros fatores) será reduzido à metade do percentual máximo em abstrato (que originalmente é de 20 pontos percentuais). É importante observar que a ausência desses fatores agravantes não será exclusiva das situações

²¹ Art. 17, I, do Decreto Federal 8.420/2015.

²² Art. 17, II, do Decreto Federal 8.420/2015.

²³ Art. 17, V, do Decreto Federal 8.420/2015.

de existência de programa de integridade. Não obstante, são elementos que estarão ausentes na presença de um programa de integridade efetivo²⁴, ainda nos casos que ocorra a comissão do ato lesivo.

Ainda no primeiro momento, o decreto federal também prevê pelo menos três circunstâncias positivas (ou atenuantes) relacionadas às medidas de integridade, que são: o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo (decrécimo de 1 a 1,5 por cento)²⁵, a comunicação espontânea da ocorrência do ato lesivo antes da instauração de processo de responsabilidade (decrécimo de 2 por cento)²⁶ e a comprovação de existência e aplicação de um programa de integridade (decrécimo de 1 a 4 por cento)²⁷. Isto significa que o percentual de multa pode receber uma redução de 7,5 pontos, o que é um valor elevado considerando que o percentual máximo já estaria reduzido a 10 pontos²⁸. Além disso, as duas primeiras circunstâncias mencionadas podem estar presentes num caso concreto mesmo diante da ausência de programa de integridade, mas existe uma expectativa de que um programa de integridade efetivo auxiliará em sua presença (por exemplo, promovendo a detecção e a investigação interna que serão base para o reporte voluntário e a colaboração ampla).

2.1.2 INCENTIVOS RELACIONADOS AO ACORDO DE LENIÊNCIA

O segundo momento de incentivos para a implantação de um programa de integridade ocorrerá relacionado à celebração de um acordo de leniência, ainda que a existência de um programa prévio não seja requisito para o acordo²⁹.

O acordo poderá isentar a pessoa jurídica de algumas sanções, já mencionadas, e poderá gerar uma redução da multa em até 2/3 do valor calculado³⁰. Não há menção expressa de como deverá ser feito o cálculo do valor de redução, só o seu limite máximo, o que gera grande

24 O próprio Decreto 8.420/2015 menciona, por exemplo, como elemento do programa de integridade o comprometimento da alta direção, procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações e monitoramento contínuo que melhore aprimoramento e aperfeiçoamento (art. 42, incisos I, XII e XV).

25 Art. 18, III, do Decreto Federal 8.420/2015 e art. 7º, VII, da Lei 12.846/2013.

26 Art. 18, IV, do Decreto Federal 8.420/2015.

27 Art. 18, V, do Decreto Federal 8.420/2015 e art. 7º, VIII, da Lei 12.846/2013.

28 É importante observar que a lei prevê valor mínimo para multa, a saber, o valor da vantagem auferida. Art. 6º, inciso I, da Lei 12.846/2013.

29 Não obstante, conforme a regulamentação federal, um acordo pressupõe a implementação ou pelo menos o aprimoramento de um programa de integridade. Art. 37, IV, do Decreto Federal 8.420/2015.

30 Art. 16, § 2º, da Lei 12.846/2013.

margem de subjetividade, mas permite que a administração analise a presença dos requisitos e elementos da lei e oferte a redução cabível para o caso. Os requisitos do acordo são, conforme ao mencionado, a identificação dos demais envolvidos e o fornecimento célere de informações e documentos que comprovem a infração, o que poderá estar configurado através de uma colaboração ampla e com a entrega de todos os elementos de prova e informações produzidas no âmbito das investigações internas da empresa.

Além disso, a lei aponta como requisito para o acordo que a empresa tenha cessado o seu envolvimento no ato lesivo³¹ e seja a primeira a manifestar interesse em colaborar³², dois requisitos que estarão presentes caso a empresa identifique as condutas através de seus controles internos e apresente a informação prontamente para a administração. A lei também menciona como requisitos a cooperação plena e permanente com a administração³³ e o fornecimento de informações e documentos³⁴, o que já estaria implícito como necessário para obter os resultados da colaboração e estaria relacionado a existência de um programa realmente efetivo. O último requisito previsto na lei é a admissão de participação na infração³⁵, o que também estaria presente em um caso de detecção, investigação interna e reporte voluntário da conduta. Presentes estas condições e requisitos, o valor da multa poderá ser reduzido em até 66,66 por cento.

2.2 CASO HIPOTÉTICO

Os incentivos para a adoção de um programa de compliance funcionarão de maneira muito variada de acordo com os diferentes casos concretos, não obstante, um caso hipotético pode servir para exemplificar o seu funcionamento. Na tabela 1, foi considerado um caso no qual a multa incidiria sobre um faturamento de 10 milhões e a empresa recebeu vantagens por ter um programa de integridade efetivo que gerou a descoberta dos fatos, a investigação interna, o reporte voluntário e a colaboração, inclusive com a concessão de todas as vantagens possíveis em sede de acordo de leniência. Os percentuais aplicados não foram os máximos em todas as circunstâncias, apenas para ilustrar que ainda assim o resultado comparativo

31 Art. 16, § 1º, II, da Lei 12.846/2013.

32 Art. 16, § 1º, I, da Lei 12.846/2013.

33 Art. 16, § 1º, IV, da Lei 12.846/2013.

34 Art. 16, § 1º, V, da Lei 12.846/2013.

35 Art. 16, § 1º, III, da Lei 12.846/2013.

será vantajoso³⁶. Os demais fatores agravantes e atenuantes mencionados no decreto também foram inseridos no caso, com valores aleatórios, mas repetidos de maneira idêntica nas duas tabelas.

Tabela 1: Com programa de integridade que gerou total colaboração:

Circunstâncias Agravantes	S/N	Límites	Caso 1	Cap. Legal
Continuidade dos atos	Não	1-2,5%	1%	Art. 17, I
Tolerância ou ciência da direção/gestão	Sim	1-2,5%	1%	Art. 17, II
Interrupção da prestação do serviço	Não	1-4%	0%	Art. 17, III
Situação econômica da empresa	Sim	1%	1%	Art. 17, IV
Reincidência	Não	5%	0%	Art. 17, V
Valores dos contratos	N/A	1-5%	5%	Art. 17, VI
Total agravantes:			8%	
Circunstâncias Atenuantes	S/N	Límites	Caso 1	Cap. Legal
Não consumação da infração	Não	1%	0%	Art. 18, I
Ressarcimento dos danos	Não	1,5%	0%	Art. 18, II
Grau de colaboração com investigações	Sim	1-1,5%	1,5%	Art. 18, III
Reporte voluntário (prévio)	Sim	2%	2%	Art. 18, IV
Existência de programa de integridade	Sim	1-4%	3%	Art. 18, V
Total atenuantes:			6,5%	
Total e multa antes do acordo (para base de 10 milhões de faturamento bruto)			1,5%	150 mil
Multa reduzida de 2/3 (acordo de leniência)				50 mil

Na segunda situação, tabela 2, foram repetidos os valores das circunstâncias não relacionadas a existência do programa, a descoberta interna das condutas, ao reporte voluntário e a colaboração com as investigações. Para poder aplicar a redução na multa, esta segunda situação considera que, apesar de não haver programa de integridade, houve alguma colaboração com as investigações que possibilitou a assinatura de um acordo de leniência (mas sem a concessão das máximas vantagens).

³⁶ Por exemplo, foi considerado como circunstância atenuante a existência de programa de integridade, mas não foi aplicado o percentual máximo de 4% considerando que houve desvio. Além disso, foi considerado alguma continuidade dos atos e alguma tolerância da direção com a existência das condutas.

Tabela 2: Sem programa de integridade e sem colaboração:

Circunstâncias Agravantes	S/N	Limites	Caso 2	Cap. Legal
Continuidade dos atos	Sim	1-2,5%	2,5%	Art. 17, I
Tolerância ou ciência da direção/gestão	Sim	1-2,5%	2,5%	Art. 17, II
Interrupção da prestação do serviço	Não	1-4%	0%	Art. 17, III
Situação econômica da empresa	Sim	1%	1%	Art. 17, IV
Reincidência	Não	5%	0%	Art. 17, V
Valores dos contratos	N/A	1-5%	5%	Art. 17, VI
Total agravantes:			11%	
Circunstâncias Atenuantes	S/N	Limites	Caso 1	Cap. Legal
Não consumação da infração	Não	1%	0%	Art. 18, I
Ressarcimento dos danos	Não	1,5%	0%	Art. 18, II
Grau de colaboração com investigações	Sim	1-1,5%	1,5%	Art. 18, III
Reporte voluntário (prévio)	Sim	2%	0%	Art. 18, IV
Existência de programa de integridade	Sim	1-4%	0%	Art. 18, V
Total atenuantes:			1,5%	
Total e multa antes do acordo (para base de 10 milhões de faturamento bruto)			9,5%	950 mil
Multa reduzida de 1/2 (acordo de leniência)				475 mil

O contraste das duas hipóteses permite observar que um programa de integridade efetivo que gere a identificação dos fatos, o reporte voluntário e a total colaboração, inclusive com um acordo de leniência (tabela 1), poderá gerar a aplicação de uma multa 9.5 vezes menor do que um caso que não estejam presentes todos esses elementos mas no qual exista alguma colaboração (tabela 2). Se a multa do caso fosse contrastada com o total de multa da situação da tabela 2, considerando a inexistência de colaboração suficiente para celebrar um acordo, essa proporção será ainda maior, de 19 vezes. É importante observar que as situações são hipotéticas e, em termos abstratos, a multa na primeira hipótese (tabela 1) poderia ser ainda menor.

3 CONCLUSÃO

A Lei 12.846/2013 e seu regulamento federal apresentam incentivos para que as empresas adotem programas de integridade, e esses incentivos são aplicáveis de maneira escalonada. Assim, para receber as maiores vantagens possíveis em caso de cometimento de ato ilícito previsto

na lei, não basta ter um programa de integridade, mas é necessário também que esse programa auxilie a identificar as condutas, gere uma investigação interna com documentos e informação e apresente o suporte necessário para que a empresa reporte as condutas às autoridades competentes e colabore plenamente com as investigações e processos de responsabilização. Esse modelo de incentivos é importante porque estimula não só o desenvolvimento de programas (formais) de integridade, mas uma profunda alteração de cultura corporativa de prevenção e repressão de delitos, inclusive porque sinaliza para os empregados que o interesse da empresa será colaborar com a administração fornecendo informações e documentos para ajudar na imposição de responsabilidade das outras pessoas envolvidas no ilícito.

Conforme demonstrado por meio de um caso hipotético, a estrutura normativa adotada no Brasil permite a redução significativa de multa para a empresa que possua um efetivo programa de integridade e adote um comportamento colaborativo com as autoridades governamentais.

Apesar disso, ainda que essa mudança de cultura corporativa seja suficiente para reduzir sobremaneira a responsabilidade da empresa, não há hipótese legal de isenção de responsabilidade. Nesse aspecto, ainda que a empresa adote todas as medidas de integridade possíveis, considerando padrões internacionais de compliance, consiga identificar atos lesivos, investigue, reporte e colabore totalmente com as autoridades, estará sujeita a aplicação de multa (ainda que reduzida). Isso sem contar com a invariável obrigação de ressarcir pelos danos causados.

Dessa forma, uma empresa que adota uma cultura de responsabilidade corporativa eficaz e colabora plenamente com a administração pública e faz o ressarcimento voluntário dos danos causados ainda estará sujeita a sofrer a imposição de uma sanção de multa pela conduta de algum *rogue employee*³⁷. Isto, por si só e sobre o aspecto financeiro, configura em um desincentivo para a colaboração, especialmente nos casos nos quais ela seria mais importante: quando a autoridade pública não tem nenhum outro elemento ou suspeita sobre a comissão dos atos lesivos.

37 “Empregado desonesto”. Expressão comumente utilizada para referenciar o empregado que atua em desconformidade com as políticas de sua empresa e à revelia das orientações de seus superiores.

REFERÊNCIAS

- ATHAYDE, Amanda. *Manual dos acordos de leniência no Brasil: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ARLEN, J. & R. KRAAKMAN (1997): “Controlling corporate misconduct: An analysis of corporate liability regimes”. *New York University Law Review*, v. 72, n° 4.
- ARLEN, Jennifer. (2016): *Public consultation on liability of legal persons: compilation of responses*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development Anti-Corruption Division.
- AZNAR, Enrique. ¿Cómo y para qué crear uma cultura ética em las organizaciones? In: FRAGO ARMADA, Juan Antonio (Dir). *Actualidad Compliance 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, edição eletrônica. pos. 11%-15%.
- CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Capítulo VII. La culpabilidad de la persona jurídica. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Aut). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, 2. ed. eletrônica. pos. 55%-60%.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2016). La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción. *Revista Vasca de Administración Pública*, 2016, n. extra 104-II, p. 77-113.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; MACHADO DE SOUZA, Renato. El “acuerdo de lenidad” como mecanismo privilegiado para combatir y prevenir actos de corrupción en Brasil. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (Edit). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valência: Tirant lo Blanch, 2019. p. 295-379.
- SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan, 2017.
- ZENKNER, Marcelo. *Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES ENTRE AUTORIDADES: ENTRE A PROTEÇÃO DO COLABORADOR E O DEVER DE INVESTIGAÇÃO

*EVIDENCE SHARING BETWEEN AUTHORITIES:
DECIDING BETWEEN COLLABORATOR PROTECTION AND
INVESTIGATION DUTY*

Laura Fernandes de Lima Lira

Advogada da União, atuante em Acordos de Leniência firmados pela AGU e CGU.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Corrupção como ato multifacetado; 2. Do acordo de leniência; 3. Sistematização jurídica acerca do compartilhamento de informações decorrentes de acordo de leniência; 4. Limites da colaboração entre órgãos; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Da leva de novas soluções anticorrupção, no Brasil, um dos instrumentos mais relevantes foi previsto na Lei nº 12.846/2013: os Acordos de Leniência. Ocorre que, como se trata de uma solução consensual para aplicação ou isenção de sanções decorrentes de atos ilícitos que ofendem inúmeras normas, indaga-se: a solução consensual apresentada pela Lei nº 12.846/2013 poderia impor o compartilhamento de informações com outros órgãos para fins de aplicação de outras sanções? A resposta, no capítulo próprio, à pergunta central do presente trabalho, acerca da possibilidade de se compartilhar informações entregues no âmbito do acordo com outras autoridades que não o assinam, será dada a partir da interpretação do instituto e o que o torna atrativo para os colaboradores.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Sancionador. Acordo de Leniência. Compartilhamento de Provas. Proteção ao Colaborador.

ABSTRACT: The Leniency Agreement, as previewed on Law 12,846/2013, is one of the most relevant recent anti-corruption instruments in Brazil. As it is a consensual solution that may result in the application or the exemption of sanctions arising from unlawful acts that offend numerous norms, it may be asked: Can the consensual solution presented by Law 12,846/2013 impose the sharing of information with other agencies for the purposes of applying other sanctions? The answer, in the proper chapter, to the central question of the present work, to that question will be based on the interpretation of the institute and what makes it attractive to collaborators.

KEYWORDS: Sanctioning Administrative Law. Leniency Agreement. Evidence Sharing. Collaborator Protection.

INTRODUÇÃO

O entendimento do que seja corrupção é amplo, trata-se de definição que perpassa desde o senso comum até definições legais e científicas. O estudo desse fenômeno, portanto, pode se dar tanto sob um enfoque sociológico como jurídico (GABARDO, 2015, p. 129-147).

Também no âmbito das ciências jurídicas (COSTA, 2001¹), que estudam o direito sob várias perspectivas, o fenômeno da corrupção terá vários pontos de vista, uma vez que se trata de fenômeno complexo e multifacetado.

A análise, portanto, do fenômeno da corrupção sob o olhar jurídico pode ser feita sob diversas óticas, seja um exame sobre a definição legal do que seja corrupção, e os diversos ramos do direito, seja por meio da observação da realidade em um certo tempo e local (HILL & BUCHAN, 2014, p. 1).

Se a definição do que seja corrupção é passível de inúmeras análises e enfoques, da mesma forma é o estudo de mecanismos para seu combate.

A Lei de Práticas Corruptas no Exterior (Foreign Corrupt Practices Act - FCPA), promulgada em 1977 pelo Congresso Americano, foi umas das primeiras normas com alcance internacional a tratar do tema. O FCPA possibilitou o sancionamento pelo governo norteamericano de atos praticados em outras jurisdições, desde que o ato tenha ocorrido nos EUA, mesmo que parcialmente, ou um dos agentes seja norteamericano, o que atrai a sua jurisdição.

Os escândalos de corrupção nos Estados Unidos propulsionaram a discussão do combate à corrupção nas transações comerciais (CLOOTS, 2012, p. 49), de modo que o Congresso Americano proibiu o suborno transnacional.

Ocorre que somente com a edição da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, adotada em 1997, no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), se observou um esforço internacional de combate à corrupção. Tal instrumento, todavia, é limitado a alguns Estados e ao controle do suborno na esfera comercial (CLOOTS, 2012, p. 46).

Um instrumento global voltado para o combate à corrupção surgiu apenas com a adoção da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, desenvolvida pela Organização das Nações Unidas (ONU) – UNCAC em 2003.

Trata-se de um marco jurídico nos esforços contra a corrupção ao conglomerar em um só normativo medidas preventivas, previsões de criminalização, recuperação de ativos e cooperação internacional (CLOOTS, 2012, p. 14), bem como traz um capítulo próprio para evitar corrupção no

1 Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/introducao-ao-direito/>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

setor privado (prevê o aprimoramento das normas contábeis e de auditoria no setor privado e sanções civis, administrativas e penais).

A recuperação de ativos tem um papel de destaque na UNCAC, principalmente para os países periféricos, tendo em vista a saída de recursos desses países com a prática de atos de corrupção, o que compromete o seu desenvolvimento econômico e social.

Ao contrário da convenção da OCDE, a convenção da ONU também foca na corrupção passiva, ou seja, também responsabiliza aqueles que recebem os valores indevidos (CLOOTS, 2012, p. 46). Ademais, trouxe outro avanço, o envolvimento dos Estados, do setor privado e da sociedade civil no combate à corrupção.

É nesse envolvimento dos Estados e do setor privado no combate à corrupção que se insere a questão central objeto do presente trabalho, a análise do compartilhamento de informações obtidos pelos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

A referida norma torna possível a responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de ilícitos em face da Administração pública nacional e estrangeira. Além de tipificar várias condutas praticadas por empresas em detrimento da Administração, a Lei trouxe um avanço no que se refere à possibilidade de colaboração do setor privado no combate à corrupção, a exemplo do instituto do acordo de leniência.

O art. 16 da Lei nº 12.846/2013, ao normatizar o acordo de leniência permite que algumas sanções sejam diminuídas ou isentas desde que a empresa colabore com a Administração nas investigações e entrega de informações de modo célere sobre os ilícitos praticados.

Ocorre que, apesar de acordos de leniência existirem no ordenamento jurídico brasileiro desde 2000, com a alteração efetuada pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, à Antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), não há ainda uma cultura inscrita na atuação da Administração de soluções consensuais como formas alternativas ao poder sancionador.

Essa realidade tem trazido diversos questionamentos sobre a aplicação e atuação dos órgãos e o uso das informações entregues pelas empresas colaboradoras, que dentro do âmbito da legalidade e da supremacia do interesse público busca auxiliar em investigações e sanções de outros agentes envolvidos.

Nesse contexto, o presente trabalho busca tratar do uso das informações entregues pelas empresas colaboradoras no âmbito do acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013 e a cooperação entre os diversos órgãos sancionadores de forma a atender o interesse público.

Para tanto, este trabalho analisará: 1. A corrupção como ato multifacetado. 2. Noções gerais do Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013.

3. Sistematização jurídica acerca do compartilhamento de informações decorrentes de acordo de leniência; e 4. Limites da colaboração entre órgãos.

1 A CORRUPÇÃO COMO ATO MULTIFACETADO

Como já mencionado, a corrupção é um fenômeno econômico e político com repercussões nas diversas searas do direito. Trata-se do resultado de um contexto institucional que permite que certos atores operem para maximização de seus benefícios com o descumprimento de normas (FRAZÃO e CARVALHO, 2018, p. 129-130).

É um ato intrincado, que pode gerar a violação de normas de direito civil, administrativo, concorrencial, penal e tributário. Ocorre que apesar de a conduta poder ser a mesma, os bens jurídicos protegidos não se confundem, por isso é possível aplicar penalidades por diversas autoridades distintas, levando em conta que as sanções buscam prevenir a prática desses atos, para que o crime não compense.

O art. 5º da Lei nº 12.846/2013 traz, em seu *caput*, uma possibilidade ampla de violações à norma anticorrupção, ao passo que seus incisos trazem formas concretas de atos que atentem contra o patrimônio público nacional e princípios da Administração.

Como se vê pela leitura do normativo, a tipificação dos atos que atentem contra o patrimônio público, por serem amplas, geram simultaneamente diversas possibilidades de sanções e obrigações para a pessoa jurídica afora àquelas previstas na Lei nº 12.846/2013.

Nesse contexto, é inconteste que os arts. 29 e 30 da Lei nº 12.846/2013 estabelecem que as disposições da Lei não excluem as competências de outros órgãos, diante de proteções jurídicas distintas.

Essas diversas formas de violação exigem um diálogo entre os órgãos e entidades públicas, com contato e aprendizado recíproco, troca de informações, cooperação e busca de soluções coerentes (FRAZÃO, 2017, p. 8).

Daí a necessidade de se avançar na convergência e adequação de atuações do Direito Administrativo sancionador, para fins de se aprimorar não só as investigações em face de agentes corruptos, mas também para a adequada aplicação de sanções.

O compartilhamento de informações de investigações se mostra essencial nesse cenário, para que todos os órgãos e entidades com capacidade sancionadora possam realizar de forma plena suas competências.

Ocorre que quando estamos tratando de um acordo de leniência, o cenário se modifica, por se tratar de um mecanismo de combate à corrupção em que há a colaboração do agente infrator com o Estado.

2. DO ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI Nº 12.846/2013

O acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013 é um instrumento de apuração e responsabilização pela prática de atos lesivos contra a Administração, por meio da qual a pessoa jurídica que, de boa-fé e espontaneamente, admite a prática de ilícito e coopera com as investigações administrativas, passa a ter a oportunidade de pleitear a atenuação ou mesmo a isenção de determinadas sanções cabíveis.

Importante diferenciar a transação que se busca nos acordos de leniência daquela presente nos processos civis tradicionais. Nestes, o autor da ação geralmente apresenta uma demanda maior, no intuito de conseguir um acordo de menor valor, mas que ainda assim lhe seja vantajoso. A natureza da transação nos acordos de leniência (tal como ocorre na colaboração premiada na instância penal) se dá em sentido diverso. Normalmente a Administração não possui provas, ou possui poucas, em relação a um determinado conjunto de fatos e se utiliza do acordo para ampliar esse escopo e reduzir o prazo de duração do processo.

Nesse sentido, prevê a Lei nº 12.846/2013, em seu art. 16, a possibilidade de pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração Pública federal e estrangeira celebrarem acordo de leniência com a CGU, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que desta colaboração deve resultar a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Diante deste contexto, o acordo de leniência deve ser entendido como um ajuste de vontades, uma transação celebrada pela Administração e por pessoas jurídicas que praticaram atos ilícitos para diminuição ou redução de sanções. É um ato sancionador consensual, uma vez que possui caráter bilateral, caracterizado pelo consenso, ainda que caiba primordialmente à Administração Pública manifestar interesse em sua celebração.

Sobre o acordo de leniência como ferramenta do poder administrativo sancionador, confira-se a lição de Francisco Sérgio Maia Alves:

Os acordos de leniência da lei anticorrupção constituem forma de manifestação estatal exercida no âmbito do poder sancionador atribuído à administração pública em face dos ilícitos especificados na referida norma. Eles constituem a contraface do poder-dever do Estado de impor unilateralmente as sanções administrativas instituídas pela Lei nº 12.846/2013, especificamente no art. 6º e 19 da norma.

[...]

Os acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial tem duplo significado: são, ao mesmo tempo, instrumentos processuais destinados à obtenção eficiente de provas da materialidade e autoria dos atos ilícitos tipificados na referida lei e negócios jurídicos processuais substitutivos ou integrativos das sanções previstos na referida lei. Eles assinalam o viés instrumental e funcional do direito administrativo, especialmente o voltado à aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 12.846/2013. (ALVES, 2018, p. 165).

Assim, pode-se afirmar que o acordo de leniência é um ato jurídico de aplicação de sanções por meio consensual. Afinal, o acordo de leniência consubstancia-se em manifestações de vontades externadas de forma bilateral, vocacionadas à produção de efeitos jurídicos que, embora não coincidentes, são desejados por ambas as partes.

Desta forma é que a Administração busca elementos de prova que permitam a responsabilização daqueles que atuaram no ilícito e que dificilmente seriam identificados sem a colaboração do infrator interessado em transacionar.

Por sua vez o infrator tenciona um abrandamento da pena que lhe seria imposta ordinariamente segundo os ditames da legislação de regência, pelo que se dispõe a oferecer, em troca, os elementos de prova que a Administração almeja.

Dentro dessa lógica, a norma busca não só dismantelar a prática corrupta, mas criar uma cultura de controle da corrupção no ambiente interno da pessoa jurídica, com a colaboração do particular. Não é mais o Estado que investiga sozinho e busca padrões éticos, mas a pessoa jurídica incentivada por mecanismos de redução de multas e sanções.

3 SISTEMATIZAÇÃO JURÍDICA ACERCA DO COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES DECORRENTES DE ACORDO DE LENIÊNCIA

Nesse ponto, oportuno esclarecer que os Acordos de Leniência da Lei nº 12.846/2013 foram inspirados no programa de Leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Destarte, alguns princípios e regras que se aplicam aos programas de Leniência antitruste são também observados pela Leniência da Lei nº 12.846/2013. Dentre essas regras, para o objeto de análise do presente trabalho, uma se destaca, a denominada regra de ouro dos Acordos de Leniência.

Tal regra consiste na observância do princípio segundo o qual a empresa colaboradora não pode ficar em situação pior do que a da companhia que não reportou o ilícito ou que está atuando de forma contenciosa em face do Estado.

Como se vê, a regra adotada tanto para os programas de leniência do Conselho de Defesa Econômica – CADE², como em outras jurisdições³, parte do pressuposto de que a entrega de informações pelo colaborador tem que ser atrativa de forma a tornar o programa eficiente.

Se as consequências para a empresa colaboradora forem piores do que para as demais empresas que decidiram não colaborar com o Estado, se perderá o interesse pelo Acordo de Leniência, o que gera um programa ineficiente.

De fato, como bem explanado por Carson e Prado os custos de se evitar a corrupção ou repará-la podem ser altos e os benefícios pequenos para as companhias, principalmente se os mecanismos para incentivar a troca de comportamento não forem atrativos (CARSON e PRADO, 2016⁴). Esse cenário pode desestimular a colaboração das empresas com o Estado e tornar as investigações mais morosas e o combate à corrupção menos efetivo.

A criação de incentivos para que o agente corrupto entregue informações e documentos em seu poder tem o condão de auxiliar em investigações e na maior possibilidade de condenações. O próprio termo leniência vem da acepção de abrandar penalidades em troca de informações para o Estado investigar demais envolvidos e esquemas corruptos.

Por outro lado, importa destacar que o fato de os atos de corrupção serem multifacetados e complexos permite que haja a punição em diversas esferas administrativas, cíveis e penais. A pluralidade de sanções é

2 Ver o art. 3º, p.u, VI, c/c art. 9º, II, da Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018, do CADE. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41422475/doi-2018-09-19-resolucao-n-21-de-11-de-setembro-de-2018-41422421>. Acesso em: 02 maio 2020.

3 O Considerando nº 26 da Diretivas sobre Antitruste da União Europeia também destaca a necessidade de que a colaboração não seja mais danosa para aquele que busca a resolução do conflito por meio de uma confissão, destacando o risco de divulgação de material autoincriminatório fora do âmbito da investigação para a qual foi fornecido pode enfraquecer os incentivos para os potenciais requerentes de leniência cooperarem com as autoridades da concorrência.

As empresas poderão ser dissuadidas de cooperar com as autoridades da concorrência no âmbito de programas de clemência e procedimentos de transação, se forem divulgadas declarações autoincriminatórias, como sejam declarações de clemência e propostas de transação produzidas unicamente para efeitos dessa cooperação com as autoridades da concorrência. Tal divulgação implicaria o risco de expor as empresas cooperantes ou o seu pessoal de gestão à responsabilidade civil ou penal em condições mais desfavoráveis do que os coinfratores que não cooperam com as autoridades da concorrência. Para assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de clemência ou propostas de transação, esses documentos deverão ser excluídos da divulgação de elementos de prova. Considerando 26 da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia Texto relevante para efeitos do EEE. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32014L0104>>. Acesso em: 02 maio 2020.

4 Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1062976916300564#bib0090>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

importante como mecanismo de coibir a prática de atos ilícitos dessa natureza, uma vez que amplia a possibilidade de investigações e chances de o indivíduo ser punido.

Contudo, a possibilidade de inúmeras sanções por diversas autoridades tende a deixar o programa sem previsibilidade e, portanto, menos atrativo para as empresas. Pereira Filho, ao analisar o programa de leniência do CADE, traz a referida problemática, em que destaca que o efeito financeiro de se firmar um Acordo de Leniência sem saber os limites da responsabilização, considerando as diversas medidas que podem ser adotadas em face do Colaborador é um fator desestimulante à leniência⁵.

Dentro desse contexto surge a questão da confidencialidade do Acordo de Leniência. A necessidade de que certas informações devem se manter restritas decorre do princípio da confiança que deve ser observado tanto pela companhia colaboradora quanto pelo Estado leniente.

Como destaca Rafaela Coutinho, é importante a adoção de políticas para salvaguardar a confidencialidade na maior extensão possível, a fim de garantir que a situação do colaborador não seja pior do que a das demais empresas e delatados:

Um dos aspectos mais relevantes dos programas de leniência, por ser potencialmente significativo para a decisão a respeito da realização da delação ou não, é o grau de sigilo a ser conferido às informações prestadas às autoridades. [...]

Caso toda e qualquer informação ofertada pelo potencial beneficiário da leniência ao Poder Público para fins de negociação fosse em seguida disponibilizada a outras autoridades, daquele ou de outro Estado, a delação poderia se mostrar, ao invés de benéfica às pessoas físicas e jurídicas contempladas, uma verdadeira armadilha, gerando um sem número de consequências nocivas aos colaboradores. (CANETTI, 2018, p.79-80) .

5 [...] os programas de leniência norte-americano, europeu e brasileiro, embora apresentem diferenças, têm em comum o fato de não eximirem o beneficiário do dever legal de indenizar, na esfera privada, os danos eventualmente causados aos concorrentes e/ou aos consumidores (...) Neste contexto, o impacto financeiro que a responsabilidade civil pode representar tem sido considerado um fator desestimulante à leniência, inclusive pelo fato de, no Brasil, o beneficiário não estar imune da responsabilidade solidária junto aos demais participantes do cartel. Portanto, a propositura de um acordo junto ao CADE deve ser ponderada com cautela pelo agente interessado no programa. Não obstante, outro problema que é usualmente apontado sobre as implicações da responsabilidade civil para a leniência consiste no acesso aos documentos relativos ao acordo firmado com a Administração Pública. Sendo de difícil exatidão o dano causado pela prática anticoncorrencial, o acervo probatório que compõe a leniência pode ser determinante para o sucesso de uma ação judicial proposta por concorrentes ou por consumidores com vistas ao recebimento de parcelas indenizatórias. (PEREIRA FILHO, 2015, p. 105-106)

A confidencialidade dos Acordos de Leniência, portanto, é um dos requisitos essenciais para que se tenha a atratividade do instituto, considerando os termos da regra de ouro.

Tal regra, como anteriormente destacado, tem sido aplicada pelo CADE, como se observa com clareza em sua Resolução nº 21, de 12 de setembro de 2018, que afirma de modo expresso que são de acesso restrito as informações entregues pelos colaboradores para fim de se proteger a efetividade dos programas de Leniência e de TCC do CADE:

Art. 2º Constituem exceções ao disposto no art. 1º e serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros:

I – o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela Superintendência-Geral do Cade com base em documentos e informações de caráter auto-acusatório submetidos voluntariamente no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC, em razão do risco à condução de negociações (art. 23, II da Lei nº 12.527/2011), às atividades de inteligência (art. 23, VIII da Lei nº 12.527/2011), e/ou à efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade; e/ou

No âmbito do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de enfrentar o tema (AGRG no Inquérito 4.420). O caso tratou da possibilidade de compartilhamento de provas produzidas em Acordo firmado pelo Ministério Público para outras investigações e concluiu pela impossibilidade de usa das provas em face do agente colaborador:

O agravo regimental em análise aborda a questão do compartilhamento de provas produzidas a partir de acordo de leniência, para outras investigações (ex. Inquérito Civil), que podem prejudicar os interessados, a partir de requerimento de autoridade que não aderiu ao referido acordo. (...) Nos termos da orientação firmada no Estudo Técnico 01/2017 da 5ª Câmara de Coordenação de Revisão do MPF, o qual trata da normativa sobre acordos de leniência, o acesso a informações e documentos obtidos em colaboração premiada, por outros órgãos públicos de fiscalização e controle ou por terceiros interessados que se legitimem a tal disclosure, depende da adesão racional e razoável aos termos negociados e acertados entre Estado e colaborador. Conforme a orientação: *Trata-se de decorrência lógica que deflui do paradigma de consensualidade e da própria negociação encetada, que impõe ao Estado a aceitação deste ônus em troca de bônus investigativos e sancionatórios, sob pena*

de, ao contrário, enfraquecer-se demasiadamente a posição de quem colabora com o poder público sancionador, abrindo mão de direitos fundamentais de autodefesa e lançando por terra as demandas de segurança jurídica. (...) Deve-se ressaltar que isso não impede que outras autoridades não aderentes ao acordo realizem investigações e persecuções distintas (por exemplo sobre fatos novos ou não incluídos no acordo), mas veda somente a utilização para esses casos de elementos probatórios produzidos pelos próprios colaboradores em razão do negócio firmado. (MS-MC 35.435, de minha relatoria, j. 13.4.2018). [...] . AG.REG. NO INQUÉRITO 4.420. RELATOR : MIN. GILMAR MENDES, 2ª Turma, 28.8.2018. (grifo nosso)

Todavia, como alerta o Ministro Relator, a circunstância de não ser possível o compartilhamento de provas a fim de tornar a situação do colaborador pior que a dos demais, não pode significar uma blindagem de sanções administrativas, cíveis e penais.

Destarte, a condição de ser colaborador com o Estado não pode ser utilizada como defesa para se escapar das demais sanções aplicáveis. A responsabilidade subsiste. Contudo, não é possível que as provas por ele entregues sejam a base e justificativa das sanções, devendo-se buscar outros meios de prova, independentes, para a responsabilização.

Como pontuam Fidalgo e Canetti, o acordo de leniência não significa uma blindagem ao colaborador, que pode ser punido em outras esferas, mas apenas que as provas por ele produzidas no âmbito do acordo não podem ser contra ele utilizadas (FIDALGO; CANETTI, 2015, p. 265).

As companhias que firmam acordos de leniência com a AGU e a CGU sabem da possibilidade de consequências outras, como o pagamento de multas em outras esferas, mas tem a proteção de que a informação entregue não será utilizada para tal fim.

Como se vê, a regra de ouro deve ser entendida como a impossibilidade de uso de provas produzidas pelo colaborador em face dele, todavia não impede que outras responsabilizações incidam sobre o mesmo agente, desde que não se baseiem na confissão por ele efetuada.

Assim, os maiores desafios encontrados para a eficácia do acordo de leniência são tornar o Programa de Leniência atrativo para que os indivíduos e as empresas passem a buscar as autoridades investigativas com maior frequência e confiança, bem como um aumento na transparência e na previsibilidade das garantias oferecidas pelo Programa, dado se basear a proposta de acordo de leniência no fornecimento de informações autoincriminatórias.

No caso da Lei nº 12.846/2013, o desafio se torna ainda mais relevante considerando-se que diversas autoridades possuem capacidade

para investigar e sancionar pelos mesmos fatos, tendo em vista o aspecto multifacetado dos atos de corrupção. Por isso, não é possível a simples entrega de informações a diversas autoridades, sem o compromisso de que não serão utilizadas em face do colaborador, sob o risco de se violar a regra de ouro dos acordos de leniência, e tornar o programa da Lei nº 12.846/2013 ineficaz.

4 LIMITES DA COLABORAÇÃO ENTRE ÓRGÃOS

Como se viu, o fato de os atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013 poderem afetar mais de um bem jurídico exige que as autoridades responsáveis por cada uma das searas atuem de forma convergente no âmbito de suas competências.

No seu desempenho, cada um dos órgãos deve observar os princípios do Direito Administrativo Sancionador, considerando que esses ramos do direito são claras manifestações do poder punitivo estatal, que é uno (FRAZÃO, 2017, p. 8).

Destarte, a atuação convergente das autoridades públicas não deve se limitar apenas a situações de sanções, mas também nas hipóteses de diminuição e isenção destas.

De fato, da forma em que estabelecida a Lei nº 12.846/2013 ao firmar acordo de leniência a empresa tem isenção de algumas penalidades e redução de outras, mas não é possível antever as consequências em outras searas administrativas ou penais, posto que a Lei não adentra em outras competências⁶.

A Lei nº 12.846/2013 em seu art. 16, § 3^o, ao tratar do acordo de leniência, torna expresso que este não traz qualquer isenção do dever de reparação integral do dano por parte da pessoa jurídica colaboradora.

Assim, o acordo de leniência firmado permite uma redução das penalidades previstas na Lei, e quando possível, um adiantamento do dano causado à Administração pela prática ilícita, mas não tem condão de isentar o colaborador do pagamento de eventuais danos que venham a ser identificados por outras autoridades.

Ocorre que em âmbito legal e infralegal, há uma limitação de transmissão de informações para outras autoridades dos termos das

6 Mesmo após a celebração do acordo de leniência, a pessoa jurídica não fica totalmente isenta de todas as sanções. Ela pode, ainda, como explicado no tópico 4.2 deste trabalho, sofrer multas na esfera administrativa e, no âmbito judicial, ser sujeita à sanção de dissolução compulsória e suspensão ou interdição parcial das atividades, sem falar da “possibilidade de persecução na esfera criminal, que não é excluída tampouco atenuada pela celebração do acordo (FIDALGO; CANETTI, 2015, p. 272).

7 Art. 16, [...] § 3^o O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

propostas das tratativas do acordo de leniência, diante das previsões contidas no § 6º, do art. 16 da Lei nº 12.846/2013 e dos art. 31, §1º, 33 e art. 35 do Decreto nº 8.420/2015:

Lei nº 12.846/2013:

Art. 16 (...) § 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, *salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.* (grifo nosso)

Decreto nº 8.420/2015:

Art. 31 (...) § 1º A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União.

Art. 33. Não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação, ressalvado o disposto no § 1º do art. 31.

Art. 35. Caso o acordo não venha a ser celebrado, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias, à pessoa jurídica proponente e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública federal tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do acordo de leniência.

Assim é que, não obstante não se limite a possibilidade de outras autoridades sancionarem o infrator nos limites de sua competência ou buscarem a reparação do dano que seus órgãos ou entidades tenham sofrido, a legislação legal e infralegal, no que tange ao compartilhamento de provas em geral, não permite a divulgação das documentações entregues. Quando muito permite a publicidade da proposta do acordo de leniência após encerrada a tratativa de negociação.

Há portanto, dois momentos distintos no que se refere à publicidade e possível entrega de informações: a) durante a tratativa dos acordos; e b) após celebrado o acordo.

Na primeira hipótese, durante as tratativas, não há qualquer possibilidade de compartilhamento e entrega de informações, tendo as

normas deixado expresso que não se firmando o acordo serão os documentos devolvidos à pessoa jurídica.

Já no que se refere à hipótese em que o acordo é firmado, será dada publicidade à proposta do acordo de leniência, mas se mantendo o acesso restrito diante de imposições do ordenamento jurídico.

A limitação à publicidade ampla do acordo se justifica, conforme as normas legais e infralegais que regem o tema, em razão do interesse das investigações e do processo administrativo, bem como em razão da proteção da intimidade e tendo em vista questões de sigilo comercial⁸.

Diante de tais limitações, importa esclarecer que o processo administrativo protegido é o próprio acordo de leniência. As informações entregues pelo colaborador o foram somente para fins de solução dos ilícitos objeto do acordo, e não podem seguir a mesma lógica do compartilhamento de provas obtidas a partir da simples atuação do Estado.

Isso porque, os fatos confessados e documentos entregues decorrem de um ambiente consensual, considerando a renúncia do infrator ao seu direito de não produzir provas contra si mesmo. A utilização dessas informações em face do colaborador importaria em uma verdadeira ofensa ao princípio da confiança que baliza o acordo firmado.

A cooperação é relativa somente aos ilícitos confessados e objeto de proteção da Lei nº 12.846/2013, como se depreende do texto legal:

Art. 16.

[...]

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.

Outra não pode ser a interpretação, considerando que, na teoria do direito, os princípios têm poder cogente, assim como as regras. Eles têm valor normativo, sendo parte integrante do ordenamento jurídico (SUNDFELD, 2008, p. 145).

⁸ Art. 39. Até a celebração do acordo de leniência pelo Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, a identidade da pessoa jurídica signatária do acordo não será divulgada ao público, ressalvado o disposto no § 1º do art. 31.

Parágrafo único. A Controladoria-Geral da União manterá restrito o acesso aos documentos e informações comercialmente sensíveis da pessoa jurídica signatária do acordo de leniência.

Como bem exemplifica Ari Sundfeld somente observando os princípios é viável fazer a correta interpretação da norma:

Os princípios são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema certa guarnição militar, composta de soldados, suboficiais e oficiais, com facilidade descobrimos a ideia geral que explica seu funcionamento: os subordinados devem cumprir as determinações dos superiores. Sem captar essa ideia, é totalmente impossível entender o que se passa dentro da guarnição, a maneira como funciona (...). A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajuda no ato do conhecimento (...). O cientista, para conhecer o sistema jurídico, precisa identificar quais os princípios que o ordenam. Sem isso, jamais poderá trabalhar com o direito. (SUNDFELD, 2008, p. 143)

Destarte, diante da existência do princípio da confiança e da aplicação da regra de ouro, qualquer interpretação dos dispositivos da Lei nº 12.846/2013 e de seu Decreto regulamentador deve observar os princípios que regulam o instituto do acordo de leniência.

Ora, se o princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico, deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas. (SUNDFELD, 2008, p. 146).

Portanto, a interpretação que deve ser dada aos artigos supratranscritos é de que a publicidade ampla e a entrega de informações a outras autoridades deve ser limitada, diante do princípio da confiança e do princípio segundo o qual não pode o colaborador ser sancionado por fatos por ele confessados fora dos limites do processo no qual fez a confissão.

Sendo assim, não há embasamento legal para a entrega de informações a outras autoridades antes do acordo, diante do sigilo das negociações estabelecido pelo § 6º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013 c/c art. 31, § 1º, 33 e 35 do Decreto nº 8.420/2015, nem após a sua assinatura, sem o compromisso de não usar as provas em face da empresa colaboradora, considerando os princípios que regem os acordos de leniência e o disposto no § 6º, do art. 16, da Lei 12.846/2013 c/c art. 39, parágrafo único, do Decreto nº 8.420/2015.

A colaboração entre as diversas autoridades com competência para sancionar ou apurar o dano pelos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013 é salutar, todavia quando se trata de informações recebidas por meio de

acordos de leniência deve ficar restrita à atuação em face de terceiros cujos atos ilícitos foram relatados pela empresa colaboradora.

5 CONCLUSÃO

A corrupção é um fenômeno plural que atinge não só diversas áreas de conhecimento, mas no que tange às ciências jurídicas, envolve violação a diferentes ramos do direito.

Como observado no presente trabalho, apesar da intersecção entre as condutas corruptivas e as áreas de atuação do direito, o bem jurídico protegido é distinto. Diante desse cenário a troca de informações pelos órgãos da Administração é salutar no âmbito de investigações, todavia quando se trata de acordos de leniência não é possível sem qualquer compromisso de não serem usadas em face do colaborador.

Isso porque, quando se trata de um ambiente consensual a entrega de informações de forma indiscriminada poderia gerar inúmeras consequências ao colaborador, com obrigações no âmbito civil, administrativo, penal e tributário.

Conforme analisado, não haveria uma obrigação legal que determinasse o envio de informações de acordos de leniência celebrados com base na Lei nº 12.846/2013 a todas as autoridades competentes para investigação do ato ilícito. Ao contrário, a interpretação em conjunto da Lei nº 12.846/2013, com os princípios que regem os programas de leniência impedem a entrega de informações para serem usadas em face do colaborador.

Como decorre da própria regra de ouro, já explicada, as demais autoridades não estão impossibilitadas de sancionarem ou apurarem o dano com base no art. 13 da Lei nº 12.846/2013, todavia não o podem fazer com o uso das informações entregues pela companhia, uma vez que a confissão foi ventilada para fins exclusivos de redução das sanções da Lei nº 12.846/2013, Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 8.429/1992.

A ilação da norma e do instituto permite concluir que o uso das informações para aplicação de sanções ou para apurar o dano só pode ser feito pelas autoridades que receberem os dados do acordo em face de terceiros.

Ainda que no contexto de se buscar a reparação de danos o acesso a materiais oriundos de acordos de leniência possa ser justificado pelo caráter de acervo probatório necessário para o sucesso da recuperação dos ativos, a entrega de informação de forma ampla pode expor os signatários do acordo de leniência a uma situação pior do que a dos coautores que não cooperaram com as autoridades, criando assim um desincentivo à leniência (ATHAYDE e MAIOLINO, 2018, p. 275-277).

Assim, muito embora a reparação de danos seja um enfoque primordial para um verdadeiro *enforcement*, a aplicação de diversas sanções em face do colaborador traz riscos aos programas de colaboração, em especial aos Programas de Leniência, podendo os tornar inócuos (ATHAYDE e MAIOLINO, 2018, p. 275-277).

Em conclusão, se observa, que os acordos de leniência tanto em razão da aplicação de princípios gerais e regras específicas, impossibilitam a entrega indiscriminada de informações, sem o compromisso de não se usar a prova em face do colaborador, para fins de se ter um efetivo incentivo e cooperação do agente privado no combate à corrupção.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. Análise da Juridicidade do Controle dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção Empresarial pelo Tribunal de Contas da União. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 17, n. 02. 155-182, abr./jun. 2018.

ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa Lins; MAIOLINO, Isabela. Da teoria à realidade: o acesso a documentos de acordos de leniência no Brasil. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) *Mulheres no antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2018. Disponível em: <https://c91ba030-1e79-4eb0-b196-35407d130c35.filesusr.com/ugd/62c611_25c30855c92242a8bef878bfc15583fd.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de Leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CAVALCANTE, Vinícios Alencar. *A lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) ante o dever da boa administração* – 2015. 78 f.: il. color. ; 30 cm. Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015. Área de Concentração: Direito Administrativo e Direito Constitucional. Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/25774/1/2015_tcc_vacavalcante.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

CARSON, Lindsey; D. PRADO, Mariana Mota. *Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case*. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1062976916300564#bib0090>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de; FRAZÃO, Ana. Corrupção, cultura e compliance: o papel das normas jurídicas na construção de uma cultura de respeito ao ordenamento. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (org.): *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CLOOTS, Ann Sofie; RYNGAET, Cedric; WOUNTERS, Jan. *The Fight Against corruption in international law*. Bélgica, 2012. Disponível em: <https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/2012/94WoutersRyngaertCloots>. Acesso em: 17 abr. 2020.

COSTA, Alexandre A. *Introdução ao Direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Fabris, 2001. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/introducao-ao-direito/>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Ne bis in idem e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 73-90, jan./jun. 2015.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

FRAZÃO, Ana. Direito Antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. In: FRAZÃO, Ana (org.). *Constituição, empresa e mercado*. Brasília: FD/UnB, 2017, p. 4-29.

GABARDO, Emerson; MORETTINI; CASTELLA, Gabriel. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. *Revista de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

HILL, Lisa; BUCHAN, Bruce. *An Intellectual History of Political Corruption*. Sussex: Palgrave Macmillan, 2014.

PEREIRA FILHO, Venício Branquinho. Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. *RDC*, v. 3, n° 2, nov. 2015, p. 87-113. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/issue/view/11>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 145.

A ADESÃO DE PESSOAS FÍSICAS
AO ACORDO DE LENIÊNCIA E SUA
INTERSEÇÃO COM A COLABORAÇÃO
PREMIADA

*THE ADHESION OF INDIVIDUALS TO THE LENIENCY
AGREEMENT AND ITS INTERSECTION WITH THE AWARD-
WINNING COLLABORATION*

Raïssa Torres Moraes Delázari

Advogada da União, atuante em Acordos de Leniência firmados pela AGU e CGU.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Dos instrumentos consensuais de solução de controvérsias; 2. Da possibilidade de adesão de pessoas físicas aos acordos de leniência celebrados pelas pessoas jurídicas; 3. Conclusão; Referências.

RESUMO: A celebração dos acordos de leniência e dos acordos de colaboração premiada foram inseridos na ordem jurídica em decorrência, principalmente, de compromissos internacionais assumidos pelo país para adoção de mecanismos de combate à corrupção. A partir da experiência internacional, percebeu-se que a efetividade dos meios alternativos de solução consensual de conflitos que envolvam atos de corrupção, como instrumento de alavancagem investigativa, depende, essencialmente, da colaboração do próprio agente que praticou o ilícito. A partir do estabelecimento de uma sistemática baseada na responsabilidade da pessoa jurídica envolvida na prática do ato de corrupção pela Lei nº 12.846/2013, surgiu a necessidade de se compatibilizar a celebração do acordo de leniência, cujas penalidades levam em consideração o funcionamento corporativo, com a adesão das pessoas físicas que efetivamente praticaram o ato ilícito em nome da pessoa jurídica, em contrapartida à concessão de benefícios pelo Estado, a fim de que haja efetividade na cooperação e impulsionamento na alavancagem investigativa. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada acarreta benefícios à pessoa física na seara penal e que na relação dos fatos apresentados pela pessoa jurídica nas tratativas de leniência há identidade a tais relatos, surgiu a necessidade de concessão de incentivos àqueles que efetivamente praticaram os atos pela pessoa jurídica para que colaborem com o aprofundamento nas investigações decorrentes do acordo de leniência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Sancionador. Maior Efetividade. Pessoas Físicas. Adesão ao Acordo de Leniência. Instrumento de Alavancagem Investigativa.

ABSTRACT: The signing of leniency agreements and award-winning collaboration agreements were inserted into the legal order through international commitments assumed by the country regarding the adoption of mechanisms to fight corruption. Therefore, the conjunction between the techniques that have been shown to be most effective in the international experience for combating corrupt illicit acts associated with the tool that best meets the public interest in the specific case, that is, effectiveness as an alternative means of consensual solution of conflicts involving acts of corruption, whose increase and effectiveness as an instrument of investigative leverage stems from the collaboration of the agent who committed the crime. From the establishment of a system based on the responsibility of the legal entity involved in the practice of the act of corruption by Law 12.846 / 2013, the need arose to make the signing of the leniency agreement compatible, whose penalties take into

account the corporate functioning, with the adhesion of individuals who actually practiced the illegal act on behalf of the legal entity, in return for the granting of benefits by the State, so that there is effectiveness in cooperation and boosting investigative leverage. Considering that the award-winning collaboration agreement brings benefits to individuals in criminal matters and that in the list of facts presented by the legal entity in leniency negotiations there is an identity to such reports, the need arose to grant incentives to those who actually performed the acts by the legal entity to collaborate with the deepening of the investigations resulting from the leniency agreement. Thus, in the agreements entered into by the Office of the Comptroller-General of the Union and the Attorney General's Office, there is a provision for the possibility of adhering to the instrument signed with the informing legal entity, of the individuals who actually practiced the illegal act or who were fundamentally involved in the corruption, by fulfilling requirements.

KEYWORDS: Administrative Sanctioning Law. Greater Effectiveness. Individuals. Adherence to the Leniency Agreement. Investigative Leverage Instrument.

INTRODUÇÃO

A partir do modelo consensual de solução de controvérsias que vem sendo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e após a consolidação da experiência internacional e de compromissos assumidos pelo país, houve a internalização do instituto do acordo de leniência como um instrumento de combate à corrupção, mediante a atuação colaborativa do agente envolvido no ilícito em contrapartida à obtenção de benefícios que recaem nas penalidades que lhe seriam aplicadas pelo Estado.

A par da efetividade dos meios alternativos de resolução de conflitos, a experiência internacional demonstra que os ilícitos relacionados aos atos de corrupção, de modo geral, por serem providos de peculiaridades e características que dificultam sua elucidação, possuem um aprofundamento maior e um impulsionamento na alavancagem investigativa quando se admite a colaboração de um de seus partícipes para a responsabilização dos coautores, em contrapartida à obtenção de benefícios do Estado quando da aplicação da penalidade a ser imposta.

A Lei nº 12.846/2013 previu dentre seus instrumentos o acordo de leniência, cuja celebração se dá exclusivamente com as pessoas jurídicas que tenham praticado atos de corrupção e que colaborem efetivamente

com as investigações e o processo administrativo, a fim de identificar os demais envolvidos na infração e promover a obtenção de informações e documentos que impulsionem a alavancagem investigativa na apuração do ilícito pelo Estado.

A Lei Anticorrupção foi estruturada para a responsabilização da pessoa jurídica. Nesse sentido, a previsão do acordo de leniência leva em consideração a fixação de penalidades e compromissos próprios do ambiente corporativo, como a instituição de um programa de *compliance*, a fixação de multa e o adiantamento no ressarcimento ao erário.

A responsabilidade administrativa à cargo da pessoa jurídica não se confunde com a responsabilidade civil e criminal atribuída à pessoa física que efetivamente pratica o ato ilícito. Considerado o caráter multifacetado do ato de corrupção, o sistema normativo estabeleceu a possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada pela pessoa física, no âmbito penal, e do acordo de leniência pela pessoa jurídica em virtude da prática do mesmo fato, porém, com repercussões conforme a seara de responsabilização.

Nesse sentido, a realidade demonstra que a atribuição da responsabilidade administrativa à pessoa jurídica pela prática do ato de corrupção, para que promova um aprofundamento mais robusto na alavancagem investigativa dos documentos e provas fornecidos pela celebração do acordo, demanda um incremento pela colaboração da pessoa física que efetivamente praticou o ato, o que fez surgir a possibilidade de que o agente que atuou em nome da pessoa jurídica para a prática do ilícito pudesse aderir ao acordo de leniência.

O que se pretende demonstrar no presente artigo é que a colaboração emanada da pessoa jurídica para a celebração do acordo de leniência decorre do fornecimento de documentos e informações a seu cargo, porém, também da construção de uma narrativa que corresponde aos termos das colaborações premiadas firmadas por seus prepostos, de forma individual, no juízo criminal.

Dessa forma, considerando-se que a manifestação de vontade de uma pessoa jurídica necessariamente demanda a atuação de uma pessoa física, e a identidade principiológica decorrente dos acordos de colaboração, seja o de leniência para a pessoa jurídica, seja a delação premiada para a pessoa física, percebeu-se um ponto de contato entre os instrumentos de cooperação com o Estado e que permitir a adesão dos prepostos, gestores e demais pessoas físicas que tenham efetivamente praticado o ato de corrupção em nome da pessoa jurídica, traria um aprofundamento mais robusto nos elementos de investigação que decorrem da assinatura do acordo.

1 DOS INSTRUMENTOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Há muito vem se notando um movimento no ordenamento jurídico brasileiro direcionado à solução consensual de controvérsias, a exemplo da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos na Lei nº 9.099/1995, do instituto da colaboração premiada estabelecido na Lei nº 12.850/2012, dentre outros diplomas normativos, e os acordos de leniência, previstos na Lei nº 10.529/2011, cujo objeto se destina à defesa da concorrência, e a Lei nº 12.846/2013, aplicável aos atos de corrupção.

De maneira mais recente, o Novo Código de Processo Civil estabeleceu como princípio básico da norma processual que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, conforme previsto no artigo 3º, § 2º, do referido diploma. Da mesma forma, inaugurou, no artigo 190, uma espécie de convencionalidade processual, mediante o qual as partes podem estabelecer mudanças no procedimento a fim de adaptá-lo às especificidades da causa.

Segundo o disposto no Enunciado nº 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

De acordo com Didier e Bonfim (2017, p. 105-120), o dispositivo representa uma cláusula geral da qual decorrem diversas espécies de negócios processuais atípicos, os quais:

[...] tem por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, faculdades, deveres e poderes (“poderes”, neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual – redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplo.

Dentro deste contexto, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, a doutrina entende que a busca pela melhor ferramenta administrativa para o alcance da finalidade pública, considerando as prováveis consequências entre os resultados, garante a realização do princípio da eficiência e o encerramento dos conflitos, priorizando-se a celebração de acordos entre as partes, em substituição ao ato produzido de forma unilateral.

Segundo Ribeiro (2016, p. 209-249), a partir da definição dos instrumentos de composição celebrados, num primeiro momento, no lugar

da aplicação de sanções, deve-se analisar a questão sob a ótica de que o acordo substitutivo pretende o incentivo de arranjos positivos:

Nesse contexto, uma ferramenta de direito administrativo que apresenta vantagens comparativas significativas à aplicação da sanção pura e simples, e pode melhorar os resultados práticos pretendidos, encontra-se nos chamados acordos substitutivos.

Os acordos substitutivos são instrumentos de composição celebrados em lugar da aplicação de uma sanção para, prospectivamente, suprirem a falta cometida por outros meios consensuais que não o cumprimento de uma pena, o que pode se dar mediante, por exemplo, a exigência de novos investimentos relacionados com o motivo da infração praticada [...].

Com isso, substitui-se o arranjo de inventivos negativos, característico das sanções, que se voltam à origem do conflito no passado, por um arranjo de inventivos positivos e apontado ao futuro [...].

Para Moreira Neto e Freitas (2014), em se tratando de acordo substitutivo a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra um acordo com o administrado, com o fim de substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta primariamente exigível por outra secundariamente negociável. Nesse sentido:

Por meio desta via negocial, a Administração Pública opta por uma atuação consensual, que lhe é aberta em hipóteses legalmente previstas, de sorte a tutelar, de forma mais eficiente, o interesse público primário que está a seu cargo. É relevante destacar-se que, nesses atos, a Administração não dispõe sobre direitos públicos, mas sobre as vias formais para satisfação do interesse público envolvido.

Desse modo, a ação administrativa deve identificar as alternativas à disposição para, de maneira racional, adotar aquela que melhor atenda a realização do objetivo pretendido com a celebração do acordo de leniência, dentre eles, o combate à corrupção e o ressarcimento ao erário.

Nesse sentido esclarece Ribeiro (2016, p. 209-249):

A seleção de ferramentas de direito administrativo deve ser resultado de um processo de formulação da ação administrativa que identifique as

alternativas à disposição para, a partir delas, racionalmente comparar e escolher aquelas capazes de gerar os melhores incentivos em prol da realização do objetivo enfocado. Como as ferramentas de direito administrativo são mecanismos que incentivam condutas a finalidades predefinidas, o norte da ação administrativa, portanto, deve estar nos incentivos que essas ferramentas são capazes de produzir.

A previsão de instrumentos consensuais de solução de controvérsias também no âmbito criminal e no âmbito administrativo, a par da aplicação das sanções tradicionais, tem como propósito a viabilização da persecução estatal mediante a alavancagem investigativa nos demais procedimentos de investigação e como medida de desincentivo às práticas ilícitas no bojo do combate à corrupção.

Portanto, a partir da consolidação da sistemática que há muito vem sendo adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a colaboração premiada e o acordo de leniência se apresentam como institutos passíveis de atrair a solução consensual de controvérsias, ante a caracterização como negócios jurídicos decorrentes da cláusula geral de autorregramento das partes. Dessa forma, a análise dos reflexos decorrentes da adesão de pessoas físicas aos acordos de leniência celebrados pela pessoa jurídica tem como premissa a internalização de um sistema de solução consensual de controvérsias.

2 DA POSSIBILIDADE DE ADESÃO DE PESSOAS FÍSICAS AOS ACORDOS DE LENIÊNCIA CELEBRADOS PELA PESSOA JURÍDICA

É sabido que a Lei nº 12.846/2013 prevê exclusivamente a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas pelos ilícitos praticados contra a Administração Pública. Todavia, a sua aplicação não exclui — nem poderia ser diferente — a responsabilização das pessoas físicas em outras esferas, como esclarece o art. 3º da Lei Anticorrupção:

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

Dessa forma, em regra, os acordos de leniência firmados com a Controladoria-Geral da União não abrangem a responsabilidade das pessoas físicas, uma vez que, no âmbito administrativo, tais pessoas não estão sujeitas às sanções previstas na Lei nº 12.846/2013. Trata-se de modelo distinto da Lei nº 12.529/2011, por exemplo, que prevê a aplicação de sanções administrativas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE às pessoas físicas e permite expressamente a celebração de acordos de leniência com as pessoas naturais que praticaram o ilícito à concorrência.

Afastada a responsabilidade administrativa por força da Lei nº 12.846/2013, restaria somente a responsabilização dessas pessoas no âmbito civil, por meio de ações de ressarcimento e de ações de improbidade administrativa, afora o âmbito criminal. Contudo, é fundamental a compreensão de que a Lei Anticorrupção foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro dentro do contexto de um microssistema de combate à corrupção, o qual enseja uma interpretação harmônica e em consonância com a legislação que compõe o quadro normativo de defesa da probidade.

Nessa perspectiva, há de se considerar que a prática de atos de corrupção pode configurar infração penal, cuja responsabilidade recai tão somente em face da pessoa física, e ilícito civil, cuja responsabilização desta se dá nos moldes da Lei de Improbidade Administrativa, ao passo em que a Lei Anticorrupção foi sistematizada levando-se em consideração as particularidades das pessoas jurídicas quando da imposição das penalidades, porém, também em virtude da prática dos mesmos atos de corrupção, atribuindo-lhe a responsabilidade administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa representa, portanto, o ponto de toque entre a responsabilidade civil da pessoa física e a responsabilidade da pessoa jurídica na prática de atos de corrupção.

Considerando-se a coordenação dentro do microssistema de combate à corrupção, a Lei nº 8.429/1992 pode ser compreendida como o ponto de contato entre a colaboração premiada celebrada pela pessoa física em âmbito criminal pela prática de atos de corrupção que também são tipificados como infração penal, e o acordo de leniência firmado pela pessoa jurídica sob o crivo da Lei nº 12.846/2013, em virtude da prática dos mesmos atos pela pessoa física em seu nome, porém, com o viés da responsabilização própria empresarial da pessoa jurídica ou grupo econômico envolvidos na prática ilícita.

Dessa forma, conforme salienta Souza (2019, p. 76):

Toda a regulamentação feita pela Lei de Improbidade, que emana diretamente da norma constitucional instituidora do microssistema de

enfrentamento à corrupção, serve como ponto de partida para balizar a proteção constitucional do direito fundamental à probidade, inclusive no âmbito da Lei Anticorrupção ou da legislação penal envolvendo organizações criminosas. A Lei de Improbidade, por efeito reflexo, tem um papel bussolar sistematizador capaz de pautar a comunicação intersistêmica da colaboração premiada e o acordo de leniência entre as diferentes instâncias legais de defesa da probidade administrativa.

Apesar de a *ratio* que fundamenta tanto a delação premiada firmada pela pessoa física na seara penal, quanto o acordo de leniência a cargo da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção, possuírem identidade quanto à colaboração do particular com o Estado no incremento da obtenção de provas em contrapartida ao oferecimento de elementos de incentivo, não há que se confundir a colaboração em meio ao processo penal, que se destina à pessoa física, com o acordo de leniência do Direito Administrativo Sancionador, dirigido à pessoa jurídica.

A colaboração premiada é instituto de Direito Penal, cuja finalidade principal consiste na obtenção de provas para fins de investigação. O delator é uma pessoa física e o benefício obtido possui reflexos diretos na liberdade individual do agente colaborador. Percebe-se que, em razão da natureza do instituto, o principal objetivo não é a antecipação da reparação do dano e sequer a imposição de sanção à pessoa jurídica que eventualmente tenha participado do ato ilícito, mas a obtenção célere de informações que possam funcionar em prol da investigação criminal.

Apesar de tanto a colaboração premiada, na esfera penal, quanto o acordo de leniência, na seara da Lei Anticorrupção, destinarem-se à alavancagem investigativa, possibilitando a obtenção de um acervo probatório e de informações mediante a postura consensual e de colaboração da pessoa física e da pessoa jurídica, respectivamente, em contrapartida à concessão de incentivos àquele que colabora com o Estado, o acordo previsto na Lei nº 12.846/2013 possui uma sistemática peculiar, destinada essencialmente às pessoas jurídicas através da instituição de um programa de leniência, composto pela adoção de um sistema de *compliance*, pagamento de multa e adiantamento no ressarcimento ao erário, o que não se confunde com eventual benefício na esfera da liberdade individual do agente que celebra colaboração premiada em âmbito penal.

Em que pese esta aparente contraposição no sistema de colaboração direcionado à pessoa física daquele que se destina à pessoa jurídica colaboradora, não se pode perder de vista que tais institutos possuem identidade principiológica, uma vez que ambos pretendem o incentivo à cooperação com o Estado, seja na esfera criminal, seja em âmbito

administrativo, nos ilícitos em que, ante a complexidade e as particularidades em que são praticados, demandam uma atuação do próprio agente causador para que haja efetividade na apuração pelo Estado.

Para Souza (2019, p. 135), tanto a colaboração premiada quanto o acordo de leniência são institutos que otimizam a persecução dos atos ilícitos, uma vez que “[...] os delatores, além de cúmplices, ocupavam posições econômicas semelhante à dos delatados e por isso conhecem bem os fatos”.

Conforme esclarece Canetti e Fidalgo (2016, p. 351):

[...] percebe-se que o paralelismo entre a *ratio* que norteia a colaboração em meio ao processo penal, e aquela que fundamenta os acordos de leniência do Direito Administrativo Sancionador; em ambos o que se busca é aumentar a carga de eficiência das investigações dos ilícitos que, por sua complexidade e nível de organização, oferecem dificuldades ao deslinde tão-somente através da atuação do Poder Público.

Segundo Moreira Neto e Garcia (2012), não se trata de uma identidade absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, mas do reconhecimento de que existe um núcleo principiológico orientador do poder estatal no exercício de seu poder punitivo.

Com a participação da Advocacia-Geral da União nos Acordos de Leniência, há fundamento legal para que a responsabilidade das pessoas físicas seja tratada nos termos da Lei nº 9.469/1997. Com efeito, em vista da ausência de qualquer restrição legal sobre a matéria, é possível que, demonstrada a vantajosidade no acordo, sejam ajustadas condições para a colaboração das pessoas físicas envolvidas, estendendo-lhes benefícios previstos no Acordo de Leniência.

Dessa forma, a extensão dos benefícios previstos no acordo de leniência às pessoas físicas decorre da necessidade de contrapartida da colaboração daqueles que estejam no rol de passíveis aderentes elencado pela signatária do acordo e que manifestem a vontade de aderir ao instrumento da pessoa jurídica a partir da efetiva colaboração nas investigações decorrentes das informações trazidas no bojo do acordo, de forma a corroborar, ampliar ou complementar os fatos, como instrumento de alavancagem investigativa.

A partir de uma interpretação sistemática e considerando-se que as condutas são efetivamente materializadas pelas pessoas físicas, ainda que em prol da pessoa jurídica, a doutrina aponta a necessidade de se permitir a extensão do acordo de leniência às pessoas naturais, a fim de tornar o programa mais robusto e atrativo.

Não se pode perder de vista que a colaboração da pessoa jurídica, para ser efetiva, necessita de informações que, na maioria das vezes, são de conhecimento, tão somente, das pessoas físicas, notadamente de seus gestores, dirigentes e controladores.

Nesse sentido é o entendimento de Canetti (2018, p. 91):

Por outro lado, a ausência de efeitos benéficos para os particulares poderia ser prejudicial ao programa, considerando-se que, mesmo que a colaboração se mostre vantajosa à pessoa jurídica, pode ser que seus empregados, dirigentes e controladores imponham barreiras intransponíveis à obtenção das informações necessárias à celebração do acordo, por receio de oferecerem material potencialmente incriminador contra si.

Da mesma forma, Canetti e Fidalgo (2016, p. 370) apontam que a ausência de extensão dos benefícios do acordo às pessoas físicas configura um desincentivo ao se criar uma situação em que a pessoa jurídica poderá receber benefícios decorrentes da celebração do acordo, mas a pessoa física envolvida, coautora dos atos ilícitos, não os receberia, o que afastaria o seu interesse em auxiliar a Administração Pública na investigação.

Ademais, vale destacar que o sistema de colaboração com o Estado é pautado pelo princípio da confiança, o qual demanda um ambiente favorável à cooperação com as Instituições pelo coautor da infração em contrapartida à aplicação da sanção premial, ou seja, deve-se assegurar um ambiente de previsibilidade acerca da situação mais benéfica àquele que colabora com o Estado para a elucidação do ilícito. Nesse sentido, conforme esclarece Souza (2019, p. 185):

O princípio da confiança implica no estabelecimento de um ambiente favorável às colaborações premiadas e acordos de leniência, expressado pelo respeito à pessoa, física ou jurídica, de que os acordos firmados as investirão em situações mais favorável do que aquela em que não colaboram para a elucidação dos ilícitos praticados. O benefício concedido pelo Estado deve traduzir-se em uma vantagem transversal, com relativo grau de previsibilidade das consequências jurídicas para o colaborador.

Para o programa de leniência ser robusto e atrativo, assim como em relação às principais destinatárias, que são as pessoas jurídicas, também em relação às pessoas físicas há a necessidade de se coordenar o sistema a fim de que a postura colaborativa seja integrada entre os atores dos atos ilícitos delatados.

Nesse sentido, a conjugação apontada pela doutrina (Canetti e Fidalgo, 2016, p. 340) dos elementos que incentivam a participação das pessoas jurídicas no programa, sejam eles de risco, ante a probabilidade de detecção pelas autoridades e a severidade da punição, sejam eles de incentivo, como a imunidade de punição e a transparência, também devem ser pensados numa aplicação àqueles que efetivamente materializam a prática dos atos ilícitos em prol da pessoa jurídica.

O *Department of Justice* dos Estados Unidos utiliza a prática *carve in* e *carve out*, cujo sistema permite a inclusão (*carve in*), no acordo de leniência celebrado pela pessoa jurídica, dos funcionários que cooperam com as investigações, ou a exclusão (*carve out*), para aqueles que se recusam a cooperar ou em face dos quais não há evidências, caso em que devem celebrar acordos de confissão ou acusação em separado ao acordo corporativo.

Nesse sentido:

Most corporate plea agreements provide a non-prosecution agreement for company employees who cooperate fully in the investigation. Yet certain culpable employees, employees who refuse to cooperate, and employees against whom the Division is still developing evidence may not receive any protection under the company plea agreement. These individuals are often referred to as “carve outs,” meaning they are excluded (or “carved out”) of the company deal. Culpable carve outs must negotiate separate plea agreements or face indictment. Most companies place a high value on minimizing the number of carve outs¹.

Segundo Magalhães (2013), a possibilidade de celebração do acordo de leniência pela pessoa jurídica necessariamente demanda uma atuação proativa de uma pessoa física, conforme se observa:

Ora, se a pessoa jurídica vai celebrar acordo, apontar culpados, oferecer informações ou documentos e cooperar plenamente com as investigações, é certo que tais condutas só podem ser materializadas por pessoas físicas, notadamente seus gestores mais graduados, que detem – ou pelo menos deveriam deter – o conhecimento das decisões estratégicas e das relações com o poder público, estando, assim, aptos a prestar colaboração de forma eficiente.

1 HAMMOND, Scott D. Measuring the value of second-in cooperation in corporate plea agreements. In: *Annual American Bar Association Section Of Antitrust Law Spring Meeting*, 54, 2006, Washington D.C., DOJ, 2006, p. 7-8. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/518436/download>. Acesso em: 20 dez. 2019.

Neste contexto, pode ser afirmado que o núcleo das condutas narradas para a celebração do acordo de leniência com a pessoa jurídica é o resultado da soma das delações premiadas dos prepostos colaboradores feitas de modo individual no juízo criminal, validadas pela empresa e que se complementam aos documentos apresentados durante as tratativas de leniência ou, ainda que não haja procedimento prévio de celebração de acordo de colaboração premiada, a manifestação de vontade por uma pessoa jurídica necessariamente demanda a atuação de uma pessoa física, o que passou a evidenciar que a profundidade da colaboração emanada pela pessoa jurídica exigiria uma atuação proativa da pessoa física que atuou sob o seu manto.

A partir da identificação desta problemática, nos acordos de leniência celebrados pela Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União são estabelecidos requisitos para análise acerca da possibilidade de adesão das pessoas físicas envolvidas nos ilícitos narrados pela pessoa jurídica colaboradora, e que possuem fundamental importância na apuração dos fatos, de forma a corroborar a narrativa e aprofundar os elementos de investigação que seguirão à assinatura do acordo.

É importante destacar, contudo, que após a formalização da adesão e a certificação pelas Instituições de que houve o preenchimento dos requisitos formais para a adesão de pessoas físicas ao acordo de leniência firmado pela pessoa jurídica não há, de forma automática, a extensão dos benefícios estabelecidos no acordo. Para que tal ocorra é necessária a análise material dos instrumentos de colaboração das pessoas físicas, se em consonância com os objetos que lhes são atribuídos no acordo pela pessoa jurídica colaboradora e, conseqüentemente, se dentro do contexto de responsabilização em que ajuizada a ação de improbidade administrativa, cujo polo passivo também integra a pessoa física aderente e que pretende a extensão dos efeitos do acordo de leniência celebrado pela pessoa jurídica ou, caso não haja procedimento judicial em curso, se a pessoa física corrobora o que lhe foi atribuído pela pessoa jurídica quando da narrativa dos fatos, caso em que a proteção recairá tão somente em face deste escopo fático, cuja identidade seja manifestada entre as alegações da pessoa jurídica e as informações prestadas pela pessoa física, seja em colaboração premiada ou perante as autoridades celebrantes do acordo de leniência.

A efetiva extensão dos efeitos do acordo às pessoas físicas aderentes somente ocorre após realizada a análise de mérito junto à própria ação de improbidade administrativa a qual pretendem a exclusão do polo passivo ou, na hipótese de inexistir procedimento judicial em

curso, a proteção conferida pela adesão ao acordo de leniência depende desta identidade fática entre o que alegado pela pessoa jurídica e as informações prestadas ou corroboradas pela pessoa física, caso em que se delimita o alcance da tutela consensual.

Dessa forma, somente serão produzidos os efeitos previstos no acordo de leniência celebrado pela pessoa jurídica quando realizada a análise de mérito e validação pela Advocacia-Geral da União junto ao juízo em que processada a ação de improbidade administrativa ou, caso não haja ação judicial em curso, após a validação da identidade entre as alegações tanto da pessoa jurídica quanto da pessoa física em relação ao escopo fático em que inserida. Assim, a satisfação do requisito material para a conclusão do procedimento de adesão ocorre mediante o confronto entre o contexto fático em que a pessoa física foi indicada pela pessoa jurídica no bojo do acordo de leniência, frente ao conteúdo das colaborações premiadas homologadas judicialmente ou mediante a corroboração das alegações prestadas pela pessoa jurídica, atribuindo-lhe a prática da conduta ilícita em determinado escopo fático.

A partir da verificação de que as pessoas físicas preenchem tanto os requisitos formais quanto o requisito material é que se admite a produção dos efeitos estabelecidos no acordo de leniência, em consonância com o sistema de cooperação com o Estado, mediante a demonstração de efetiva colaboração nas informações decorrentes da celebração do acordo com a pessoa jurídica, de forma a corroborar, ampliar ou complementar os fatos narrados, incrementando a alavancagem investigativa.

Assim, o reflexo da adesão das pessoas físicas está limitado ao escopo de sua contribuição e desde que em consonância com a afirmação da pessoa jurídica na indicação do contexto fático de ilícitos em que inserida no acordo de leniência. Em havendo a compatibilização entre o que afirmado pela pessoa física como colaboradora e o que lhe seja apontado pela pessoa jurídica no bojo do acordo, admite-se a efetiva extensão dos efeitos do acordo de leniência às pessoas físicas aderentes com a extinção das relações processuais nas ações de improbidade administrativa as quais estejam no polo passivo ou, caso não haja ação em curso, o compromisso de que não será objeto de responsabilização judicial ou administrativa dentro daquele escopo fático.

Vale lembrar que o acordo de leniência representa o que as pessoas jurídicas afirmam em relação às condutas imputadas às pessoas físicas aderentes e que foram objeto de colaboração premiada por elas junto ao Ministério Público Federal ou, eventualmente, acordo firmado com o CADE ou, ainda, mediante a corroboração e complementação de informações perante as Instituições Celebrantes do acordo de leniência.

Assim, para que haja a produção dos efeitos concretos da extensão dos benefícios do acordo celebrado com a pessoa jurídica às pessoas físicas, deve ser realizada esta análise material que confira identidade entre as alegações de ambas e o contexto fático em que praticados os atos ilícitos

Portanto, apesar da construção da Lei Anticorrupção ter se pautado na responsabilização administrativa da pessoa jurídica, a qual não se confunde, de fato, com a responsabilidade atribuída à pessoa física pela prática dos atos de corrupção, a realidade demonstra a necessidade de se conciliar a utilização do acordo de leniência da pessoa jurídica, com a previsão de penalidades específicas à responsabilidade corporativa, com a necessidade de colaboração também da pessoa física que efetivamente praticou o ato em nome da pessoa jurídica, a fim de que concretamente haja o estímulo na identificação e punição dos demais responsáveis, conferindo profundidade à natureza de instrumento de alavancagem investigativa do acordo de leniência, mediante contrapartida a ser conferida à pessoa física colaboradora nos mesmos fatos narrados pela pessoa jurídica.

3 CONCLUSÃO

Diante da implementação de ferramentas de solução consensual de conflitos com a celebração de acordos substitutivos à sanção tradicional também na seara do Direito Administrativo Sancionador, a instituição dos acordos de leniência como instrumento de combate à corrupção tem se mostrado mais eficaz face à propulsão promovida nas investigações surgidas a partir da colaboração da pessoa jurídica infratora.

Considerando que as condutas são concretamente praticadas pelas pessoas físicas em nome das pessoas jurídicas, como dirigentes, prepostos ou gestores, a realidade demonstrou que a efetividade da colaboração promovida no acordo de leniência se dá em virtude da entrega de documentos e informações a cargo da pessoa jurídica e da narrativa de fatos coincidentes àqueles relatados pela própria pessoa física que materializou o ato ilícito, em sede de colaboração premiada.

A partir da identificação dos princípios que regem tanto o acordo de leniência quanto a colaboração premiada para a pessoa jurídica e para a pessoa física, respectivamente, percebeu-se que o sistema seria dotado de maior coerência e eficiência ao se permitir a possibilidade de adesão ao instrumento de acordo firmado pela pessoa jurídica por aquele que efetivamente praticou o ato de corrupção no contexto narrado no histórico de condutas integrante do acordo.

Assim, apesar de o acordo de leniência ter sido sistematizado para a colaboração e fixação de penalidades levando-se em consideração as características próprias das pessoas jurídicas, com a instituição de um programa de *compliance*, fixação de multa e adiantamento no ressarcimento ao erário, a possibilidade de adesão das pessoas físicas torna o instrumento de alavancagem investigativa mais robusto a partir da fixação de uma contrapartida àquelas que passem a colaborar também na seara de responsabilização do acordo de leniência.

Nesse sentido, nos instrumentos celebrados pela Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União passou-se a estabelecer a possibilidade de adesão das pessoas físicas que tenham materializado os atos de corrupção em nome da pessoa jurídica, a fim de impulsionar a alavancagem investigativa decorrente da celebração do acordo de leniência.

A partir da identidade principiológica e considerando-se que os termos de colaboração premiada celebrados pelas pessoas físicas em âmbito penal correspondem à narrativa promovida pela pessoa jurídica em sede de responsabilidade administrativa, foi identificada a interseção entre as posturas colaborativas e que a admissibilidade de adesão ao acordo de leniência traria maior coerência ao sistema e atenderia ao princípio da confiança legítima àqueles que cooperam com o Estado.

Como incentivo à colaboração das pessoas físicas no âmbito administrativo, foram estabelecidos requisitos em contrapartida ao não ajuizamento da ação de improbidade administrativa pela União ou, eventualmente, a desistência daquela que estiver em curso.

Vale destacar que tal efeito decorre do preenchimento do requisito formal, ou seja, a narrativa constante da própria pessoa jurídica em que arrola o pretendente como aquele que materializou o ato ilícito ou que possui conhecimentos essenciais para impulsionar a alavancagem investigativa em face de terceiros, tornando-o atrativo para a colaboração com as Instituições.

Também deve ser realizado um juízo de mérito pela Advocacia-Geral da União para a identificação acerca da narrativa da pessoa jurídica no histórico de atos lesivos para a celebração do acordo de leniência, o conteúdo do acordo de colaboração premiada celebrado individualmente em âmbito criminal e o mérito da ação de improbidade administrativa eventualmente em curso ou que possa ser ajuizada.

A partir desta compatibilização material, admite-se a produção de efeitos e a integração do microsistema de combate à corrupção, entre a colaboração realizada pela pessoa jurídica em consonância com aquela proferida pela pessoa física.

Desse modo, identificando-se uma postura colaborativa da pessoa jurídica no acordo de leniência, com a entrega de documentos e informações, a possibilidade de adesão das pessoas físicas que efetivamente conhecem ou praticaram o ato ilícito torna o instrumento mais robusto e o programa de leniência mais eficaz no combate à corrupção.

REFERÊNCIAS

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CANETTI, Rafaela Coutinho; FIDALGO, Carolina Barros. *Lei Anticorrupção e temas de compliance*. Organizadores Jorge Munhós de Souza e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; BONFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056. Disponível em: [https://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/475/637](https://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/475/637). Acesso em: 19 jun. 2020

HAMMOND, Scott D. Measuring the value of second-in cooperation in corporate plea agréments. *Annual American Bar Association Section Of Antitrust Law Spring Meeting*, 54, 2006, Washington D.C., DOJ, 2006, p. 7-8. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/518436/download>. Acesso em: 20 dez. 2019.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). *Revista Controle*, v. XI, n. 2, Dezembro 2013, Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Disponível em: <http://www.tce.ce.gov.br>. Acesso em: 19 jun. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 15, fev. 2014. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorrupcao.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 28, nov./dez./jan. 2012, Salvador: Bahia. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 19 ago. 2020.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Direito Administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro n. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64303/62514>. Acesso em: 19 jun. 2020.

SOUZA, Renee do Ó. *Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.