

Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR

Brasília, de setembro de 2017.

***Assunto:** Estudo sobre inovações da Lei nº 12.846/2013 - a Lei anticorrupção (LAC) -, e seus reflexos no denominado microssistema anticorrupção brasileiro, com destaque para a adoção de instituto negocial e da ótica da consensualidade no âmbito sancionador, consubstanciada na incorporação normativa do acordo de leniência. Análise do instituto, sob aspectos teóricos variados. Avaliação do papel do Ministério Público na celebração de acordos de leniência: legitimidade e alcance de sua atuação. Exame dos efeitos e impactos práticos causados pelo acordo de leniência em sua recente incidência concreta e na interação com as distintas esferas de responsabilização do ordenamento jurídico nacional.*

Índice

Advertência inicial.....	3
1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	3
2. O DISCURSO ANTICORRUPÇÃO E SEUS REFLEXOS NO CONTEXTO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	5
3. A CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO MULTIFACETADO: SOCIAL, ECONÔMICO E JURÍDICO.....	10
3.1. A corrupção e seus efeitos como fenômeno jurídico.....	14
4. A DEFESA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, O COMBATE À CORRUPÇÃO E A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA: A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA... 22	22
5. O PROBLEMA DE EFETIVIDADE NO COMBATE À CORRUPÇÃO A PARTIR DA EMPRESA: A BASE INFORMACIONAL E A ADOÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS DE DETECÇÃO DE INFRAÇÕES.....	31
5.1. O combate à corrupção, a ordem constitucional e os novos paradigmas contemporâneos.....	33
5.2. A base informacional no combate à corrupção.....	39
6. O ACORDO DE LENIÊNCIA NO MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO NACIONAL: CONSENSUALIDADE, NEGOCIAÇÃO E EFICIÊNCIA.....	46
6.1. O acordo de leniência na lei anticorrupção: natureza jurídica, características, pressupostos e requisitos.....	49
6.2. Acordo de leniência como desdobramento do princípio da eficiência no combate à corrupção e à improbidade administrativa.....	58
7. A ATUAÇÃO FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE LENIÊNCIA: LEGITIMAÇÃO QUALIFICADA E PARTICIPAÇÃO NECESSÁRIA. 61	61
7.1. O Ministério Público e o acordo de leniência no âmbito da lei anticorrupção	69
7.2. O Ministério Público e o acordo de leniência na lei de improbidade administrativa: alcance e consequências.....	78
8. O ACORDO DE LENIÊNCIA EM SUA INCIDÊNCIA CONCRETA: ALCANCE, EFEITOS E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS.....	89
8.1. Abrangência e transversalidade do acordo de leniência na esfera anticorrupção.....	91
8.2. Atuação interinstitucional coordenada e cooperativa do estado na celebração de acordo de leniência e obrigatória intervenção do ministério público.....	97
8.3. Acordo de leniência e reparação do dano.....	101
8.4. Pessoa jurídica colaboradora e necessidade de tratamento especialmente protegido.....	107
8.5. Sanção de inidoneidade e restrições patrimoniais em acordos de leniência: juízo de suficiência ou repercussões necessárias.....	112
8.6. Adimplemento das sanções e do ressarcimento do dano, garantias e função social da empresa no acordo de leniência.....	115
8.7. Compartilhamento de informações decorrentes de acordo de leniência.....	118
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125

Advertência inicial

Trata-se de **Estudo Técnico** da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal (MPF), elaborado pelos integrantes de seu Grupo de Trabalho (GT) “Leniência e Colaboração Premiada”, para análise específica do instituto negocial denominado acordo de leniência, inserido no microsistema anticorrupção brasileiro, pela Lei nº 12.846/2013 (LAC).

Não pretende o presente escrito, todavia, exaurir todos os contornos técnicos relevantes do assunto nem se configura, metodológica nem logicamente, como análise estritamente acadêmica. Daí não ter se valido de revisão bibliográfica nem jurisprudencial. Objetiva, antes e especialmente, conciliar os principais pressupostos teóricos que condicionam a matéria com as exigências práticas decorrentes de contextos concretos de aplicação, à luz do marco constitucional e legal vigente e sob a ótica do adequado e eficiente exercício das atribuições estatais na incidência do direito sancionador, observando-se, neste ponto, o desenho constitucional do Estado e, em particular, do Ministério Público Federal, institucionalmente qualificado à defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa e ao combate à corrupção, diante do quadro de deveres e funções a ele atribuído. Para tanto, adota-se abordagem analítica e descritiva do objeto estudado, com o que podem não ser evitadas certas reiterações argumentativas nos desdobramentos do tema, até por conta de reforço heurístico.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Desde 1988, reconstituído como Estado democrático de direito, o Brasil orienta-se à concretização de direitos fundamentais, à promoção da igualdade - com tolerância e respeito às minorias -, e a garantias de liberdade. Politicamente, regula-se pelo pluralismo, pela separação de poderes e pelo exercício controlável e controlado do poder. Através de suas instituições e também como sociedade, o país tem buscado aprimorar programas, políticas e mecanismos de atuação estatal para tornar concretas tais aspirações, nos planos material e formal, e, de modo correlato, para promover a ética e a integridade no setor público, aderindo, inclusive, a compromissos internacionais pertinentes. Nesta linha de preocupações, têm se renovado o apelo à moralidade e à probidade administrativas, o culto da defesa do erário e o

clamor pela punição de corruptos e corruptores, que sempre despertam elevadas expectativas sociais na sua efetiva concretização pelo Estado, de modo que o tema ganha centralidade na agenda da esfera pública, nela inserido o Ministério Público, pelo desafio de tornar concreto tal discurso social e político.

Como decorrência franca deste contexto, a edição da Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013, logo batizada de “Lei Anticorrupção” (e, doravante, neste escrito, LAC), suscita, como todo novo texto legal que traz relevantes inovações, várias dúvidas e algumas reflexões iniciais sobre seu alcance e sentido. E também enseja a necessidade de um exame de suas disposições à luz de certos aspectos da corrupção como fenômeno social e econômico e sob os influxos de outras experiências legislativas similares existentes no ordenamento pátrio, especialmente para, deste esforço exegético, extrair elementos hábeis a propor uma interpretação constitucional e sistemicamente adequada da nova lei, destacando-se suas potencialidades e também eventuais riscos e deficiências que se pode antever em seu manejo, os quais se apresentam, concretamente, ao Ministério Público, especificamente diante dos desdobramentos efetivos dos casos relacionados com a Operação Lavajato, a partir de 2014, e de outras atuações similares em curso.

Assim, após abordagem panorâmica dos reflexos do discurso global anticorrupção no contexto brasileiro atual, passa-se a uma análise da corrupção como fenômeno social e econômico e das relações existentes entre tais termos, sobretudo em relação aos efeitos jurídicos que ensejam. Em seguida, trata-se da inserção da Lei nº 12.846/2013 no denominado microsistema anticorrupção do ordenamento pátrio, com destaque para sua relação com requisitos de eficiência no combate estatal à corrupção efetivada a partir da empresa e das demais práticas lesivas ao erário, e, a partir disto, detido estudo da incorporação, em seu texto, do instituto negocial da leniência na órbita de incidência do direito sancionador. Confere-se, a propósito, especial atenção ao exame do papel que deve ser exercido pelo Ministério Público no tema, buscando-se indicar suas prerrogativas e funções, seus deveres e limites, também a partir de uma reflexão baseada nas experiências hauridas no cotidiano funcional e à luz do desenho institucional do Estado, como definido constitucionalmente. Pretende-se, com isto, oferecer solução racional e sistematicamente construída, a partir do marco normativo vigente, tanto sobre o alcance das atribuições próprias do Ministério Público, em relação à interpretação constitucionalmente adequada e socialmente legitimada, na era da

consensualidade, sobre os necessários mecanismos institucionais e estatais, incluída a recompreensão do alcance do modelo de múltiplas esferas punitivas, para o efetivo, democrático e correto combate à corrupção e também à improbidade administrativa que com ela se comunica. Finalmente, apresentam-se alguns pontos relevantes sobre efeitos e implicações práticas surgidos na incidência concreta de aplicação da LAC e de seu instituto negocial, a desafiar a adoção de exegese construtiva, sistêmica e racional do marco legal e de modelos cooperativos de atuação estatal na matéria.

2. O DISCURSO ANTICORRUPÇÃO E SEUS REFLEXOS NO CONTEXTO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Fenômeno complexo e multifacetado, que desafia múltiplas abordagens e definições incompletas, a democracia, no Ocidente contemporâneo, é herdeira das conquistas liberais e também deve ser compreendida como forma de Estado e de sociedade em que o poder, em cada uma de suas manifestações e esferas, está sujeito a distintos controles. Nesta medida, a democracia pressupõe a institucionalização de procedimentos e mecanismos variados para o monitoramento das diferentes formas de poder social - político, econômico, jurídico, cultural, religioso, midiático -, a fim de que se permita seu exercício legítimo e a participação popular efetiva nas decisões que afetam a coletividade e seu direito a um governo probo.

A corrupção, por outro lado, tributária de um modo paralelo e ilegítimo de exercício do poder e fruto de desvios de conduta diversos que afetam o adequado funcionamento da máquina pública, abala as bases da democracia e da legitimação do Estado democrático de direito e de suas instituições, compromete e mina o desenvolvimento nacional e afeta a confiança nos valores socialmente compartilhados que deve fundar a coesão de uma comunidade. Seus efeitos expandem-se negativamente para além do setor público, podendo ser sentidos no meio social, político e econômico. Para coibir ou reprimir sua prática, além dos instrumentos já previstos no marco regulatório interno, passíveis de aprimoramento e efetiva operacionalização, surgem constantemente novos discursos sobre exigências de melhor controle do poder e de seus exercentes, bem como sobre as reformas necessárias, seja no plano educacional e cultural, seja no plano estrutural – neste caso, como as relativas ao financiamento das campanhas e funcionamento do sistema político e eleitoral do país.

A propósito de tais esforços, pode-se reconhecer no Brasil todo um microsistema específico no ordenamento jurídico, voltado à supervisão e à proteção da Administração Pública, da integridade pública e da moralidade e probidade administrativas. Ainda que possa não ser totalmente eficaz nem eficiente, mas sendo bastante desenvolvido em termos legislativos, o microsistema anticorrupção funda-se em premissas constitucionais, notadamente as relativas à configuração do Estado brasileiro e dos direitos fundamentais que o limitam e as estabelecidas no art. 37 da Constituição Federal de 1988. E também espria-se por distintas esferas de responsabilização e sancionamento¹ - penal, civil em sentido estrito, administrativa, de improbidade administrativa e política -, as quais operam racionalmente, de modo autônomo, mas ao mesmo tempo interdependente, com exceções expressas de necessária interferência recíproca², e que, incidindo sobre o mesmo fato, às vezes comunicando-se até para complementar-se, servem para abarcar as diferentes possibilidades de reparação de danos e um amplo espectro de punição aos agentes públicos e privados que lesarem o Estado, atendendo a distintos fins na proteção do bem jurídico em questão - a saber, a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa e o combate à corrupção -, na expressão democrática da vasta liberdade de conformação do legislador.

Para complementar este sistema e dotar de novos instrumentos e ainda mais amplo alcance a proteção jurídica conferida à Administração Pública e à probidade e moralidade administrativas, na esteira da tradição nacional que se vale da inovação legislativa para tentar induzir mudanças comportamentais, foi editada, há cerca de quatro anos, a chamada Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013, a Lei Anticorrupção (LAC). O novo diploma legal deriva de tratados internacionais multilaterais, endossados pelo Brasil e incorporados ao direito pátrio³,

1 Sobre as distintas esferas autônomas de responsabilização no sistema legal brasileiro, sua compatibilização e a compreensão da responsabilização por ato de improbidade administrativa como esfera própria de responsabilidade, ver, por todos, a obra de Mônica Nicida Garcia, a saber: *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. Confira-se, ainda, didático estudo de Jorge Munhós de Souza, que aborda o ponto, intitulado Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção, in: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhós de (orgs.). *Lei anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 131-178.

2 A esfera criminal, por ser mais gravosa, é a que ostenta repercussão necessária sobre as demais, quando, nela, a absolvição der-se pela inexistência do fato criminoso (ausência de materialidade delitiva) ou por estar configurada circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (negativa de autoria), tal como previsto nos incisos I e V do art. 386, do Código de Processo Penal. Em outras hipóteses, como falta de provas ou não ser crime o fato imputado, a responsabilização nas demais esferas subsiste e pode ocorrer, já que não há vinculação entre elas, mas independência (e, quando muito, interdependência eventual). **Assim, em geral, o resultado obtido em cada esfera independe das demais e a execução material das penas similares, equivalentes ou, quando ocaso, a título de harmonização e prevenção do indevido bis in idem, é que se faz apenas uma vez** (por exemplo, se houver a demissão de servidor, a bem do serviço público, em âmbito administrativo, inócua será a execução da perda da função pública nas esferas penal ou civil. Mas, a aplicação de tal sanção nestas searas é possível e, por vezes, necessária, para que se garanta até o final dos procedimentos e possíveis discussões judiciais, a punição efetiva) (grifou-se).

3 São os seguintes: Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico –

a partir do início dos anos 2000. Decorre também de iniciativas institucionais de diferentes entes e órgãos estatais, que visaram aprimorar o sistema interno de integridade e dar respostas a crescentes exigências externas relacionadas à repressão ao “suborno de funcionário estrangeiro” e de agentes privados que praticam ou se beneficiam de atos de corrupção, bem como à proteção de Estados estrangeiros, com a criação de mecanismos de prevenção, monitoramento e controle, inclusive para a garantia de melhores condições de competitividade econômica no mundo globalizado e para punição de condutas atentatórias à probidade administrativa, envolvendo agentes públicos, grandes corporações e conglomerados econômicos.

Para dar maior efetividade a tais compromissos internacionais, no plano da responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas, exemplar é o novo texto legal, muito embora nele não se esgotem os mecanismos internos de responsabilização de atos de corrupção e atentatórios à moralidade pública e ao erário. É que, como dito, este diploma insere-se no microsistema jurídico dedicado à defesa da integridade pública, da moralidade e da probidade administrativas - ou, como também denominado, no microsistema anticorrupção brasileiro⁴-, do qual se destacam, dentre outras, disposições do Código Penal, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA, Lei nº 8.429/1992), a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e mesmo a legislação de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)⁵.

Nesta medida, impende salientar que a LAC não deve ser compreendida nem aplicada “no vazio”, mas, antes, de modo sistemático, segundo interpretações constitucionalmente adequadas, e, quando necessário e cabível, em combinação com outras

OCDE, Decreto nº 3.678/2000; Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), Decreto nº 4.410/2002; Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, Decreto nº 5.015/2004; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, denominada de Convenção de Mérida, Decreto nº 5.687/2006.

4 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção*. In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhós de (Orgs). *Ibid*. Salvador: Juspodivm, 2015. pp. 283-287.

5 Devem ser considerados integrantes do microsistema de defesa da integridade, moralidade e probidade administrativas, ou microsistema anticorrupção, os seguintes textos legais: Código Penal Brasileiro (DL 2.848/40), Lei do Impeachment (Lei nº 1.079/50), Lei da ação popular (Lei nº 4.717/65), Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), Decreto-Lei nº 201/67 (que estabelece crimes de prefeitos), Regime jurídico dos servidores públicos federais (Lei nº 8.112/90), Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90), Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) – e seus antecedentes históricos, Lei nº 3.164/57 (Lei Pitombo Godói-Ilha) e Lei nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto) -, Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92), Lei nº 8.730/93 (que obriga apresentação e atualização da declaração de bens na posse em cargos públicos), Lei Geral das Eleições (Lei nº 9.504/97), Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), Lei da Compra de Votos (Lei nº 9.840/99), Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), Lei de Conflito de Interesses na Administração Pública Federal (Lei nº 12.813/2013), Lei do Regime Diferenciado de Contratações - RDC (Lei nº 12.462/2011) e Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99).

leis⁶. Não obstante, é preciso atentar também para o fato de que a Lei nº 12.846/2013 reforça o modelo de combate à corrupção no país, ao dispor “*sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências*”. E, no artigo 2º, ao prever que 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*”.

Extraí-se daí, claramente, que a nova lei não trata de matéria penal e, portanto, não está criada a responsabilidade penal da pessoa jurídica por atos lesivos à Administração Pública, até porque, sobre isto, ainda tramita no Congresso Nacional projeto de lei específico (o PLS nº 236/2012). Por outro lado, esta responsabilidade autônoma da pessoa jurídica, balizada por premissas distintas, não afeta a responsabilidade individual de qualquer pessoa natural a que se atribua o mesmo ato ilícito, a qual responde, como não poderia deixar de ser, na medida de sua culpabilidade (LAC, art. 3º).

Releva notar também que, no âmbito civil, a responsabilização de pessoas jurídicas, por atos de corrupção e atentatórios à Administração Pública, já encontra guarida no país, na própria Lei de Improbidade Administrativa (doravante, LIA), que, em seu artigo 3º, prevê sua sanção, desde que na condição de partícipes ou beneficiárias das condutas atribuídas a agente público, devendo, segundo jurisprudência dominante, ser acionadas em litisconsórcio passivo necessário com as pessoas naturais imputadas. Pela nova lei, porém, mesmo quando não se identifique participação direta ou indireta de agente público, as empresas podem ser responsabilizadas civilmente. É que, ao surgir como inovação no ordenamento, a LAC concentrou-se nas pessoas jurídicas e nas formas de responsabilização da esfera administrativa *tout court*. Neste contexto, para além das pessoas jurídicas envolvidas em desvios, irregularidades, conluíus, cartéis e outros crimes contra a Administração Pública, quando implicadas também pessoas físicas - de cujas condutas ilícitas, vale dizer, tratam outros dispositivos legais, de alcance penal e civil, especialmente -, a LAC visou à figura da

6 A propósito, a LAC, em seu artigo 30, expressamente ressalva: “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 n. 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”. **E, por isto mesmo, é necessário, na sua aplicação prática, tomar em consideração todos os reflexos das condutas sancionadas e dos instrumentos de investigação, punição e sanção disponíveis, de modo a deles extrair os melhores e mais vastos efeitos, tanto no que diz com a responsabilização de pessoas jurídicas quanto de pessoas físicas envolvidas em práticas lesivas ao erário, harmonizando os dispositivos que se interrelacionam, na maior medida possível (grifou-se).**

empresa corruptora e pretendeu ampliar a capacidade de controle dos órgãos internos dos entes políticos, nos três níveis federativos, além de regular o ambiente de negócios, na tentativa de assegurar o melhor funcionamento do livre mercado e da concorrência, no seio de um ambiente negocial global marcado por mais *fair game*. Daí o novo texto legal, além de apresentar previsões sobre programas de *compliance* e a exigência de demonstração de compromisso, engajamento e boa vontade das empresas com ética e programas de integridade, ter adotado a imputação de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, independentemente da apuração de dolo ou culpa, pelos atos lesivos praticados em seu favor, e, ainda, ter estabelecido a possibilidade de acordo de leniência e formas de sanção afetas à existência material e à sobrevivência da sociedade empresarial. Este viés não deve ser olvidado no exame nem na aplicação concreta do referido diploma, que, por isto mesmo, tem sido apelidado de “lei da improbidade empresarial” ou “lei da empresa limpa”, em alusão às leis correlatas que se aplicam precipuamente a pessoas físicas.

O modelo escolhido para a LAC, contudo, não surgiu aleatoriamente, pois a responsabilização das empresas alinha-se à tendência internacional que reconhece ser a corrupção, em grande medida, fenômeno que passa por organizações, mais do que decorre de iniciativas individuais isoladas. Como tal, envolve práticas reiteradas e complexas redes em que interagem diversos atores sociais, públicos e privados, com alto grau de institucionalização, funcionando, assim, como uma “regra do jogo” em dada sociedade. Dentre as mazelas que causa ou potencializa, com o desperdício e o desvio de recursos para saúde, educação, saneamento e segurança, por exemplo, a corrupção impede o desenvolvimento econômico, inibe iniciativas, desiguala competidores, subverte incentivos, contamina processos eleitorais, interfere no funcionamento adequado das estruturas públicas e estatais, e, para ser reproduzir-se ou ser ocultada e mantida, promove outros crimes. Por isto, afeta a confiança nas instituições, na democracia e no próprio Estado de Direito e deve ser eficazmente controlada e legalmente combatida, em todos os foros em que praticada, o que, em um mundo global, passa a mover países interessados em trocas mais equilibradas e livres, além de desenvolvimento social e econômico.

Neste contexto é que se tem afirmado que a LAC visa a inaugurar novo ciclo de relacionamento entre os setores público e privado no país, no qual todas as partes estejam comprometidas com a realização de seus interesses em um ambiente de ética e respeito às leis,

através da adesão a uma nova cultura de integridade, especialmente nas relações dos agentes do mercado com o Estado. Trata-se, portanto, com a novel legislação, de serem empreendidos esforços para envolver a iniciativa privada – pessoas físicas e jurídicas -, neste complexo sistema de fiscalizações e contrapesos, sobretudo quando ela se vale do setor público para operar e obter lucros.

Neste mesmo sentido, convém lembrar que a democracia também se define e se constitui como uma forma de sociedade em que vigoram controles recíprocos e sobrepostos em relação aos que exercem e detêm poder em todas as suas formas e manifestações, notadamente nos âmbitos social, político e econômico. Esta constatação apenas reforça ainda mais a importância do discurso anticorrupção da atualidade, já que, ao ensejar graves alterações nos adequados fundamentos do vínculo político dos regimes democráticos, com suas manifestações sociais e econômicas, a corrupção adquire relevo e centralidade nas preocupações jurídicas relacionadas a sua compreensão e apreensão como fenômeno multifacetado e ao estabelecimento correto das condições de possibilidade para seu enfrentamento e controle, à luz do marco legal vigente, como se trata, a seguir.

3. A CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO MULTIFACETADO: SOCIAL, ECONÔMICO E JURÍDICO

Corrupção, no léxico⁷, significa decomposição, depravação, putrefação, e, ainda, suborno ou peita. Diz com a perda das condições originais, ideais ou hígidas de dado elemento, o que vale também quando se refere à vida coletiva. Neste sentido, porém, implica desvios mais profundos na observância das regras, por determinadas pessoas ou setores, o que enseja consequências mais graves, com altos custos sociais e esfacelamento dos vínculos legítimos de coesão e convivência democrática.

Fenômeno tão antigo quanto a história humana, é quase truísmo dizer que a corrupção tem causas variadas – antropológicas, culturais, institucionais -, e gera efeitos deletérios para a vida social. No que diz com a esfera estatal, indica uso ou omissão do poder legalmente outorgado ao agente público, em busca de vantagem indevida para si ou para

⁷ “Do lat. *corruptione*. Substantivo feminino. 1. Ato ou efeito de corromper; decomposição, putrefação. 2. Fig. Devassidão, depravação, perversão. 3. Fig. Suborno, peita. (Var.: corrução; sin. ger.: corrompimento.)” É o que se lê do verbete constante em FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

terceiros, com desprezo aos legítimos fins da norma, desvio de poder e enriquecimento ilícito⁸. Normalmente, quando ocorre no setor público está vinculada a interesses privados, visa à interferência no regular funcionamento do Estado e manifesta-se como uma relação entre corruptor e corrupto, com o objetivo de minimizar custos e maximizar oportunidades – o que, por óbvio, pode dar-se também na corrupção em relações essencialmente privadas, de que ora não se cuida. Trata-se, portanto, de um meio de degradação do interesse público em prol do fim ou benefício privado. Caracteriza-se, tradicionalmente, pela conduta ilícita do agente público, que atua em prol do particular, através de troca bilateral, que, a um só tempo, gera vantagem indevida para si próprio e um benefício para o corruptor.

A esta figura típica da corrupção bilateral, envolvendo corruptor e corrompido, com a consolidação do modelo estatal cada vez mais intervencionista e regulador, ao longo do século XX, no Ocidente, agregam-se formas de corrupção massivas, exercidas por meio de grupos de pressão, pessoas morais ou redes complexas, que trazem sofisticação e mais danosidade ao fenômeno.

Em regra, a corrupção é deflagrada por grupos de pressão que agem perante os integrantes do poder público para obter a realização de seus interesses e benefícios. Sob a ótica empresarial, é um instrumento para manter a própria competitividade entre os que atuam em um meio reconhecidamente corrompido. Para não serem excluídos da competição, os corruptos não se abstêm das práticas ilícitas porque desconhecem o comportamento que será adotado por seus pares e o círculo vicioso é, assim, perpetuado e “justificado”.

Historicamente, em paralelo à formação do Estado burocrático intervencionista, que não apenas regula, mas fomenta o funcionamento de setores e intervém de modo relevante no domínio econômico, as iniciativas na ordem privada concentram-se em grupos empresariais sob diversas formas jurídicas, com sistemas de incentivos e capacidade de diferentes níveis, tendo, em comum, a organização da atividade econômica, de modo bastante complexo, para além do indivíduo. E, a partir deste duplo movimento - de crescimento da intervenção estatal e de crescente organização econômica privada -, a relação do Estado com as empresas passa a ocorrer, cada vez mais, de maneira profissional, regular e consistente, o que recoloca o problema da corrupção em quadro mais sensível do que o geralmente

⁸ Sobre o tema da corrupção, para abordagem didática, ver, por todos, o breve apanhado geral e histórico de Emerson Garcia. Cf. GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 51 e ss.

reconhecido pelo Direito.

Neste contexto, embora ainda seja possível constatar, às vezes, atos corruptos isolados e de alcance mais limitado, em que pode até haver abuso ou desvio de poder ou de representação, por parte de quem age, deturpadamente, em nome da firma, a corrupção praticada “a partir da empresa” ou no seu interesse, deixa de ser um ato discreto e assume a própria lógica empresarial.

Como organização, a empresa é um modelo racional instrumentalizado para resultados econômicos que se desenvolve a partir de práticas e modelos de atuação. Em uma atividade econômica, os atos de gestão não são isolados ou reativos, pois constituem, em regra, modos ou modelos que se repetem a partir de uma racionalidade que antecipa situações e instrumentaliza. Esta racionalização da corrupção pela empresa corre o risco de, uma vez reconhecido o seu sucesso, ser normalizada, adotando-se, a prática indevida ou corrupta, como vantagem competitiva ou modelo de negócios.

Figure-se, por exemplo, uma empresa que consegue, indevidamente, um processo mais acelerado de liberação de mercadoria, em um setor regulado e que dependa de autorização para comercialização: ela pode se antecipar a outra concorrente na entrada de seu produto no mercado, obtendo, pois, uma vantagem competitiva. De outro lado, uma empresa pode, em geral pela repartição de lucros com o gestor da coisa pública, obter contratos em condições fora dos parâmetros econômicos normais de preço, qualidade ou utilidade. Na contratação com o poder público, a corrupção pode ir além de uma vantagem competitiva e desaguar diretamente em um bônus financeiro. Ou seja, em uma regulação, por exemplo, a corrupção tende a levar a uma vantagem diferida, e, assim, a empresa precisa de um ato ou omissão do poder público, para obter um lucro no mercado. Na contratação com o poder público ou em relação à administração sancionadora, a vantagem econômica é direta, dada por um pagamento pelo próprio poder público ou pelo não pagamento de algo devido pela empresa aos cofres públicos.

Tal descrição não serve aqui, propriamente, como tipologia dos atos lesivos, mas indica que existem racionalidades diversas para a prática, por empresas, de atos que tendam a influir sobre o poder público em seu interesse, devendo ser compreendida esta influência como um desvio do que deveria fazer ou não fazer a Administração.

De outra parte, em um Estado burocrático, existe também o modelo inverso, em que a racionalidade para o ato lesivo parte do próprio poder público e busca, para o agente público ou a partir dele, um favorecimento ou utilidade destinado pela empresa.

Importante, neste passo, reconhecer que a corrupção, em um sentido amplo - e não naquele estrito do tipo penal -, envolve, em geral, a ação coordenada, acordada ou consciente de ao menos um ponto dentro da empresa e ao menos um outro ponto correspondente dentro da estrutura pública. A nova lei anticorrupção brasileira, entretanto, que sanciona atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, abrange mais do que os atos tipicamente identificados com sua denominação popular e corrente, ao prever a responsabilidade da empresa por práticas lesivas em que, a rigor, o poder público é fraudado ou sofre impedimentos em sua atuação regular, sem que se necessite da participação ou consentimento de algum agente público.

Não obstante, o fenômeno da influência do poder privado sobre o setor público utiliza-se, em regra, de um ponto correspondente na estrutura interna da Administração. Com efeito, tanto a empresa quanto o Estado, como estruturas marcadas por repetição de atos, tendem a normalizar um tipo de relação a exigir que público e privado acertem-se sobre o resultado e o modelo desta interação. E, em países, como o Brasil, por outro lado, em que a corrupção é endêmica e até mesmo sistêmica, as empresas acabam por monitorar todo o longo caminho de atos dentro do procedimento burocrático no interesse de sua captura – isto, como dito, para os casos em que a oferta não parte do próprio Estado. Ademais, o embaralhamento entre público e privado, já no processo eleitoral, permite que situações existam em que haja mais do que acordo entre empresas e burocracias, vindo a ocorrer a própria confusão de papéis, cujo didático exemplo é o da nomeação de pessoas para um ente regulador a partir de indicação ou consentimento interessado do regulado. Por fim, há que se observar um fenômeno maior: quando o lucro privado ou a vantagem competitiva tornam-se, cada vez mais, decorrentes de benesses indevidas concedidas pela Administração, mais se mobilizam as pessoas e os esforços para controlar, capturar ou influenciar egoística e interessadamente a estrutura pública.

Portanto, dado seu caráter abrangente e subreptício, a corrupção, repetida e muitas vezes tolerada, senão aceita, instala-se no meio social, passando por um processo de institucionalização e podendo subsistir em diferentes foros relacionais, afetando

decisivamente o funcionamento estatal, a aplicação da lei, a concretização dos direitos e os próprios vínculos de coesão de uma sociedade. Além disto, não reconhece fronteiras e, com o crescimento da globalização de pessoas, transportes, capitais e comunicações, ganha escala e expande-se, o que, por outro lado, leva à reação de países e blocos comerciais, com adoção de ações integradas e mecanismos de cooperação entre Estados, que têm transformado seu controle e repressão em constante e séria preocupação da comunidade internacional. Daí, a partir de sua existência social e de sua importância econômica, torna-se juridicamente relevante, sob distintas óticas de responsabilização pelo Direito.

3.1. A corrupção e seus efeitos como fenômeno jurídico

A corrupção é objeto de preocupações da ordem global, por ser um fenômeno comum e disseminado em larga escala, que afeta as relações e interações em todo mundo. Também por isto tem sido tratada em diversos instrumentos internacionais, especialmente em relação às condutas que abrangem pagamentos ilegais feitos a agentes públicos, sobretudo quando ocorridos em países estrangeiros.

Para a definição usual de corrupção, como já referido, há um ponto de partida amplo: aquele do abuso do posto no poder público para o ganho pessoal. A corrupção, como espécie de improbidade, é, em si, contudo, algo bem mais estrito, que se dá com a colusão, ou seja, o uso ilegítimo de sua função pelo agente público, no interesse de um ente privado que o beneficia. Há uma interação bilateral espúria, configurada pela indevida e irregular troca de benefícios.

Juridicamente, no entanto, ao criminalizar, no país, a corrupção ativa, por exemplo, o Código Penal adota tipo bem restrito (“ *Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício*”), que, em consideração com a teoria do delito, prende-se a uma ação humana. Constrói-se, assim, em termos jurídicos, para presentificar a vantagem indevida e o ato de ofício, que denotam, na tipificação legal, os elementos de reciprocidade. Do lado do agente público, a corrupção distorce a tomada de decisão pública, como parte de uma relação que o enriquece ou satisfaz para ele uma utilidade, fora de seu sistema remuneratório e do estatuto da função pública. A redação do tipo penal trabalha, pois, com um conceito “*quid pro quo*” de

corrupção ("*isto por aquilo*"), ou, de uma coisa pela outra, em direta vinculação. E, por isto, ao lado da corrupção ativa, existe a tipificação penal da corrupção passiva ("*Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem*").

A nova Lei anticorrupção brasileira, por sua vez, não adota idêntica concepção nem remete ao conceito de corrupção da lei penal. Ataca todos os comportamentos que possam influir, corromper ou exercer controle indevido na Administração Pública para beneficiar as pessoas jurídicas em prol de quem são praticados ou favorecer terceiros. E define os atos que toma por lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, dividindo-os em três tipos principais, apontados no *caput* de seu artigo 5º, a saber: atos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro; atos que atentem contra princípios da administração pública; atos que atentem contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Em seguida, arrola, ao longo de cinco incisos, diversas condutas que os tipificam - as quais também configuram crimes -, englobando desde os atos tendentes à obtenção de vantagens indevidas com lesão à Administração Pública e as negociações correlatas, inclusive no plano das licitações, até a obstrução da fiscalização ou investigação de tais condutas. Vale-se, para tanto, de recursos semânticos tão abertos quanto descritivos, ao modo de outros diplomas sancionadores.

A rigor, embora venha sendo conhecida como nova lei anticorrupção, em seu texto, sequer se usa o termo "corrupção", tendo sido adotado, outrossim, o conceito de atos

9 "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:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

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."

lesivos ou atos contra a Administração Pública, em tipologia bastante aberta, vazada ao modo de diplomas similares, como a LIA, típicos do direito administrativo sancionador. Não obstante, o nome "corrupção" é o sentido da lei, principalmente, em razão do uso da palavra em instrumentos internacionais que a justificam e fundamentam.

Na compreensão internacional, aliás, a ideia de corrupção é mais ampla do que a da lei brasileira, a qual poderia ser reconhecida, mais estritamente, como relativa apenas a típicos casos de “propina”, numa concepção mais abrangente do fenômeno.

Na corrupção, deve-se frisar, o Estado deixa de existir como deveria. O corrompido anula sua competência pública, retira a lei de onde deveria incidir, privilegia alguém ou algum centro de interesses dentro do conjunto da vida social, gera um sistema de ganhos ilícitos e, não raro, subverte o fluxo de verbas públicas e de retornos privados dentro da economia.

A ideia de reciprocidade fundamenta a nova lei anticorrupção. É que, se, de um lado, há a conduta indevida do funcionário público - na linguagem do art. 327 do Código Penal -, que recebe ou quer receber uma utilidade ilegal, e, se, assim, há uma burocracia que passa a existir em paralelo à lei e ao público, de outro lado, há uma parte externa à Administração que se move para abrir rachaduras ilícitas na estrutura pública ou fluir pelas que já existem. Afinal, naquele ponto em que há um crime em receber, há um crime em dar: eles são recíprocos¹⁰.

Também se costuma dizer que, além do corruptor e do corrompido, existe um substrato para a corrupção. Alude-se, vez ou outra, à expressão "culturas de corrupção", não raro para se distinguir entre a percepção e a prática do ilícito, dentre diversos países. Em uma observação da corrupção como fenômeno, especialmente nos Estados em que é tradicionalmente comum - desde as cleptocracias até os chamados "Estados que falharam" (*failed states*) -, o uso do cargo público insere-se, em distintas ocasiões, em formas mais alongadas de troca. A corrupção deixa de ser o resultado de um ato isolado, discreto ou demarcado e passa a traduzir-se na formação de redes de corrupção e no financiamento ou promoção destes vínculos espúrios. Os pagamentos, por exemplo, podem ser diferidos. A necessidade de omitir ou retardar o ato de ofício pode decorrer, não do pagamento imediato, mas do fato de existir um ente privado com poder sobre a própria estrutura pública e com

10“*Wherever it is a crime to take, it is a crime to give: they are reciprocal*”, como ensinava Lord Mansfield.

capacidade para, através do próprio processo político, remover funcionários ou retirá-los do centro de poder dentro do órgão.

A corrupção, por outro lado, é das principais fontes de desigualdades ao duplicar o sistema legal - um para *insiders*, outro para *outsiders*. Ela não opera apenas em detrimento da Administração Pública, mas distorce o ambiente das relações privadas, atribuindo vantagens e poderes fora do ordenamento jurídico.

Outro problema com a corrupção é sua institucionalização no meio social e econômico. Apesar de ilícita, a prática corrupta depende, comumente, de uma relação de confiança entre as partes pública e privada. Especialmente quando existam uma empresa e um interesse empresarial, a vantagem para o corruptor é, não raro, diferida. Ademais, ao envolver organizações, o ato de corrupção tende a se repetir e se normalizar (natureza relacional da corrupção). Além disto, precisamente por se tratar de um ilícito, as partes precisam ter segurança mútua -, inclusive porque o problema legal futuro de uma delas pode comprometer a outra. Ou seja, as empresas tendem a querer que a corrupção não seja apenas imediatamente benéfica. Ela precisa ser segura, constante e previsível. Nada melhor, para a estabilidade da corrupção, que ela seja endêmica em uma pessoa pública confiável no interesse do ilícito e de previsível impunidade. Como confiança é algo que se ganha e se consolida com o tempo, a corrupção tende a ser uma prática estabelecida, ou seja, “profissionalizada” ou normalizada.

O efeito da corrupção sobre os Estados e as sociedades passa também a ser uma questão de ordem internacional. A instabilidade e insegurança em países com altos índices de corrupção ameaçam direitos diversos, inclusive direitos fundamentais. Estados corruptos podem assumir papel de base para organizações criminosas ou prática de delitos com repercussão internacional. A corrupção endêmica impede a transferência de rendas por programas de órgãos internacionais de fomento e financiamento. A persistente relação entre corrupção e pobreza transforma seu combate em uma das armas para o desenvolvimento de nações pobres e para a redução da desigualdade. Há, ademais, o problema da internacionalização da corrupção, com a prática de atos lesivos por empresas multinacionais em países distintos daquele de sua sede. Crimes transnacionais valem-se de práticas corruptas e o comércio internacional encontra nelas uma barreira para seu avanço. A própria globalização de discursos, das comunicações e dos dados, que condiciona a mídia em escala global e influencia soluções domésticas em setores diversos, inclusive de ordem legal, ao

disseminar valores culturais e forjar uma espécie de opinião pública internacional, adota-a como tema relevante, logrando fomentar a circulação de ideias recorrentes sobre economia mundial, credibilidade de certos mercados e até sobre os índices de percepção da corrupção dos países.

Quando a corrupção econômica se torna instrumento de competição externa entre os Estados, surge o risco de a ordem internacional passar a fluir por caminhos estranhos ao sustentado por organismos multilaterais, o que requer ambientes mais homogêneos e seguros, em termos de combate a desvios de tal espécie, que afetam a livre concorrência e os interesses comerciais dos países. Tal prática ilícita, porém, tem tido resposta no país de origem da multinacional, sendo historicamente relevante, até pelas repercussões externas gerais, a aprovação, pelo Congresso norte-americano, do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), editado em 1977, que sanciona exclusivamente atos de corrupção praticados no exterior, deixando a outros diplomas o trato de tais crimes, quando cometidos nos Estados Unidos¹¹. Tal legislação exerce intensa influência sobre quase todas as democracias capitalistas, principalmente no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), comprometidas a estabelecer marcos legais similares.

Os países americanos, por seu turno, na Convenção específica que adotam em 1996, conferem, na conceituação primária do tema, tratamento semelhante ao do Código Penal brasileiro para corrupção ativa e passiva ("*a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas; b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas*"). E, além do conceito básico, dispõe sobre suborno transnacional, enriquecimento ilícito e inclui ainda outras condutas que deixa ao desenvolvimento progressivo dos países signatários (aproveitamento de informação, de bens, etc).

11 CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação anticorrupção no mundo: Análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Ibid.*, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 41.

Percebe-se, também, aqui, que, embora a palavra corrupção tenha, de imediato, um definição que aparece na lei penal, ela é utilizada nos instrumentos internacionais, assim como na prática de outros países, com um sentido mais amplo.

De modo geral, a corrupção produz diversos e indesejados efeitos no âmbito institucional e político de um país, refletindo-se inadequadamente em sua economia, sua organização social, no funcionamento de suas instituições jurídicas e de seus serviços públicos, causando sérios prejuízos ao próprio vínculo social, à concretização dos direitos de cidadania e à legitimidade e eficiência do Estado.

Assim, do ponto de vista do desempenho produtivo de um país, a corrupção impede o desenvolvimento econômico, ao que se associa o problema da qualidade do governo. Nesta linha, não se pode negar ser a corrupção uma das grandes causas de maus governos. Em sociedades em que o governo não funciona por estar corrompido, há uma redução no investimento, tanto público quanto privado. Se o lucro passa a ser dado pela capacidade de influenciar o poder público, não importando a competência para gerar utilidades para o consumidor, os esforços econômicos a tanto serão destinados. Sociedades de corrupção endêmica podem ser associadas a discricionariedade excessiva, seletividade na aplicação da lei ou instabilidade na proteção de direitos. No caso de prestações públicas, o administrador passa a direcionar o gerenciamento da coisa pública menos para a utilidade prevista por lei e mais para seu interesse em vantagens indevidas. No Estado Social, a corrupção impede a arrecadação de verbas pelo poder público ou o seu gasto socialmente útil, o que reforça cenários de pobreza e desigualdade e obsta o desenvolvimento.

A corrupção também restringe as iniciativas econômicas, pois, quanto maior é, mais define quem são os ganhadores e os perdedores dentro de uma sociedade. Ao desequilibrar os empreendimentos econômicos pela capacidade que uns e outros têm de influenciar o governo a seu favor, serve de parâmetro de concorrência, substituindo a qualidade de bens e serviços ou seu preço. As iniciativas são, assim, afuniladas pelos nós de corrupção e a relação com a burocracia passa a ser uma barreira para a entrada de novas empresas em qualquer mercado. Além da perda da capacidade de competir em um ambiente corrupto, uma empresa não interessada em corrupção tem que enfrentar a própria estrutura de poder que não quer a viabilidade de atividades econômicas independentes da chancela da burocracia. Se a corrupção depende da utilidade da propina para o corruptor, empresas que

funcionam independentemente de qualquer pagamento estão se comportando contra a lógica do governo em uma sociedade em que a corrupção seja endêmica. Se a empresa não consegue autorizações ou contratos diversos sem lançar mão de práticas corruptas ou se é objeto de sanção administrativa caso não pague propina ("ou você me paga ou eu te multo"), ela não consegue funcionar licitamente, o que abate a competitividade e debilita os valores da livre iniciativa e da livre concorrência.

Aos efeitos negativos sobre economia e empreendedorismo, ligam-se outros que põem em risco a própria coesão social e sua legitimidade. É que, além de perder a conduta legítima do poder público em um caso concreto e com tendência a se perder a própria utilidade da Administração em casos crônicos, a corrupção corrente tende a anular o esforço lícito e honesto como suficiente para o bem-estar em uma sociedade dada. Assim, se, por exemplo, para se obter um alvará em determinada repartição, seja para a liberação de uma obra, seja para a liberação de uma mercadoria no porto, é necessário pagar algo a alguém dentro do serviço público, as pessoas incorporam a ideia segundo a qual o pagamento de propina é o modo regular de proceder para a obtenção de alguma destas utilidades. Dito de modo mais claro: quando existe a percepção social de que as pessoas enriquecem apenas se se propuserem a agir de modo corrupto, a sociedade tende a, culturalmente, passar a reconhecer a corrupção como via econômica não apenas legítima, como mais eficaz.

Tal cenário afeta a ideia mais profunda de vínculo social nas democracias contemporâneas e a própria noção de Estado de Direito, que a sustenta em relação ao exercício limitado do governo e à legítima e necessária atuação do poder público.

De fato, as leis apenas atingem sua finalidade precípua, se e quando observadas. Mesmo o espontâneo cumprimento da lei perde se ela não é realmente efetivada. A corrupção tem o efeito de induzir a inefetividade da lei no interesse do corruptor e a impressão de não serem as leis determinantes sobre o comportamento das pessoas em uma sociedade, sobretudo quando aquele que descumpre ordem legal nada sofre por tal infringência. O dinheiro, em tal cenário, passa a ser critério de dominação e determinação de comportamentos, substituindo o critério de justiça. Por outro lado, se o Estado é o monopólio da força e, de uma forma ou de outra, a incorporação da vontade geral, a corrupção dá domínio a elemento estranho à lógica do poder público sobre ele próprio. Se a pessoa consegue comprar a própria irresponsabilidade, ela atuará irresponsavelmente e induzirá outros a buscar, de igual maneira,

o benefício da intangibilidade no ilícito.

E, desta maneira, resta claro que, na corrupção, o efeito sobre o poder público ostenta alcance mais radical, abatendo-o em sua essência e significado, pois, quando este é estritamente alcançado por um ato corrupto, existe, de certa forma, um limite ao prejuízo sofrido e uma distinção mais simples entre este e a vítima: o resultado prejudicial é a própria mudança que nele se opera, isto é, o modo como o poder público passa a funcionar, contrariamente a sua finalidade.

Percebe-se, daí, que a corrupção alimenta a cultura de desconfiança no seio social, ao induzir a descrença nas instituições. Seus efeitos são sistêmicos e agregados e, se atingem um grau em que a prática corrupta se normaliza ou se institucionaliza, ela passa a ser entendida como regra do jogo. As pessoas deixam de acreditar nas instituições e nos resultados a que elas se destinam e gera-se a divisão entre os grupos com acesso ou motivação para a corrupção e aquelas pessoas sem tais facilidades. O sistema de motivações individuais e sociais altera-se e o próprio serviço público se transforma. Deste modo, onde a corrupção é enraizada, aceita ou não combatida, os agentes públicos se organizam para se beneficiar consistentemente a partir da conduta corrupta e corrompida, que chega ao ponto de se tornar o móvel que atrai as pessoas para a vida pública. Redes de funcionários mal intencionados se formam e o aparelhamento do serviço público é consequência natural. A corrupção torna-se rotina, impessoaliza-se, convertendo-se em um padrão de funcionamento que, mais ou menos, independe de quem ocupa o espaço público. Assume, pois, traços de fungibilidade e impessoalidade. Nesta medida, se uma função do poder público é a previsibilidade das consequências, a corrupção gera um elemento de desconfiança e incerteza. E, assim, se alguma consequência legalmente prevista para uma situação pode ser afastada, na prática, pela propina, o meio social nunca pode ter certeza sobre o que vai, institucionalmente, acontecer. Daí, a corrupção, de forma sistemática, corriqueira ou normalizada, fundamenta, para o poder público, a perda e reversão de sua utilidade, já que ele deixa de funcionar no sentido de sua utilidade e de assegurar os direitos fundamentais a que visa concretizar.

Portanto, pode-se afirmar que, em uma perspectiva socialmente mais ampla, a corrupção fundamenta problemas estruturais de igualdade, motivação e confiança. Em uma perspectiva institucional, associa-se à perda da legitimidade do Estado e do Direito, minando o próprio vínculo que justifica a existência da ordem social.

É importante observar, ainda, que a corrupção não ocorre isoladamente como prática ilícita, mas se relaciona com crimes diversos. Ela própria, para existir e ocultar-se, muitas vezes, exige, por exemplo, a lavagem do dinheiro e suas sofisticadas manobras. Ou se combina com outros delitos contra a Administração Pública, praticados em seu interesse e que frequentemente a acompanham. Pode servir, também, direta e comumente, a crimes praticados por particulares¹².

Diante deste cenário negativo legado pela corrupção, um dos grandes problemas com o combate institucional à sua ocorrência, para além das dificuldades gerais de repressão a ilícitos, encontra-se nos efeitos que gera sobre o próprio sistema de aplicação das leis, o que é especialmente agravado nos casos da chamada grande corrupção, entendida juridicamente como a que envolve altos funcionários e agentes políticos, de um lado, e conglomerados, organizações e grandes empresas, de outro. Forma-se, neste caso, uma rede de invisibilidade e distanciamento das relações, que dificulta sobremaneira o acompanhamento externo das interações e das trocas entre corruptos e corruptores, o que desafia a adoção de meios e mecanismos novos no campo da detecção e da repressão de tais práticas, inclusive no Brasil, os quais têm enfatizado a pessoa jurídica corruptora, como a seguir se aborda.

4. A DEFESA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, O COMBATE À CORRUPÇÃO E A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA: A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

As pessoas jurídicas são sujeitos de obrigações e direitos, cuja titularidade pode decorrer de atos voluntários ou não. A responsabilidade civil da pessoa jurídica é, no Direito Privado, exemplo de obrigação que surge não de um negócio jurídico, mas de um ato ilícito. A relação de uma pessoa jurídica com o Estado permite a imposição de obrigações sobre ela por ato unilateral do poder público (autoexecutoriedade) ou a relação negocial entre ambos.

Diversos ramos do Direito em que há a intervenção da Administração Pública geram obrigações para a pessoa jurídica - por atos lícitos ou ilícitos. O Direito Ambiental, Direito do Consumidor, o Direito do Trabalho, dentre outros, por exemplo, permitem a sanção administrativa imposta por órgãos públicos sobre a empresa.

¹²O tráfico de drogas, por exemplo, se interessa pela corrupção em níveis diversos. Desde a corrupção sobre o sistema de persecução penal até o recrutamento de agentes públicos nas rotas de transporte e distribuição ou sobre aqueles que fiscalizam dentro de competências diversas (fiscais, trabalhistas, etc) os locais de fachada para lavagem de dinheiro ou montagem de operações.

Com o crescimento da intervenção no domínio econômico e o aumento do tamanho do Estado, desde meados do século passado, o poder público está em frequente inter-relação com pessoas jurídicas, por diversos fundamentos e através da atuação de distintos entes administrativos. Desde a necessidade de conformidade com a ordenação do Município por ocasião do estabelecimento comercial até a autorização para a introdução de um produto no mercado de consumo, a pessoa jurídica está, recorrentemente, sendo fiscalizada pelo Estado, peticionando, requerendo autorizações diversas, pagando tributos, enviando informações, dentre outras formas de interação necessária entre ambos. Além disto, a pessoa jurídica é a natural fornecedora de bens e utilidades para a Administração Pública, a qual, por sua vez, tem a capacidade de impor custos e procedimentos à empresa, faz pagamentos, arrecada valores diversos, sanciona, autoriza, fiscaliza, financia, fomenta, num ciclo de retroalimentação entre ambas.

Daí parece óbvio ser do interesse ou da racionalidade econômica da empresa que a Administração Pública arrecade dela menor valor, pague a ela mais nas interações recíprocas, fiscalize-a menos, demore menos ao atendê-la ou lhe conceda preferências diversas. E, não raro, caso queira controlar o que faz o poder público em seu interesse, a pessoa jurídica acaba por encontrar alguém dentro dele interessado em se deixar controlar, se beneficiado for para além de suas normais vantagens estatutárias ou correspondentes.

Assim, por ser a corrupção praticada pela pessoa jurídica consumada pela atuação de algum órgão ou representante seu, esta tipologia tende a envolver, ao menos, quatro partes - uma pessoa jurídica privada, que atua através de um órgão ou preposto seu, em interação com um agente público corrompido, controlando o que faz a pessoa jurídica de Direito Público (o ente estatal, a Administração Pública).

Pode-se reconhecer algumas características comuns na ocorrência reiterada da corrupção que envolve empresas ou grupos de interesses. São crescentes, neste sentido, a sofisticação, o alongamento da reciprocidade, o trabalho de intermediários, a inclusão de agentes diversos ou rede de funcionários do lado passivo da relação, a criação de procedimentos ou de rotinas (tanto para a troca, quanto para o proveito), o acompanhamento da estrutura hierárquica dentro do próprio ente público (“do balcão ao gabinete”), o uso de mecanismo de impunidade ou conivência, a formação de relações de clientelismo e dependência, a formatação da prática administrativa no interesse da corrupção (prestigiar ou

induzir a corrupção dentro do órgão) - não raro com a dominação pela rede de corrupção do próprio órgão (em casos extremos, com a criação de ambiente hostil para funcionários fora da associação) -, e a aparência de normalidade (pode-se, por exemplo, repetir a falta ou falha no ato administrativo em favor de pessoas estranhas à prática ilícita, para fazer parecer ser, o decidido em favor do corruptor, uma rotina administrativa comum do ente público ou procedimento impessoal).

Para além destes traços, considerando-se a natureza jurídica específica das pessoas morais, e, para estabelecer o alcance da responsabilização por atos de corrupção em que estão envolvidas, importa ressaltar a distinção entre agência e imputação. Assim, se o resultado da corrupção pode ser imputado às pessoas jurídicas, a agência – isto é, a qualidade moral do agir -, é atributo das pessoas que atuam por ambas, a pessoa jurídica de Direito Privado e aquela de Direito Público. Ilustrativamente, se, em um financiamento obtido ilicitamente pela corrupção de um agente público em um banco estatal de fomento, as partes no contrato serão o banco e a empresa favorecida. Já a capacidade de agir, de valorar e de direcionar os eventos que colocam as duas empresas em relação decorre dos agentes públicos e privados que interagem. A relação é dada, juridicamente, entre as organizações. A reprovação moral sobre a conduta que fundamenta ou é fonte desta relação recai sobre as pessoas naturais como sujeitos morais com capacidade de entender e agir. Assim, por exemplo, se no caso do financiamento obtido, houver uma ação judicial que busque o reconhecimento da nulidade, as partes no processo são somente as pessoas jurídicas. Não obstante, a responsabilidade penal, estritamente fundada em uma ação individual, recai apenas sobre as pessoas naturais que atuaram para a concessão fraudulenta do financiamento. A responsabilidade administrativa, por sua vez, por trabalhar com a imputação, recai sobre a pessoa jurídica e pode ser, como é comum, objetiva.

Neste sentido, a LAC, a lei nº 12.846/2013, prevê exatamente esta responsabilidade objetiva sobre a empresa à que se imputa o ato lesivo.

A afirmação da responsabilidade da empresa é elemento da ordem jurídica contemporânea, como se verifica, inclusive, em diferentes normativos internacionais. Sistemas administrativos diversos de tutela de bens distintos exigem responsabilidade do ente econômico, alocando-a em uma base objetiva. Com isto, pode haver punição sempre que, comprovado ato ilícito praticado em benefício ou no interesse da empresa, tenha havido lesão

à Administração e o respectivo nexos de causalidade entre ambos.

A ideia da atividade econômica como organização reformula-se para incluir a própria organização como elemento de prevenção de riscos e, a partir daí, estruturar responsabilidade por lesões. Por isto mesmo, para evitar riscos externos, a empresa deve ter um estrutura de controle interno, como planos de governança e *compliance*, além de análise de práticas, resultados e interações.

Releva reconhecer que organizações, muitas delas especialmente complexas e amplas, afetam a sociedade e a vida coletiva de diversos modos, não apenas como destinatária de bens, serviços e produtos empresariais. Sua relação com a empresa está em diversas questões como emprego, ambiente, segurança dos produtos e proteção ao patrimônio comum (natural, social, econômico, histórico, urbanístico, paisagístico, cultural).

Há uma tendência imediatista e corrente de que, em nome do desenvolvimento e da criação de empregos, a empresa espere simplesmente repassar os custos dos seus atos para a sociedade em forma de poluição, corrupção, desemprego ou acidentes variados.

Esta possibilidade é, entretanto, claramente ilícita e, sobretudo, ilegítima. Como sujeito de direitos e obrigações, a firma não deve servir apenas como parte em contratos conforme sua vontade, mas deve conviver com deveres de controle de riscos diversos.

No plano da relação com a Administração Pública, o impulso econômico da empresa, isto é, sua funcionalidade de maximizar receitas, não deve reconhecer como atrativa, dentro de uma visão moralmente neutra, a capacidade de capturar, controlar ou influenciar ilegitimamente o poder público. Para tanto, impõe-se responsabilizar de modo autônomo, por desvios, a pessoa jurídica, inclusive em respeito ao *fair game* buscado pela comunidade internacional.

Uma tal responsabilidade, como a que está agora prevista na LAC, tem um efeito dissuasório essencial, já que as empresas induzem uma racionalidade econômica e não fundamentam, automaticamente, um proceder moral. Estruturadas em torno do rendimento financeiro, tendem a racionalizar ocorrências a partir de uma relação de custo e benefício. Se não encontrarem dificuldades ou obstáculos a irregularidades praticadas em seu favor, continuarão a manter os procedimentos mais lucrativos e fáceis na consecução de suas finalidades e na obtenção de vantagens, ainda que ilegais.

Deste modo, a responsabilidade autônoma da pessoa jurídica volta-se a impor custos sobre o ilícito, para que este não surja, de forma crua, como uma vantagem econômica para a empresa. E tal responsabilização compõe a lógica de se exigir das empresas, juridicamente, padrões éticos no seu relacionamento com o poder público. Surge daí a ideia de governança e o reconhecimento de não ser a corrupção um ato isolado ou exótico, mas o sintoma das relações de poder em uma dada sociedade.

Com efeito, em redes mais consolidadas de corrupção, não apenas a lesão à Administração é recorrente, como o controle dos agentes da prática corrupta sobre sua própria irresponsabilidade. Não é incomum que a corrupção seja uma rede de interações mais complexa do que o pagamento por um ato ou omissão. Desde o financiamento de campanhas, ao pagamento de despesas correntes do agente público, os atos corruptos muitas vezes estão, atualmente, mais próximos de verdadeiros vínculos de dependência do que de uma relação isolada de troca.

Em nível empresarial, o que se percebe é que a governança e as auditorias internas variam conforme os usos e costumes do local de funcionamento, indicando-se a tendência racional de que, quanto mais corrupto o país, pior é a governança das empresas.

No Brasil, por sua vez, vislumbra-se um agravante de tal cenário na condição familiar de grandes empresas, em que não há exatidão em se distinguir a responsabilidade da empresa do interesse dos acionistas. É que, aqui, não raro, o grupo familiar tem um braço econômico e outro político. Grandes grupos econômicos têm um parente ou um padrinho político em um cargo público importante. Comum nas hipóteses de empresa familiar é a substituição, na prática, da ideia de governança por praxes empresariais baseadas em influências pessoais.

A natureza familiar da empresa ou sua administração patriarcal tende a dificultar, por exemplo, a própria negociação com o Estado, em caso de colaboração no desvelamento de ilícitos (como pode ocorrer, atualmente, em relação aos acordos de leniência, instituto também previsto na LAC, tratado adiante neste estudo). Neste sentido, se a pessoa natural é dominante sobre a organização, a tendência é a dificuldade na iniciativa da empresa em procurar a Administração Pública para confessar uma prática lesiva levada a efeito no interesse da própria estrutura empresarial que busca proteger o patriarca ou a família, ainda que haja separação legal entre os patrimônios pessoais, dos sócios e da firma. De todo modo,

um dos efeitos positivos que se reconhece para a responsabilidade autônoma e clara de pessoas jurídicas é a adoção, por elas, de medidas preventivas internas e, eventualmente, o reporte de infrações cometidas dentro da organização.

Cabe enfatizar, outra vez e nesta esteira, que, se a corrupção envolve uma empresa, ela tende a existir enquanto esta entenda ser vantajosa tal prática. Na corrupção empresarial, a conduta desviante é francamente impessoal e tem seu interesse, em instância final, na própria firma. Vale dizer: se a empresa se organiza para a corrupção ou com ela convive, e se a burocracia vê vantagem na burla, sempre vai existir “dinheiro sobre a mesa”, o que significa que o destinatário da vantagem nem sempre é elemento definitivo sobre a própria existência e continuidade da corrupção, que se torna parte da atividade profissional da pessoa jurídica em busca de suas vantagens competitivas e de seu lucro.

Com a forma autônoma de responsabilidade de pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública, a LAC traz, ao sistema jurídico, como inovação, um elemento essencial: o de atingir a corrupção em sua estrutura final. E, ao se considerar a responsabilidade civil e administrativa, a responsabilização da empresa permite a recomposição e a inibição da lesão no agente econômico que a fundamenta. Pune-se aquele que sustenta e promove essencialmente a conduta desviante e alimenta o ciclo vicioso da corrupção.

Note-se, ainda, que a separação legal entre a pessoa jurídica e seus sócios não funciona seletivamente, somente no interesse dos acionistas e pessoas físicas. Há a criação, no mundo jurídico, de ente autônomo, centro próprio de direitos e obrigações: a empresa, com personalidade própria e, pois, responsabilidade. E a LAC é exemplar neste ponto, já que busca atingir toda e qualquer forma societária e, se o caso, até permite desconsiderar a personalidade jurídica, quando houver fraude e simulação, reiteradamente. Seu objetivo claro é o de responsabilizar efetivamente a pessoa moral, voltando-se, com seus dispositivos, a evitar burlas e combater outras fórmulas hábeis à dilapidação patrimonial ou ao escamoteio dos reais destinatários de práticas lesivas cometidas através e em prol de empresas.

Não obstante, à vista da possibilidade de se dar efetividade e aplicação concreta à LAC no país, dúvidas e críticas surgiram, nos meios político e jurídico e no próprio setor produtivo, sobre o alcance de alguns de seus dispositivos sancionatórios, hábeis a ensejar, segundo se alega, o “aniquilamento das empresas”. Argumenta-se, em linhas gerais, que, além

das sanções aplicáveis administrativamente, como a potencialmente elevada multa punitiva e a dita “publicação vexatória”, as demais penas pecuniárias e as restritivas de direitos, previstas na LAC, voltadas basicamente ao perdimento dos bens, valores e direitos indevidamente obtidos, à restrição creditícia e ao acesso a benefícios fiscais e outras subvenções de natureza pública, e à suspensão ou interdição parcial das atividades de empresas envolvidas em atos ilícitos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, podem afetar gravemente a continuidade dos contratos administrativos já firmados, a participação em licitações futuras ou em curso, comprometendo, assim, a estabilidade econômica e a preservação dos empregos.

Certamente a LAC pode apresentar imperfeições em seu conjunto, como ocorre com qualquer norma jurídica, principalmente quando ainda passível de oportuno teste de constitucionalidade. Todavia, não parece correto atribuir-lhe um caráter inusitadamente draconiano nem francamente destrutivo, menosprezando sua importante carga simbólica e pedagógica, voltada à construção de uma sociedade melhor ordenada, através de mecanismos jurídicos que não são inéditos nem padecem da devida adequação, quando feita interpretação sistemática em sua incidência concreta. É que, mesmo a temida responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, que certamente torna mais simples a busca de punição de empresas corruptoras, ao dispensar a Administração Pública de identificar ato de autoridade vinculado à prática ilícita de terceiro beneficiário ou partícipe, com sensível inversão do ônus da prova em desfavor do particular, não configura inovação absoluta no ordenamento nacional.

De fato. Associada à assunção de riscos por quem desenvolve ou lucra com determinada atividade potencialmente perigosa ou causadora de danos a outrem ou à coletividade, gerando o correlato dever de reparar os danos daí resultantes, ao que se agrega a responsabilidade-sanção da LAC para desestimular condutas ilícitas, a forma objetiva de responsabilização insere-se no contexto amplo da responsabilidade social da empresa, adotada em matéria civil, sobretudo, como se dá nos âmbitos laboral, consumerista e ambiental, por exemplo. O próprio Código Civil já a contempla, alcançando as empresas nas modalidades de culpa *in vigilando* e *in elegendo*, sendo, por óbvio, admitidas as excludentes cabíveis. Compete, pois, às pessoas jurídicas fiscalizar e vigiar o seu funcionamento e a conduta de seus prepostos, dirigentes e empregados. E, se, em seu benefício, são praticados ilícitos, devem responder também por isto, ressalvadas situações específicas que as eximam, além da

responsabilização autônoma e necessária das pessoas físicas que praticaram as condutas delitivas reprováveis. Não se trata de risco integral, já que possível a exclusão por força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima. E quando a burla der-se em exclusivo benefício do funcionário, ou for praticada por ele fora do exercício das funções laborais, não se há de falar em responsabilização da empresa.

Demais disto, sob o prisma específico da tipologia das sanções previstas, convém lembrar que leis anteriores à LAC e que estão em plena vigência, como a Lei de Licitações e a de Improbidade Administrativa, contêm, respectivamente, disposições relativas à punição de empresas inidôneas ou partícipes ou beneficiárias de esquemas ou atos ímprobos, em medida bastante similar ou até mais ampla do que definido na LAC, como ocorre em relação a multas, restrições a benefícios e crédito públicos, impedimento de participação em licitações. Aliás, disposições semelhantes também constam da Lei de Crimes Ambientais, ainda que, em tal caso especial, se trate de matéria penal e responsabilidade subjetiva. Não houve, portanto, inovação absoluta na LAC, que não padece de todos os defeitos que lhe são atribuídos, talvez para se tentar, agilmente, alterar o alcance de suas disposições, e, com isto, eventualmente, atingir situações consolidadas a ela sujeitas e já sob apuração avançada.

Tal como deve ocorrer com qualquer posição franca e sincera apresentada em debate público, a preocupação com eventuais excessos punitivos da LAC merece respeito e atenta reflexão, principalmente quando alusiva a bens e princípios caros à sociedade e à própria Constituição Federal, como são os princípios regentes da atividade econômica, que englobam a função social da propriedade - da qual emerge a função social da empresa -, o direito à autodeterminação, livre iniciativa e à livre concorrência, o valor social do trabalho e da preservação dos empregos. Estes valores e os deveres que lhes correspondem tocam a todos, pessoas físicas e jurídicas, devendo, igualmente, pautar a dinâmica das relações públicas e privadas no país, em harmonia com a busca da justiça social, a existência humana digna e o desenvolvimento nacional harmônico e equilibrado, a proporcionalidade e a vedação do excesso na atuação estatal.

Deriva destas opções axiológicas da Constituição, por sinal, a responsabilidade que cada empresa tem perante a sociedade em que se instala e atua e para com a própria democracia, pois, é preciso repisar, ao operar, auferir lucros, eventualmente polui até destrói para existir, crescer e desenvolver-se e, por isto, deve reparar os danos que causa em qualquer

área. Enquanto funciona, também tem o dever de agir de modo ético e juridicamente correto, não lhe sendo autorizado corromper para produzir, concorrer, ganhar, ter vantagens ou continuar no mercado. E, nesta medida, a eventualmente aventada inexigibilidade de conduta diversa, em função da difusão de práticas corruptas que porventura possam grassar no setor estatal, não pode servir de escusa reiterada para condutas lesivas e ilícitas, sobretudo de grandes conglomerados empresariais, detentores de tecnologia, mão-de-obra especializada, *expertise* e capital que lhes asseguram, por certo, o desempenho profissional de suas atividades, em concorrência franca no mercado, ainda que à margem das contratações públicas. O Estado, afinal, não é nem deve ser, no modelo constitucional, o único empregador. E, ainda quando seja o principal investidor e fomentador de setores estratégicos, se não há lisura em sua atuação, cabe, como dever primário, ao particular, cidadão ou empresa - e, de novo, especialmente a grandes e poderosos *players* -, procurar resistir, acionar a atualmente ampla e bastante institucionalizada e profissionalizada rede de órgãos de controle, para denunciar imposturas e exigir correção, sem se valer de praxes irregulares para “sobreviver”. Não é por outra razão, inclusive, que a LAC reforça a ideia de adesão a programas de integridade e conformidade, através da valorização de mecanismos de *compliance*.

Por outro lado, releva destacar novamente, que, em termos de salvaguardas patrimoniais para os que devem – seja em função de penas por infrações cometidas, seja por dificuldades e malogros nos negócios -, o Direito brasileiro, no que diz com regulação societária e comercial, já destaca o patrimônio da empresa daquele das pessoas físicas que a compõem, justamente para não se atingir quem, como sócio e acionista, pode não ter tido efetiva responsabilidade em relação às opções gerenciais e negociais feitas e aos ilícitos cometidos em prol da organização empresarial. Daí ser necessário e adequado, no marco da proporcionalidade e com as gradações que a própria LAC estabelece para sua aplicação, manter a punição para as empresas, restringindo-lhes direitos e atividades, como desestímulo a que sejam usadas como escudo para obtenção de lucros ilícitos à custa da dilapidação do patrimônio coletivo e de abusos que minam a concorrência e o próprio conceito de livre mercado.

Ademais, as restrições e impedimentos eventualmente impostos, com base na LAC ou nas demais leis aplicáveis, têm prazo certo, a ser definido, à luz das circunstâncias de cada caso concreto e com observância da razoabilidade e finalidade da pena. As empresas, de

tudo modo, é necessário assentar, continuarão podendo operar no âmbito privado, quando impedidas de concorrer em licitações públicas. A alternativa oposta, porém, voltada a liberar amplamente de certas restrições punitivas a pessoa jurídica infratora, conferindo-lhe tratamento privilegiado em comparação com o que se reserva ao cidadão comum em situação análoga, além de representar clara e inaceitável captura do administrador pelo administrado, enfraqueceria mais ainda as estritas oportunidades de concorrência econômica no país, representando grave punição ao empreendedorismo autônomo e ao mérito e verdadeiro premiação para o erro, a deslealdade, o conluio e a fraude.

Resta evidenciado, pois, que a responsabilização de empresas que tenham praticado atos lesivos ao erário atende a demanda política e jurídica, manifestada em dois níveis complementares, pois, além de ser um compromisso assumido no plano internacional, constitui um imperativo interno, de caráter constitucional, de construção da igualdade de todos perante a lei, desde que sempre observados o devido processo legal, a ampla defesa e a proporcionalidade. Não obstante, para que o Estado possa responder adequadamente a tais exigências, no desafiador combate à corrupção e suas sofisticadas manifestações organizacionais, é preciso modernizar a abordagem da questão e dotar o poder público de melhores ferramentas de detecção e apuração de tais ilícitos, a fim de se buscar maior efetividade e eficiência.

5. O PROBLEMA DE EFETIVIDADE NO COMBATE À CORRUPÇÃO A PARTIR DA EMPRESA: A BASE INFORMACIONAL E A ADOÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS DE DETECÇÃO DE INFRAÇÕES

Ao inovar o quadro normativo tradicional, a Lei anticorrupção estabelece, no país, forma específica e autônoma de responsabilidade civil e administrativa para a pessoa jurídica, por prática de ato lesivo à Administração Pública, o que remete, de imediato, à ideia do necessário *enforcement* que deve acompanhar o novo dispositivo legal, dando-lhe o devido e desejado cumprimento. No entanto, para se alcançar a almejada efetividade, através de procedimentos, deve-se, antes, priorizar a detecção de ilícitos, uma vez que, a despeito do modo de aplicação da sanção, um dos grandes problemas com a corrupção está na própria descoberta e prova do ato lesivo, o que é agravado com as práticas corruptas normalizadas na política e na economia, através de conglomerados empresariais e organizações.

Por isto, é até trivial afirmar que, em todo ilícito que resulta de uma colusão e nela se esgota, as partes interessadas conseguem, de modo geral, atuar longe do conhecimento de terceira pessoa ou sem deixar visível qualquer elemento que alerte para a conduta. Na corrupção, ademais, a confusão de papéis na Administração dificulta sua detecção e seu esclarecimento, já que o próprio poder público não é apenas vítima. Como age, por seus prepostos, muitas vezes, conscientemente no interesse do próprio corruptor, é, de alguma forma, um comparsa ou alguém interessado no sucesso da empreitada lesiva. E, não raramente, a própria Administração Pública deve funcionar como ente repressor e também agente de prevenção da corrupção, o que, em razão da proximidade com os ilícitos e seus agentes e da mesclagem de atribuições, enfraquece sua posição na esfera punitiva interna e pode mais facilmente abrir espaço até a outras imposturas e impropriedades no âmbito sancionador.

Por sua vez, a preocupação da lei com a pessoa jurídica indica que a prática lesiva que busca reprimir tende a já estar em um patamar mais alto de sofisticação, resultante de duas estruturas organizadas e que querem estar preparadas para a realização do ato da forma mais segura e confiável possível. Assim, podem ser verificadas condutas que se valham do uso de redes financeiras no exterior, da aparência máxima de legalidade (como o uso de pareceres técnicos ou jurídicos conformes, por exemplo), da atenção da rede para a cooptação ou convivência com centros de controle, do uso de tecnologias mais avançadas, de procedimentos já maduros, de medidas judiciais protetórias ou acobertadoras, da formação de redes de corrupção por poderes diferentes e em níveis hierárquicos diversos, do descasamento temporal e espacial máximo entre prestações e contraprestações (para o fim de ofuscar a relação entre ambos). Não é incomum que redes de corrupção tenham acesso aos métodos de organizações criminosas em outros modelos de crime, como violência, rodízio de pessoal, pacto de silêncio etc. Aliás, esta relação entre corrupção e crime organizado pode ser vista na inclusão, entre os atos lesivos que fundamentam a sanção, pela LAC, do tipo relativo a *“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.”*¹³.

Deste modo, é correto dizer que a corrupção ocorre em silêncio e em reserva, razão por que dificilmente é desvelada se não houver comunicação ou vazamento de

13 LAC, art. 5º, V.

informações, a partir de alguém de dentro da organização, o que dá ensejo a instrumentos de que se lança mão na nova lei para facilitar a detecção, através da cooperação ativa do infrator, como ocorre no acordo de leniência. Do sistema jurídico, como adiante examinado, portanto, passa-se a exigir soluções úteis, mas legítimas e constitucionalmente aceitáveis, que permitam enfrentar com eficácia e consistência o potencial lesivo e a alta sofisticação trazidos pela realidade delitiva organizada, visando a tornar efetivas suas promessas tradicionais de estabilização social, além de seu dever de proteção coletiva, no qual se insere a concretização dos direitos fundamentais, inclusive a defesa da moralidade e probidade administrativas e do erário.

5.1. O combate à corrupção, a ordem constitucional e os novos paradigmas contemporâneos

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao erigir a moralidade administrativa como princípio autônomo e trazer várias previsões atinentes aos deveres da Administração Pública em correlação aos direitos de cidadania e ao direito ao governo probo, dedica especial atenção à defesa do erário e ao combate à corrupção, como condição do adequado funcionamento do Estado e seus serviços, da economia e das instituições políticas.

Preocupa-se, por outro lado, de modo justificado, com a eficiência e racionalidade do poder público, o que se conjuga, naturalmente, com a efetividade na repressão a atos lesivos ao patrimônio público e a práticas corruptas, sempre no quadro do devido processo legal.

Mais recentemente, o sistema jurídico nacional, atento à necessária modernização reclamada pelo combate à corrupção, tem adotado modelos de detecção e comprovação de tais desvios a partir de negócios jurídicos de notícia e prova do ilícito por parte do próprio infrator, a incluir a confissão e a consensualidade, através da colaboração premiada na persecução dos demais envolvidos.

Nesta linha de valorização do consenso e dos procedimentos de busca de sua obtenção, com o estabelecimento de correspondentes marcos legais reguladores, impende relacionar, dentre diversas outras nele previstas¹⁴, as orientações e determinações constantes

¹⁴ O novo Código de Processo Civil prestigia bastante as soluções pela via da consensualidade, para resolver conflitos, como se verifica em vários de seus dispositivos, a saber: art. 165; art. 174; art. 334, § 4º,II; art. 357, § 2º; art. 359; art. 471,

expressamente no art. 3º, §§ 2º e 3º, do vigente Código de Processo Civil, que enunciam cumprir ao Estado promover, sempre que possível, a conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, que deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial ou mesmo na via extrajudicial.

Idêntica postura encontra-se na Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública e nos atos referentes ao tema, expedidos pelos órgãos de controle externo do sistema de Justiça, como a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Todo este arcabouço legal, que intensifica e prestigia a consensualidade, traz inovações que afetam também a forma de atuação do direito sancionador estatal e impõe uma recompreensão da ordem jurídica, para adequá-la a novos paradigmas, adotados pela influência dos sistemas de *common law* do direito anglo-saxão, nos quais não há apego ao princípio da obrigatoriedade da atuação dos órgãos de controle e fiscalização, e sequer um enfoque que contemple a noção de interesses indisponíveis, como normalmente se verifica na tradição romano-germânica de *civil law*, como ocorre no Brasil. Busca-se, com a mescla de institutos, a internalização de normativos multilaterais e a influência doutrinária, uma atuação mais prática, eficiente e que produza resultados na tutela dos interesses públicos e da sociedade, inclusive no âmbito do cumprimento de compromissos internacionais a que o país aderiu, sobretudo para permitir um autêntico enfrentamento da atividade delitativa complexa e organizada. Como explica Fábio Medina Osório a propósito:

[...] na Era da Complexidade, ou na sociedade pós-capitalista da informação, os ilícitos assumem proporções tão agressivas que passam a exigir um Estado igualmente mais “agressivo”, logicamente dentro do Direito, porém menos burocrata, menos isolacionista, mais comunicativo e veloz em suas decisões, sempre no afã de lograr resultados. Tais horizontes demandam posturas funcionalistas e estratégias de aproximação das ferramentas inerentes ao Direito Punitivo. [...] E não deixa de ser previsível que as pessoas jurídicas venham a ser encaradas também como eventuais instrumentos de organizações criminosas, para efeito de blindagem de responsabilidades pessoais, problema que não se resolve somente com a desconsideração de sua personalidade jurídica, mas **com a concomitante expansão dos tentáculos sancionadores estatais, de modo a encontrar respostas cada vez mais abrangentes e eficazes.**¹⁵.

§ 3º; art. 694; art. 696; arts. 731, 732 e 733.

15 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 136.

Tal tendência, entretanto, embora em atual processo de expansão, não é recente. Decorre da introdução inicialmente tímida, na seara criminal, no âmbito da repressão a crimes hediondos da Lei nº 8.072/1990, do instituto da delação ou colaboração premiada, depois ampliado e consolidado em outros diplomas legais e, especialmente, na Lei nº 12.850/2013, relativa ao combate às organizações criminosas.

Este movimento legislativo vem certamente produzindo efeitos no funcionamento das esferas de responsabilização estatal. E como Fábio Medina Osório também esclarece, suas implicações mais evidentes afetam o direito sancionador, devendo ser cautelosamente avaliadas na prática, pois:

1. [...] **o Direito Punitivo, em especial o Direito Penal, teve que se adaptar à nova dinâmica da criminalidade invisível e organizada, cedendo lugar às demandas pragmáticas em detrimento das elucubrações teóricas, descomprometidas com a realidade.** Não serão as mesmas garantias individuais a vigor para os acusados de crimes de alto impacto social e os acusados de criminalidade média ou baixa potencial lesividade. As notáveis transformações das estruturas criminosas organizadas ensejam a expansão de vertentes funcionalistas, com o reconhecimento das peculiaridades dos nichos de poder criminal, fortalecendo-se o viés pragmático do Direito Punitivo. [...] É claro que **resulta possível perceber a necessidade de combinar e amenizar o impacto de vertentes teóricas radicais. O funcionalismo, por não definir parâmetros materiais para os conteúdos possíveis, deixa em aberto o problema dos limites para esses conteúdos. Todavia, tais limites se encontram nos virtuais conteúdos materializados nos textos constitucionais e legais, expressos pela vontade democrática dos legisladores.**¹⁶ (grifou-se).

Nesta perspectiva inovadora, calcada sobremaneira na busca de eficiência estatal também na repressão a ilícitos, revela-se inegável o valor dos novos negócios jurídicos, que têm se mostrado essenciais para atualizar as fórmulas de enfrentamento e combate à corrupção, sendo, não raro, a ferramenta possível e útil para a detecção da corrupção e descoberta das organizações criminosas e estruturas correspondentes. É que, como já bem assentado, a corrupção é infração colusiva, clandestina e, cada vez mais, apresenta-se melhor estruturada e mais profissionalizada e ordenada. Se, normalmente, a percepção de sua prática mais tradicional já não é simples, com a evolução do fenômeno, ela tende a se tornar cada vez mais difícil, sobretudo na denominada alta corrupção.

Esta, marcada pela parceria ilícita entre grupos políticos e grandes empresas, ostenta, além de sofisticação na clandestinidade, um especial potencial lesivo, pois as práticas corruptas profissionalizam-se, normalizando-se na economia e na política, ou mesmo na

16 OSÓRIO, Fábio Medina. op. cit., 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 386.

Administração Pública. Como a corrupção tende a ser o normal e vantajoso modelo de interação entre as partes, ela busca expandir-se e capturar a estrutura pública, com prejuízo não apenas ao patrimônio público, como ao adequado funcionamento dos serviços estatais. Há, portanto, grande importância na compreensão da lógica e inteligência dos acordos diversos de colaboração, dada sua relevância para o controle da burocracia estatal e para a mais eficiente repressão a delitos que a afetam negativamente sob distintas óticas, prejudicando seu desempenho e a justificativa que legitima sua própria existência perante o público.

Assim, se o combate à corrupção ganha insubstituível ferramenta de detecção e prova das infrações, através de formas negociadas de colaboração entre infrator e Estado, o noticiante e colaborador também é incentivado ao acordo por um sistema racional de benefícios. Por outro lado, a adoção legislativa dos modelos de colaboração altera o modelo de compreensão do sistema jurídico, sobretudo em relação ao funcionamento de algumas esferas de responsabilização, o modo de compatibilizar seus efeitos e a interação racional dos agentes estatais competentes. Os acordos, ao serem legislativamente albergados e, por isto mesmo, incentivados pelo ordenamento jurídico, trazem para o sistema uma lógica que não pode ser contraditória nem autodestrutiva. Vale dizer: em sua aplicação prática, a inovação legislativa não pode autoanular-se nem ser anulada. Ao revés, deve ser tornada efetiva, com coerência e consistência, a partir de uma interpretação sistemática e constitucionalmente adequada. Daí ser necessária uma releitura ou recompreensão do modelo tradicional de autonomia das instâncias de responsabilização – com destaque para pontos sensíveis e necessários de sua especial intersecção nos casos envolvendo a repressão a práticas corruptas e os efeitos disto decorrentes -, do tratamento adequado ao empréstimo de provas em tal contexto e da própria natureza e implicações da relação entre o poder público e o noticiante ou colaborador.

Como se sabe, a ordem jurídica costuma prever consequências distintas para um mesmo fato, algumas estritamente punitivas, outras reparadoras, que funcionam a partir de modelos institucionais diversos, uns afetos à pessoa física, outros, à empresa, além dos mistos. Existe, assim, uma fragmentação de subsistemas sancionadores autônomos – mas ao mesmo tempo interdependentes -, em que convivem, consoante pressupostos de imputação específicos, as responsabilidades penal, civil e administrativa. Nesta última, pode-se

identificar linhas diversas, englobando, além da disciplinar, o controle de contas, as ações de improbidade administrativa (civil-administrativa), e, agora, o novo modelo sancionador específico da pessoa jurídica, trazido pela LAC.

Nesta abordagem mais moderna de enfrentamento à corrupção, a alteração do modo de detecção de infrações contida na LAC e centrada na figura do infrator colaborador, rearranja a interação na tradicional incidência múltipla das distintas e heterogêneas esferas de responsabilização por atos ou fatos ilícitos. O incentivo à colaboração, como forma de identificação, revelação, detecção e prova, buscada e almejada pelo sistema, depende da construção de uma base jurídica que confira segurança jurídica ao noticiante e estabilidade para as relações firmadas entre ele e o Estado sancionador, prevenindo contradições e incongruências. Nesta medida, é logicamente inconcebível, por exemplo, que, a despeito da múltipla incidência sancionatória autorizada pela ordem legal, o colaborador, cuja conduta cooperativa é incentivada pelo sistema jurídico, possa vir a receber um tratamento que lhe imponha situação negativa, em maior grau do que a resposta estatal cabível, caso não houvesse feito o acordo. O mesmo raciocínio elementar indica ser inaceitável que o noticiante possa vir a ter situação mais grave do que aquela imposta aos demais envolvidos, por ele delatados.

Apesar de certos riscos na aplicação prática de institutos novos, decerto passíveis de superação racional, merece destaque o aporte deste novo modelo de detecção de infrações que a LAC inaugura para um gênero de condutas já sancionadas dentro de um sistema maior, ao prever o uso de acordo de leniência na repressão civil e administrativa de pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública. Com tal inovação, a LAC traz um importante reconhecimento da firma, sociedade comercial ou pessoa jurídica, sob qualquer modalidade societária, como agente particular em casos de corrupção. É que a empresa, como atividade profissional de interesse econômico, tem características que potencializam a corrupção e seus efeitos. Além da maior capacidade econômica, ela tende a normalizar atividades dentro de rotinas econômicas, o que, como antes explicado, também ocorre, invariavelmente, com a corrupção, quando ela se transforma em ferramenta competitiva ou modo normal de gerenciamento e negócios. E, a par da organização profissional de recursos, meios e pessoas, a grande sociedade empresária dilui responsabilidades por sua estrutura, de maneira a propagar o potencial de corrupção, quer por reduzir o risco moral e dificultar sua persecução,

quer por naturalizá-la, ao induzir a percepção entre empregados e diretores de que ela corresponde a normal forma de fazer negócios, ou, ainda, por institucionalizá-la como competência e método gerencial. A grande empresa, em especial, logra, ademais, obter acesso e exercer influência na esfera pública, valendo-se de variados meios, como o financiamento de campanhas, *lobbies*, representação em esferas diversas, ações de relações públicas, dentre outros.

Afigura-se importante, neste passo, demonstrar sua utilidade efetiva para detecção de ilícitos, notadamente os de caráter organizacional e com elevados reflexos no setor público. Com efeito, recentemente, a prestigiosa Operação Lavajato detectou a estruturação de organizações criminosas, a partir da normalização da corrupção na estrutura corporativa, transformada, assim, em realidade especialmente lesiva. Referida operação se deparou com o maior caso de corrupção já revelado no país, caracterizado pela sua transversalidade, profundidade, normalização, interdependência e captura. Além do mais, foi identificada a corrupção como ferramenta de cartelização. Assim, veio à lume a relação entre contratantes com o poder público e centros políticos de decisão com competência geral sobre a institucionalidade (não limitada a determinado ente ou grupo de competências), a tomar diversos contratos e atos públicos e se prolongar no tempo. Constatou-se que as rotinas de corrupção passaram a ser pressuposto das decisões de contratação ou do agir administrativo e modo de atuação econômica das sociedades empresárias. Com sua estruturação, nem os agentes políticos nem as empresas contratantes pretendiam mais agir com autonomia uns com os outros e os centros de decisão pública passaram a priorizar as ações decorrentes da normalizada interdependência.

Estas características dos fatos detectados pela Lavajato inserem a realidade examinada, por definição, dentro das possibilidades investigativas da citada Lei de Organizações Criminosas, a Lei nº 12.850/2013, diploma legal positivo que melhor detalha e instrumentaliza o instituto de colaboração premiada. Neste caso, porém, a organização investigada, dissimulando suas ações sob a forma de atos de gestão de negócios, tinha, em si, a configuração corporativa da pessoa jurídica a quem dava proveito, a qual, por sua vez, não se sujeita a responsabilidade criminal. Deu-se, assim, a situação de o conjunto de pessoas sob investigação coincidir com os principais centros de decisões de firmas contratantes com o poder público. A instrumentalização dos acordos de colaboração das pessoas físicas envolveu,

naturalmente, a mobilização das próprias firmas. Aqui, apesar da autonomia da pessoa jurídica, dois elementos definiram tal solução. Inicialmente, a pessoa jurídica tinha titularidade ou disponibilidade de fato sobre os elementos de colaboração (documentos ou provas) ou a visão consolidada dos eventos criminosos perseguidos, já que promovidos também em benefício de sua existência material e lucratividade. Além do mais, havia a repercussão dos fatos detectados a partir da colaboração feita, em outros subsistemas sancionadores, aqui já a incluir a pessoa jurídica. Pode-se reconhecer, com isto, a existência de um pressuposto fático (titularidade e domínio sobre a informação e coincidência exata entre os órgãos de direção e as pessoas perseguidas criminalmente) e outro sistêmico (existência de outras instâncias sancionadoras, notadamente a de improbidade, também para as empresas, e, junto com esta, a criminal, para as pessoas físicas). Do lado da persecução penal, destacava-se, por seu turno, a necessidade da colaboração das pessoas naturais investigadas para a detecção do universo de infrações cometidas no âmbito daquele contexto criminoso transversal, normalizado, interdependente, a capturar centros fundamentais de decisão política na institucionalidade do país. Daí, nas circunstâncias dadas, ter surgido, como solução racional, apta a oferecer eficácia prática à apuração dos fatos delitivos e de suas responsabilidades, a vinculação necessária das colaborações premiadas nas esferas penal e civil, a exigir a celebração de acordos conexos, entabulados simultaneamente ou em paralelo com pessoas jurídicas infratoras, através de leniência, e com pessoas físicas responsáveis pelos ilícitos, através das delações premiadas correspondentes, o que foi facilitado, no contexto da Operação Lavajato, pela complexidade e abrangência dos fatos nela tratados, mas, sobretudo, pela multifacetada abrangência funcional da atuação do Ministério Público em sede de direito sancionador, e, em especial, por suas exclusivas atribuições no âmbito penal.

De todo modo, desta experiência concreta, pode-se extrair, com clareza, a imprescindibilidade de uma segura base informacional para a detecção, apuração e repressão de práticas corruptas envolvendo empresas, o que requer uso de novos métodos de trabalho e a reconfiguração de paradigmas legais e hermenêuticos, à luz dos ditames constitucionais de eficiência e integridade, para bem enfrentar a corrupção, no marco do devido processo legal.

5.2. A base informacional no combate à corrupção

Constatada a impermeabilidade ínsita aos ilícitos perpetrados de modo organizado, através de redes variadas de interações e de institucionalização de papéis,

percebe-se que este traço é agravado quando se trata de pessoas jurídicas infratoras, que, por vocação, já costumam operar mais profissional e estruturadamente, com distribuição de competências, compartimentalização de tarefas e diluição de responsabilidades. Ademais, em função da opacidade da corrupção que patrocinam ou é consumada em seu benefício, inclusive com forte captura estatal, torna-se relevante, para enfrentá-la, buscar métodos aptos a desestabilizar os vínculos espúrios entre poder público e infratores e a romper a invisibilidade de tais práticas corruptas que contaminam a vida social, econômica, política e burocrática de cada país.

Para tanto, é preciso reconhecer, como premissa relevante, que qualquer infração cria, em regra, uma assimetria informacional. O infrator, em geral e num sentido até óbvio, sabe mais da própria infração do que qualquer outra pessoa, pois sabe o “como”, “quando”, “onde”, “por que motivos” e “contra quem” da própria infração. Ninguém está em condições de saber mais sobre a infração do que seu próprio autor, embora, é claro, existam diversos casos em que nem ele detém conhecimento completo sobre o ilícito. Em organizações criminosas, por exemplo, é usual que a distribuição de tarefas entre os membros seja acompanhada de alguma ignorância do que faz algum outro integrante. É até decorrência de certa lógica de estruturação ordenada dos delitos e serve à segurança e sobrevivência organizacionais, mantidas ainda com os elos de cumplicidade e hierarquia, juramentos de sigilo, medo de retaliações internas e obediência. Entretanto e, ao mesmo tempo, também por isto, o princípio básico permanece: é justamente a partir desta definitiva assimetria informacional - o mais amplo conhecimento do crime por quem dele participa ou que o comete -, que o Direito Penal reconhece institutos que premiam a informação obtida através da colaboração prestada pelo próprio agente infrator¹⁷.

Note-se que, em geral, para punir um fato já acontecido, o poder público sancionador precisa ter conhecimento de sua ocorrência e conseguir prová-lo, dentro de um quadro de devido processo legal, em qualquer das esferas de responsabilização. A ignorância estatal, nesta medida, configura um meio de frustração da aplicação em concreto de uma sanção. Pode ser profunda, quando se refere ao desconhecimento da própria existência de uma infração; quando falta a notícia sobre o ilícito em si mesmo. Ou pode ser parcial, relativa a circunstâncias e elementos da infração. Também pode consistir em uma incapacidade, pela

¹⁷ A propósito: “*The existence of these statutes reflects the importance of testimony, and the fact that many offenses are of such a character that the only persons capable of giving useful testimony are those implicated in the crime*” (Kastigar v. United States, 406 US 441 – Supreme Court 1972).

falta de prova sobre o que se sabe ou se acredita saber, caso em que falta a prova suficiente do delito ou ato lesivo.

Verifica-se, daí, que, com alcance transversal, em múltiplas instâncias de sancionamento, também o combate à corrupção está, como sempre esteve, associado a institutos de informação. Em realidade, é corrente, nesta matéria, sustentar que a transparência é um dos principais fundamentos de controle da corrupção, consoante o conhecido e repetido adágio, segundo o qual “*a luz do sol é o melhor antisséptico*”¹⁸ contra os desvios na conduta do poder público e de seus funcionários.

Neste sentido, se o conceito central de corrupção envolve troca de benefícios em um contexto em que a vantagem dada pelo particular determina a conduta em concreto da Administração Pública, é preciso entender ou se informar sobre a verdadeira causa de um fazer ou não fazer do funcionário público. Assim, em situações em que há discricionariedade administrativa ou em que não há controles sobre o aparato burocrático, pode ser difícil, muitas vezes, identificar-se a ilicitude de uma situação concreta, sem se conhecer o verdadeiro motivo eventualmente existente por trás do que se faz. Há casos, ademais, em que a Administração Pública se omite plenamente, quando, em geral, através de servidor, finge que não tomou conhecimento de determinado fato que, em realidade, deveria determinar uma consequência administrativa. Estão aí as hipóteses que podem ser mais ou menos ilustradas pelas frases “*vou fingir que não vi*” ou “*vou deixar passar*”.

Do risco das condutas funcionais desviantes, decorrem, por sua vez, as exigências burocráticas para informação e formalização de eventos e motivos para a atuação do administrador público, cuja função principal é a de tentar evitar a corrupção ou dificultá-la ou assinalar hipóteses que se distanciem do agir devido.

Eis mais outra função relevante da informação: ter efeito sobre a própria conduta, pois, a depender da informação - concreta ou potencial -, a pessoa atua de uma ou outra forma. Em regra, há mais fácil motivação para o ilícito onde vinga o descontrole, isto é, a falta de informação.

Denota-se daí também que o cálculo sobre a possibilidade de que informação possa vir a ser obtida assume, para o infrator, a qualidade de fator de risco. Dito de outra

¹⁸ Afirmação feita pelo ex-juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Louis Brandeis, em 1914: “*A luz do sol é o melhor dos desinfetantes*”.

forma: se o risco é o grau de probabilidade de cenário adverso no futuro, e, se o infrator tende a considerar como indesejável a sanção pelo ilícito, incrementando-se a base informacional para o poder público sancionar, aumenta-se o risco para o infrator potencial.

Por isto, a informação deve ser entendida em várias direções: em sentido repressivo ou preventivo, passivo (quando faz incidir algo sobre o infrator) ou ativo (quando altera a própria conduta de quem poderia ser um infrator). Ademais, a informação pode ser vista em uma condição sistêmica ou isolada; como capacidade e como realização. E, consideradas as pessoas que podem saber sobre o ilícito, existem, de certa forma, quatro centros de conhecimento: o próprio infrator, a vítima, alguma testemunha e o poder público com competência sancionadora. Nem sempre, todos sabem de tudo o que ocorreu, talvez desconhecendo inteiramente a prática ilícita. Pode, por outro lado, não haver testemunha ou sequer vítima personificada, assim como, por sua vez, até a vítima ou o poder público competente podem ignorar, ao menos por algum tempo, a própria infração. Ainda nesta linha, tendo em vista a existência de organizações privadas e públicas, a infração que ocorre em um ambiente corporativo ou burocrático, tende a transitar, ao menos potencialmente, por pontos na estrutura privada ou pública, de modo a que as pessoas assumam posições um tanto híbridas e, desta forma, assim podem não desempenhar apenas o papel de testemunhas, mas potencialmente concorrerem, muitas vezes, para o ilícito, ao se reconhecer, para elas, um dever ou capacidade além daquela de, eventualmente, testemunhar.

A ideia de informação para a corrupção é importante, além do mais, ao se reconhecer que a relação - entre corruptos, corruptores e intermediários -, é, também, uma rede de pessoas que sabem e podem saber sobre a prática corrupta a partir da lógica do proveito do ilícito.

Fora hipóteses mais caricatas, a corrupção não ocorre sempre de inopino, de súbito ou entre desconhecidos que até então se ignoravam. O saber e o compartilhar que existem em sua consumação observam uma lógica de pertinência, de pertencer e de ser apto a movimentar-se na organização e atuar.

Vislumbra-se, pois, como antecitado, que a infração cria, em regra, uma assimetria informacional, que favorece o infrator, porque naturalmente é ele quem mais sabe sobre o ilícito do que o Estado ou qualquer outra pessoa.

O Direito, então, cria institutos, a partir desta divergência de informação sobre um ilícito ocorrido, em que o infrator informa o poder público sobre algo e recebe, em troca, algum benefício. De forma parecida, ao infrator pode ser dado benefício caso haja a confissão de culpa e aceitação de responsabilidade, em troca de menor penalidade. Neste último caso, com o exemplo maior do *plea bargain* nos Estados Unidos, não há, exatamente, o interesse do poder público na informação, porque ele já sabe de algo. A aceitação de responsabilidade, em tal hipótese, pelo infrator é que passa a ser valorada positivamente como forma de abreviar o processo e limitar os custos de *enforcement*, principalmente.

Se a lei motiva condutas, apenas quando suas sanções são aplicadas em alguma medida no meio social, esta efetividade só ocorre se o poder público consegue saber das infrações e identificar seu autor. Isto permite concluir, *a contrario sensu*, que a ignorância do poder público, entendida em um sentido mais complexo de informação e capacidade de prova conduzidas pelas vias de devido processo legal, é fundamento de inefetividade da lei. Não basta, portanto, apenas o conhecimento de algum funcionário, porque o aparato estatal sancionador deve ser capaz de conduzir o conhecimento da infração e sua prova pelo devido processo legal.

Para que isto seja possível, é que se criam institutos voltados a obter a colaboração de infratores no desvelamento informacional de infrações, como ocorreu no Brasil, de início, com a leniência na legislação antitruste, além de disposições esparsas sobre delação premiada, relativas a crimes de cunho mais violento e grave, como tráfico de drogas e sequestro, com evolução normativa posterior e adoção mais recente de similar também no microssistema anticorrupção.

Ressalte-se, ademais, que estes sistemas premiaais, fundados em institutos negociais de confissão qualificada, funcionam *ex post*, ou seja, referem-se a ato lesivo já consumado. Não obstante, em relação à corrupção e a crimes organizacionais, a detecção das infrações e a correspondente persecução trazem uma essencial base de ruptura da aceitação normalizadora do ilícito, servindo como fundamento de recomposição do patrimônio e serviços públicos, pelo abafamento da normalização da rotina nas firmas como elemento “criminogênico”. Portanto, na racionalidade de prevenção do Direito Penal, a detecção dos delitos e atos lesivos e sua persecução fundamentam a instabilidade e disfuncionalidade da organização criminosa, o que tem especial relevo e aplicação para a esfera do direito

sancionador, embora extrapenal, o qual abrange a pessoa jurídica infratora¹⁹.

Tais sistemas cooperativos, por outro lado, são construídos a partir de premissas racionais. Os agentes envolvidos consideram, em uma hipótese dada, uma modulação de interesses que corresponda a vantagens esperadas tanto para o sistema sancionatório, quanto para o interessado que confessa. Existem, pois, premissas de racionalidade que devem ser tomadas em conta em diversos momentos, desde o processo legislativo até a tramitação do caso concreto, sem perder de vista efeitos consolidados ou sistêmicos.

Os institutos de confissão e colaboração, ademais, são essencialmente voluntários. Quem por eles se interessa adota um comportamento para o qual não estaria obrigado, fazendo uma opção baseada, em regra, na percepção de vantagens. A legislação e as instituições que a instrumentalizam oferecem ao infrator confesso a moderação ou isenção de sanções. Estruturalmente, o poder público não pode punir a não-colaboração. Ao revés, além de voluntário, o instituto é, essencialmente, premial, atraindo a colaboração espontânea, ativa e plena do infrator pelas vantagens que oferece e podem ser efetivamente obtidas. A motivação para cooperar decorre de análise de risco da punição, afeta a variáveis sobre os índices de probabilidade real de apenamento e os níveis de receio de sua aplicação concreta.

A mais óbvia utilidade para a Administração Pública em valer-se desta espécie de instrumento, que depende da confissão e, no mais das vezes, da colaboração do infrator, reside, por sua vez, na fonte de provas que ele representa, bem como na agilidade e economia de recursos na investigação e no trâmite do processo, na redução do tempo para aplicação da sanção e na própria participação do infrator neste iter, como elemento importante e destacado de prevenção geral e especial, também buscadas pela responsabilização punitiva.

E, como antes visto, dada a assimetria informacional que favorece o infrator e envolve práticas delitivas, a adoção de institutos premiais sob a ótica do Estado também assume valor e utilidade, consumando-se uma relação bilateral, equilibrada e proporcional. O interesse e as vantagens estatais nesta troca fundamentam-se em sua ignorância sobre os ilícitos, sobretudo os de caráter organizacional, bem como na insuficiência probatória

¹⁹Como explica Danilo Andreato, em relação à esfera antitruste, mas igualmente válido para a anticorrupção: Atua o colaborador como agente interno de desestabilização do grupo infrator, de modo a propiciar a ruptura da *societas sceleris* e, por consequência, do cartel. É fora de dúvida que o acordo de leniência consiste em um importante instrumento investigativo de natureza especial direcionado a prevenir e reprimir infrações penais e administrativas contra a ordem econômica, reduzindo a margem de impunidade, evitando a dilapidação dos recursos públicos e fortalecendo o Estado Democrático de Direito. (ANDREATO, Danilo. Técnicas especiais de investigação: premissas teóricas e limites constitucionais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 123).

relacionada a sua eventual ciência, total ou parcial, do caso, ou, ainda, na desejável otimização de recursos e tempo para apurar e processar infrações. Afinal, nas esferas de responsabilização em geral e no âmbito do direito sancionador em especial, o problema da informação converte-se em um mais complexo problema de prova: o da obtenção de prova válida e suficiente. Isto porque o Estado pode ter ciência da infração, de sua autoria e materialidade, mas não ter prova suficiente para uma condenação ou para aplicar a sanção que viria de um terceiro centro de decisão, isto é, do órgão sancionador.

Nesta perspectiva, destaca-se a importância dos institutos premiais, como os acordos de colaboração, inseridos na categoria dos negócios jurídicos processuais, que se caracterizam pela referida bilateralidade de utilidades: amenização das sanções, para o infrator que coopera; detecção e prova de infrações, para o Estado.

Entretanto, esta bilateralidade não esgota o acordo, que se sustenta em pressupostos relacionais, lógicos, morais e sistêmicos. Seu fundamento relacional associa-se à própria ideia de colaboração, que não se confunde com um ato isolado, não contínuo; trata-se de troca e há interação recíproca, bilateral. Seu pressuposto lógico refere-se ao modelo de incentivos que impulsiona, de lado a lado, o acordo. Neste, além dos efeitos de sua bilateralidade essencial, que decorre da oposição entre assimetria informacional e competência sancionadora, existem exigências de segurança jurídica e previsibilidade, que definem e consolidam a utilidade do ajuste para as partes. Este pressuposto lógico se coordena com aquele outro moral, a controlar o oportunismo das partes ou o agir fora do compromisso e do equilíbrio erigido com a relação bilateral. O fundamento sistêmico, por sua vez, também diz com a segurança jurídica e coerência do ordenamento e da aplicação da lei, pois, quando estas não se concretizam, há perda da confiança no poder público e nos institutos de colaboração, em razão do desvio reputacional decorrente de um agir estatal oportunista, contrário ao parâmetro legal de incentivos que o impulsionou e fora da bilateralidade originária. É que, ao serem utilizados para gerar insegurança nas organizações criminosas e fomentar a instabilidade como instrumento de redução de suas atividades, os acordos devem corresponder, em seus efeitos, às expectativas, cultivadas por quem aceita colaborar, sobre a correção do Estado em seu atuar e na manutenção de seus compromissos. Assim, quanto maior a confiança depositada pelo particular no bom uso estatal das técnicas especiais de investigação, maior a instabilidade nas organizações criminosas e a percepção de risco dentro

delas, o que reforça a base sistêmica do instituto.

Observa-se, ademais, que, uma vez trasladadas para o microsistema específico de combate à corrupção, estas características dos acordos de colaboração premiada ensejam a necessidade teórica e prática de que seus fundamentos e a multiplicidade de instâncias punitivas, vigente no ordenamento jurídico pátrio, sejam compatibilizados, em sua aplicação e incidência concreta. É que, racionalmente, mas também sob a ótica jurídica comum, a múltipla incidência de esferas autônomas de responsabilização pode converter-se em um elemento de incerteza, a impedir a formalização de tais acordos, ou favorecer o uso oportunista dos resultados obtidos com a negociação (o que se aproxima do chamado *free rider*), causando a violação da boa fé e da confiança, como princípios regentes da conduta estatal, e a ruptura dos pressupostos relacionais, lógicos, morais e sistêmicos do instituto. Em boa parte, porém, este problema é meramente aparente, como se há de demonstrar na sequência, pois é amplamente possível adotar uma solução interpretativa, a um só tempo racional e sistêmica, de modo a se potencializar a utilidade e viabilizar a utilização prática destas novas técnicas e mecanismos – como se deve e pode fazer em relação ao acordo de leniência previsto na LAC e a seguir examinado -, o que serve para concretizar os objetivos sociais e políticos, constitucionalmente positivados, de maior eficiência e efetividade no processo de repressão e controle da corrupção pelo Estado.

6. O ACORDO DE LENIÊNCIA NO MICROSSISTEMA ANTICORRUPÇÃO NACIONAL: CONSENSUALIDADE, NEGOCIAÇÃO E EFICIÊNCIA

Representativa dos novos paradigmas de atuação estatal no aprimoramento do controle e repressão da corrupção e da improbidade administrativa, que a complementa e acompanha, é, como visto, a ampliação do âmbito de incidência de institutos negociais de colaboração premiada: seja a delação correlata, na esfera criminal, seja o acordo de leniência, no âmbito civil - de que ora se trata.

A introdução do acordo de leniência no microsistema anticorrupção nacional cuida, portanto, de otimizar a eficiência e a efetividade da atividade estatal de repressão a ilícitos e condutas lesivas ao erário, especialmente nos casos de corrupção. Assim, troca-se ganho informacional relevante sobre infrações que dificilmente seriam detectadas ou

comprovadas adequadamente sem a participação do *insider*, por benefícios legais exculpantes, concedidos pelo Estado ao agente colaborador.

O sentido e o alcance da leniência, contudo, não se esgotam tão somente em oferta de benefícios à pessoa jurídica que, após corromper, coopera. Trata-se, em sua essência, de instituto de corte dúplice. De um lado, consiste em técnica especial de investigação, que visa permitir que o Estado se valha da colaboração ativa, livre e voluntária de infrator, que, antes de deflagrada uma investigação ou, embora iniciada, mas durante seu curso, traga relevantes e inéditas informações sobre práticas delitivas, sua autoria e materialidade, além da indicação de meios probatórios. Justifica-se francamente na constatação pragmática e simples de que, muitas vezes, o desbaratamento de delitos organizacionais é tarefa complexa, que envolve a custosa e improvável identificação de atuação ilícita coordenada e organizada, com liame de confiança e sigilo entre os perpetradores. Ou seja, o instrumento de consensualidade encerrado no acordo de leniência é algo mais que uma simples confissão, já que exige entrega, sem reserva mental, de dados mais amplos e sensíveis sobre condutas de terceiros, além da própria, bem como indicação e fornecimento de provas e de caminhos probatórios, e, por isto mesmo, pode ensejar significativas mitigações das penas ou, em casos isolados, sua remissão total.

Deriva disto que, em configuração bifronte, apresenta-se, de outro lado, também como um meio de defesa, uma estratégia à disposição do infrator na avaliação das probabilidades relacionadas a sua efetiva punição ou às possibilidades concretas de esquivar-se dela. Mas, ainda assim e por isto mesmo, uma vez inserido na ordem jurídica, trata-se de instrumento oferecido à defesa, cujo manejo não pode ser obstado ou dificultado injustamente, devendo, ao revés, ser autenticamente permitido ao agente colaborador a ele recorrer, e, através de juízo de proporcionalidade, que leve em conta a cooperação com o Estado no curso de investigações e para o maior proveito em relação às sanções que lhe podem ser impostas, dele beneficiar-se em várias vertentes, considerando-se especialmente sua sujeição ao sistema de múltipla incidência de responsabilização do ordenamento vigente.

Esta sua natureza dúplice, seja quando tomado como técnica especial de investigação, seja quando utilizado como legítima estratégia de defesa, deve ser levada em conta em sua efetivação, de modo a que se lhe confira a necessária atratividade como opção disponível aos interessados e, ao mesmo tempo, a devida segurança jurídica, sobretudo após

implementado em casos concretos, sem qualquer efeito reverso nem redução indevida das garantias afetas ao devido processo legal e à ampla defesa, com os meios a ela inerentes, que, obviamente, delineiam a tarefa de sua operacionalização prática tanto quanto, como não poderia deixar de ser, informam sua compreensão analítica e hermenêutica.

Neste sentido, é importante atentar que, no Estado Democrático de Direito, a sanção não é fim em si mesmo. Ostenta caráter instrumental e, como tal, deve consistir num meio necessário, suficiente e indispensável, mas sempre proporcional, para justificar sua imposição a um particular na repressão a conduta ilícita. Do mesmo modo, o acordo de leniência, método alternativo de investigação e negociação entre Estado e particular, deve corresponder a um desejável equilíbrio entre efetividade e eficiência administrativa no combate a delitos, de um lado, e integridade, consistência e coerência do agir estatal em todos os âmbitos, inclusive no repressivo, de outro.

Tomado sob a ótica da defesa, uma vez inserido na ordem legal de modo ampliado, seja na legislação antitruste, seja na LAC, com inovação sensível do microsistema correlato de combate à corrupção, o acordo de leniência deve ser sopesado à luz de sua efetiva utilidade e da otimização de suas potencialidades eximentes. Daí, manter a interpretação literal e isolada da norma da LAC, com sua restrição ao âmbito administrativo sancionador *tout court*, retira-lhe a devida atratividade e, do ponto de vista sistêmico e prático, nem dá, aos colaboradores, segurança jurídica para a ele aderir, já que continuam sujeitos a punições diversas, em esferas concorrentes e relativamente autônomas de responsabilização (posto que interdependentes), com o inconveniente de terem, no mínimo, facilitado a comprovação dos fatos irregulares praticados e, eventualmente, oferecido as provas correlatas, com o declínio do direito a não se autoincriminar. Logo, decorre deste novo quadro normativo a urgente necessidade de efetuar, racional e constitucionalmente, a recompreensão do alcance do direito estatal de punir, com base no marco da consensualidade e da cooperação, “*porque a falta de uma vinculação das esferas de punição administrativa torna a celebração de uma leniência, por força da confissão obrigatória, altamente arriscada para o infrator colaborador*”²⁰, reduzindo-lhe drasticamente a utilidade e o significado.

Percebe-se, pois, que a negociação sobre as penas ou sanções aplicáveis (seja em

20MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo Brasileiro*, v.2, n.2, 2015, p. 526. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/99195/98582>

quantidade, seja em extensão), para aquele que se dispõe a revelar delitos ao Estado, há de considerar e contemplar, sob o crivo da razoabilidade e proporcionalidade, todas as consequências possíveis da prática infracionária, garantindo-se, por outro lado, ao agente colaborador (mas, evidentemente, não aos demais infratores por ele delatados), a interdição da atuação, tornada desnecessária, das demais instâncias do direito sancionador. Esta solução, fundada na recompreensão da autonomia e interação entre as esferas de responsabilização no paradigma consensual e negocial, é a que mais se amolda aos vetores da confiança, da boa-fé e da expectativa legítima, vigentes no ordenamento pátrio, bem como ao caráter instrumental da sanção e à suficiência de sua aplicação necessária e útil, desde que proporcional.

Refrise-se que, especialmente no combate à corrupção, a leniência deve também ser compreendida e utilizada como instituto de detecção de infrações, não sendo possível, portanto, afastar o Ministério Público de sua negociação e celebração, o que é, ademais, uma garantia à defesa da obtenção de maior amplitude e plena abrangência das condições pactuadas na colaboração, se dela participar, desde o início, a Instituição ministerial pluricompetente para agir na matéria (ponto extensamente abordado em item próprio).

6.1. O acordo de leniência na lei anticorrupção: natureza jurídica, características, pressupostos e requisitos

Como instituto de interesse para o Direito, refrise-se, o acordo de leniência é espécie de ato jurídico convencional, que, a um só tempo, com natureza dúplice, correlaciona uma técnica especial de investigação e um meio de defesa. Funda-se no reconhecimento e na confissão de práticas irregulares lesivas ao interesse público pela pessoa jurídica que delas se beneficiou e na cooperação voluntária de tal agente faltoso que, ao colaborar com o Estado, permite-lhe obter novas e relevantes informações e provas, com a correlata identificação de materialidade e autoria, atinentes a atos ilícitos cometidos, os quais podem ser sancionados, com reflexos em diferentes esferas de controle e responsabilização estatal. Com isto, incrementa-se o nível de eficiência e de celeridade das investigações relativas não a toda e qualquer conduta, mas a determinados tipos de infrações, que, por sua complexidade, natureza e organização, são especialmente difíceis de serem detectadas através da exclusiva atuação de órgãos do poder público. Em contrapartida, o infrator - consubstanciado, especificamente, na pessoa jurídica corruptora -,

recebe benefícios legais pela colaboração, submetendo-se, através de acordo, a uma singular modalidade de sancionamento por seus atos ilícitos.

Observe-se, a propósito, que, até o advento da LAC, a leniência manteve-se como instituto próprio da legislação de defesa da concorrência no Brasil²¹, justamente porque sua utilidade deriva de seu efeito mais visível e direto, que é o de afetar a estabilidade de práticas colusivas, envolvendo múltiplos atores, como são os cartéis entre agentes econômicos privados, quando um dos participantes resolve romper o ajuste silencioso com os demais e entrega informações sobre as infrações ao Estado.

A possibilidade de serem celebrados acordos entre particulares e poder público, em sede reparatória ou até sancionatória, contudo, não é completamente nova. Já é francamente adotada, sob roupagens específicas, em diferentes matérias, como ocorre com termos de ajustamento de conduta e termos de compromisso de cessação, em setores fiscalizados e/ou regulados, e, de modo destacado, por exemplo, em relação a débitos privados com o Estado. Atualmente, diversos meios de resolução de conflitos têm sido incentivados, pelo ordenamento jurídico²², o que denota forte tendência que se tem consolidado paulatinamente. Por isto mesmo, este movimento favorável à consensualidade não pode ser ignorado no âmbito do direito sancionador, pois, se até em matéria penal, *ultima ratio* do sistema punitivo, há fórmulas consagradas já há anos de transação, como as previstas na Lei nº 9.099/1995, além das advindas da evolução da delação premiada, não há motivos para se afastar a ampla incidência do acordo de leniência introduzido pela LAC em contexto abrangente e pleno de responsabilização civil e administrativa de agentes infratores.

21 Antes da inserção na LAC, o acordo de leniência já havia sido introduzido no âmbito do direito antitruste, através da Lei nº 10.149/2000, que acrescentou os arts. 35-B e 35-C, à Lei nº 8.884/94, dispondo que a autoridade competente poderia celebrar tal ajuste com infratores, tendo sido prevista, inclusive, a extinção da punibilidade de crimes contra a ordem econômica, da Lei nº 8.137/90, em caso de seu efetivo cumprimento. Atualmente, a Lei nº 12.529/2011, que revogou a Lei nº 8.884/94, estabelece, em seus artigos 86 e 87, o Programa de Leniência, na esfera antitruste, também prevendo a extinção da punibilidade para crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90, e para os demais diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/93, e no art. 288 do Código Penal, se cumprido o acordo de leniência celebrado com a autoridade antitruste (Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)). A par de outras incongruências e impropriedades técnicas que afetam a higidez do instituto na esfera antitruste, dada a expansão de seus efeitos eximentes para o campo penal, apesar de não prevista a participação efetiva do Ministério Público na celebração do acordo de leniência, o que se tem corrigido na prática adotada pelo CADE, há ainda outras dúvidas relevantes sobre se sua imunização penal abarca determinados tipos, em função de critérios próprios de incidência de normas penais, relativos à interação adequada entre tipos no tempo e à ultratividade da lei penal (como as que envolvem a nova tipificação do crime de lavagem de dinheiro e afins, da Lei nº 12.683/2012, posterior à Lei nº 12.529/2011 da seara concorrencial. E também a nova lei das organizações criminosas, Lei nº 12.850/2013, cuja abrangência pela imunização antitruste é duvidosa, já que, mesmo em relação a ilícitos aparentemente mais restritos à ordem econômica, tal benefício poderia vir a atingir vários fatos tipificados em diploma especial, em solução talvez não aventada pelo legislador).

22 Confira-se, a propósito, item 5.1, *supra*.

Nesta medida, a leniência que, por seu sentido lexicográfico, identifica-se com o abrandamento da consideração dos efeitos punitivos de condutas infracionárias, deve ser compreendida como um acordo entre um infrator e a Administração sancionadora, dentro de parâmetros legais. E, como tal, é obviamente um acerto que deve trazer utilidades recíprocas para as partes celebrantes. O particular, infrator, visa à redução das sanções que lhe seriam aplicáveis, ou, em nível máximo, tenciona obter imunidade ou isenção total de penas. A Administração Pública, por seu turno, recebe informações relevantes e provas sobre atos ilícitos que lhe compete reprimir e que desconhecia e que, dado seu traço colusivo e a usual falta de vítimas individualizadas, muito dificilmente, viria a detectar com inteireza e de modo oportuno e útil, agravando mais os prejuízos por eles gerados à sociedade. Trata-se de negócio jurídico consensual, integrado à atividade sancionadora estatal, que exige, além da espontaneidade e voluntariedade na adesão pelo infrator, obrigações recíprocas e a consideração adequada do interesse público na celebração de seus termos.

Para que este instrumento consensual de negociação possa alcançar melhores resultados, sobretudo logrando induzir comportamentos positivos ou negativos dos agentes econômicos, deve estar inserido em um programa oficial de leniência, apto a estimular a adesão voluntária. Isto, no entanto, requer que estejam claramente apresentados, ao infrator que pretende colaborar, os elementos de risco a serem sopesados (em que concorrem as probabilidades de detecção oficial pelas autoridades, a severidade das sanções previstas e o receio de punição efetiva) e aqueles de incentivo (afetos aos benefícios legais, o grau de imunidade passível de ser obtida, a transparência e objetividade das regras relativas ao acordos e a espaços limitados de discricionariedade estatal na efetivação das avenças).

Assim caracterizado, o instituto certamente serve para fomentar a colaboração de envolvidos em atos sob investigação ou passíveis de apuração, para tornar mais efetiva a aplicação de sanções administrativas e civis, e, eventualmente, em paralelo, até as penais que atingem pessoas físicas autoras ou partícipes nos mesmos fatos. Volta-se também a incrementar e agilizar a reparação de danos, ainda que não se volte especificamente a tal finalidade. Tudo isto, por sua vez, depende de segurança jurídica, que deve derivar de sua adequada implementação pelos interessados, partes públicas e privadas.

Delimitados estes fatores, a leniência afigura-se atrativa e dotada de racionalidade bastante para fomentar atitudes cooperativas, ainda que utilitaristas, exurgindo claramente,

daí, seu caráter de estratégia ou recurso de defesa, que deve poder ser utilizado em toda sua extensão pela pessoa jurídica infratora que disto pretenda valer-se, realizando negociação segura, previsível e confiável, a fim de obter o potencial eximente que a lei possibilita. Assim, deve também ser visto como corolário do princípio da consensualidade, ao servir à substituição da litigiosidade nos conflitos ou da imperatividade do Estado em suas relações com a sociedade, inclusive no âmbito sancionador, do que decorre maior eficiência e legitimidade nos resultados e níveis de punição alcançados.

Como opção da defesa, é instituto facultativo e espontâneo, o que assegura a constitucionalidade de sua inserção no microssistema anticorrupção e sua correta concretização na prática, a exemplo do que se dá com seu congênere na área penal. É que, tal como ocorre na delação premiada para pessoas físicas, embora a pessoa jurídica infratora abra mão de seu direito ao silêncio e à não-autoincriminação, ao decidir colaborar com o poder público, ela deve exercer e exercita juízo voluntário, livre de coerção, em escolha racional, bastante relacionada com as condições de sua existência material e sobrevivência no mercado. Contraditório e ampla defesa, por sua vez, enquanto garantias fundamentais, são respeitados, já que as informações obtidas não são provas, mas devem ser corroboradas, no devido processo legal, em relação aos delatados pela pessoa jurídica colaboradora. O mesmo vale para as provas fornecidas, que devem ser processual e contraditoriamente validadas, nos termos de lei.

Neste ponto, vale destacar que a defesa, seja da pessoa física, seja da empresa, assegurada constitucionalmente, é aquela realizada pelo próprio acusado, cuja maior expressão é o momento de suas declarações ou interrogatório. Assim, a autodefesa consiste, essencialmente, no direito de participar do processo e nele estar presente, entrelaçando-se, por conseguinte, com a exigência de imediata publicidade processual. Além disto, em função do direito ao silêncio, que requer o respeito à impossibilidade de autoincriminação - *nemo tenetur se detegere* (CF, 5º, LXIII e CPP, 186) –, o direito à autodefesa, no contexto do devido processo legal contraditório, situa-se na esfera da disponibilidade do infrator acusado.

Ao lado da voluntariedade e do traço de consensualidade que o legitima sob a ótica de uma Administração Pública democrática, ainda quando voltada para a eficiência, o acordo de leniência exige do infrator, para se perfectibilizar, a admissão e reconhecimento da participação em práticas ilícitas, lesivas ao erário. Não obstante, cuida-se de um modo de

confissão qualificado, porque não se esgota na admissão dos fatos, estando profundamente ligado à cooperação ativa e plena com as atividades dos procedimentos sancionadores, decorrente das obrigações assumidas na negociação, especialmente com a revelação ampla e efetiva dos fatos e provas noticiados e a indicação de outros envolvidos.

Ainda na linha das obrigações recíprocas que a leniência impõe, incumbe ao Estado, quando negocia, atender ao interesse público, sopesando e ponderando os custos e vantagens da avença para sua atividade de repressão e defesa do erário, inclusive. Nesta linha, a melhor e mais rápida elucidação de ilícitos advinda da cooperação, que poderia eventualmente até não ocorrer, se inexistente o acordo e mantidas a ignorância estatal sobre as condutas lesivas e sua respectiva impunidade, deve ser positivamente valorada, ao lado do juízo de proporcionalidade sobre as benesses conferidas em função da colaboração prestada.

Em termos estritamente legais, o acordo de leniência na esfera anticorrupção brasileira depende de pressupostos e requisitos específicos, que devem estar presentes para sua adequada celebração.

Assim é que a LAC estabelece, em seu capítulo V, no artigo 16, *caput* e incisos²³, os pressupostos para a celebração do acordo de leniência, ligados ao resultado da colaboração prestada, a saber: a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Dito de outra forma, da colaboração da pessoa jurídica infratora deve resultar a revelação ágil de dados e provas, inclusive documentais, sobre autoria e materialidade de ilícitos.

No parágrafo 1º do mesmo artigo LAC dispõe sobre os requisitos cumulativos para a leniência. Deve a pessoa jurídica interessada na cooperação e nos benefícios resultantes, atender, ao mesmo tempo, três exigências: a) a precedência na manifestação de interesse na colaboração; b) a cessação completa de seu envolvimento e participação nos atos lesivos, a partir de quando proposto o acordo; c) a realização de confissão qualificada pela

²³Diz a LAC: “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.”

cooperação, ou seja, a admissão de sua participação nos ilícitos, a cooperação plena e permanente com as investigações e desdobramentos legais, inclusive comparecendo, às suas custas, até o fim, aos atos processuais.

Deduz-se destes parâmetros legais que a leniência não é nem pode ser encarada como anistia geral, ao alcance de cada pessoa jurídica infratora em determinada situação, já que apenas o primeiro interessado, que trouxer informações novas e relevantes sobre materialidade, autoria e provas de fatos ilícitos, pode candidatar-se aos benefícios que a cooperação, se admitida, enseja, após admitir plenamente sua participação e responsabilidade pelas condutas ilícitas noticiadas e promover cooperação ampla e sem reservas, enquanto durarem investigações e processo.

Percebe-se, pois, que a legislação exige e espera da pessoa jurídica colaboradora uma atitude cooperativa autêntica, desenvolvida de maneira oportuna, ampla e efetiva, em troca dos benefícios legais que pode obter²⁴.

Aspecto de se realçar, neste passo, é o da oportunidade. A leniência funciona *ex post*, ou seja, refere-se a ato lesivo já consumado. O acordo pressupõe, por outro lado, um programa de desistência, tal como determina a lei: deve a pessoa jurídica cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo, o qual, por sua vez, deve decorrer de iniciativa espontânea do infrator. Esta característica não configura simples elemento formal, mas é constitutiva da especial natureza do instituto. Este, ao se fundar na pressuposição de que a Administração esteja na ignorância de determinada conduta, não condiciona a proposta de acordo a qualquer ato oficial, não sendo de se esperar do Estado tal iniciativa, mas do particular, no exercício de uma faculdade, voltada ao reporte voluntário e espontâneo de infrações e que deve ser efetivada antes de outros envolvidos, nos casos de infrações societárias.

A precedência na manifestação de interesse em colaborar, enquanto o Estado não detém elementos informacionais relevantes e pode atender à oferta do particular infrator, relaciona-se com a constatação de que a leniência exige também uma oportuna confissão, embora nela não se esgote, como já afirmado. É que se trata de uma forma qualificada de reconhecimento de participação em ilícitos, porque requer ainda a cooperação ativa do

²⁴Prevê a LAC os benefícios legais aplicáveis em sede de leniência, no parágrafo 2º do artigo 16, que assim dispõe: “§ 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.”

infrator para o deslinde fático e jurídico da investigação correlata. A necessidade do Estado obter informação sobre a conduta ilícita e os demais envolvidos exige a simplificação na consideração da responsabilidade do interessado no acordo, e, ademais, a harmonização do apenamento nas diversas esferas sancionatórias a que está sujeito. E exatamente porque seu principal objeto é o conhecimento de algo relevante para a repressão de infrações, sob a ótica estatal, pressupõe-se que a parte que informa não tenha qualquer reserva mental, o que existiria potencialmente caso não houvesse admissão ampla, e de plano, da ação ilícita.

Note-se ainda, por relevante, que a confissão cooperativamente prestada, que fundamenta a mitigação da sanção, não tem funcionalidade de converter em lícito, o ato ilícito que tenha, eventualmente, favorecido a pessoa jurídica. Como está inclusive expresso na LAC, no parágrafo 3º do artigo 16, "*o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado*", o qual decorre de ato ilícito e, como tal, gera o dever de indenizar pela lesão causada. O benefício ao particular reside na redução ou na retirada das penalidades, consoante os termos da lei. Entretanto, se a empresa espera conseguir a impunidade, porque o sistema é falho, por exemplo, ou se consegue administrar a inefetividade da sanção, postergando seu cumprimento e evitando também a reparação dos danos, seu cálculo, sobre a conveniência de sua adesão ao programa de leniência, embute na relação custo-benefício a ausência de real vantagem na sua confissão sobre algo que a Administração ainda sequer sabe. E, neste caso, a colaboração certamente deixa de ser atrativa.

Tal advertência é importante porque, se, no âmbito criminal estrito, até as forças policiais, no Brasil, têm dificuldades para a produção de prova, é de supor que o procedimento previsto na LAC, a cargo da Administração lesada, que é a própria vítima, deixa dúvidas sobre a adequada capacidade do administrador reconhecer a hipótese de corrupção e ser capaz de prová-la em tempo oportuno. Ademais, a corrupção envolve, muitas vezes, tanto fluxos financeiros quanto os de comunicação entre os interessados, que transitam crescentemente por meios tecnológicos e telemáticos. O sigilo bancário é, neste sentido, um grande entrave para a prova da corrupção. Alie-se a isto que redes criminosas mais sofisticadas podem montar operações internacionais, ou valer-se de caminhos variados e mais complexos, que tornam difícil o conhecimento de suas ações pelo investigador na Administração Pública, limitado em seu treino, suas atribuições e seus meios de busca e cooperação interna e externa, ao que se

acresce ainda a necessidade nem tão eventual de medidas sob reserva de jurisdição, o que impede seu conhecimento diretamente pelo procedimento administrativo. E, em se tratando de comunicações, ademais da reserva de jurisdição, há a restrição constitucional que limita a quebra do sigilo e o acesso aos conteúdos, aos casos de investigação criminal.

Não obstante, afigura-se que a previsão legal de um prazo prescricional mais elástico, na LAC, que apenas começa a fluir com o conhecimento da infração, aliada à múltipla incidência de instâncias relativamente autônomas e à separação do regime de responsabilidade das pessoas física e jurídica, gera mais um elemento de incerteza sobre a impunidade e a capacidade estatal de detecção das infrações, que pode tornar atrativo, ao infrator, recorrer ao acordo de leniência e aos prêmios da cooperação prestada.

Elemento ínsito à possibilidade desta negociação cooperativa em sede de direito sancionador e constitutivo do instituto premial da leniência é, como destacado, o ganho informacional do Estado, obtido com a colaboração do próprio agente infrator. A corrupção costuma fazer uso da função pública como normal exercício da atividade administrativa, para conferir a legitimidade do *colore officii* ao ato com causa espúria. Desta forma, ou convive com o segredo puro e simples, comum às duas partes, ou assume a “cor do ofício”, como se encerrasse em si o normal exercício da função pública. E exatamente porque há colusão e aparência de normalidade, a envolver a conduta ilícita de uma pessoa jurídica, é que se justifica, como tem sido feito na esfera antitruste, a ampla extensão da colaboração premiada, transposta pela LAC ao âmbito anticorrupção.

Ademais, dada a natureza instrumental da sanção, se há negociação bilateral e equilibrada que a dispensa, objetivando atingir finalidades públicas e obter efetivo ganho informacional em determinadas circunstâncias, não há autêntico abandono do interesse público, mas a adoção do instrumento que melhor o realiza em tais condições, justificando as vantagens legais concedidas ao infrator colaborador, cujo acerto e valor hão de ser auferidos comparativamente, relacionando-se o contexto atualizado com sua efetivação e o que havia e eventualmente permaneceria, sem a medida.

A relevância das informações prestadas e seu ineditismo são essenciais à possibilidade de celebração de acordos e dizem direto respeito ao grau de efetividade que se pode obter com ele, na apuração de ilícitos. Se pode ser correto compreender que o colaborador tem obrigação de meio e não necessariamente de resultado, o qual refoge a seu

controle, em razão de diferentes variáveis, não é menos legítimo entender que a capacidade autêntica de colaboração útil e real é pressuposto para a negociação. Sem ela, não há como transacionar e barganhar de modo franco e efetivo.

A utilidade das informações, por seu turno, relaciona-se com o potencial de otimizar as investigações e punições, acelerar os procedimentos a tanto necessários, conferir maior certeza às apurações e sanções impostas e, quando possível, oferecer a reparação total do dano ou, ao menos, promovê-la na melhor medida possível, sem outorga de quitação integral, ainda que este seja apenas um efeito possível e colateral, não essencial da leniência. Em suma, há colaboração útil quando há ganho informacional efetivo, com satisfação do interesse público na apuração dos fatos e na correta imposição da lei e não apenas na recomposição patrimonial do Estado, advinda da otimização da reparação do dano. A aferição do valor agregado pela colaboração só pode ser feita comparativamente, após desveladas as informações que traz, devendo-se evitar a tentação de avaliações simplistas que olvidam completamente o custo da anterior ignorância estatal sobre o ilícito.

A propósito, impende explicitar novamente que, a par do incremento informacional para a efetividade da punição, em sede anticorrupção, a leniência não é exatamente o meio para a ágil obtenção de ressarcimento patrimonial e restituição do dano. Se isto é desejável, necessário e oportuno, não é suficiente nem essencial para a celebração do acordo de leniência, cujo escopo é mais amplo do que aquele afeto à proteção patrimonial do Estado e sua recomposição econômica. O interesse público primário e os interesses sociais a serem alcançados com a leniência dizem com a salutar aplicação da lei na repressão a ilícitos, além da prevenção geral e especial que daí advêm e dos outros efeitos positivos, indutores de mudança comportamental nos agentes econômicos, com aporte de mais *fair game* e integridade na relação entre setor público e privado.

Imprescindível, para a validade do acordo de leniência, como acima indicado, é o inerente interesse público em sua celebração, cuja configuração pode ser verificada pela análise da proporcionalidade e do equilíbrio entre os benefícios legais concedidos ao infrator colaborador e o proveito obtido pelo Estado na investigação. Nesta medida, só são legitimamente negociáveis as benesses que se justifiquem como necessárias e úteis, adequadas e estritamente proporcionais, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas específicas. No exame dos benefícios concedidos, o que só pode ser adequadamente feito em cada caso

concreto, devem ser ponderados, sob a ótica da proporcionalidade e de sua métrica tríplice, o ganho informacional efetivo e o valor da colaboração prestada. Ilustrativamente, pode-se aventar os seguintes fatores para análise: o número de ilícitos e infratores antes desconhecidos pelo Estado e com a colaboração, revelados; a quantia de circunstâncias relativas às lesões ao erário desveladas, inclusive aptas a aprimorar a determinação do valor dos danos causados e promover o ressarcimento mais amplo; a quantia ressarcida ou antecipada a este título; os programas de *compliance* adotados pela infratora; o valor das sanções negociadas e o tempo das restrições aceitas voluntariamente, dentre outros.

Mister advertir que, tal como na esfera penal, em que não há uma tabela matemática única para fundamentar os cálculos de aplicação da pena, na leniência, devem ser levados em conta os parâmetros legais relativos aos benefícios, à luz das circunstâncias dos casos concretos, de modo fundamentado e tornado inteligível na decisão ou no termo do acordo, para o devido controle de sua racionalidade e razoabilidade pelos destinatários, por terceiros afetados e pela sociedade. Assim, devem ser sopesados, por exemplo, o grau de novidade e ineditismo das informações prestadas, o volume de ilícitos e dos respectivos envolvidos trazidos ao conhecimento estatal, as provas e documentos fornecidos e sua utilidade, bem como os caminhos de prova indicados pelo colaborador, a viabilidade de acesso e utilização das provas fornecidas (quando guardadas no exterior e trazidas ao país; em mídia criptografada cujo acesso seja franqueado; em volume estratosférico de dados, sem condição de mapeamento útil ou ágil etc). O próprio volume adiantado em termos de indenização voluntária dos danos causados, embora não diga respeito necessário à leniência, no sentido de que ela pode se configurar sem o ressarcimento - que continua devido, então -, deve ser levado em conta como indício da boa vontade e disposição em cooperar integralmente com a reparação integral do patrimônio público e da Administração lesada. Basicamente, devem ser avaliados os ônus e os bônus da colaboração premiada consensualmente estipulada, identificando-se os desdobramentos práticos das vantagens concedidas ao colaborador em troca de sua conduta cooperativa e da utilidade e amplitude do ganho informacional do Estado e no incremento da efetividade na atuação repressiva estatal que a colaboração ajudou a obter, sem se olvidar, em momento algum, dos comandos e valores constitucionais imperativos.

6.2. Acordo de leniência como desdobramento do princípio da eficiência no combate à

corrupção e à improbidade administrativa

Na operacionalização concreta do direito sancionador, em qualquer de suas esferas, a tônica efficientista crescente no mundo contemporâneo, que demanda inovação e modernização das técnicas e instrumentos de investigação e produção de prova e a recompreensão racional do funcionamento de institutos legais, para dotar de efetividade o sistema punitivo estatal, não pode significar inobservância nem desobediência aos irrenunciáveis postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa nem aos demais comandos constitucionais.

Ao contrário. Toda esta influência internacional, com a intensificação da consensualidade como alternativa, inclusive ao Judiciário, para a pacificação social e solução de conflitos, concilia-se, no Brasil, com valores constitucionais, destacando-se, de modo especial, o postulado da eficiência administrativa (CF, 37). A adoção de acordos de colaboração premiada, como a recentemente inserida no microssistema anticorrupção pela LAC, desponta, em tal contexto, também sob a ótica das opções de defesa do agente infrator, não só como providência necessária e viável, mas também como instrumento desejável para otimizar o combate à corrupção e a outras práticas ilícitas a ela relacionadas, como a improbidade administrativa, que tanto afetam o Estado, comprometendo a boa gestão pública, seus princípios regentes e a consecução de seus fins, inclusive em relação à concretização de direitos fundamentais, além de gerarem graves prejuízos ao erário.

Sob esta perspectiva, a compreensão do alcance do princípio da eficiência e de seus desdobramentos deve fundar-se no modo de sua interação com o Estado e as ações típicas de seu aparato burocrático. Nesta medida, a reconfiguração contemporânea sofrida pelo Estado constitucional, que abandona o estrito modelo liberal, transitando dos influxos sociais intervencionistas, para um figurino de controle normativo e regulação, reflete-se nas ressignificações do pendor efficientista, quando inserido na ordem jurídica. Este parte de uma ótica utilitária, retrospectivamente devotada a identificar a produção de resultados e a eficácia social das normas e, em virada prospectiva, volta-se à busca da efetividade do próprio direito²⁵, a qual se espraia pela concretização de suas normas através da atuação estatal.

25 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Princípio da Eficiência. In: _____. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007, p. 373-374. Em resumo simplista, quase vernacular, é de se lembrar que eficiência diz com o melhor meio de se realizar algo, com economia de tempo e de recursos; eficácia é obtida com o atingimento de uma meta ou objetivo; e, por sua vez, efetividade refere-se à capacidade de se realizar algo do melhor modo possível. Assim, a efetividade alia a eficiência à eficácia.

Em seus desdobramentos práticos, o princípio da eficiência requer dos agentes públicos, em todos os poderes que destinem seus melhores esforços à boa gestão administrativa dos recursos orçamentários e humanos, para conferir efetividade às promessas constitucionais expressas no catálogo de direitos fundamentais. Para tanto, no Brasil e alhures, é necessário realizar autêntico enfrentamento e combate à corrupção, fenômeno complexo com negativas repercussões políticas, econômicas e sociais, que, como apontado acima, dificulta ou até mesmo impede o desenvolvimento socioeconômico de um país, impondo graves prejuízos para as instituições democráticas.

A máxima da eficiência vincula-se, portanto, às necessidades estatais de controle e combate à corrupção, sob a ótica juridicamente limitadora que caracteriza a competência punitiva do poder público, entendida não como um fim em si mesma, mas um meio apto a facilitar a concretização dos objetivos constitucionais primários. Nesta medida, os órgãos de fiscalização e persecução das práticas corruptas e lesivas ao erário devem dispor de mecanismos dotados de eficiência e efetividade suficientes ao bom desempenho de suas funções. Não obstante, como é evidente, estes, ao serem orientados pela lógica efficientista, devem conviver em harmonia com os demais princípios setoriais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade) e com os direitos e garantias fundamentais de proteção dos cidadãos, pois o direito sancionador, em qualquer de suas vertentes (administrativa, civil, penal), mesmo ao ser usado para apuração de ilícitos e aplicação de sanções pela prática de corrupção ou de atos lesivos ao erário e à moralidade administrativa, não pode perder o seu caráter de instrumento de defesa dos cidadãos frente ao poder repressivo do Estado.

Decorre daí a constatação de que a eficiência também constitui mais uma qualidade do devido processo legal, a ser observada estritamente na operacionalização do poder punitivo estatal. Além de adequado, o procedimento em contraditório deve ajustar-se, com eficiência, às peculiaridades da causa, do direito a ser aplicado e das partes envolvidas²⁶, o que ainda requer observância do juiz natural, da isonomia, da celeridade e duração razoável.

Pode-se deduzir, nesta esteira, que, no Brasil, o sistema de justiça, sob o enfoque do princípio da eficiência, clama por alternativas que tragam melhores resultados e

26CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 233, n. 39, p. 78, jul. 2014. Disponível em: <http://www.academia.edu/9253169/A_previsão_do_princípio_da_eficiência_no_projeto_do_novo_Código_de_Processo_Civil_brasileiro>. Acesso em: 10 dez. 2016).

efetividade na imputação de responsabilidades e punição dos atos lesivos ao erário e à Administração Pública e seus princípios informadores, seja no âmbito penal, seja na esfera da LAC ou naquela da LIA. Tais condutas ilícitas desafiam constantemente o funcionamento dos órgãos de controle e das instituições responsáveis pela tutela dos interesses da moralidade, da probidade administrativa e do patrimônio público, afetados na credibilidade de seu desempenho, até porque “[...] *a ineficiência administrativa deteriora a imagem do setor público no meio comunitário, produz desgaste institucional, gera descrédito da instituição pública na sociedade*”²⁷.

Alternativa recente e relevante neste cenário é o manejo do acordo de leniência, inserido no microssistema anticorrupção pela LAC, cujo potencial espraiamento a outras esferas de responsabilização, além de representar inegável ganho de eficiência, é não só desejável como se tem mostrado socialmente oportuno e juridicamente adequado, inclusive sob a ótica da atuação funcional indispensável do Ministério Público nesta matéria, como tratado a seguir.

Vale notar, ademais, que, se utilizado com rígida observação dos postulados da eficiência, aliada aos imperativos constitucionais de razoabilidade, proporcionalidade, confiança e segurança jurídica, o instrumento negocial e premial da LAC, apesar de potencialmente vocacionado ao êxito, mas por certo insuficiente a assegurá-lo, apresenta-se como medida cada vez mais necessária, quiçá imprescindível, à obtenção de resultados mais favoráveis na sensível e complexa esfera anticorrupção.

7. A ATUAÇÃO FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE LENIÊNCIA: LEGITIMAÇÃO QUALIFICADA E PARTICIPAÇÃO NECESSÁRIA

No contexto do novo modelo negocial de detecção de infrações e aplicação consensual de sanções, pedra angular do microssistema anticorrupção brasileiro, o Ministério Público desponta como a Instituição estatal que possui interessantes particularidades decorrentes de seu estatuto constitucional.

Este é exatamente o caso do acordo de leniência. Previsto na lei anticorrupção, este instituto negocial depende da necessária observância da transversalidade em sua

²⁷ OSÓRIO, Fabio Medina. *Ibid.*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 153.

configuração concreta, para obter sua máxima utilidade. Seu caráter transversal decorre da heterogeneidade das situações em que estão a pessoa jurídica infratora, como parte privada disposta a colaborar, de um lado, e a Administração Pública, de outro. Em razão da autonomia das instâncias de responsabilização, como sabido, é comum que o poder público apresente-se fragmentado, com órgãos diversos, que detêm pretensões sancionadoras distintas. Entretanto, para o particular, sua realidade infracional é una, ainda que informada e reportada a diferentes canais estatais. Para compatibilizá-la com a fragmentação organizacional do Estado, no intuito de se assegurar efetivo equilíbrio às posições de cada parte, deve-se, preferencialmente, efetuar a negociação de um acordo único, transversal, que contemple adequadamente os interesses dos celebrantes e, especialmente, os do ente estatal considerado amplamente e não em razão de cada uma de suas expressões funcionais ou orgânicas.

A celebração de acordos transversais é, ademais, essencial à apuração de delitos cometidos por organização criminosa com atuação empresarial²⁸. Em tais casos, a informação, elemento constitutivo do acordo, vincula-se diretamente ao relevante problema de sua titularidade. É o que se verifica, por hipótese, em fraudes a licitações perpetradas por organização criminosa composta por diferentes firmas, em que nem todos os envolvidos têm disponibilidade fática ou jurídica sobre os dados relativos à atuação de uma das empresas participantes, os quais tendem a estar na titularidade da pessoa jurídica específica. Por outro lado, seus administradores e funcionários estão submetidos à pretensão criminal, enquanto o ente moral está sujeito a sanções em esferas distintas (anticorrupção e improbidade administrativa). Nem sempre a negociação conjunta, abrangendo todos os agentes e as diferentes searas de punição, é possível. Fatores que complicam a unificação referem-se, muito de perto, às peculiaridades do campo penal. Neste, a informação noticiada podem voltar-se a fundamentar outras medidas investigativas sigilosas, o que, aliado à dinâmica da delação premiada criminal, dificulta a negociação compartilhada. Vale lembrar, por oportuno, que o combate a organizações criminosas e o processo penal instrumentalizam atos que podem ser desdobramentos do instrumento negocial, como a ação controlada, a quebra de sigilos e a realização de buscas e apreensões, deflagradas a partir das informações da colaboração e, como medidas jurídicas, indisponíveis à atuação típica do sistema de controle e fiscalização em sede civil e administrativa.

²⁸Para a compreensão da transversalidade a partir da ótica da eficiência do instituto premial e de sua inerente base informacional, confira-se o item 5, *supra*.

Em tais contextos delitivos, resta claro que o Ministério Público, que atua qualificadamente em matéria criminal, por ser o titular exclusivo da persecução penal pública e dispor dos correlatos poderes requisitórios, deve ter atribuição negocial para acordos coligados ou conexos, que justificam a participação da pessoa jurídica nas tratativas e execução do acordado, através, portanto, de leniência, fundamentando a segurança jurídica e a base negocial.

De qualquer forma, a base negociada para a participação da pessoa jurídica em negócios processuais com o Ministério Público, dado seu perfil pluricompetente, deve lastrear-se não só na necessidade de tratamento integral de todos os aspectos punitivos referentes aos ilícitos revelados, sob a perspectiva retributiva proporcional e justa, em face do alcance da colaboração prestada, mas também na certeza do respeito aos compromissos assumidos pelas partes. E, sob a ótica da empresa, isto significa garantia de validade, perante o próprio Estado, em qualquer de suas faces, das vantagens acordadas. Vale dizer: garantia de preservação do pactuado pelo Estado, através do Ministério Público, na avaliação ampla do valor de sua colaboração para o ganho de eficiência estatal na repressão a ilícitos, com a correspondente atribuição dos bônus e benesses sancionatórios. A legítima aspiração da colaboradora é de que as vantagens a ela concedidas negociadamente, no instituto premial, não devem conviver com usos oportunistas nem impertinentes das informações e provas por ela oferecidas na colaboração. A boa fé é uma das colunas dos acordos, que vincula não apenas a parte privada, mas, igualmente, a parte pública. Usos futuros que causam perplexidade ao fundamento e inteligência do acordo tendem a se afastar da boa fé, sendo inaceitáveis, ainda quando haja compartilhamento dos dados entre as instâncias de controle e fiscalização do Estado²⁹.

Importa registrar, neste passo, que o modelo racional e ideal para que sejam atingidos os propósitos constitucionais da inserção do instituto premial no microsistema anticorrupção, é, sem maior dúvida, o estabelecimento de uma relação de cooperação interinstitucional entre Ministério Público - único titular das ações penais públicas que envolvem crimes correlatos às práticas lesivas à Administração Pública indicadas na LAC, nos termos do artigo 129 da Constituição -, e os demais órgãos de controle e fiscalização da Administração Pública. Sem a intervenção ministerial nas negociações de acordos de leniência, eventuais condutas delituosas cometidas pelos responsáveis das empresas envolvidas

29 Para negociação sobre dano, confira-se, a propósito, o item 8.9, *infra*.

podem não vir a ser detectadas adequadamente ou sequer se tornar conhecidas pelo Estado, afetando o exercício de seu poder-dever de persecução criminal, dada a possibilidade de que não sejam inteiramente reveladas pela firma colaboradora, em omissão dolosa ou não, nem corretamente detectadas pelo poder público lesado, que não detém instrumentos técnicos nem experiência e autonomia ínsitas à apuração de tais ilícitos.

Deve-se também levar em conta, de modo destacado, a natureza constitucional da titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público e a garantia correspondente da inafastabilidade da jurisdição. Daí advém que a ação penal não está na disponibilidade do sistema administrativo de controle. E encontra menos fundamento ainda quando se pretende tratá-la como fórmula hábil para a agilização do ressarcimento de danos ao erário, em óbvio desvirtuamento de seu significado e alcance. A leniência só se justifica, como antes afirmado, para a detecção de infrações, não para busca da impunidade de fatos que possam já ser objeto de anterior investigação ou ainda demandar apuração em esferas mais amplas e gravosas do direito sancionador, como é o caso da instância criminal.

À luz dos ditames constitucionais, portanto, não há qualquer perspectiva lógica e sistemicamente adequada que indique como proceder à celebração de acordos de leniência sem a participação efetiva do Ministério Público. Medida oposta, que busque afastar o acompanhamento e o controle ativo ministerial durante a negociação e formalização de avença deste tipo, em caso de sua condução e realização isolada por órgãos de controle do Poder Executivo, por exemplo, debilita e atinge indevida e ilegitimamente a persecução penal do Estado. Nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal, o Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal, de modo que toda e qualquer providência, em sede de apuração de ilícitos e infrações de qualquer natureza, que tenha, direta ou reflexamente, repercussão de caráter penal, depende da participação efetiva do órgão acusatório. Na esfera do direito sancionador anticorrupção, por seu turno, é certa a repercussão criminal dos fatos apurados, dada a própria natureza de tais ilícitos, como se verifica de simples leitura do texto do artigo 5º e incisos da LAC, na descrição tipológica das condutas abrangidas. As irregularidades e atos lesivos ali relacionados, praticados em prejuízo da Administração Pública nacional ou estrangeira, não deixarão de poder configurar, também e invariavelmente, ilícitos penais, cuja titularidade exclusiva para imposição das competentes sanções é do Ministério Público e do Judiciário, sendo inadmissível que sejam postos à margem das fases de detecção e seleção de

casos atribuídos a seu exercício funcional típico, o qual, dada a independência que os distingue institucionalmente, é juridicamente estabelecido e operado pela autodeterminação interna do próprio sistema de Justiça, que, sem outra subordinação, além das constitucionais e legais, define e afirma suas competências, sob pena de subversão do princípio democrático da separação dos poderes.

Impende refrisar-se, além disto, que as provas necessárias ao esclarecimento e punição de atos de corrupção e de práticas lesivas ao erário estão sempre ligadas a tipos penais (corrupção em sentido estrito e outros tipos correlatos). Não há, ademais, nestes casos, necessidade de validação externa, burocrática ou administrativa, decorrente de *expertise* técnica de setores especializados nem de identificação qualificada da natureza dos fatos por parte de órgão regulador (como o CADE, por exemplo) ou de instância administrativa (como a Receita Federal, em relação aos crimes fiscais). Os fatos delitivos, com as circunstâncias e elementos que os caracterizam na ocorrência material, configuram o tipo por si mesmos, sem que se lhes tenha que ser atribuída qualidade ou confirmada natureza específica, através da chancela burocrática. Ao revés, se há setor treinado na detecção e caracterização de tais ilícitos é o dos órgãos encarregados da persecução criminal genérica, destacando-se, como é intuitivo e central na presente abordagem, o titular exclusivo da ação penal, o Ministério Público.

Neste cenário, portanto, exsurge como preferencial e necessária a atuação ministerial, pela abrangência de sua visão funcional, de sua experiência e de suas atribuições, que, ao lado da esfera penal, alcançam, ainda e amplamente, no campo civil, a defesa do erário e da moralidade administrativa, na efetiva repressão a atos de improbidade e no poder-dever de controle da validade e adequação dos atos da Administração Pública em geral. E sempre convém realçar que o sistema de sancionamento administrativo não é norma geral de combate à corrupção, e, por esta razão, não serve de via de inutilização do processo penal, da ação de improbidade administrativa, da sanção disciplinar e tampouco de responsabilidade por danos ao patrimônio público. Não pode legitimamente afetar a capacidade estatal de fazer atuar estas esferas de responsabilização, salvo se todas tiverem sido legitimamente consideradas na negociação resolutive com o agente infrator, quando adotada a leniência. E isto deve ser assim justamente porque não se pode retirar, por vias transversas, inserindo-a na disponibilidade do ente administrativo de controle, fiscalização ou regulação de atividades

setoriais, a titularidade constitucional da ação penal pelo Ministério Público e a via judicial de imposição das sanções penais que lhe corresponde nem a possibilidade de amplas providências correlatas em sede civil, sobretudo às relativas a atos de improbidade administrativa.

O Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, é, assim, titular qualificado da competência negocial no âmbito criminal, em que se trata do tipo de criminalidade organizada preferencialmente investigada com colaboração premiada e com auxílio do próprio infrator, estritamente vinculada ao microsistema anticorrupção, em suas repercussões civis. Além do mais, ostenta desenho constitucional generalista, sem especialidade temática restritiva, ao contrário do que normalmente ocorre com os demais negociadores públicos, limitados a atuar em determinado e estrito âmbito material, com viés essencialmente parcial e compartimentado, sem condições de adotar postura hábil a entabular, com a exigível isenção e adequadamente, negócios processuais transversais. Portanto, além de sua legitimação típica, o Ministério Público detém ainda a atribuição funcional de pretensão sancionadora sobreposta ou correspondente a dos demais negociadores, competindo-lhe *“promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”*. De outra parte, reitera-se que o constituinte estruturou o Ministério Público sobre base requisitória, sendo função institucional sua, determinante para a apuração de ilícitos, *“expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”*.

Ora, evidente que, havendo investigação criminal em curso, o Ministério Público reúne as melhores condições de adotar e negociar instrumentos de consensualidade sobre os fatos em apuração, considerando-se que detém a prerrogativa de ter acesso a instrumentos investigativos mais eficazes e só possíveis de serem utilizados na esfera penal³⁰, fora do alcance competencial do sistema administrativo de controle.

E justamente porque tem estatura constitucional que lhe assegura a realização de investigações criminais e a titularidade exclusiva da ação penal, invariavelmente relacionadas

³⁰ Tais medidas, típicas da persecução criminal, podem, inclusive, estar sendo conduzidas sob sigilo, na forma do art. 20 do Código de Processo Penal, com acesso mais estrito ainda, fora da órbita comum do sistema administrativo de controle e fiscalização. É o que pode ocorrer com eventuais interceptações telefônicas, conforme art. 8º, da Lei nº 9.296/96, art. 5º XII, da Constituição, e as técnicas investigativas previstas no art. 3º, da Lei nº 12.850/2013 (v.g.: a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; a infiltração, por policiais, em atividade de investigação etc.).

aos demais instrumentos de repressão e controle de atividades irregulares e de corrupção em sentido amplo, não se pode conceber solução prática, na celebração de acordos de leniência, que não inclua a participação necessária, desde o início, do Ministério Público com atribuição no caso. É que somente a Instituição ministerial, em atuação própria ou em salutar e desejável coordenação com os demais órgãos estatais de controle e fiscalização, detém as condições técnicas e funcionais adequadas, inclusive no que se refere à independência e autonomia, para avaliar a qualidade da colaboração oferecida e prestada e a utilidade, necessidade e viabilidade de acordos de leniência com pessoas jurídicas, que, essencialmente, haverão de repercutir em outras esferas de responsabilidade aplicáveis não somente a empresas, mas, sobretudo, a pessoas físicas, aí incluída a sensível esfera criminal.

Deste modo, exatamente porque há repercussão e vinculação necessária do apurado em leniência, a partir da colaboração de pessoa jurídica beneficiada por ato lesivo à Administração Pública - o qual, por natureza, configura também ilícito penal, como re frisado antes -, não há como admitir que o acordo de leniência seja celebrado sem a participação ministerial *ab initio*.

Deve-se aqui insistir, com finalidade heurística, inclusive: como o acordo de leniência é aplicável, no microsistema legal anticorrupção, a ilícitos e infrações, que conceitualmente, por sua própria natureza, são necessária e essencialmente crimes, delitos ou ilícitos penais, não se afigura possível negociar o *disclosure* de fatos e provas e as sanções aplicáveis ou benefícios em contrapartida, sem que haja, em qualquer etapa, a participação efetiva e indispensável do titular exclusivo da ação penal, o *dominus litis*.

Logo, ao Ministério Público ostenta a capacidade funcional mais apurada para avaliar a utilidade e conveniência dos fatos e provas revelados pelo interessado em cooperar, ainda que se trate de pessoa jurídica, não sendo concebível que o Estado - considerado como unidade, apesar de sua fragmentação orgânica e funcional -, possa relacionar-se com infrator em flagrante desvantagem, eis que de modo marcadamente parcial e limitado, já que a Administração Pública, no uso de suas faculdades sancionadoras, alcança apenas os ilícitos de cunho administrativo e, quando o caso, civil-administrativo, não estando apta a valorar a relevância penal de informações, seu ineditismo, suas implicações ou sua utilidade provável em investigação ou processo criminal que esteja até, eventualmente, em curso e sob sigilo.

Note-se, a propósito deste aspecto, que, na interdependente relação entre as diversas esferas de responsabilização jurídica, vige, como se sabe, a prejudicialidade da instância penal em relação às demais, já que mais gravosa e abrangente em sua capacidade de atuação. Outro fator que delinea o convívio das diversas instâncias de controle, dotando-as de racionalidade prática, inclusive, é a garantia do *ne bis in idem* na execução material de sanções aplicadas, quando idênticas ou francamente similares. E, assim como o direito penal é ativado quando valores e bens jurídicos em jogo são considerados relevantes o bastante para atrair grau de proteção mais caro à sociedade e que assegura punição mais gravosa, a *ultima ratio*, parece adequado reconhecer também que pode ocorrer, na aplicação de normas punitivas, espécie de efeitos preclusivos ou suspensão condicionada de mais ampla ação estatal, a partir da consideração de que há suficiência do apenamento consensualmente estabelecido, a dispensar a incidência concreta de outras penas correlatas, especialmente quando há colaboração voluntária de infrator na apuração dos fatos, em resolução negociada de conflitos originados de ações delitivas. Analogicamente, pode-se recorrer a uma comparação singela, para ilustrar o raciocínio: nos casos em que, demitido a bem do serviço público um funcionário corrupto, após a competente sanção em sede administrativa, a correspondente perda do cargo, decretada em condenação criminal ou em ação civil pela prática de improbidade administrativa, realiza-se suficientemente em termos declaratórios e jurídicos apenas, já que sequer haveria como cumpri-la do ponto de vista material. E, como se sabe, uma tal situação já é acolhida no sistema jurídico, apto a harmonizar seus dispositivos e deles extrair o melhor efeito, para fins práticos.

É preciso, pois, a partir do marco legal vigente e do texto constitucional que o embasa, construir, racional e sistematicamente, novas formas de compatibilização das sanções cabíveis nas distintas esferas, em recompreensão adequada da multiplicidade de instâncias punitivas, quando houver adoção de instrumentos de consensualidade na repressão de ilícitos, reconhecendo-se, por exemplo, a suficiência do apenamento para o colaborador, bem como sua condição privilegiada, com a aplicação de atenuantes pela colaboração prestada e a desnecessidade de reincidência de penas, quando já exaurida sua finalidade com a aplicação de uma ou algumas delas.

Examinado, assim, o papel indispensável do Ministério Público para a consecução dos objetivos buscados com a inserção do instituto negocial da leniência e sua celebração com

pessoas jurídicas infratoras, no microsistema anticorrupção e em seus reflexos na lógica de múltiplas instâncias punitivas, é relevante verificar, a seguir, os contornos específicos de sua atuação funcional, com base na análise dogmática dos dispositivos legais de regência, tanto no âmbito da LAC quanto na sua possível aplicação para atos de improbidade administrativa. Ademais, **a partir de tal abordagem marcadamente centrada na leitura dogmática, mas não literal do ordenamento, através da reformulação de argumentos já expostos até agora**, ao serem vislumbrados, com maior concretude, os impactos que a lógica negocial traz para a ordem legal e sua operacionalização prática, também melhor se logra compreender o próprio acordo de leniência em todo seu sentido e alcance.

7.1. O Ministério Público e o acordo de leniência no âmbito da lei anticorrupção

De início, por apego à clareza, é preciso reconhecer que, se efetuadas leitura e interpretação estritamente literal dos contornos do acordo de leniência previsto no capítulo V, da LAC, problemas existem que podem comprometer o seu potencial tanto para apuração e punição dos atos lesivos à Administração Pública, tipificados nesta lei, quanto para estendê-lo ao tratamento repressivo judicial dos atos de improbidade administrativa, previstos da LIA, cujo enquadramento jurídico amolda-se ao microsistema anticorrupção brasileiro.

Nesta perspectiva, tomando-se a LAC em sua literalidade, verifica-se que o acordo de leniência tem previsão única e exclusivamente para o processo de responsabilização administrativa, conquanto tenha como efeito a isenção de uma das sanções aplicáveis através da responsabilização judicial - a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (LAC, art. 16, § 2º).

Deste modo, é possível que, apesar de ter celebrado acordo de leniência, no processo administrativo sancionador, depois de atendidas as condições e requisitos para tanto (LAC, art. 16, I e II, § 1º, I a III), a pessoa jurídica colaboradora ainda esteja, em tese, sujeita à responsabilização judicial das sanções de direito administrativo³¹, que podem ser cumuladas,

³¹ Sobre a sobreposição das sanções judicialmente aplicáveis da LAC, com as similares da LIA, interessante o comentário de José Guilherme Berman, no artigo “*Direito Administrativo Consensual, Acordo de Leniência e Ação de Improbidade*”, apresentado no XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, ocorrido entre 21 e 23 de outubro de 2015, em Goiânia/GO (disponível em: http://www.bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/artigo_ibda_jgb.pdf), ao entender que, sendo a

em ação civil pública, com outras esferas de responsabilidade, como a dos atos de improbidade administrativa, consoante decorre dos estritos termos dos arts. 18, 19 e 30, da LAC³². É legítimo observar, todavia, que a dosimetria na aplicação concreta das penas da LAC e da LIA, cumuladas ou não, comporta temperamentos com base na proporcionalidade e adequação às circunstâncias do caso concreto.

Não obstante, para tornar ainda mais complexa esta intrincada rede de responsabilização independente, são vedados transação, acordo ou conciliação nas ações judiciais de improbidade administrativa, conforme art. 17, § 1º, da LIA.

Por sua vez, a depender dos atos lesivos praticados, conforme o artigo 5º, I, II e V, alíneas “a” a “g”, da LAC, a pessoa jurídica estará sujeita a responsabilidade perante: a) o órgão da Administração Pública lesado, na forma dos arts. 86 a 88, da Lei nº 8.666/93 ou art. 47, da Lei nº 12.462/2011; b) o CADE, no caso de práticas cartelizadas em licitações públicas, consoante art. 36, incisos e parágrafos, da Lei nº 12.529/2011; c) o Tribunal de Contas da União, na esfera federal, na forma dos arts. 46 e 58, da Lei nº 8.443/92, que prevê pena de multa para grave infração à norma legal, já que “[...] frustrar o caráter competitivo é uma

multa e as restrições de acesso a dinheiro e crédito públicos, previstas em lei especial, a LAC, devem ser aplicadas, em lugar das da LIA, para empresas. Há temperamentos, contudo, inclusive em função do tipo de responsabilidade distinta em cada uma destas leis, não obstante, na prática, o que for mais benéfico, quando idêntica a pena, deverá certamente prevalecer. De todo modo, apenas para registro, anota-se que há autores que defendem a especialidade da LAC, lei posterior, a derogar a LIA inteiramente em relação a pessoas jurídicas, o que ainda remanesce controverso, sendo também discutível o alcance e abrangência de eventual derrogação. O enfoque completo de tais aspectos e de outros de corte dogmático, no entanto, não anima o presente estudo nem este item em particular.

32“Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

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;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1o A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2o (VETADO).

§ 3o As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4o O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7o, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Art. 30. 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.

*grave infração à norma legal, ou seja, à Lei nº 8.666/93, inclusive criminalizada*³³.

Mas não é só. Em relação às pessoas físicas envolvidas nos atos lesivos, as mesmas vicissitudes se observam, pois, se é certo que não se lhes destinam as sanções da LAC, as demais penalidades antecitadas são aplicáveis, acrescidas ainda da responsabilização na seara penal, referente a crimes contra a Administração Pública, notadamente corrupção ativa (CP, art. 333), além de outros como eventual lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, art. 1º), ou organização criminosa (Lei 12.850/2013, art. 2º). E, no caso de fraudes a licitações e contratos, há ainda os previstos na seção III, do capítulo IV, da Lei nº 8.666/93.

Tal quadro revela como o acordo de leniência previsto na LAC pode tornar-se obsoleto como ferramenta negocial de combate à corrupção, se não entendido e aplicado, de modo transversal e amplo, no marco de uma interpretação sistemática e constitucionalmente adequada, voltada a otimizar as potencialidades de seu caráter híbrido, constituído, ao mesmo tempo, como técnica especial de investigação e meio de defesa. A não lhe ser conferida compreensão construtiva e racional, pode vir a oferecer baixíssimo grau de segurança jurídica para a empresa (e para eventuais sócios ou administradores envolvidos) que se aventurar a celebrá-lo exclusivamente no processo administrativo, segundo uma inoportuna interpretação literal do modelo estabelecido na mesma lei, o que milita contra a eficiência do instituto, tal como se extrai das experiências de outros países³⁴.

É inegável que a insegurança sobre sua adequada conformação jurídica, sobretudo se prestigiada a simplista e limitada interpretação literal, pode conferir muito pouca, senão nula, eficiência ao instituto, por não haver estímulos consistentes, sob tal perspectiva, para as pessoas jurídicas infratoras que cogitem de celebrar tal acordo, o que reduz sensivelmente seu potencial como técnica especial de investigação para modificar a realidade atual e propiciar uma atuação estatal mais promissora na apuração e responsabilização de práticas corruptas e lesivas ao erário, nas várias esferas punitivas do ordenamento pátrio.

Mister, portanto, uma interpretação que não comprometa a eficiência dos acordos de leniência e respeite a lógica de seu ínsito sistema de incentivo e racionalidade, o que é

33 REOLON, Jaques F. Sanções do Controle Externo. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 153.

34 BRANCO, Fernando Castelo. Reflexões sobre o acordo de leniência. In: VILARD, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). Crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 144-145. (GV Law); LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 52.

perfeitamente possível e encontra amparo jurídico a partir de uma leitura sistemática e harmonizadora da vigente legislação no âmbito do direito sancionador, em relação às condutas lesivas à Administração Pública, sob a perspectiva dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, lembrando que o primeiro tem fundamento constitucional expresso e explícito (CF, art. 37, *caput*), enquanto os dois últimos decorrem do postulado do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), entendido como processo justo³⁵, estando previstos, em lei, de forma expressa e explícita como informadores da Administração Pública (Lei nº 9.784/99, art. 2º)³⁶.

A razoabilidade, outrossim, relaciona-se à concepção de que a atuação estatal deve obedecer a *standards* de aceitabilidade, de sensatez ou a uma congruência lógica entre os fatos ou questões a serem deliberadas, no campo de competência de dada autoridade administrativa, e a decisão oficial por ela adotada para a solução, o que em *ultima ratio*, implica observância da legalidade, ou seja, dos contornos e objetivos de determinada norma legal.³⁷ O princípio da proporcionalidade, por sua vez, incide para afastar a implementação de atos, condutas e decisões estatais que ultrapassem os limites adequados, tendo em vista os objetivos perseguidos pela Administração ou demais poderes do Estado. Ou seja, havendo necessidade da intervenção estatal, esta deve ser efetuada com equilíbrio, sem excessos, proporcionalmente ao fim almejado³⁸. E, como já amplamente disseminado na cultura jurídica interna, isto requer sejam combinados os três fundamentos da máxima de proporcionalidade, a saber: a) a adequação dos meios empregados para o fim pretendido; b) a exigência de ser a conduta adotada, necessária, e, ainda assim, a menos gravosa possível; e, c) proporcionalidade em sentido estrito, que se identifica com a constatação de que as vantagens conquistadas com o ato ou conduta estatal devem superar as desvantagens³⁹.

35 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, Cap. 4, p. 697.

36 Celso Antônio Bandeira de Mello (Princípios constitucionais do direito administrativo brasileiro. In: _____. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 112.) vislumbra que o princípio da proporcionalidade é uma faceta do princípio da razoabilidade, no que é seguido, com pequena variação terminológica por outros doutrinadores (PAZZAGLINI FILHO, Marino. Das disposições Gerais. 4. Princípios constitucionais da administração pública. In: _____. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 41; CARVALHO FILHO, José dos Santos. 1. Direito administrativo e administração pública. V. Princípios administrativos. In: _____. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 44; GARCIA, Emerson. Dos princípios regentes da probidade. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119), pois estes princípios têm como desiderato garantir o uso moderado do poder estatal.

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 111-112.

38 CARVALHO FILHO, José dos Santos. 1. Direito administrativo e administração pública. V. Princípios administrativos. In: _____. *Ibid.*, p. 43.

A compreensão deste amálgama entre razoabilidade e proporcionalidade, como ocorre no Brasil, reporta-se, afinal, ainda que de modo implícito, àquela noção de justiça dos procedimentos, em termos de Estado de Direito, e da obediência à legalidade.

Deriva de tal compreensão que a garantia do devido processo legal, em sua acepção substantiva, diz com a percepção, na lei, de uma estrutura finalista (relação de meio-fim), cujo vínculo é dado pela proporcionalidade. Neste sentido, pode-se considerá-la violada, quando, em nome do *rule of reasonableness* norte-americano, ocorra o denominado *under-inclusiveness*, caso em que, no tipo legal, está incluído menos do que deveria. Ou, em sentido oposto, quando se verifique a *over-inclusiveness* e, no tipo legal, esteja incluído mais do que deveria. Estes conceitos ensejam, por sua vez, uma aproximação da razoabilidade com a proporcionalidade, enquanto relação justa⁴⁰.

Visto isto, releva examinar, ainda, contornos dogmáticos do modelo legal de acordo de leniência, se considerado apenas o texto original da LAC, que desafiam releitura e compreensão racional e sistêmica.

Assim, não se desconhece que literal e expressamente o artigo 16 da LAC estabelece a hipótese de acordo de leniência somente no âmbito do processo administrativo, instaurado pela autoridade competente de cada um dos poderes, de cada uma das entidades federadas (Administração Pública em sentido amplo, Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como União Estados e Municípios). Prevê também, em seu art. 17, que a autoridade administrativa competente possa celebrar o acordo de leniência com empresas em relação às infrações administrativas constantes dos artigos 86 a 88 da Lei de Licitações.

De outro lado, não houve vedação explícita para que o acordo de leniência pudesse ser utilizado pelo Ministério Público ou pelas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial da Administração Pública, no tocante à responsabilidade civil, prevista no art. 19 da LAC. Aliás, é, no mínimo, curioso que a lei tenha estabelecido que sanção aplicável na esfera judicial, através de ação civil pública, que tem como um de seus legitimados o Ministério Público, pudesse ser objeto de isenção, como um dos efeitos do acordo de leniência firmado

39MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *ibid.*, p. 114; CARVALHO FILHO, José dos Santos. 1. Direito administrativo e administração pública. V. Princípios administrativos. In: _____. *Ibid.*, p. 43.

40FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Do amálgama entre razoabilidade e proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência brasileiras e seu fundamento no devido processo legal substantivo. In: _____. *Ibid.*, p.45. Em sentido análogo: BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. São Paulo, Interesse Público - IP, ano 3, n. 11, p. 42-73, jul./set. 2001.

na esfera administrativa, consoante se vê do art. 16, § 2º, da LAC, o que reforça a necessidade de participação da Instituição Ministerial.

Cumprido reafirmar, por oportuno, que o fato de as sanções do art. 19 da LAC estarem sujeitas à via judicial para que possam ser aplicadas, como antes referido, não lhes retira o caráter de normas de direito administrativo sancionador, conclusão que decorre, inclusive, do tratamento conferido aos efeitos do acordo de leniência realizado na esfera administrativa, o qual isenta a pessoa jurídica de sanção que só pode ser aplicada na via judicial (LAC, art. 16, § 2º). Sobre a natureza de direito administrativo das sanções aplicáveis, por ofensas à Administração Pública, ainda que na via judicial, confira-se o que didaticamente afirma Fábio Medina Osório:

A administração pública pode ser vítima de ataques a bens jurídicos por ela protegidos ou que digam respeito à sua existência, assumindo posições diversificadas na perspectiva processual, ora como promotora de acusações, ora como vítimas de ilícitos, ora nessa dúplice condição simultaneamente. No patamar de vítima, pode ocorrer que a Administração não disponha da titularidade para determinado processo punitivo, não obstante tratar-se de interesses seus e da sociedade em jogo. Em tal situação, vale frisar que o Estado-Administrador ainda recebe a tutela do Direito Administrativo, embora sua operacionalização possa ocorrer através do Poder Judiciário e de instituições como o Ministério Público. [...] cabe ao legislador outorgar a juízes e tribunais poderes sancionadores de Direito Administrativo, tendo em conta o princípio da livre configuração legislativa de ilícitos e sanções⁴¹.

A tal perspectiva deve ser acrescentada, ainda, a previsão, na novel legislação anticorrupção, sobre o papel conferido com exclusividade ao Ministério Público, enquanto garantidor da aplicação das sanções do art. 6º, da LAC, no caso de omissão da autoridade administrativa, o que consagra o entendimento de que as penas nela previstas, inclusive as de seu artigo 19, são expressão do direito administrativo sancionador, já que ambas podem ser aplicadas na esfera judicial, através de ação civil pública, em caso de omissão da autoridade administrativa (LAC, artigos 19 e 20). Ou seja, a instância que impõe as sanções, por si só, não constitui fator que desnatura seu caráter de penalidade administrativa. Sob tal enfoque, mostra-se perfeitamente possível que uma das pessoas jurídicas que estiverem sob investigação (inquérito civil) ou que figurarem no polo passivo da ação civil pública, proposta consoante o artigo 21 da LAC, venha a manifestar interesse em celebrar acordo de leniência. Diante de tal circunstância, se atendidos os requisitos e condições dos incisos e parágrafos do art. 16, da LAC, negar a possibilidade de celebração do acordo equivaleria a interditar o

⁴¹ OSÓRIO, Fábio Medina, *ibidem*, p. 94.

manejo, pelo Estado, desta técnica especial de investigação, através da qual, com a colaboração do agente, pode obter ganho informacional e de eficiência no desmantelamento de esquemas ilícitos de difícil detecção. Também equivaleria a, em razão da omissão da autoridade administrativa, negar direito que a lei faculta à pessoa jurídica infratora que se disponha a colaborar para o esclarecimento de atos lesivos à Administração Pública e ver atenuada a sua responsabilização, o que denotaria uma relação de desarmonia entre os fins da lei e aqueles atingidos com sua aplicação no caso concreto, desbordando da proporcionalidade, sob a perspectiva da adequação.

Na delação ou colaboração premiada em sede penal, instituto negocial equivalente ao acordo de leniência da LAC e que ostenta a mesma natureza jurídica deste, a jurisprudência tem apontado que a sanção premial prevista na lei deve obrigatoriamente ter incidência em favor do agente colaborador, se as informações prestadas por ele tiveram eficácia, inclusive em razão dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança que tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo, como legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador, como já decidiram o Superior Tribunal de Justiça⁴² e o Supremo Tribunal Federal⁴³.

Portanto, para além de tudo quanto já afirmado acima, sobre sua atribuição criminal típica e exclusiva, seu perfil generalista e suas competências requisitórias, que lhe conferem caráter apropriado e abrangente para celebrar negócios jurídicos transversais, também sob o prisma da eficiência e com arrimo na proporcionalidade - guias necessários à construção hermenêutica consistente -, pode-se afirmar que o Ministério Público detém legitimidade para celebrar o acordo de leniência, nos mesmos moldes que a lei autoriza a autoridade administrativa a fazer. E assim deve ser porque ao órgão ministerial foi, inclusive, conferida a atuação subsidiária pela própria LAC – como guardião e garante -, quando verificada a omissão da autoridade administrativa, como deflui dos termos do artigo 20 da LAC.

A legitimidade do Ministério Público decorre ainda de sua posição institucional de

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 35.198-SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília-DF, 28 de setembro de 2004. Diário da Justiça da União. Brasília-DF, 03 nov. 2004, p. 262. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=501845&tipo=0&nreg=200400614357&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20041103&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 05 set. 2017.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483-PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de agosto de 2015a. Dje nº 021. Brasília, 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

independência, em relação às autoridades administrativas, livre de qualquer intervenção hierárquica sobre sua atuação finalística, o que decorre de seu perfil constitucional autônomo, fundado nas prerrogativas que asseguram a seus Membros independência funcional, inamovibilidade e vitaliciedade (CF, 127, § 1º e 128, § 5º). A isto, adiciona-se rigoroso regime jurídico de impedimentos e vedações (art. 128, § 5º, II, da CF), que, valendo-se da proibição de atividades incompatíveis com as funções institucionais, de caráter público ou privado, paradoxalmente amplia e reforça o âmbito material de atuação funcional dos órgãos do Ministério Público, pela garantia ampliada de isenção e imparcialidade de seus Membros.

Ademais, do perfil generalista que caracteriza o Ministério Público, traçado nos termos do artigo 129 da Constituição, impende referir, em destaque heurístico, porque correlatos ao exercício funcional em sede de combate à corrupção e à defesa do erário e da moralidade administrativa, os seguintes poderes-deveres: a) promoção privativa da ação penal pública, na forma da lei; b) zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; c) promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; d) expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; e) exercício do controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar que regular sua organização, atribuições e estatuto; f) requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Justamente em razão deste perfil institucional, com outorga de garantias para uma atuação independente, vinculada estritamente ao atendimento de interesses públicos e sociais, não há motivo jurídico razoável nem socialmente aceitável para que se interdite ao Ministério Público a possibilidade de também firmar acordo de leniência no âmbito de atuação específico da LAC, ademais da desejável extensão do objeto e alcance subjetivo de tais avenças, dada a transversalidade requerida em contextos práticos relevantes, como explicitado no item anterior.

Não se deve ignorar, por outro lado, que, ao menos no plano teórico, situações diversas podem vir a caracterizar a imobilização ou falta de competência funcional punitiva

das autoridades ou órgãos aos quais a LAC atribui a tarefa de responsabilização administrativa e judicial por atos lesivos de empresas ao erário, incluindo-se a possibilidade de celebrar o acordo de leniência, máxime quando, nos fatos sob apuração, estiverem envolvidas altas dignitários públicos ou até autoridades da mesma estatura do Ministro de Estado com autorizado a firmar a avença. É preciso, pois, que a pluralidade competencial seja assegurada.

A propósito, na esteira dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, o art. 9º, § 2º, da Convenção de Palermo, estabelece que cada Estado-parte tomará medidas para se assegurar de que as suas autoridades atuam eficazmente em matéria de prevenção, detecção e repressão da corrupção de agentes públicos, inclusive conferindo a tais autoridades independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação. Na mesma linha, o artigo 6º, § 2º, da Convenção de Mérida, estipula que cada Estado-parte, consoante os princípios fundamentais de sua ordem interna, garantirá a existência de um ou mais órgãos que deverão atuar eficazmente em matéria de prevenção, detecção e repressão da corrupção de agentes públicos, autoridades às quais deverá ser conferida independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação.

Reitere-se, outrossim, para reforço didático, que as vantagens da *expertise* funcional e do perfil institucional do Ministério Público servem também a evitar a celebração de acordos desnecessários ou inócuos, em prejuízo ao ganho de eficiência buscado com o instituto e no sentido oposto de sua vocação. E assim é, principalmente, porque o Ministério Público ostenta mais ampla capacidade institucional, conferida pela Constituição Federal, para apreciar a qualidade e validade da oferta de colaboração sobre esquemas de corrupção, altamente vinculados ao campo criminal, o que também vale para outras esferas, como a antitruste. Neste sentido, por ser detentor da titularidade exclusiva da ação penal pública, o Ministério Público, em razão de instrumentos próprios, típicos da investigação criminal já detém, por vezes, dados e elementos de prova mais amplos e completos sobre a prática infracionária, o que o qualifica mais a verificar a efetiva utilidade e autêntica necessidade nas motivações da proposta de acordo, conferindo-lhe ainda melhores condições, do ponto de vista de uma menor assimetria de informações, em comparação a outros entes públicos, de atuação parcial e restrita, para dialogar sobre eventuais instrumentos de consensualidade, inclusive leniência, com os infratores, e, assim, tutelar com mais eficiência e segurança o

interesse público – o que se aplica, ainda, à esfera de responsabilização por ato de improbidade administrativa, consoante abaixo analisado.

7.2. O Ministério Público e o acordo de leniência na lei de improbidade administrativa: alcance e consequências

A necessidade de se otimizar a atuação estatal no combate à corrupção e na defesa da moralidade também se espalha para a esfera autônoma de responsabilização por atos de improbidade administrativa, que integra o microssistema anticorrupção nacional. Por isto, o mesmo raciocínio que se vem de desenvolver aplica-se à Lei nº 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), pois, embora os ilícitos nela previstos sejam imputados e sancionados no bojo de processo judicial, as normas e o regime jurídico que veicula são eminentemente de direito administrativo sancionador⁴⁴.

Neste sentido, carece de razoabilidade que o acordo de leniência não possa ser utilizado, como técnica especial de investigação (quando presente o envolvimento de pessoa jurídica) para o combate à improbidade administrativa, que atrai boa parte dos esforços institucionais do Ministério Público brasileiro⁴⁵, nas últimas duas décadas, mas, em juízo, tem apresentado resultados sofríveis⁴⁶, no trâmite e desfecho das ações respectivas, devido a problemas diversos, que incluem desde a morosidade procedimental e processual genérica até controvérsias técnica e dogmáticas ainda indefinidas pela jurisprudência e dificuldades na obtenção da prova adequada.

Deste modo, a interpretação restritiva à utilização do acordo de leniência, na esfera de defesa da probidade e interesse público, como instrumento também devotado à obtenção facilitada de prova válida, afasta-se do campo de irradiação do princípio da eficiência que deve pautar tanto a comprovação de atos de improbidade, quanto a execução das condenações de caráter pecuniário e do ressarcimento ao erário, consideradas inclusive as

44 OSÓRIO, Fabio Medina, *ibid.*, p. 84.

45 BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. Ministério Público - um retrato 2016: Volume 5, dados 2015, Ano **2016a**. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. Brasília, p. 47, 218-220. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Publicacoes/documentos/MP_um_Retrato_2016_web.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2016.

46 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade administrativa. **2015**. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida [et al.]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contetudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>> Acesso em: 06 dez. 2016.

amplas possibilidades de os infratores lograrem escamotear bens e o produto ou vantagens obtidas com a ação delituosa, preocupação internacional inserida no combate à lavagem de dinheiro, potencializada atualmente pela agilidade no fluxo e transferências de ativos no sistema financeiro global.

Não se pode, contudo, com rigor argumentativo e solidez dogmática, afirmar a possibilidade de uso do acordo de leniência com este alcance, sem enfrentar a vedação expressa, prevista no artigo 17, § 1º, da LIA, que proíbe transação, acordo ou conciliação nas ações destinadas à responsabilização por atos de improbidade administrativa, como corolário do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Sobre o ponto, esclarecem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, que, ao ser introduzida na ordem jurídica, a LAC *“passa a integrar o microsistema processual de tutela coletiva da probidade administrativa, conclusão a que se chega a partir da redação de seu art. 21[...]”*. Por isto, a despeito da vedação subsistente da LIA, *“a celebração do acordo de leniência será possível em razão da superveniência de norma especial autorizativa”*, voltada apenas à pessoa jurídica⁴⁷.

Não obstante a clareza deste entendimento, que bem resolve a polêmica direta, deve-se ainda avaliar a controvérsia, à luz da justificativa material da vedação, afeta à natureza pública do interesse por ela protegida, que o qualifica como indisponível.

Este traço de indisponibilidade pressupõe, por sua vez, que a tutela e os objetivos do interesse público são irrenunciáveis, notadamente à míngua de autorização de seus beneficiários - os cidadãos, administrados -, para sobre ele transigir. Também é consenso que o interesse público pode ser primário, identificado com os interesses da sociedade, e secundário, vinculado àqueles mais próprios da Administração Pública. Todavia, a atual configuração social, altamente complexa e velozmente cambiante, requer reavaliação de noções tão singelas, já que

O pilar do interesse público é a base do Direito Administrativo. O próprio Estado

⁴⁷GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *ibid.*, p. 919-20. Segundo os autores, o acordo de leniência não poderá incluir o agente público, cuja responsabilização permanece sujeita à LIA, vedado o acordo. Aqui, uma observação é de rigor: se, com a colaboração, a pessoa jurídica pretender “entregar” todos os seus comparsas na ação delitiva, devendo ser a primeira a se apresentar, certamente não terá interesse em um acordo integral e transversal, com alcance subjetivo ampliado, menos ainda em relação ao agente público a quem ou com quem corrompeu. Não obstante, pode ocorrer hipótese em que, no interesse mais amplo da defesa, seja útil firmar acordos conexos e paralelos, incluído, na esfera de responsabilização subjetiva cabível, as pessoas físicas, e, eventualmente agentes públicos, abrangida a delação criminal, além de alguma fórmula intermediária, negociada e proporcional aos fatos, no âmbito civil de improbidade, em que, de fato, não se admite ainda a transação, apesar da vasta adesão ao paradigma consensual no país.

somente pode atuar, na vida de relações, através do ramo jurídico em exame, quando amparado em um interesse público. Esta noção, todavia, assume feições cada vez mais difusas e abrangentes, não raro, alcançando outras categorias, tais como os interesses coletivos, interesses gerais, interesses difusos ou individuais indisponíveis [...] Imperioso observar que o discurso de embasamento do Direito Administrativo no interesse público é a um só tempo verdadeiro e paradoxalmente vazio. Necessário recuperar os conteúdos do interesse público, os quais devem vir justificados pelas autoridades competentes⁴⁸.

Nesta linha, forçoso reconhecer que melhor constitui e realiza o interesse público, muitas vezes, a celebração do acordo de leniência do que a alternativa oposta. Assim, sob a perspectiva do direito administrativo sancionador, o instrumento negocial da LAC traz inegáveis reflexos positivos na concretização do interesse público, pois não exime a pessoa jurídica pactuante da obrigação de ressarcimento integral do dano causado pelas condutas delituosas, núcleo irrenunciável do interesse público (LAC, art. 16, § 3º), até mesmo porque a recomposição do dano não constitui sanção ou pena, mas obrigação geral a todos impostas, no campo da responsabilidade civil⁴⁹. Além disto, a adesão rigorosamente voluntária aos termos ao acordo pressupõe ainda a abdicação da pessoa jurídica ao direito à sua não-autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e ao de não declarar contra si própria - que mitiga o exercício da ampla defesa e do contraditório, com a admissão de sua participação no ilícito. Aliam-se a tais renúncias, a interrupção imediata da conduta infracionária, a cooperação plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, para, quando couber, a identificação dos demais envolvidos, bem como a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, observando-se, por analogia, na improbidade administrativa, todo o previsto no art. 16, § 1º, II e III, da LAC, por ser fácil e plenamente transponível de uma matéria a outra, devido à semelhança das lesões tratadas e do modelo normativo utilizado.

Refirme-se que não há, em tais exigências da lei, qualquer violação a direitos ou garantias fundamentais, visto que a adesão ao acordo de leniência é um ato voluntário da pessoa jurídica, a quem compete postular por tal ajuste perante a autoridade competente. E, caso rejeitada, pela autoridade estatal competente, a proposta de acordo de leniência não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado, ou seja, não poderá prejudicar a pessoa jurídica que a apresentou, como decorre do artigo 16, § 7º, da LAC, que

48 OSÓRIO, Fabio Medina, *ibid.*, p. 73-74.

49 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.), *ibid.*, p. 294-295; OSÓRIO, Fabio Medina, *ibid.*, p. 114-116. Sobre isto, item 8.3, *infra*.

também há de ser observado, analogicamente, em se tratando de acordo sobre as penas da lei de improbidade administrativa.

Mas, mesmo com tais salvaguardas, não há como olvidar que os ônus para a pessoa jurídica celebrante não são poucos, conquanto compatíveis com as contrapartidas e benesses que pode receber, a partir as diretrizes da LAC aplicáveis às sanções congêneres no âmbito de responsabilização por ato de improbidade administrativa, a saber: a isenção das penas dos artigos 17 e 19, IV (proibição de receber recursos públicos e de licitar e contratar com a administração pública), assim como a possibilidade da redução dos valores de multas pecuniárias. Do lado do interesse público, sobressai o potencial desestabilizador que tal técnica especial de investigação pode provocar nas estruturas do vínculo associativo que envolve os infratores, dificilmente afetado sem isto, possibilitando o descortinamento de todos os demais envolvidos nas infrações, assim como a obtenção de material probatório consistente para, através do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, propiciar a punição devida e o efetivo ressarcimento ao erário.

Contudo, destaque-se, em reiteração, se o acordo de leniência da LAC não se estender a outras esferas de punição quando cabível, por múltipla incidência sancionatória, como pode se dar com a da improbidade administrativa, das infrações à ordem econômica e também a do controle externo, em relação às multas dos Tribunais de Contas, dificilmente esta técnica especial de investigação terá potencial para realmente trazer mais eficiência à atuação estatal na matéria, desnaturando-se, com esta limitação desarrazoada, a relação de meio e fim, isto é, a adequação que deriva da realidade empírica, circunstância da qual não pode se despir o intérprete, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade, já que a adequação, que lhe é elementar, representa a relação justa entre o meio utilizado e o fim visado, em nítida vedação ao arbítrio⁵⁰.

Isto porque os ônus da confissão e admissão de participação no ilícito e da cooperação plena e permanente com as investigações e o processo administrativo, inclusive na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, conforme art. 16, II e § 1º, III, da LAC, acarretarão consequências fatais à pessoa jurídica (e seus dirigentes, pessoas físicas, porventura envolvidos na prática infracionária), tornando inexorável a condenação nestas outras esferas, considerada a proximidade descritiva destas

⁵⁰GARCIA, Emerson. Dos princípios regentes da probidade. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *ibid.*, p. 108.

condutas delituosas tipificadas nas várias facetas do direito sancionador estatal, à luz ainda do artigo 30 da LAC. Tal cenário, produzido por uma interpretação estritamente literal da lei, violaria o princípio da proporcionalidade, tanto na adequação quanto no seu elemento necessidade, pois:

O que entra em jogo é, então, a aferição da compatibilidade justa entre meios e fins. É essa justa compatibilidade que evoca padrões de proporcionalidade (lógica interna da estrutura meio-fim) e a razoabilidade (bom senso, sentido criterioso do ato normativo) da lei. Pressupõe-se, nesse sentido, que uma providência instituída pela lei seja, inicialmente, necessária, isto é, exigida para que uma finalidade seja obtida. A necessidade é o primeiro critério de justeza proporcional, pois se contrapõe ao supérfluo, termo que conota o sentido de *hybris*. Atendido a esse requisito, deve-se verificar se ele é funcionalmente adequado para a obtenção do fim e, ademais, substancialmente adequado por não agredir outro valor protegido constitucionalmente. A justeza proporcional implica aqui em harmonia⁵¹.

Cumpra, assim, ao Ministério Público, especialmente, com base em seu perfil constitucional e nos deveres a ele inerentes, como repetidamente explicitado, articular-se com as demais instâncias de responsabilização, para buscar viabilizar modelo interinstitucional e cooperativo de atuação que, no âmbito do direito administrativo sancionador e com a adoção do acordo de leniência transversal e abrangente, contemple a consensualidade integral, incluído o âmbito da proteção à probidade administrativa.

De qualquer forma, se dificuldades burocráticas e idiosincrasias decorrentes de relacionamento institucional se apresentarem como empecilho e, ainda, o infrator se dispuser a realizar o acordo de leniência somente com a participação do Ministério Público, ou perante a Instituição, este instrumento de consensualidade haverá de ser utilizado em tal hipótese, considerando-se o interesse público no descortinamento de ilícitos prejudiciais ao erário, bem como no desmonte de esquemas ilegais de delinquência organizada, que lesam bens, princípios e interesse difusos da Administração Pública e da sociedade.

Em tal hipótese a negociação sobre as penas ou sanções aplicáveis (quantitativo e extensão) há de considerar e contemplar, sob o crivo da razoabilidade e proporcionalidade, todas as consequências da prática infracionária, garantindo-se, por outro lado, ao infrator colaborador (e não evidentemente aos demais agentes por ele delatados) a interdição da atuação das demais instâncias do direito administrativo sancionador. Esta é a solução que mais se amolda aos vetores da confiança, da boa-fé e da expectativa legítima, pois:

O princípio da confiança, que é pressuposto em todas as relações jurídicas, tem na

51 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Do amálgama entre razoabilidade e proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência brasileiras e seu fundamento no devido processo legal substantivo. In: _____, *ibid.*, p. 45-46.

sua origem etimológica o vocábulo *cum fides*, indicando o que ocorre, quando o cidadão tem fé (*bona fide*) na realização de determinado comportamento administrativo. A confiança é o princípio; a boa-fé, a norma de comportamento objetivo exigido da parte. A boa-fé objetiva, por sua vez, pressupõe a boa-fé subjetiva. Geralmente, alega-se a boa-fé quando há ato concreto da Administração (relação pessoalizada), justamente porque se trata de regra, enquanto a confiança é necessária quando se está diante de ato administrativo normativo (abstrato e geral), havendo, neste caso, maior ônus argumentativo. A distinção também é feita pelo critério da força constitucional, já que o princípio da expectativa legítima encontra melhor adequação constitucional do que a boa-fé, pois pode ser remetido à segurança jurídica. Com tal base, oferece proteção constitucional mais eficaz ao cidadão, sem institutos intermediários de direito privado. Isto significa, em suma, que todo indivíduo que tiver determinada confiança quanto a comportamento futuro da Administração, motivada por comportamento pretérito desta, pode exigir a realização da expectativa criada, encontrando barreira apenas em caso de haver interesse público que desautorize tal realização. Salienta-se, porém, que este não é o único elemento para identificar a expectativa legítima. São estas as premissas que levam à conclusão de que o princípio da confiança tem em seu núcleo dois elementos: certeza e previsibilidade. Nenhum deles gera axiomas (privilégio de poucos entes teóricos), mas traz consigo a noção de que a confiança é invocável quando as condições de fato, em relação com o direito, possibilitem afirmar que determinada situação ocorrerá de certa forma (subsunção clássica). O princípio da confiança envolve o conflito básico entre a necessidade de proteção da expectativa criada pela conduta administrativa e a eventual necessidade de a Administração alterar o curso de determinada ação política. Em última instância, o princípio significa - e aqui reside o grande avanço doutrinário - que todo comportamento da Administração que alterar a esfera jurídica do indivíduo deverá ter consequências [sic] jurídicas, que deverão ser respeitadas ou justificadas sua subversão⁵².

Nesta mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, tratando do acordo de colaboração premiada na esfera penal, já decidiu que:

[...] 9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração. 10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. 11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador⁵³.

Aliás, em razão do que revelado no acordo de leniência, não se pode esquecer da

52 MELLO, Eduardo Brigidi de. *O princípio da expectativa legítima e a exposição de motivos das medidas provisórias*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 66, p. 173-198, jan./fev. 2006.

53 Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483-PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de agosto de 2015. Dje nº 021. Brasília, 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

responsabilidade criminal das pessoas físicas envolvidas, que pode advir de vários tipos penais, seja de crimes contra a Administração Pública e quadrilha ou bando, seja da lei de licitações e, eventualmente, lavagem de dinheiro ou até organização criminosa⁵⁴, considerada a absoluta independência de responsabilização, nos termos do artigo 3º da LAC, não obstante, por outro lado, reste possível ainda a celebração de acordos de delação ou colaboração premiada criminal. De todo modo, os aspectos negativos ou aflitivos que podem irradiar do acordo de leniência, para a pessoa jurídica (e eventualmente seus dirigentes), se os seus efeitos ficarem circunscritos somente às sanções das infrações administrativas em sentido estrito, previstas na LAC, são altamente desestimuladores, aliás, indubitavelmente proibitivos e, portanto, desproporcionais. Tal constatação impede que o instituto possa realmente influenciar o *status quo* persecutório e modificar a atual realidade, para permitir uma performance estatal mais eficiente no trato de tão grave tema, o qual impossibilita ou compromete a boa gestão estatal.

Portanto, uma compreensão tão somente literal do que previsto no art. 16, incisos e parágrafos da LAC, assim como do art. 17, § 1º, da LIA, implica resultados que não se coadunam com o princípio da proporcionalidade, considerado que, para firmar o acordo de leniência, a renúncia da pessoa jurídica à garantia de não autoincriminação, com a admissão de participação no ilícito e cooperação plena e permanentemente com as investigações, no âmbito do processo administrativo previsto nos arts. 16 e 17, da LAC, implicaria automática e implicitamente a renúncia ao princípio nas outras esferas de responsabilização, em relação às quais não seria possível haver atenuação das sanções.

Daí ser imperativo adotar, no tema, interpretação adequada e constitucionalmente orientada, apta a promover a harmonização sistemática das normas e a inserção racional de novos paradigmas, institutos e diplomas legais no seio do marco legal vigente. Até porque, como anota Eros Grau⁵⁵,

a ideologia estática da interpretação jurídica não se coaduna com direito, daí que nem mesmo a vontade do legislador ou o espírito da lei devem vincular o intérprete, pois a aplicação do direito supõe interpretação, que, por sua vez, não é mera dedução dele, mas processo de contínua adaptação das normas à realidade e seus conflitos, de modo que este caráter dinâmico do direito e, por óbvio, da leitura da Constituição, há de conformar, inexoravelmente, a interpretação orientadora, no tempo e no espaço, histórica e culturalmente.

54 Tudo consoante os arts. 288, 317, 333, do Código Penal, 90 a 98 da Lei nº 8.666/93, 1º, da Lei nº 9.613/98 e art. 2º, da Lei nº 12.850/2013, correspondentes às várias infrações tipificadas no art. 5º, da Lei nº 12.846/2013.

55 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

Nesta mesma linha, Fábio Medina Osório⁵⁶ reconhece que

se o legislador desempenha papel decisivo, delimitando as bases textuais para os caminhos a serem seguidos pelo intérprete, isto não implica em um respeito que se esgote na obediência à lei em um sentido formal e literal, pois o devido processo legal substantivo, que demanda a observância da proporcionalidade e razoabilidade impõe a superação da leitura meramente literal, notadamente para corrigir ou eliminar eventuais discrepâncias entre o meio eleito pelo próprio legislador e o fim almejado.

A propósito, aliás, cumpre observar que o Brasil assumiu, na Convenção de Mérida, no artigo 12, § 1º, o compromisso de adotar medidas para prevenir práticas corruptas e, em particular, para a imposição de sanções penais ou extrapenais eficazes, proporcionais e dissuasivas, incluídas as monetárias, em face da corrupção pública. Já na Convenção de Palermo, no artigo 26, §§ 1º, 2º e 3º, foi assumido o compromisso de estabelecer mecanismos de incentivo (redução de penas e imunidade) no caso de cooperação dos participantes de esquemas ilícitos, que se propuserem a identificar os demais participantes de prática infracionária, fornecendo informações úteis à investigação e obtenção de provas das ilicitudes, aí incluídas a corrupção pública praticada através de pessoas jurídicas, conforme seus artigos 8º, 9º e 10. São pautas de combate à corrupção e práticas lesivas ao erário, que primam por técnicas que conduzam a mais eficiência no trato do tema, sob a perspectiva da complexidade social contemporânea. A ação estatal eficiente, por seu turno, foi erigida à categoria de princípio constitucional regente da Administração Pública, consoante art. 37, *caput*, da Constituição, além de norteador do processo civil, conforme a letra do artigo 8º do novo estatuto respectivo, que preceitua que o juiz deve observar, na aplicação do ordenamento jurídico, dentre outros, o vetor da eficiência, o que denota a preocupação e a importância que este aspecto da atuação estatal recebeu do legislador (no plano constitucional e da legislação ordinária).

Visto isto, exemplifique-se com um caso clássico de corrupção pública, pagamento de suborno (vantagem indevida) a um ou mais agentes públicos, para praticar(em) ou deixar(em) de praticar ato de ofício. Ao celebrar o acordo de leniência, admitindo os fatos delituosos e indicando provas, a pessoa jurídica infratora fará jus à isenção quanto às penas de publicação extraordinária da decisão e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos, entidades e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos,

56 OSÓRIO, Fabio Medina, *ibid.*, p. 185-192.

conforme art. 16, § 2º, da LAC. Contudo poderá, ou, de fato, sofrerá efetivamente (considerada a admissão dos fatos), na esfera da improbidade administrativa, a sanção de proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, do Poder Público, pelo prazo de (10) dez anos, conforme art. 12, I, da LIA, anulando-se, com isto, por completo, um dos benefícios obtidos no acordo de leniência.

Ainda no campo das hipóteses factíveis, pode-se visualizar uma circunstância em que a pessoa jurídica tenha se envolvido em fraudes ou frustração a procedimentos licitatórios e que, em razão disto, venha a celebrar acordos de leniência em processo administrativo, identificando os demais infratores, assumindo a responsabilidade pelo ilícito e colaborando com a coleta de provas, na forma dos artigos 16 e 17, da LAC. Em contrapartida, obtém a isenção das penas de proibição de receber benefícios fiscais ou creditícios de órgãos e entidades da Administração Pública, bem como das penas de suspensão temporária de até dois anos para licitar e contratar com a Administração Pública ou inidoneidade para licitar ou contratar (em colaboração também afeta às penalidades cabíveis pela Lei de Licitações, como decorre da própria LAC). No plano da improbidade, a condenação certamente será inexorável, dada a admissão de participação no ilícito e indicação de provas (ônus assumidos para firmar os acordos de leniência), podendo esta mesma pessoa jurídica sofrer sanções de proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 5 (cinco) ou (10) dez anos, conforme art. 12, I e II, da LIA.

Tais cenários hipotéticos, conquanto perfeitamente factíveis, revelam a ausência de razoabilidade e proporcionalidade, se adotada uma interpretação literal e formal do art. 16, da LAC. Todavia, lançadas tais considerações, é preciso deixar indene de dúvidas que não se defende, de forma alguma, a isenção das sanções previstas na LIA, nem tampouco na Lei nº 12.529/2011 nem na Lei nº 8.443/92, respectivamente relativas a atos de improbidade administrativa, infrações à ordem econômica e ilícitos apurados pelo controle externo federal (Tribunal de Contas da União), pois não há disposições legais em tais diplomas neste sentido. Pelo contrário, os arts. 3º e 30 da LAC apregoam a convivência das esferas de responsabilização. Sem prejuízo, mostra-se compatível com o interesse público, qualificado com a obtenção célere e eficaz de resultados no combate à corrupção pública e à improbidade administrativa, que, em acordo de leniência amplo e transversal, contemple-se a aplicação das penas do direito administrativo sancionador, notadamente optando-se pelas de caráter

pecuniário em detrimento de outras mais gravosas, sob o crivo da proporcionalidade e de uma interpretação mais condizente com o princípio do *non bis in idem* (radicado na cláusula constitucional do devido processo legal e também entendido como processo justo), à luz dos reflexos na aplicação do direito, causados pela alteração paradigmática inaugurada com a adoção ampliada dos instrumentos de consensualidade⁵⁷.

Novamente se colhe a lição de Fábio Medina Osório, condizente com esta compreensão racionalizadora do direito sancionador, *in verbis*:

Parece-nos que o princípio da proporcionalidade fornece bom caminho hermenêutico para que o interprete não aplique automaticamente determinadas sanções legais aos atos ilícitos, tipificados no bojo do Direito Administrativo Sancionador. É possível que algum legislador setorial proceda previsões de sanções automaticamente cumulativas. Nem sempre, porém, todas as sanções incidirão automaticamente, sendo esse rigor abstrato facilmente controlável na perspectiva do postulado da proporcionalidade. Aqui uma das críticas que se pode fazer a muitas legislações é exatamente essa de consagrarem algumas sanções abstratamente fixas e sem flexibilidade. Claro que o caminho da inconstitucionalidade seria absurdo, pois equivaleria à eliminação da sanção, deixando a sociedade ao desabrigo. Seria uma solução radical, desarrazoada e contrária ao postulado constitucional da proporcionalidade e ao princípio da moralidade administrativa. Há outros caminhos viáveis. É possível uma interpretação em conformidade com a Constituição, resgatando-se a possibilidade de atenuação do rigor abstrato da norma, adaptando-a às peculiaridades do caso concreto, afastando-a, eventualmente, ou reduzindo a sua carga punitiva, consoante se faça necessário⁵⁸.

Note-se que de pouco valerá o aumento da carga punitiva, assim como o incremento das diversas instâncias de direito administrativo sancionador, se não houver um esforço coordenado para realmente debelar esquemas delituosos, cujo descortinamento encontra óbice justamente no campo probatório. Para superar a dificuldade nesta seara, em muito pode ser útil o acordo de leniência, ferramenta com potencial para modificar o *status quo*, de ineficiência estatal que gera impunidade, desde que o seu manejo se dê sob uma visão de interesse público qualificado, comprometido com resultados, sob o prisma da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, sem olvidar jamais a observância das garantias de direitos fundamentais, do devido processo legal e seus consectários, como é de rigor num Estado Democrático de Direito.

Assim, cumpre que as informações prestadas e elementos apresentados pela pessoa jurídica pactuante no acordo de leniência não sejam considerados prova em si, para demitir as autoridades estatais de seu dever legal de investigar e esclarecer os fatos.

57 Remete-se, em reforço, aos desdobramentos aplicados dos itens 8.4; 8.6; 8.7, *infra*.

58 OSÓRIO, Fábio Medina, *ibid.*, 2015, p. 396.

Constituem, ao revés, elemento indiciário importante, norteador para a coleta de provas em fase investigativa, contra os demais envolvidos na prática delituosa, a fim de que, oportunamente, sob o crivo do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, possam ser objeto de apreciação pelas autoridades competentes na aplicação das penas previstas, no âmbito de cada uma das esferas do poder sancionador estatal.

É bem verdade que os documentos entregues à autoridade competente, pela pessoa jurídica colaboradora ou as provas documentais obtidas a partir das informações por ela prestadas podem constituir provas em si mesmos, mas somente poderão embasar medidas punitivas após sua submissão ao exercício do contraditório e da ampla defesa, franqueando-se aos investigados, réus ou requeridos, o acesso e a possibilidade de se manifestarem sobre tais evidências, sua força probante e demais argumentos de defesa de que dispuserem.

Registre-se, ainda, que o acordo de leniência, seja no âmbito da LAC, seja na esfera da LIA, ou em ambas, há de se pautar, além da razoabilidade, proporcionalidade e observância às garantias fundamentais do devido processo legal, também pelos princípios setoriais da Administração Pública (CF, art. 37).

Por isto também é que a própria celebração de acordos de leniência, com a participação de Membro do Ministério Público, em conjunto com outros órgãos ou isoladamente, há de ser submetida à devida atividade de revisão interna da Instituição, vez que tal pactuação pressupõe o arquivamento de uma investigação em relação à pessoa jurídica infratora com quem se celebrou o acordo. De rigor, portanto, que os motivos de tal arquivamento (e, indiretamente, os termos do próprio acordo de leniência) sejam submetidos ao órgão revisor, conforme disposto na legislação de regência⁵⁹.

Se o acordo de leniência se der no âmbito de ação civil pública, por sua vez, a análise da razoabilidade e proporcionalidade poderá ser feita pelo do juiz da causa, considerado o interesse público da questão, na fase da respectiva homologação, na forma do art. 334, § 11, do Código de Processo Civil.

Cabe observar, ainda, que recente inovação da Lei nº 13.140/2015, que dispõe, dentre outros temas, sobre autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, preceitua que também pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos

⁵⁹ Confirmam-se: art. 9º, § 1º, da Lei nº 7.347/85; art. 30, da Lei nº 8.625/93; art. 62, IV, da Lei Complementar nº 75/93; art. 10, *caput* e parágrafos, da Resolução nº 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público.

indisponíveis que admitam transação, sendo certo que a mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele, bem como que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Acresça-se, por oportuno, que, como é curial, nas democracias, as atuações de agentes públicos devem ser sindicáveis. Daí porque, seja o acordo de leniência celebrado pelo Ministério Público, seja por outro ente legitimado, a publicidade, mandamento constitucional e expressão de *accountability* - dever de responsabilidade e prestação de contas da burocracia estatal perante os cidadãos -, há de ser observada, ressalvada a sua restrição temporária, nas situações específicas, previstas no art. 16, § 6º, da LAC, de modo a permitir o escrutínio dos cidadãos, até mesmo para eventual propositura de ação popular, para questionar eventual aspecto lesivo ao patrimônio ou interesse públicos.

Estabelecidas as premissas e contornos fundamentais do acordo de leniência e apontada a especial repercussão sobre o modelo de múltipla incidência sancionatória brasileiro, a partir de detida abordagem das interações possíveis e desejáveis entre LAC e LIA, há necessidade de se examinar, ainda e logo adiante, em desdobramentos analíticos da argumentação expendida neste estudo, relevantes implicações práticas que a recente incidência concreta do instituto negocial fez despontar.

8. O ACORDO DE LENIÊNCIA EM SUA INCIDÊNCIA CONCRETA: ALCANCE, EFEITOS E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Para o incremento da eficiência na repressão de ilícitos na esfera anticorrupção, deve-se evitar tanto a interpretação literal quanto a aplicação isolada do acordo de leniência, como instituto premial, quando levem a efeitos contrários aos buscados com a norma. Tal exigência, decorrente da inserção de instrumentos de consensualidade no direito sancionador, implica a adoção de novas posturas interpretativas na aplicação das leis, à luz dos princípios constitucionais e em ordem a promover a harmonização entre dispositivos legais, para conferir racionalidade, coerência, razoabilidade e eficiência ao sistema jurídico como um todo. E enseja a alteração de padrões e *standards* de incidência da legislação afeta à responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas, que devem ser adequados aos pressupostos lógicos, e até aos filosóficos, que fundamentam e justificam a solução negocial disponibilizada e incentivada pelo ordenamento.

Neste contexto, determinados princípios e valores constitucionais e legais adquirem maior centralidade na orientação dos resultados a serem alcançados com a aplicação concreta do direito sancionador, à luz dos influxos consensuais. Assim, à garantia da segurança jurídica, com respeito ao devido processo legal e à ampla defesa, do lado da pessoa jurídica colaboradora, contrapõem-se o interesse público envolvido na punição e repressão de graves ilícitos, com eficiência, certeza, celeridade e efetividade na prestação estatal correlata. O equilíbrio entre estes polos depende, como é evidente, de adequado juízo de proporcionalidade, com o correlato controle judicial, se o caso, além da ponderação comparativa das vantagens concretas trazidas com a realização prática do negócio premial. Vale dizer: é necessário avaliar, com honestidade e lealdade, os resultados concretamente obtidos com a negociação encetada sob a ótica estatal em relação ao cenário de menor eficácia e resolutividade que, sem ela, provavelmente existiria.

Diante disto e de reflexões decorrentes de experiências recentes, hauridas no exercício funcional do Ministério Público, é possível identificar, mesmo nesta fase de consolidação, algumas implicações de ordem prática, especialmente decorrentes de imperativos lógicos e conceituais relacionados ao manejo dos acordos de leniência, que apontam uma espécie de regime jurídico do instituto ou, ao menos, caminhos a seguir na definição do modelo que se afigura constitucionalmente mais adequado para sua efetivação, tendo em vista as exigências de coerência e consistência jurídicas, dos limites éticos do agir estatal, da eficiência administrativa e do respeito aos direitos e garantias do devido processo legal e da ampla defesa.

Atente-se ainda, a propósito, que, para evitar distorções indesejáveis, é de elevada importância que o intérprete e aplicador do instrumento negocial em questão tenham plena consciência do sentido e alcance da colaboração processual premiada e dos requisitos a serem identificados, no caso concreto, para que sua utilização esteja direcionada a atender aos fins de sua previsão legal, em exegese racional e sistemicamente construída, de modo que não enseje resultados opostos aos buscados nem efeitos perversos e injustos em relação ao colaborador, especialmente no marco de múltipla incidência punitiva, como ocorre no ordenamento pátrio, que deve ser submetido à releitura e adequação.

Neste contexto, ainda que se incorra em repetição de argumentos já expostos, agora reformulados sob influxos da aplicação prática, afigura-se útil e conveniente abordar,

para clareza sobre determinados aspectos de interesse e com finalidade heurística, os seguintes pontos: a) a consideração do acordo de leniência como instituto pleno e abrangente, o que se relaciona com implicações afetas à vedação de duplicidade de sanções, inclusive daquelas impostas cautelarmente, à vista da eventual suficiência do acordado consensualmente e de seu valor perante o Estado; b) a necessária adoção de modelo de cooperação interinstitucional para assegurar efetivo proveito do instituto em sua aplicação prática, como instrumento de cooperação e consensualidade no interior do funcionamento do Estado em suas diversas manifestações orgânicas; c) a relação entre acordo de leniência e reparação do dano causado ao erário; d) o respeito ao *status* do colaborador, merecedor de tratamento especialmente protegido; e) o juízo de suficiência do acordado, seus efeitos em instâncias punitivas diversas e seu valor perante o Estado; f) a adequação das garantias oferecidas por empresa colaboradora à sua natureza de ente moral como patrimônio e valor; g) o regime adequado de compartilhamento de informações obtidas em leniência à necessária adesão a seus termos.

8.1. Abrangência e transversalidade do acordo de leniência na esfera anticorrupção

A adoção da consensualidade no âmbito sancionador, como visto, requer novas posturas hermenêuticas, na aplicação das normas, sobretudo em relação ao grau de apenamento devido a determinados agentes, que transitam do *status* de infratores para o de colaboradores do Estado, a desafiar, inclusive, o adequado tratamento jurídico das implicações práticas daí advindas, sobretudo nesta fase ainda inaugural de incidência da inovação normativa.

Especificamente em relação ao acordo de leniência, no microsistema anticorrupção, esta integração construtiva e sistêmica de institutos e normas torna-se ainda mais necessária na tarefa da correta determinação de seu objeto e alcance. Vale dizer, na estipulação da espécie de conteúdo passível de negociação e disposição pelas partes, em sua celebração, pois a compreensão reducionista, de corte indesejavelmente literal, de que estaria dirigido apenas às sanções administrativas previstas na LAC, estendendo-se, se muito, a ilícitos da esfera licitatória, pouca atratividade lhe oferece, além de enfraquecê-lo como elemento útil no sistema sancionatório, tal como já aventado no item 7.2.

Neste esforço de aplicação útil e racional da inovação trazida para o microsistema anticorrupção, a adoção de uma interpretação sistemática e constitucionalmente adequada, que visa a dotar de atratividade e segurança o instituto, deve conferir-lhe caráter materialmente amplo e abrangente – isto é, transversal -, na concretização mais plena possível da tarefa sancionadora estatal, ativada pela colaboração prestada e pela revelação de ilícitos, alcançando a mitigação de penalidades distintas em esferas diversas de incidência, o que se coaduna, inclusive, com a instrumentalidade que caracteriza a sanção na democracia, a qual pode ser acentuada, com mais relativização do apenamento imposto, quando se trate de negociação voltada à colaboração premiada.

Afigura-se, por tais razões, até intuitivo, não fosse lógico, que outras sanções cabíveis, além das mencionadas expressamente na própria LAC – as nela previstas e aquelas da Lei de Licitações nela citadas⁶⁰ -, como as da Lei de Improbidade Administrativa, do Regime Diferenciado de Contratações e, se o caso, até as da Lei do CADE, possam eventualmente ser negociadas e aplicadas em acordo de leniência, sobretudo quando este seja celebrado, isoladamente ou em conjunto, pelo Ministério Público – titular exclusivo da ação penal e destacadamente legitimado a atuar na esfera civil e de defesa da probidade administrativa, único a deter atribuição transversal nas distintas esferas de responsabilização.

Neste sentido, traduzindo-se em termos práticos, no rol de sanções negociáveis em leniência, encontram-se, primariamente, as penalidades da LAC, incluídas a significativa redução do valor da multa administrativa, a isenção da publicação extraordinária da condenação - cujo impacto reputacional no contexto comercial e financeiro das pessoas

60Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - 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; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

Art. 16 (...)

§ 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.

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;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

jurídicas é relevante, sendo, por isto, atrativo dela eximir-se -, o afastamento da proibição, judicialmente imponible, ao recebimento de benefícios e recursos financeiros, de origem pública, pelo prazo de 1 a 5 anos, além da atenuação ou isenção de penalidades da Lei de Licitações aplicáveis a entes morais. E, avançando-se, para além da literalidade da LAC, devem poder ser objeto de negociação entre Estado e empresa, no âmbito da leniência, a multa civil prevista na LIA e as demais sanções elencadas em seu artigo 12 e incisos, o que é usualmente do interesse da defesa, já que tais penalidades podem ser bastante gravosas para a situação comercial da pessoa jurídica. Quando possível e houver ampliação também dos entes celebrantes, até penalidades impostas por órgãos reguladores, como o CADE, podem ser contempladas na avença.

A extensão material do que pode ser objeto do acordo de leniência decorre da própria lógica negocial e consensual que o preside, como já apontado, aliado ao amplo exercício do direito de defesa, de que ele também é expressão concreta. Não obstante esta vasta abertura à esfera civil-administrativa em suas distintas manifestações, cujos efeitos devem ser estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem em conjunto o pacto, respeitadas as condições nele estabelecidas⁶¹, deve, pela mesma razão, alcançar ainda pessoas físicas envolvidas nos fatos ilícitos noticiados e a respectiva responsabilidade penal.

É que esta ótica extensiva e conglobante de manejar o instituto é certamente vantajosa para o Estado, que passa a ostentar maior potencial de barganha perante o infrator, interessado, por sua vez, em obter a máxima vantagem exculpatória em troca do ganho informacional e da cooperação ativa no deslinde de infrações que está apto a fornecer ao poder público.

E exatamente porque se pretende e se busca, com a colaboração do infrator, obter informação relevante e até então desconhecida ou indisponível, ao lado da cooperação ativa e plena no deslinde de ilícitos, em troca de mitigações punitivas, quanto mais amplo for o campo material de negociação do Estado sancionador, maior o grau de convencimento contido na oferta premial, a mover o agente, mesmo que seja apenas a pessoa jurídica. Trata-se, pois, de oferecer vantagem suficientemente convincente e em maior extensão material que a inclusão somente das sanções da LAC, quando o caso de múltipla incidência, com redução

61 LAC, art. 16, parágrafo 5º.

significativa do espectro de penalidades a que estaria sujeito, para incentivá-lo a romper os laços de coautoria e reportar ilícitos. Não se cuida, por outro lado, de oferecer fórmulas qualificadas de isenção ou de imunidade em relação a todas as sanções. É sanção premial, em perspectiva punitiva transversal, que se oferece, não vasta anistia, geral e irrestrita.

Decorre daí, ademais, que, para ser válido, o acordo de leniência, assim como a delação premiada criminal que o inspira, deve ser pautado, em sua concretização, por consistência material e alcance amplo, com abrangência plena, se possível, das várias penalidades aplicáveis em cada situação, o que visa a evitar incongruências e a reduzir o indevido *bis in idem* na aplicação concreta das normas, dada a eventual sobreposição de esferas concorrentes, com sanções similares ou potencialmente identificadas nos fins e na motivação, a exigir racionalização em sua execução material. Por outro lado, o instituto premial deve também ostentar coerência finalística, para que possa manter em equilíbrio seus objetivos precípuos: a realização do interesse público na apuração e repressão ágil e eficiente de ilícitos, em favor do Estado e da coletividade, e a segurança jurídica a ser assegurada ao infrator que coopere e busque mitigação das penalidades, no exercício de seu direito de defesa, no bojo do devido processo legal.

Percebe-se, pois, à luz dos influxos constitucionais que condicionam a aplicação do instituto, ser justificável a extensão do campo material da leniência, desde que respeitados limites e parâmetros para redução de penas, sem a isenção completa, salvo raras hipóteses inseridas no âmbito criminal, voltadas a pessoas naturais. Aliás, a consideração das sanções penais e daquelas aplicáveis por atos de improbidade administrativa, a pessoas físicas envolvidas nas condutas imputadas às empresas, permite o estabelecimento de uma forma de colaboração mais ampla, com melhor potencial de elucidação dos ilícitos. Favorece, ainda, a agilização dos processos de responsabilização, em âmbitos correlatos mas separados - como é o caso do criminal, que atinge pessoas físicas, e dos demais, que se dirigem também aos entes morais -, conferindo-lhes trâmite simultâneo e concomitante, na maior medida possível, o que, demais disto, serve para viabilizar tratamento coerente, mais igualitário e uniforme a todos os responsáveis por atos de corrupção e lesivos ao erário, bem assim aos agentes - indivíduos ou organizações -, que efetivamente colaboram para a elucidação de infrações.

A extensão subjetiva da negociação às pessoas físicas, para incluí-las nas tratativas acertadas com a empresa, beneficiada pelas práticas ilícitas e qualificada para a

colaboração, tem sido relevante e útil em experiências concretas recentes. No entanto, a par das estratégias adotadas pelas partes em cada caso, tal elasticidade explica-se por algumas razões de ordem prática e jurídica, fundadas, inclusive, na efetivação concreta do direito à ampla defesa. Com efeito, eventualmente, a custódia de documentação referente a transações e pagamentos espúrios pode pertencer, assim como sua propriedade, à pessoa jurídica envolvida nos ilícitos, embora a efetivação física e concreta das irregularidades, no mundo material, em benefício da empresa, tenha ocorrido com a imprescindível atuação das pessoas físicas a ela de algum modo ligadas, cujos detalhes são por elas conhecidos, como acionistas, executivos, empregados, prepostos ou contratados. Daí, quando for o caso, em homenagem à ampla defesa e à dignidade da pessoa humana que a fundamenta, deve-se negociar, simultaneamente, os benefícios cabíveis pelas colaborações de ambas as partes: empresas e pessoas físicas implicadas, em sede de leniência e de delação premiada do campo penal.

Note-se que, se assim não for, pode-se estar limitando o exercício da defesa em matéria criminal das pessoas físicas envolvidas nos ilícitos, muitas vezes influenciadas em sua conduta pela organização empresarial a que serviram ou pela relação laboral com ela mantida. Afigura-se injusto permitir à empresa, que certamente auferiu ganhos relevantes com as práticas lesivas, obter novamente vantagens, por acionar os instrumentos cooperativos de defesa aceitos pelo sistema jurídico, enquanto se impede as pessoas naturais, que também serviram ao ente moral, de se valerem de meio similar em relação ao mesmo conjunto fático infracional.

Considerando-se, portanto, as distintas esferas de responsabilização existentes e o alcance qualificado da instância criminal, que pode ser prejudicial em relação às demais, deve ser adotado modelo negocial material e subjetivamente elasticado, em que se conciliem, no máximo grau possível, segurança jurídica e eficiência administrativa. Aquela, ao serem atendidos os interesses dos particulares no exercício de seu direito de defesa, interessados em que sua cooperação ofereça garantias de não incidência de outras sanções punitivas, além das acertadas no acordo celebrado, de modo a não serem supreendidos com a atuação posterior da própria Administração Pública lesada ou de colegitimados dotados de atribuição autônoma, mas concorrente, para responsabilização, como é o caso do Ministério Público. Já o princípio da eficiência, ao ser possível, com o apurado na avença, dotar de mais certeza e agilidade investigações e punições, sobretudo em delitos societários e nos praticados por organizações

complexas, com diluição relevante da cadeia de responsabilidades, de descoberta e desbaratamento mais difícil.

Não é inoportuno lembrar que os benefícios obtidos pelo Estado e pelo colaborador, na troca que efetivam consensualmente, devem ser justos e equivalentes, jamais desequilibrados em prol do infrator. A informação obtida deve ser inédita, relevante, útil e realmente necessária – ignorada ou, quando muito, deficientemente conhecida pelo poder público -, sob pena de se oferecer, sem fundamento autêntico, vantagem exculpatória imerecida. Para que não se subverta a lógica do instituto, em detrimento da própria moralidade e eficiência no exercício das funções públicas, para ser premiada, a colaboração deve ser sempre idônea, o que requer seja necessária, proporcional e adequadamente útil ao desenvolvimento do direito sancionador na espécie.

Releva observar, ademais, ser conveniente cautela no desenvolvimento da negociação e na celebração do acordo de leniência, sob a perspectiva de atuação cooperativa e interinstitucional do próprio Estado, seja com a verificação da autenticidade e veracidade das informações apresentadas, seja para bem aferir sua utilidade e necessidade para a repressão plena e adequada das condutas ilícitas, sobretudo quando determinados órgãos e instituições públicos detêm capacidade apuratória própria, sendo dotados de técnicas ou instrumentos específicos de requisição e análise de dados, em medida até mais extensa do que as da instância de controle interno da Administração Pública.

Por tudo isto é que, para ser autenticamente atrativo como meio de defesa e, ao mesmo tempo, atingir as finalidades de eficiência sancionatória a que se destina sua introdução na ordem legal, o acordo de leniência deve ter objetiva e subjetivamente amplo espectro e alcance. Deve ter caráter transversal e, de preferência, ser pleno, o que significa englobar todos os aspectos possíveis no direito sancionador, relativos à empresa colaboradora, mas também, se cabível, às pessoas físicas com ela relacionadas, a fim de que o Estado possa exercer integralmente a capacidade de barganha em troca de importantes informações e provas sobre ilícitos que desconhecia, e, o particular, por seu turno, disponha de oportunidade e instrumentos legais para obter o tratamento punitivo mais benevolente em decorrência de sua atitude cooperativa, sob o pálio do devido processo legal e da ampla defesa.

Não pode, entretanto, como já advertido antes⁶², assumir caráter genérico e geral, equivalente ao de uma anistia, eis que, por mais amplo que deva ser seu alcance, não pode incluir toda e qualquer empresa, mas somente aquela que primeiro manifestar seu interesse em cooperar plena e ativamente com a apuração e deslinde de ilícitos, trazendo à tona fatos novos relevantes, não sendo a leniência meio de negociação alargada de condições de imposição de pena ou de ressarcimento do dano.

8.2. Atuação interinstitucional coordenada e cooperativa do estado na celebração de acordo de leniência e obrigatória intervenção do ministério público

Ponto nevrálgico, atualmente, para o bom funcionamento do instituto negocial da leniência no país é o que diz com os riscos gerados pela falta de compatibilização das diversas instâncias punitivas e de ausência de efetiva cooperação interinstitucional do poder público.

É que, para ser funcional e atrativa, a leniência, como já exaustivamente demonstrado, deve poder ter caráter transversal e apresentar, como racional, a confissão qualificada pela cooperação por parte do agente infrator, de modo a superar o questionamento sobre as razões que o levam a buscar o poder público com interesse. Portanto, o sistema de motivações, ínsito à lógica das colaborações, deve ser preservado, já que é incentivado pelo Estado, por trazer, comparativamente, uma situação de maior efetividade à atuação estatal no combate à corrupção, que é, assim, muito mais seguro e eficaz com a colaboração do que sem ela.

Percebe-se, desta maneira, que a efetividade intensificada pela colaboração ao cenário de combate à corrupção agrega valor ao funcionamento do direito sancionador, porque serve não apenas como modo de cessação das práticas ilícitas em dado caso concreto, como se presta à desestabilização das organizações ilícitas, o que representa também outra vantagem comparativa, de caráter sistêmico, do instituto. É que a cooperação plena e ativa do infrator tende a aumentar o risco para as organizações voltadas à práticas de corrupção e a incrementar a instabilidade dentro delas, e, por conseguinte, a desincentivar o ilícito.

Daí esta vantagem comparativa na repressão a delitos, aliada a incremento de efetividade estatal, constituir, em si, um dos fundamentos essenciais da colaboração como

62 Remete-se, no ponto, ao que consta no item 6 e seus desdobramentos analíticos.

instituto negocial, a qual deve ser adequadamente internalizada pelo sistema jurídico que adota a lógica da consensualidade. A própria ordem legal deve, então, assumir em si a racionalidade dos acordos, incentivando-os e não esvaziando sua viabilidade.

Para tanto, esta natureza sistêmica do instituto deve ainda ser percebida na releitura do funcionamento das distintas esferas de responsabilização, tornadas, agora, mais interdependentes e relativamente autônomas.

A interpretação teleológica aplicável no ponto exige, por sua vez, que seja superado o obstáculo de fragmentação dos sistemas de consequências na responsabilização por ilícitos. Explica-se. É que uma empresa corruptora e as pessoas físicas a ela ligadas (empregados, prepostos, executivos, acionistas etc), caso queiram colaborar com o Estado, apenas terão conformado o sistema de incentivos para o acordo de cooperação, se houver base negocial sólida sobre as consequências diversas decorrentes dos atos por eles desvelados. Pode-se dizer que a interpretação da base negocial da colaboração deve prestigiar o fundamento de viabilidade, que inclui a previsibilidade das consequências, boa fé nos usos da prova oferecida, transparência e segurança jurídica. Trata-se, portanto, de proteger as legítimas expectativas e os resultados esperáveis por parte de quem coopera com o Estado, abordando-o, usualmente, como um ente unitário, sem interesse por sua fragmentada forma de organização interna (através de divisões orgânicas ou mesmo políticas, incluídas, aí, as diferentes esferas federativas).

Na situação comparativa ensejada pela colaboração, o agente infrator, por iniciativa sua de cooperação, melhora a efetividade do combate à corrupção promovido pelo Estado, através de seus distintos órgãos e em frentes diversas. Naturalmente com as vantagens que lhe são oferecidas, o colaborador altera o quadro de possibilidades de aplicação concreta e real de consequências jurídicas e, por conseguinte, de efetiva aplicação da lei. Sem a colaboração, muito provavelmente não haveria quaisquer consequências jurídicas sobre os fatos revelados pelo infrator cooperador.

A propósito, cumpre notar que um dos vícios principais e mais comuns, que se manifesta na avaliação *ex post* da colaboração, é a sua análise a partir do quadro revelado, sem consciência de como seria a conjuntura sem esta revelação. Por exemplo, depois que se identificou fraude em licitação e construção de obra pública, que era desconhecida até a colaboração, é preciso reconhecer, com franqueza e sinceridade, que não haveria

consequência alguma, à míngua de conhecimento sobre a ilicitude, como resultado da ignorância anterior do sistema sancionador. A consequência obtida, em tal hipótese, é, portanto, dependente da colaboração. O quadro, como se há de admitir, seria distinto sem ela, já que o Estado certamente nada teria: nem a condenação criminal dos envolvidos, nem as multas administrativas correspondentes nem sanção por improbidade e tampouco reparação do dano.

Por isto, a compreensão da racionalidade comparativa e relacional imbricada na lógica da consensualidade, mesmo quando aplicada no âmbito do direito sancionador e do microsistema anticorrupção, requer, além de esforço exegético sistêmico, à luz dos valores constitucionais correlatos, a reconfiguração do modelo de atuação institucional responsável pela ativação oficial das distintas esferas de responsabilização jurídica. Em nível prático de aplicação, isto representa, por exemplo, o reconhecimento necessário da recorrente prevalência dos interesses na repressão criminal, mais gravosa e ampla, e a limitação de sanções correlatas no âmbito civil e administrativo, quando já houver ajuste de condutas por acordos ou reparação, ainda que parcial, de danos.

O incremento da atratividade do instituto, sob a ótica da defesa, para além da adequada elasticidade de sua abrangência material, da releitura da interação entre instâncias punitivas e da amplitude subjetiva, requer também, em um modelo negocial ideal, a cooperação interinstitucional interna ao Estado, a fim de assegurar vasto alcance aos efeitos da colaboração, estendendo-se, deste modo, o alcance subjetivo da leniência ao âmbito da colegitimação estatal para sua celebração.

Neste passo, no entanto, em reforço argumentativo que não se volta a indicar qualquer sujeição hierárquica entre órgãos de poderes distintos tampouco algum menoscabo às competências dos variados entes de controle e fiscalização do setor público, mas até em favor dos interesses amplos da pessoa jurídica (ou física) colaboradora, convém reconhecer, como explicitado no item 7, a indispensabilidade da presença efetiva e da intervenção obrigatória do Ministério Público em qualquer negociação de leniência, com ou sem cooperação interinstitucional, sob pena de não se atingir integralmente as finalidades legais com ela buscadas nem ser conferida a devida segurança jurídica à avença realizada, pela exclusão indevida do *custos juris*.

Ilustrativamente, para explicar este ponto, pode-se ter em conta a seguinte situação hipotética: efetuado acordo de leniência entre empresa infratora e órgãos do Poder Executivo lesado – seja a Controladoria ou auditorias, seja a Advocacia Pública que a representa juridicamente, ou ambas em conjunto -, as sanções nele abrangidas, de fato, não podem ir além das mencionadas expressamente na LAC. Em tal caso, a negociação, restrita aos limites do poder sancionador da Administração em matéria civil-administrativa e essencialmente afeta a suas relações contratuais com particulares (licitações de obras e serviços, em sentido amplo, como se deduz dos termos do artigo 5º e incisos da LAC), tem, por definição e imperativo lógico, alcance limitado e parcial, diretamente voltado à autotutela do ente político lesado, sob ótica civil *tout court*. Em tal hipótese, o instrumento consensual estabelecido com o agente infrator não lhe oferece maiores garantias nem vantagens concretas, notadamente se, como é usual nesta matéria, seu envolvimento nos ilícitos noticiados ensejar múltiplas responsabilizações, em outros âmbitos, inclusive com repercussões criminais relacionadas a pessoas físicas que lhe sejam próximas ou importantes. Assim, inexistindo relações pessoais entre empresa e demais envolvidos, nem respondendo a empresa de outro modo, em caso de abuso de direito de preposto ou outra excludente de culpabilidade, pode ser útil a celebração de um tal acordo restrito. Mas a experiência tem demonstrado não ser bem esta a prática consequente, nem a realidade dos diversos interesses em jogo, quando se decide optar pela cooperação com investigações estatais ou desvelar ao Estado fatos ilícitos desconhecidos e talvez de difícil detecção, no contexto de condutas infracionárias de corte organizacional complexo. Uma tal escolha descortina riscos relevantes e fragiliza o ente moral, por um lado, nas relações comerciais e concorrenciais de mercado, expondo, ainda, outros indivíduos à justiça criminal. E este tipo de opção também expõe a empresa a um passo eventualmente precipitado, sob a perspectiva estratégica da defesa, enquanto pendente esclarecimentos na seara criminal, mais abrangente, que pode vir a afastar a ocorrência dos fatos ou de fatores relevantes, de modo prejudicial à incidência da responsabilização mais ampla. Daí não configurarem, a adesão à leniência nem sua recusa, faculdade exercida com ligeireza, vez que dela derivam efeitos concretos, que podem ser muito graves para a sobrevivência empresarial, inclusive. Deste modo, só com a consideração de vantagens bastante significativas, com alcance suficiente para oferecer a maior compensação possível pela confissão qualificada por cooperação ativa e plena no deslinde de ilícitos determinados, é que se pode compreender como justificável, sob a ótica de quem dela se vale,

e autenticamente útil como ferramental estatal no combate a práticas lesivas ao erário e atos de corrupção. Não é razoável, por exemplo, que a empresa celebre um acordo de leniência na esfera administrativa, com o órgão de controle interno, quando ainda há investigação penal em andamento, porque este acordo pode embaraçar o avanço da persecução penal ou pode prejudicar a própria entidade privada celebrante, uma vez que, sendo a conclusão da investigação criminal pela inexistência de fato ou negativa de autoria, reconhecida pelo Ministério Público e Poder Judiciário, não há sequer falar em responsabilização administrativa ou cível.

Além das implicações concretas das distintas competências funcionais e sua interação na repressão aos desvios contra o erário e a Administração Pública, importa frisar, por oportuno, que a concorrência institucional nas esferas punitivas existem no ordenamento jurídico brasileiro para que disto resultem consequências salutares: redução da possibilidade de captura dos reguladores e fiscais por sua clientela, ampliação das redes de atuação estatal no tema, diversificação das perspectivas de sancionamento, e ampliação dos meios à disposição do Estado para cumprir suas funções, sobretudo em matéria cada vez mais complexa, como a que envolve ilícitos organizacionais. Justamente por isto, a múltipla incidência de sanções e a pluralidade competencial não podem ser desvirtuadas, ensejando a obtenção de resultados contrários aos valores que as inspiram e fundamentam. Tal efeito inverso ao pretendido seria logicamente insustentável, socialmente injusto e politicamente ilegítimo. Daí, por todo o exposto, ser inadmissível que, através de interpretações desarrazoadas, sejam gerados mais riscos ao uso do instituto da leniência, pela falta de adequada e integral cooperação interinstitucional interna ao funcionamento do Estado no combate à corrupção.

8.3. Acordo de leniência e reparação do dano

No âmbito da consensualidade em matéria anticorrupção, o acordo de leniência, com ampliada incidência, sob a ótica objetiva e material do direito sancionador ou sob o alcance subjetivo das partes celebrantes, pode incluir, sempre e na medida do possível, para obter negociação plena e exauriente sobre os fatos apurados, a reparação do dano, especialmente no que diz com a restituição devida pelas infrações de que trata, lesivas ao erário e à moralidade administrativa.

Sua celebração, porém, não exime a pessoa jurídica colaboradora nem os demais responsáveis solidários do dever de reparar integralmente o dano causado a todos os lesados, tampouco tem que disto necessariamente cuidar, quer parcial, quer integralmente, embora esta obrigação legal e o modo de seu cumprimento possam já ser considerados na negociação e vir a constar do acordo firmado entre as partes. Aliás, até segundo o texto da própria LAC, o dano deve ser apurado em procedimento administrativo específico⁶³. Não obstante, inclusive como demonstração de boa-fé das partes, o valor incontroverso inicial da lesão pode ser adiantado pela empresa colaboradora e outros agentes responsáveis, sem que isto implique quitação integral, eis que não se pode dispensar aquilo cujo alcance completo eventualmente ainda seja desconhecido, talvez até pelo próprio infrator.

A reparação integral do dano, como é cediço, tem *status* constitucional⁶⁴ e não configura, de fato, espécie de sanção. Consiste, antes e essencialmente, em obrigação *ex lege*: a de restituição de uma situação ao estado anterior ao do dano causado a outrem, inclusive ao erário. Assim, não é passível de dispensa automática e imediata nem de isenção, em sede de acordo de leniência, sequer pela pessoa jurídica de direito público lesada, até porque podem existir lesados com interesse, como acionistas minoritários de empresas públicas.

No que tange à esfera civil em que, por definição, está primariamente inserida a obrigação de reparar de danos a terceiros, importa notar que este dever decorre de qualquer ato ilícito praticado, pois, como dispõe o Código Civil, a responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) decorre da violação ou abuso de direito, de forma a acarretar a reparação, sempre que for causado dano (artigos 186, 187 e 927 do Código Civil). E também no âmbito da LIA está prevista a obrigatoriedade de reparação do dano acarretado ao patrimônio público⁶⁵, reforçada por disposições da nova lei anticorrupção⁶⁶.

A reparação de danos, ademais, não se confunde com eventual pena pecuniária que seja aplicada na esfera administrativa de responsabilidade, abrangida pela LAC ou nas demais instâncias sancionadoras. Com efeito, a multa civil e a proibição de contratar, por

63 Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei. Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

64 CF, artigo 37, parágrafos 4º e 5º, especialmente, sendo, neste último, prevista até a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário, a conferir-lhe maior autonomia e reconhecimento.

65 Art. 5º. Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

66 Consoante artigos 6º e 13, da LAC, e nota 6.3 supra.

exemplo, são sanções aplicadas em razão do ato ilícito, mas de forma alguma equivalem ao cumprimento do dever de reparar o dano, que abrange a devolução dos valores superfaturados, desviados ou, de outra forma, ilícitamente auferidos em prejuízo a terceiros. Evidencia-se, assim, que a harmonização da responsabilidade e das sanções a que os investigados estejam sujeitos é questão principiológica e providência racionalizadora essencial para o adequado funcionamento do acordo de leniência, sendo efetivamente necessário haver coerência entre as medidas impostas na esfera penal, na seara administrativa (LAC) e no âmbito civil-administrativo (improbidade).

Deduz-se, do exposto, que, por sua natureza, em contrapartida às finalidades precípuas do instituto premial, a reparação dos danos ao erário não tem que fazer parte do objeto essencial de acordo de leniência, mas pode nele ser incluída, sobretudo para ser antecipada a restituição da parte incontroversa ou de parcela passível de liquidação adiantada. À pessoa jurídica colaboradora, por sua vez, na apuração completa e quitação cabal dos prejuízos decorrentes dos ilícitos transacionados, deve ser dado benefício de ordem - como melhor analisado mais adiante -, evitando-se cobrar antes dela que dos demais envolvidos, responsáveis solidários, sob pena de se lhe dispensar tratamento desproporcional e mais grave, em comparação ao daquele dos não-colaboradores. Deve-se também buscar solução consensual no estabelecimento do valor efetivo da dívida e na forma de pagamento e cobrança, como reflexo da consensualidade em sede de reparação, que há de servir para evitar delongas e cobranças impossíveis, como tanto se vê em casos concretos.

Vale reforçar, ainda, que premissa lógica e racional que orienta os contornos e limites da inclusão desta matéria na negociação de leniência diz com a impossibilidade de se dar quitação de um dano, se desconhecida toda a sua extensão e de sua respectiva reparação. Sem tal identificação, não se pode isentar de reparação integral do que vier, eventualmente, a ser apurado. A não ser que não tenha ocorrido dano ou que já tenha havido seu integral ressarcimento, não se pode admitir que o acordo de colaboração premiada impeça a atuação oportuna, eventual e futura, seja do Ministério Público, seja dos demais a tanto colegitimados, na busca do ressarcimento, sob pena de, com tamanha liberalidade na fixação das vantagens em troca de cooperação, malferir-se uma das finalidades do instituto, na defesa não só do erário mas da moralidade administrativa.

No entanto, como a determinação da grandeza do dano sofrido com as práticas corruptas e a recuperação dos prejuízos daí derivados são legítimos interesses do Estado, é natural que venham à tona durante as negociações da colaboração, passando a compor, sob a ótica da defesa, tema relevante a ser resolvido conjuntamente com o estabelecimento dos prêmios e mitigação das sanções, até para que possa, a pessoa jurídica cooperadora, retomar suas atividades negociais sem pendências constrangedoras ou incertas, a desafiar dificuldades comerciais e contábeis. Daí o interesse também da empresa no exaurimento do debate sobre dano, desonerando-se, o quanto antes, de tal obrigação, ainda quando pendente cobrança adicional ou de terceiros.

Neste contexto, sopesando-se os interesses em jogo, as circunstâncias fáticas, com a análise da real possibilidade de apuração integral do dano e de adimplemento das obrigações dele decorrentes, pode ser legítimo admitir estar melhor atendido o interesse público primário, buscado com a celebração de acordo de colaboração premiada, com a assunção da impossibilidade de restituição integral do que sem a utilização do instituto negocial.

Com efeito, pode-se vislumbrar situações em que, por dificuldades técnicas, dada a extensão dos fatos ou a complexidade dos negócios envolvidos nas práticas que geraram desvios e prejuízos, não se tenha como determinar adequadamente o valor integral das lesões causadas, sendo, portanto, necessário admitir soluções parciais, sem abrir mão necessariamente da possibilidade de quitação integral, em momento oportuno e futuro. Assim, na celebração do acordo, pode ser conveniente aceitar, com ressalvas, a parcial recuperação, com o pagamento do que é certo ou incontroverso, ou, por hipótese, do que é factível e não prejudique a sobrevivência material da empresa colaboradora, sobretudo quando inexistam outros envolvidos aptos a solidariamente contribuir com o dever de reparação. Tal cenário, apesar de deixar em aberto a quitação integral do dano, talvez adiada quase *sine die*, mesmo não sendo o ideal, nem sob a ótica estatal aferrada ao dogma da restituição completa, nem sob a ótica comercial da empresa – cujos balanços e situação cadastral ficarão expostos a riscos e desvalorização mercadológica, todavia administráveis -, ainda é o que melhor realiza, na lógica do microssistema anticorrupção, os objetivos do instituto premial, voltado a obter cooperação ativa e plena para o deslinde de graves infrações, embora com a flexibilização de exações e exigências de caráter patrimonial.

Vale dizer, é melhor para o interesse público primário perseguido com o instituto, firmar o acordo de leniência, ainda que com postura mais flexível em relação ao dano, cuja reparação completa permanece ressalvada e, se o caso, suspensa para atuação futura, do que a opção contrária, isto é, não celebrar a negociação, porque se a condiciona à quitação do dano.

Esta perspectiva certamente assume raciocínios consequencialistas, identificando preferências e utilidades. É um modo importante de se avaliar a adequação de leniências celebradas, sem que, contudo, se olvide que o dever de reparação integral vale para todos, pessoas físicas e jurídicas, colaboradoras ou não. E, embora a cooperação prestada mereça prêmios e seja, eventualmente, justo e prático atribuir desconto ou perdão a dívidas, não se pode, automaticamente adotar, como parâmetro expresso em negociações premiais, a dispensa do cumprimento da obrigação reparatória geral. Não obstante, a depender do caso concreto, pode ser bem justificável a desoneração parcial de obrigações pendentes, bem como outros modos de abrandar seu cumprimento efetivo. Em hipóteses tais, deve-se ponderar quão mais alto é o grau de atendimento do interesse público e social, não somente o econômico do ente lesado, com a avença realizada, mesmo com as vantagens concedidas ao colaborador e a suspensão eventual da cobrança em relação a ele, do que teria sido o atingido, sem a colaboração e mantida a ignorância do Estado sobre os delitos, sua incapacidade de reaver recursos desviados e a cultura de práticas lesivas e indevidas no relacionamento entre o setor público e a iniciativa privada.

Anote-se, por oportuno, que, para ser correta e justa, a avaliação do grau de benevolência na negociação, feita sempre *ex post*, deve ser ponderada com todo cenário anterior e as desvantagens de sua continuidade, se não descobertos os ilícitos ou não facilitada sua apuração e sancionamento. Deve fundar-se, portanto, em estado mental receptivo e aberto a juízos de probabilidade, com base em experiências concretas anteriores e em critérios realísticos sobre os resultados potencialmente alcançáveis, se mantidas as condições usuais de incidência da lei e de apuração dos fatos, reconhecendo-se que a reparação depende das circunstâncias concretas, em que se deve considerar as condições de apuração adequada do dano e de punição de múltiplos agentes solidariamente responsáveis pelo pagamento. Não é raciocínio corriqueiro nem simples. Requer avaliar com isenção determinado nível de discricionariedade na escolha feita, por mais racional que tenha sido. Tal característica, no entanto, não é inédita na Administração Pública nem no cotidiano ministerial e forense, pois é

ínsita à concretização de direitos e à aplicação de normas, em certa medida. Inescapavelmente, há opções que são feitas, com racionalidade e ponderações técnicas, mas que não dispensam certa avaliação de oportunidade e conveniência, à luz das circunstâncias concretamente dadas em determinado tempo, modo e lugar. Isto não impossibilita o controle cabível, inclusive judicial, da correção sobre o quanto decidido, ainda que feito posteriormente na maior parte das vezes.

É importante deixar assentado, além disto, que, não sendo possível aferir o valor total e incontroverso do dano, o ressarcimento deve ser pautado pelo *quantum* apurado, sendo, então, cabível e possível moderar a capacidade de pagamento - a denominada *ability to pay* do direito anglo-saxão -, que também pode servir de base para a fixação proporcional de multa civil.

Percebe-se, neste ponto, que, por coerência e consistência sistêmica no funcionamento da ordem legal, a consensualidade também pode e deve ser adotada pelo Estado na determinação do dano, de seu modo de apuração e cálculo, inclusive com a cooperação ativa da pessoa jurídica colaboradora, sobretudo quando se tratar de situações que recomendem esta interação (setores sensíveis, mercados altamente especializados, obras de vulto e que requeiram *expertise* técnica diferenciada, por exemplo). É que, mesmo sendo devido o ressarcimento integral do dano, é recomendável levar em conta as dificuldades técnicas do Estado para determinar o dano, eventualmente, e a capacidade econômica da empresa infratora e sua função social, voltada também à continuidade de seu funcionamento como agente econômico e empregador, de modo que se possa estabelecer um sistema racional e razoável de cobrança e adimplemento das obrigações, especialmente em razão da contribuição valiosa trazida à atuação estatal repressiva, com sua colaboração premiada.

Afinal, impende reconhecer que, atualmente, já são admitidas várias formas de mitigação do dogma da *restitutio in integro* no sistema vigente, com parcelamentos e refinanciamentos generosos, além de descontos em multas e condições de prazo flexíveis em diversos setores, inclusive no fiscal, além de renúncias diversas a valores devidos. É claro que não se trata de obrigação gerada por ato ilícito. No entanto, demonstra tendência e flexibilização na cobrança de créditos públicos, o que pode valer também, com as modulações cabíveis, para outros casos.

Por outro lado, a vedação da prisão civil por dívidas em relação a pessoas físicas pode ser adotada como parâmetro para o tratamento a ser dispensado a empresas colaboradoras. A estas – e não a qualquer pessoa jurídica que cometa ilícitos -, deve ser assegurada a impossibilidade correlata de se destruir seu patrimônio social, o que equivaleria a decretação de sua pena de morte e não é condizente com o caráter negocial da leniência. Fórmulas de mitigação ou alongamento no cumprimento da obrigação reparatória devem ser pactuadas na celebração da avença, sem que, contudo, venham a dotar de tratamento excessivamente benevolente a pessoa jurídica, em detrimento daquele reservado a indivíduos, por conta de infrações similares ou mesmo débitos com o poder público, sob pena de grave desrespeito aos requerimentos constitucionais de igualdade e eventualmente gerar mais prejuízos às vítimas particulares e minorias.

Consideração pragmática sobre o ressarcimento deriva da constatação comum, no âmbito de responsabilização por atos de improbidade administrativa, que indica não ser factível, especialmente diante de fraudes graves em contratos e obras públicas, com prejuízos sensíveis ao erário, recuperar o dinheiro desviado ou parte substancial de tal valor, pois, em geral, as empresas implicadas costumam ter seu patrimônio desidratado, sendo fatiadas e vendidas, transferidas para “laranjas” ou simplesmente tendem a desaparecer como bem jurídico relevante.

Da pessoa jurídica colaboradora, como é óbvio, certamente não há que se esperar uma tal conduta fugidia. Não obstante, diante deste cenário e a par do caráter também simbólico do dever geral de ressarcimento, que deve ser imposto a pessoas jurídicas infratoras, colaboradoras ou não, forçoso reconhecer as dificuldades concretas em sua operacionalização prática e a razoabilidade de sua mitigação, desde que não confundida com isenção ou anistia.

8.4. Pessoa jurídica colaboradora e necessidade de tratamento especialmente protegido

Desdobramento evidente da assunção de compromissos por parte do Estado, na celebração de acordos de leniência em sede anticorrupção, é a obrigação de reconhecer que a pessoa jurídica colaboradora assume *status* diferenciado a partir da cooperação por ela prestada, ainda que já premiada com vantagens e benefícios legais.

Ao transitar da condição de infratora para a de colaboradora, a empresa passa a merecer proteção estatal correspondente, apta a assegurar o respeito às vantagens concedidas e às cláusulas avençadas, em relação aos efeitos gerais que delas possam ser extraídos, obrigando também terceiros, como os relativos a insubsistência dos requisitos para constrições patrimoniais ou às limitações de caráter subjetivo ao uso das provas obtidas com a colaboração, quando porventura compartilhadas com outros entes.

Note-se também que, em função da colaboração prestada, a pessoa jurídica pode ter gerado indisposições várias em seu meio de negócios e em distintas esferas de sua participação social e política. Ao escolher revelar informações sensíveis sobre materialidade e autoria de ilícitos, expõe-se a riscos, agravados com a publicização do acordo feito. Daí ser admissível que o Estado, num juízo de proporcionalidade e correlação fática e lógica, diante de situações concretas, adote as providências tendentes a dotar o colaborador da devida proteção contra tratamento injusto, desproporcional ou decorrente de retaliações, de que possa vir a ser alvo por parte de investigados ou apoiadores que ainda estejam em postos de poder político e no comando de organismos públicos relevantes ao funcionamento empresarial. A pessoa jurídica colaboradora faz jus, portanto, na prática, à observância e ao respeito do rol de benefícios e obrigações reciprocamente negociados entre ela e o poder público, que devem ser honrados pelos órgãos de Estado, nos desdobramentos investigativos que a colaboração gerar contra terceiros e nas interações futuras com a Administração Pública, desde que ausentes outros fatores objetivos que a desfavoreçam em tal relacionamento.

Outrossim, é certo que a ordem jurídica já alberga em seus dispositivos solução para riscos similares sofridos por pessoas físicas e orienta-se por princípios suficientes, tais como os da lealdade, boa fé, segurança e proteção da confiança, aptos a resolver o aparente impasse gerado pela alteração de *status* de infratora a colaboradora que a celebração da leniência acarreta para as pessoas jurídicas.

Nesta medida, parece adequado concluir, que, ao se tornar colaboradora, em leniência, a empresa assume posição peculiar, que pode fragilizá-la para além do esperado como efeito da cooperação. Se isto ocorrer, pode ser o caso de considerá-la como uma espécie de informante sensível, à qual cabe dar tratamento diferenciado, para garantir sua sobrevivência e dignidade, tal como ocorre, *mutatis mutandis*, nos termos da lei própria, com a proteção a vítimas e testemunhas. Deste modo, mister assegurar à empresa a possibilidade

de continuar a funcionar, até para que possa cumprir o acordado e proceder às restituições financeiras e demais pagamentos devidos, sem sofrer retaliações nem discriminações indevidas. E, ainda que venha a ter restrições creditícias e de contratações, estas não podem ser geradas pelo fato de ter celebrado acordo de leniência, devendo decorrer de fatos anteriores, se o caso (quando não afastados pelo próprio acordo de colaboração), ou posteriores, afetos ao comportamento típico do mercado e pelos reflexos concorrenciais e reputacionais que sua conduta irregular antecedente e sua adesão voluntária ao programa de leniência lhe tenham gerado. Tais efeitos negativos sobre a continuidade de suas operações não podem ser imputados ao Estado nem evitados por sua ação, sob pena de se desvirtuar um dos objetivos da leniência que é, também, favorecer a livre concorrência, sem protecionismos incabíveis.

Inferese, portanto, que um dos efeitos positivos mais destacados que a pessoa jurídica colaboradora busca, com a assunção de obrigações, através de acordo de leniência, é a conservação de seu patrimônio e de sua existência material, especialmente no que se refere à possibilidade de operar no mercado e contratar com o setor público. Outro, não menos importante e que também decorre da lógica da pactuação entre infrator e Administração Pública, fundada no interesse comum de que a empresa colaboradora reintegre-se social e comercialmente com a máxima potencialidade de êxito, enquanto adimplida a avença, relaciona-se com o tratamento diferenciado que se lhe deve dispensar na busca do ressarcimento integral dos danos.

Deveras, da adoção ampla da leniência, seja em sua abrangência material, seja como método instrumental de resolução de conflitos e ativação do direito sancionador, decorre a necessidade de que seja instituído benefício de ordem em relação à reparação do dano e às obrigações decorrentes de empresas colaboradoras.

Ora, havendo possibilidade de se cobrar dano adicional de terceiros envolvidos nos fatos, mas não abrangidos no acordo, afigura-se pragmaticamente possível e conceitualmente justo que a exigência da reparação seja a eles dirigida, antes dos demais que colaboraram. É dizer: não se afigura cabível endereçar cobrança adicional pelo dano à pessoa jurídica colaboradora, enquanto houver outros envolvidos na infração, aos quais se deva e possa dirigir a efetivação do dever de ressarcimento, sendo salutar conferir ao colaborador, ao

menos, o benefício de ordem no pagamento de saldos eventualmente existentes ou de sua parte, na impossibilidade do adiantamento de sua quota-parte.

Nesta medida, até para permitir que a colaboradora obtenha, por suas operações, os recursos de que necessita para honrar seus compromissos, deve ser respeitado um benefício de ordem, em que, com base na razoabilidade e no potencial de recuperação de valores, através da exigência aos demais corresponsáveis, seja dada preferência e primazia na cobrança do débito, inicialmente, aos não-colaboradores, privilegiando-se, desta forma, a pessoa jurídica que ativamente auxiliou no deslinde de práticas lesivas. Solução distinta ensejaria tratamento desigual e injusto, sobretudo se fundado na prova obtida no acordo de leniência, gerando o efeito perverso de punir antes a empresa colaboradora, que abriu mão de seu direito de não se autoincriminar, para cooperar com a eficiência do direito sancionador, na expectativa de se ver tratada com honradez e lealdade pelo Estado.

Na observância do benefício de ordem na cobrança, sobretudo quando indeterminado o valor exato e o alcance real da lesão causada e do dano respectivo, ressalvando-se o dever de reparação integral, a ser eventual e oportunamente adimplido, deve-se permitir seja adiantada parcela incontroversa, bem como deve ser estimulada a busca de solução consensual e pactuada entre Estado e infrator colaborador para o estabelecimento do efetivo *quantum debeat*, sobretudo em casos de difícil mensuração, fraudes de monta, setores complexos, que demandem pesquisas de campo, delongada instrução, adoção de conhecimento e critérios técnicos especiais etc. E sempre é de ser ponderado, na avaliação concreta dos acordos efetivados e de seus efeitos e cumprimento, que, ao abrir mão do direito a não se autoincriminar e a não produzir prova contra si própria, embora devesse desde antes, como vale para todos, operar com lisura e correção nos negócios, a empresa colaboradora aspira, legitimamente, a obter o menor grau possível de constrangimentos legais decorrentes de seus confessados atos irregulares, embora não possa exonerar-se da obrigação reparatória geral.

Parece também legítimo, por conseguinte, admitir um juízo de suficiência do acordado, eventualmente afeto, inclusive, ao que foi pago e devolvido, baseado na coerência e previsibilidade do direito e do sistema e na prejudicialidade da atuação ministerial abrangente, notadamente quando o acordo de leniência não tiver englobado, na sua negociação, órgãos de controle estatal ou representantes do ente lesado.

Deve-se valorar positivamente, ainda, a utilidade e a qualidade das informações recebidas com a colaboração e o impacto que a mudança de atitude corporativa e concorrencial que resulta do compromisso assumido por empresa colaboradora com medidas de integridade e auditoria e de *fair game* nos negócios pode ensejar. É que, apesar de a melhoria do sistema interno de *compliance* ser um dos requisitos cumulativos exigidos pela LAC para a celebração do acordo de leniência, é claro que seu incremento representa valor agregado na conduta futura da pessoa moral e na transformação de sua cultura organizacional, sobretudo em suas relações com o poder público, o que pode ser replicado por outras empresas e repercutir no mercado em que atua, correspondendo apropriadamente às legítimas expectativas estatais com a negociação premiada.

Outro aspecto relevante a ser considerado diz com a destinação dos recursos recuperados na negociação da leniência ou a partir das informações e provas com ela obtidas. A reversão dos valores recuperados ou obtidos com sanções pecuniárias para as vítimas da lesão, quando conhecidas, além dos casos em que se restringirem aos entes políticos lesados, é medida salutar, voltada a devolver a quem de direito recursos desviados ou indenização material pelos danos causados. Já a destinação da multa civil para instituições e órgãos de controle não pode ser efetivada, à míngua de legislação específica e própria, em termos fiscais, orçamentários e financeiros, além da questão ética que merece reflexão e aprofundamento.

Note-se que, à luz do princípio da vedação do *bis in idem*, é correto afirmar que acordo de leniência firmado com um dos colegitimados, o Ministério Público, instituição generalista e plurilegitimada à defesa do erário e da ordem jurídica em distintas facetas sancionadoras, afeta a aplicação material de outras sanções em esferas civis e administrativas correlatas, por órgãos de fiscalização e controle ou pelo ente político lesado, quando a natureza e a *ratio* das penalidades forem idênticas ou essencialmente similares, como ocorre com as sanções de inidoneidade e da respectiva proibição de contratar ou com a vedação de receber recursos públicos.

Deve-se adotar idêntico raciocínio em relação a multas, que, uma vez aplicadas, ainda que tenham parâmetros distintos, não podem incidir materialmente, em sua inteireza, de forma reiterada, mas, se o caso, apenas em complementação, sob pena de duplicidade gravosa indesejável e incabível. Tal solução vale, por óbvio, para a pessoa jurídica colaboradora.

Quanto aos demais envolvidos, na medida em que forem punidos, serão apenados em distintas esferas, não obstante, para eles como para todos, valer sempre a ressalva da vedação do *bis in idem*, observado na aplicação prática das penalidades e multas, com a harmonização cabível e eventual compensação, na fase de execução material das diferentes sanções.

A celebração de acordo de leniência, portanto, obsta, inclusive sob a perspectiva lógica, a atuação repressiva oficial desnecessária e desproporcional, porque já atingidos os objetivos e reparações devidos, de interesse de outros entes de controle, contra a empresa colaboradora, que não pode ser prejudicada por ter reconhecido suas condutas ilícitas e ajudado a desvelá-las, com a indicação de dados, documentos, envolvidos e provas. É inaceitável, por ferir a ética que limita o agir estatal, considerar que órgãos de fiscalização, por maior autonomia que detenham, nas suas restritas áreas de atuação, possam sancionar livremente a colaboradora, desconsiderando compromissos assumidos pelo Estado, em nome próprio e em seu benefício, em troca do auxílio prestado na revelação de infrações.

É decorrência lógica, de ordem geral, a conclusão de que, tendo sido celebrado acordo de leniência de amplo espectro, com repercussões penais reflexas, advindas da negociação paralela de benefícios a pessoas físicas nas delações correlatas, não há legitimidade no agir estatal para reprimir os mesmos fatos, sobretudo se não há inovação adicional. Faltam necessidade e adequação a tal proceder, do ponto de vista material e de sua utilidade. Processualmente, por sua vez, resta clara a ausência de interesse de agir na reiteração de medidas concorrentes. Pode-se afirmar, portanto, que se aperfeiçoa, logicamente, a preclusão da oportunidade de punir em determinadas esferas menos abrangentes, quando o acordo efetivado já engloba providências de mesmo naipe. Esta medida serve para evitar o *bis in idem* ou o agravamento da situação do colaborador, podendo-se adotar a suspensão da aplicação de determinadas penas cabíveis, com a obtenção de efeitos meramente declaratórios, por exemplo, enquanto mantido e adimplido o acordo firmado, para evitar duplicidades punitivas. Em caso de descumprimento, reativa-se o potencial sancionador que foi negocialmente suspenso.

8.5. Sanção de inidoneidade e constrições patrimoniais em acordos de leniência: juízo de suficiência ou repercussões necessárias

No microsistema anticorrupção, fundamental para a punição efetiva da pessoa

jurídica corruptora é a previsão de penalidades que afetam diretamente a existência material da empresa, que vão desde as pecuniárias e restritivas de direitos de contratação com o Estado e de auferimento de recursos públicos até a possibilidade radical de dissolução compulsória, desde que presentes certas circunstâncias. Trata-se de medidas que visam a inibir condutas ilícitas e a adequar o caráter instrumental da sanção, com sua carga pedagógica, preventiva e repressiva, mas também simbólica, à natureza peculiar do agente infrator, um ente moral.

Partindo-se destas premissas, afigura-se útil, em esforço heurístico, supor que, no bojo de acordo de leniência firmado pelo Ministério Público com determinada empresa, esta voluntariamente aceite submeter-se, desde logo, com fulcro no art. 12, incs. I, II e III, da LIA, à sanção de inidoneidade para a contratação com o Poder Público, sustando-se, no entanto, sua efetivação, enquanto adimplida a avença. Neste caso, deixam de subsistir os pressupostos para o bloqueio de bens, bem como para a restrição a participação em seleções públicas e ao direito de contratar conseqüente, em outras esferas. Isto porque penalidades constrictivas desta espécie, embora aplicáveis em instâncias e por atores diversos, têm idêntica finalidade e *ratio* jurídica, não sendo, por isto, necessária nem indispensável sua reaplicação contra a empresa que colaborou com o Estado e está cumprindo suas obrigações, incluídas às voltadas a reparar o dano e honrar sanções pecuniárias.

Explica-se. É sabido que as empresas que aderem a acordos de leniência devem entender que admitem o erro cometido, aceitando a conclusão de que devem sujeitar-se às sanções correspondentes. Porém, também é certo que sua adesão deve implicar vantagens, que permitam estimular esta colaboração.

Por isto, considerando que houve efetiva conduta ilícita por parte da empresa, parece razoável que a sanção de inidoneidade para contratar com o Poder Público seja efetivamente imposta, de modo a eliminar qualquer debate futuro sobre a incidência ou não desta consequência, eliminando-se também a possibilidade de discussão de que a empresa efetivamente é inidônea para a contratação com o Poder Público.

Em contrapartida, como vantagem, prevê-se a suspensão da incidência desta sanção enquanto houver o cumprimento dos termos do acordo.

Deste modo, a consequência apresenta a vantagem de aplicar, de imediato, a sanção de inidoneidade, tornando desnecessária – e, poder-se-ia dizer, inviável por falta de

interesse processual – qualquer medida judicial que pleiteasse a incidência desta penalidade, pois, se a sanção já se encontra aplicada – ainda que encontre sua efetivação suspensa, enquanto cumpridos os termos da avença –, evidentemente não há necessidade de buscar em Juízo a sua imposição. Aliás, sequer haveria idoneidade na atividade judicial que pretendesse fazê-lo, sob pena de se buscar algo já obtido extrajudicialmente⁶⁷.

Por outro lado, é certo que a suspensão da aplicação desta inidoneidade responde a um imperativo inerente a qualquer acordo de leniência, *que é a possibilidade de que os seus termos possam ser integralmente* cumpridos, até porque ninguém supõe celebrar um acordo para que ele não seja cumprido. A premissa da sua celebração é o adimplemento de suas cláusulas, o que decorre da boa-fé objetiva e do princípio da confiança.

Nestes termos, parece razoável supor que, se o acordo de leniência prevê a aplicação de multas e sanções pecuniárias de monta contra a empresa que celebra o pacto, é necessário dar a ela condições de cumprir tais sanções. Para tanto, é imprescindível que se permita que a empresa continue funcionando e operando em seu mercado usual. Assim, negar-lhe a contratação com o Poder Público, enquanto permanecer com ele colaborando e, portanto, protegida pelo acordo de leniência, é impedir, por vias transversas, que ela possa dar cumprimento a estas sanções e, por consequência, é negar qualquer factibilidade ao próprio acordo.

Importa frisar, neste passo, que as penalidades em questão são essencialmente as mesmas, ostentando o mesmo conteúdo sancionador, passível de exclusão pelo acordo de leniência, embora previstas em legislações diferentes. Incide, no caso, a vedação do *bis in idem*, com a execução material da sanção idêntica ou similar uma única vez, sendo irrazoável e desproporcional sua aplicação múltipla, à míngua de elementos concretos que desautorizem a vantagem auferida com a colaboração já prestada. Nesta medida, inclusive, a prescrição punitiva do controle externo e de outros órgãos fiscalizatórios deve permanecer suspensa, de forma analógica ao que ocorre com a competência sancionatória da Administração Pública, mas, se houver descumprimento do acordo de leniência, todas voltam a incidir.

Observe-se que se assegura a limitação desta restrição contratual apenas à

⁶⁷ Ajuizar demanda com esse conteúdo equivaleria a pretender a cobrança judicial de dívida cujo pagamento está sendo feito de forma parcelada, ou cuja exigibilidade é objeto de termo ainda não adimplido. A imposição da sanção já ocorreu e a suspensão de sua efetivação, evidentemente, não faz desaparecer a sanção. Apenas posterga sua aplicação para momento futuro, a depender da conduta adotada pela empresa colaboradora.

empresa que praticou os ilícitos confessados e em relação aos fatos previstos no acordo, não se afigurando justo punir antes, nem dar tratamento prejudicial, exatamente para a pessoa jurídica que cooperou com o Estado no deslinde de infrações.

Ademais, uma das finalidades da sanção de inidoneidade vem a ser satisfeita com as medidas de aperfeiçoamento do programa de integridade, previsto no acordo de leniência. A prevenção geral perseguida por tal penalidade também é atendida pelo fortalecimento do poder punitivo advindo do instrumento consensual avençado.

Pelas mesmas razões, tornam-se ainda inviáveis tentativas de aplicar, em outras esferas, sanções constritivas de bens da colaboradora, inclusive a partir de elementos de prova obtidos com a própria colaboração, já que, em decorrência do suporte fático construído com os termos do acordo e seu cumprimento e mesmo por derivação lógica, passa a não mais subsistir o contexto ensejador de cautelaridade para bloqueios e medidas de constrição patrimonial. Estas, aliás, só se justificam quando presente quadro de *periculum in mora presumido*: se colaborador violou regra para obter lucro, violará regras para manter o lucro mediante dissipação do patrimônio. Uma vez feito o acordo e constituídas eventuais garantias, a presunção do agir ilícito não mais se sustenta, porque o colaborador passou de uma atitude antiooperativa (ilícita) para um agir cooperativo, podendo, inclusive, já ter antecipado em parte a reparação do dano e a restituição de valores ilicitamente obtidos, a demonstrar compromisso e boa-fé. Obviamente, a violação do ajuste, se houver, faz reaparecerem os requisitos para eventual bloqueio, o que preserva direitos, a depender das circunstâncias verificadas.

8.6. Adimplemento das sanções e do ressarcimento do dano, garantias e função social da empresa no acordo de leniência

Outra implicação prática concreta da aplicação do paradigma da consensualidade e da ampla disseminação de seus reflexos no microssistema anticorrupção relaciona-se com o completo adimplemento das sanções aplicadas à pessoa jurídica com base no acordo efetivado, bem como do integral ressarcimento do dano, a que se refere o art. 12, incs. I, II e III, da LIA. Em tal contexto, pode dar-se o caso que a empresa ofereça em garantia das obrigações assumidas e do ressarcimento integral do dano, a própria empresa, no sentido de que trata o art. 862, do CPC, ficando ela mesma como garantia de todos os valores devidos.

Vale dizer que esta garantia só abrange a empresa como patrimônio imaterial e como atividade econômica e não torna, por si só, indisponível o patrimônio material da empresa ou a imobilização de seu ativo, que pode ser empregado para seus fins usuais. Objetiva-se, com isto, oferecer garantia suficiente do ressarcimento dos danos operados pela pessoa jurídica – bem como da aplicação das outras sanções –, sem que se inviabilize o prosseguimento de suas atividades.

Relembre-se que, para a celebração de acordo do qual exsurtem deveres de adimplemento de sanções pecuniárias, é pressuposto lógico a possibilidade concreta de que a empresa possa cumprir as condições avençadas, e, especialmente, honrar as sanções que lhe são aplicadas.

Parece nítido que uma empresa que não pode dispor de seu patrimônio também não pode funcionar. E, assim, certamente não terá condições de arcar com as sanções que lhe são impostas. Mais do que isto, se a empresa não pode operar, mesmo depois de colaborar com investigações que levem ao desmantelamento de crimes graves e relevantes, decerto não tem interesse em realizar o acordo de leniência nem colaborar com o Poder Público.

Esta consequência - a manutenção das restrições sobre bens mesmo depois de celebrado o acordo de leniência -, implica a mais perversa das situações, pois a empresa que colabora é mais prejudicada do que se mantém inerte e não o faz. Afinal, a colaboradora exhibe suas máculas e se expõe ainda mais ao ressarcimento que causou; e isto tudo com a restrição de seus bens a inviabilizar o prosseguimento de sua atividade. Já a empresa que não colabora mantém o Estado em ignorância, não se sujeitando a qualquer reparação de dano e, *a fortiori*, à restrição de seu patrimônio. Ou, ainda quando processada, conta com a delonga no trâmite das providências, que lhe garantem sobrevivência e eventualmente, até, a ausência de efetivo ressarcimento no futuro.

Para evitar tal cenário indesejado, toma-se como garantia do cumprimento das obrigações assumidas no acordo e do adimplemento das sanções ali previstas a empresa (considerada em seu aspecto econômico), em termos semelhantes ao que prevê o art. 862, do CPC⁶⁸. A garantia prévia sugerida por esta fórmula seria medida protetiva semelhante a direito

68 Art. 862. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifícios em construção, o juiz nomeará administrador-depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias o plano de administração.

§ 1º Ouvidas as partes, o juiz decidirá.

§ 2º É lícito às partes ajustar a forma de administração e escolher o depositário, hipótese em que o juiz homologará por

real de garantia, que poderia vir a converter-se futuramente na penhora de empresa de que trata o dispositivo mencionado.

A propósito desta modalidade de penhora, esclarecia, ainda na vigência do Código de Processo Civil anterior, Celso Neves:

“O conceito de empresa pertence, principalmente, ao mundo econômico, especialmente no plano do direito comercial. Aí tem ele dado ensejo ao largo debate doutrinário em que, sob a ideia de uma *subjetividade jurídica*, nasce a noção de sua personalidade, apartada da figura do empresário e com ele inconfundível, na concepção de Endemann, combatida por Laband, que via nessa concepção uma *contraditio in terminis* (cf. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, vol. 6º, p. 59 e segs).

Como complexo de bens e atividades voltadas para um fim lucrativo ou de realização de outros fins, consubstanciada em estabelecimentos civis, comerciais, industriais ou agrícolas, a empresa, quando sujeita à penhora, além do depósito com que esta se ultima, exige continuidade administrativa que lhe assegure a existência.

Isso o que o Código inclui nas atribuições do depositário, impondo-lhe o encargo de apresentar, em juízo, plano a respeito, sobre o qual serão ouvidas as partes, decidindo o juiz em seguida. Que o intuito do legislador está em que se mantenham as *atividades* próprias da empresa e outros estabelecimentos, a própria disciplina legal da matéria denuncia, a toda evidência.”⁶⁹.

Esta espécie de garantia, evidentemente, é do interesse da empresa, já que ela não perde a disponibilidade de seus bens ou direitos. Suas atividades podem continuar a ser plenamente desenvolvidas, o que vai ao exato encontro da intenção do Ministério Público com o estabelecimento da garantia⁷⁰. É a empresa, como um todo, que se torna a garantia das dívidas, o que se alinha com o princípio da menor onerosidade, a que se refere o art. 805, do CPC.

Por outro lado, também é do interesse do Ministério Público – como de qualquer outro ente legitimado a buscar reparação e sanções -, já que *nada pode oferecer maior garantia do que a empresa considerada em sua totalidade*, como universalidade.

despacho a indicação.

§ 3º Em relação aos edifícios em construção sob regime de incorporação imobiliária, a penhora somente poderá recair sobre as unidades imobiliárias ainda não comercializadas pelo incorporador.

§ 4º Sendo necessário afastar o incorporador da administração da incorporação, será ela exercida pela comissão de representantes dos adquirentes ou, se se tratar de construção financiada, por empresa ou profissional indicado pela instituição fornecedora dos recursos para a obra, devendo ser ouvida, neste último caso, a comissão de representantes dos adquirentes.

69 NEVES, Celso. *Comentários ao código de processo civil*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. VII, p. 74.

70 Com efeito, ponderava Amílcar de Castro, a respeito dessa modalidade de garantia, ainda na vigência do Código Processual anterior, que “nesses casos, há interesses não só do devedor e do credor, como até de terceiros, e do próprio Estado, em que esses bens, ou estabelecimentos, sejam conservados, na medida do possível, em atividade normal, tal como forma encontrados no ato da penhora; e os arts. 677 e 678 procuram dar normas adequadas a serem penhoradas sem prejuízo da regularidade de seu funcionamento” (CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao código de processo civil*. 2 ed., São Paulo: RT, 1976, vol. VIII, p. 273).

Sem dúvida, esta é a maior garantia possível, já que não se pode conceber que a empresa dê em garantia algo maior do que ela em sua inteireza⁷¹. Deste modo, obtém-se a maior garantia possível – a todos os créditos eventualmente devidos pela empresa –, sem que isto implique prejuízo para seu funcionamento normal, tornando-se, ademais, inócuo, desnecessário e mesmo impossível o requerimento de outra espécie de bloqueio de bens ou de interesses da empresa.

8.7. Compartilhamento de informações decorrentes de acordo de leniência

Desdobramento prático sensível, relacionado com a atitude interinstitucional cooperativa e com o tratamento especialmente protegido devido à pessoa jurídica, refere-se ao compartilhamento das informações e provas obtidas com a colaboração.

É que, para o equilíbrio dos interesses suscitados na negociação premial, sobretudo para que sejam corretamente asseguradas a segurança jurídica e a proteção da boa fé, equivalentes ao ganho informacional e ao incremento de eficiência estatal, exsurge como providência fundamental o estabelecimento claro de parâmetros objetivos e condicionantes, necessários à possibilidade de empréstimo de prova produzida em leniência.

Assim, 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. 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.

Interessante e exemplar, neste sentido, é a metodologia utilizada internacionalmente, em que, para se dar cumprimento aos tratados multilaterais e a exigências

⁷¹ É fato que o art. 865, do CPC, afirma que o emprego da penhora de empresa é residual, só sendo empregável na medida em que inexista técnica eficaz para a efetivação dos créditos. A previsão, todavia, só reafirma a gravidade da medida a demonstrar que não pode haver garantia maior prestada pela empresa. Por outro lado, o princípio que deve reger a eleição dos meios de satisfação de créditos é sempre o da efetividade, aliado ao da menor onerosidade. Deste modo, parece razoável concluir que a possibilidade de manutenção da atividade da empresa deve ser tomada como indicio suficiente da preferência desta modalidade de garantia, para o instituto negocial em questão.

de cooperação entre países, condiciona-se o acesso a informações, provas e valores devolvidos ou recuperados à adesão aos termos do acordo negociado, que devem ser respeitados e preservados pelos aderentes.

Mutatis mutandis, pode-se adotar, no âmbito interno, as premissas e regras utilizadas na cooperação entre distintas jurisdições, para sujeitar as partes interessadas, no âmbito de suas atribuições e atuações, à adesão aos termos acordados na negociação premial, o que, de um lado, assegura o acesso a informações, mantidos os sigilos cabíveis, e, de outro, garante o respeito aos benefícios legais concedidos ao colaborador, em toda sua amplitude, sem que a este sejam oferecidas vantagens de um lado, e, nos desdobramentos, tangenciadas e negadas, de outro.

Nesta matéria, deve prevalecer, por conseguinte, de modo amplo, o princípio da boa-fé objetiva do Estado, a implicar que as informações e provas entregues pelo colaborador não sejam utilizadas contra ele, seja de modo direto, seja de modo cruzado, em casos contra terceiros, o que representaria grave ofensa à e frustração das expectativas de confiança e coerência depositadas na conduta estatal. O acesso e compartilhamento de dados, informações e documentos só pode ser efetivado, portanto, através de compromisso de observância das condições acertadas entre colaborador e Estado-acusador, voltadas a garantir o *status* legalmente adquirido pelo colaborador com a atitude cooperativa adotada e o respeito ao serviço por ele prestado tal como testemunha protegida.

O compartilhamento da prova produzida em colaboração, para ser válido e proporcional, depende de aceitação dos termos do acordo, no que diz especialmente aos limites de atuação em relação à pessoa jurídica colaboradora, que merece a proteção estatal integral, como testemunha especial, em todas as esferas de atuação repressiva.

O acesso é livre e útil para o prosseguimento das medidas necessárias à busca da punição de todos os envolvidos e à tomada de outras providências preventivas ou repressivas cabíveis, inclusive no exercício do poder hierárquico e da alteração de políticas públicas ou modos de relacionamento com particulares. Mas não pode ser injusto em relação à empresa colaboradora, valendo-se do que ela mesma produziu contra si para que seja usado contra ela, hipótese em que estaria o Estado ferindo seus deveres constitucionais e os limites éticos de seu agir e de seu direito de autotutela. Esta solução decorre do sistema, de uma visão coerente e adequada, à luz da Constituição Federal e de seus princípios, sobretudo boa fé e lealdade,

proporcionalidade e racionalidade na atuação estatal.

Assim, diante da ausência de efetiva cooperação institucional entre os órgãos públicos e da correlata atuação integrada em negociação premial, é preciso que haja adesão aos termos do acordo de leniência firmado com a pessoa jurídica colaboradora, por parte dos demais órgãos de fiscalização e controle que não celebraram a avença, mas busquem informações dela advindas para a tomada das medidas cabíveis em suas alçadas, na defesa do erário e na reparação dos danos. Portanto, havendo interesse no acesso a documentos e informações obtidos em colaboração premiada, deve-se aderir aos benefícios negociados com a empresa colaboradora. Trata-se de limites similares, dada a natureza sensível dos interesses em questão, às que legalmente existem no que toca a dados protegidos por sigilos, como os fiscais e bancários, em que se permite o conhecimento dos conteúdos, desde que respeitados os limites de proteção (transferência do dever de guarda e sigilo). Do mesmo modo, na leniência, as restrições ao uso contrário aos objetivos avençados são repassadas aos entes aos quais se conceda acesso ao conteúdo trazido pelo infrator colaborador. Por isto mesmo e até por imposição lógica, uma vez que tenha acesso às informações prestadas pela colaboradora e aos documentos obtidos através da colaboração prestada ao Ministério Público, por exemplo, não pode o Estado, através de seus órgãos de controle interno ou externo, valer-se desta facilidade para se voltar contra a própria parte que tornou possível a apuração mais extensa e ágil de ilícitos, além de, muitas vezes, facilitar a própria restituição de valores e reparação de danos, ainda que sob a forma de adiantamento parcial destes. Deve o Estado, por quaisquer de suas representações e manifestações funcionais e orgânicas, agir com lealdade e boa-fé, respeitando as legítimas expectativas dos administrados, incluídos os infratores.

Relembre-se, a propósito, que a confissão e colaboração, próprias destes acordos premiaais, estão em uma arquitetura de bilateralidade, sendo, por conseguinte, condicionadas. Significa dizer que o uso dos elementos desvendados pelo próprio infrator, por ação sua, racionalmente percebida dentro de um sistema mútuo de utilidades, existe nos limites da bilateralidade, a qual corresponde, neste ponto, à relatividade, em que não há ampla possibilidade de empréstimo da prova obtida com colaboração, contrariando sua lógica qualquer compartilhamento que possa vir a surpreender o agente e a avença inicial, desvirtuando-a em sua causa. Aqui, não se trata de admitir impunidade externa, mas de simples condicionamento ao uso da prova fornecida em colaboração (não ao geral das provas,

autônomas, as diversas ou de fonte distinta). Está em jogo, portanto, a própria validade da prova emprestada e utilizada sem o respeito ao acordado com quem a produziu originalmente. E, desta maneira, o saber sobre ilícitos e a prova daí advinda devem ser corretamente distinguidos do acesso a tal saber e sua comprovação, obtido através de eventual publicidade processual ou de intercâmbio institucional, e das condições de possibilidade do uso deste material como prova válida.

A relatividade do acordo encontra fundamento não apenas em sua lógica, como acima detalhado, mas também nos princípios da moralidade, da finalidade e do devido processo legal. Com efeito, o poder público ingressa em negócios processuais sem perder sua essencial condição moral e o dever de atenção aos limites éticos de seu agir. O princípio de moralidade, consagrado no artigo 37 da Constituição Federal, aproxima-se, em negócios processuais, do paradigma de boa-fé nos acordos, o qual, por seu turno, controla a performance negocial das partes e reforça parâmetros corretos de agir, de que são exemplos a transparência e a consistência dos sinais. A finalidade do instituto também fundamenta esta consolidação da confiança depositada pelas partes, uma na outra. O modelo de comportamento do poder público diante de seus próprios negócios consolida a percepção geral e o elemento reputacional que vai induzir sua utilidade por outras pessoas, no sistema geral de persecução. Por fim, a causa da avença coordena-se com a ideia de devido processo legal, a indicar que não deve haver base de imprevisibilidade e insegurança em acordos que informam as partes sobre as consequências assumidas. Daí que eventual compartilhamento de informações, que gere sua utilização indevida, em desfavor do próprio colaborador, afeta, certamente, a validade da prova, cuja impugnação é de rigor, não apenas pela defesa como pelo agente estatal celebrante do acordo original em que obtida.

Neste tema, também cabe um exemplo elucidativo. Assim, imagine-se a seguinte hipótese: ao ajustar a leniência, a empresa e o Ministério Público concordam que as informações recebidas em razão do acordo só foram oferecidas em vista das mútuas vantagens trazidas para ambos os contratantes. Por isto, salvo hipótese de descumprimento dos termos da avença pela empresa, o uso das informações obtidas em razão do acordo de leniência implica a aceitação de todos os seus termos pelas partes, inclusive no que se refere à obrigação assumida pelo Ministério Público de não aplicar instrumentos de constrição patrimonial, a exemplo da indisponibilidade de bens, ou outras medidas que impliquem a

concretização da declaração de inidoneidade para contratar com o Poder Público, já que a inexistência destas restrições é fundamental para que a empresa possa cumprir as obrigações assumidas na negociação, em especial aquelas referentes às sanções patrimoniais.

E, em razão desta reciprocidade, reconhecem as partes que qualquer outro sujeito que pretenda valer-se das informações coletadas a partir deste acordo de leniência também devem sujeitar-se às mesmas obrigações acima referidas.

Para os fins do art. 190, do CPC, as partes celebram negócio processual, consistente na assunção mútua da obrigação de não requerer em juízo a aplicação de medidas provisórias de constrição patrimonial ou a declaração de inidoneidade para a contratação com o Poder Público, salvo se descumpridos os termos do acordo de leniência por elas firmado.

A intenção desse preceito é a de preservar a boa-fé e a confiança dentro da lógica da leniência.

Se a empresa coopera com o Ministério Público e oferece informações desconhecidas pela Instituição ministerial, desvendando atividade criminosa grave e ampla, é razoável que a situação desta empresa, depois da colaboração, não se torne pior do que antes. Ocorre que, na prática, ao apresentar as informações, que serão usadas em processos judiciais subsequentes e tornadas públicas e acessíveis, em razão da publicidade que informa tais processos, há grande possibilidade de que terceiros venham a usar estes dados e as declarações da empresa contra ela mesma. Dito de outro modo: a cooperação da empresa acaba por expô-la a um volume grande de demandas, para as quais estará fragilizada em virtude dos dados e das informações prestadas, ao abrir mão voluntariamente, mas em confiança no compromisso assumido pelo Estado, de seu direito à não-autoincriminação.

É evidente que a empresa deve responder pelos seus atos, de modo que sua responsabilidade não pode ser negada ou evitada. Porém, parece que os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva determinam que todo aquele que pretenda usufruir das vantagens obtidas com a colaboração também se comprometa a oferecer ao colaborador os benefícios que lhe foram oferecidos por ocasião do acordo de leniência, assim como se dá na adesão a negociações internacionais, em que cooperam distintas jurisdições.

Tal solução, que confere segurança à leniência e a qualquer negócio jurídico processual, está contemplada nas disposições do Código de Processo Civil em vigor.

Prescreve o seu art. 190, a propósito:

“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhe aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

Sobre isto, Antônio do Passo Cabral leciona que “convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”⁷².

E, como pondera Pedro Henrique Nogueira, em comentário sobre a regra apontada, “permite-se também a celebração de convenções que tenham por objeto ônus, faculdades, poderes e deveres processuais, sem que desse ajuste resulte qualquer mudança no procedimento. O novo CPC conferiu livre disponibilidade às partes nesse aspecto, que podem dispor conforme como lhes seja conveniente das situações processuais de vantagem que lhe favoreçam, assim como disciplinar como serão cumpridos os respectivos deveres e como serão suportados os seus ônus no processo”⁷³. Na concepção de Leonardo Carneiro da Cunha, a regra deve ser a liberdade (*in dubio pro libertate*), razão pela qual a atipicidade dos negócios processuais deve favorecer a sua ampliação. Por isto, deve-se admitir tanto negócios que afastam ou eliminam poderes ou direitos processuais, como aqueles que derogam normas processuais⁷⁴.

Diante disto, parece bastante clara a admissão, pela regra processual brasileira, da permissão para o autorregramento da vontade das partes, no sentido de que seu desejo seja observado em processos judiciais, ainda que por terceiros que não tenham participado da celebração original do acordo. Assim, parece também indubitável que as partes possam convencionar que o uso de certo benefício depende da concordância, inclusive de terceiros, em se sujeitar a certas condicionantes, a que também se sujeitou a parte em favor de quem estes benefícios foram oferecidos. Afinal, como adverte Paulo Osternack do Amaral, “o

⁷² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 68.

⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 592.

⁷⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao novo código de processo civil*. Coord. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 327.

negócio processual sobre matéria probatória encontra limite no devido processo legal, especificamente no que tange ao respeito ao contraditório e à isonomia (paridade de tratamento)⁷⁵. Se é assim, não é legítimo que a parte que celebra o acordo (no caso, o Ministério Público) esteja subordinada a limitações em sua atuação para que possa valer-se das informações e das provas obtidas com base no acordo de leniência, mas que a terceiros interessados em valer-se dos mesmos elementos e da facilidade em compartilhá-los depois de desvelados não lhes seja exigível idêntica restrição nem irrestrita adesão aos termos originais da avença.

Com relação aos requisitos para a celebração da convenção processual, não há dúvida de que a situação em tela atende-os amplamente. Os interesses envolvidos nestes processos admitem autocomposição, tanto que são objeto de acordo de leniência. Em relação à capacidade dos sujeitos em celebrar esta espécie de pacto, como bem pontuado acima, é indubitável, à luz da Constituição e da ordem jurídica vigente, que se deve reconhecer amplamente ao Ministério Público a possibilidade de celebrar estes acordos⁷⁶.

Por outro lado, não há qualquer razão que pudesse inviabilizar a celebração deste pacto. Não há vulnerabilidade ou contrato de adesão envolvido. Logo, este tipo de acordo deve ser admitido.

Não há dúvida, ademais, de sua função e necessidade. A preservação da boa-fé e da confiança é necessária para garantir a previsibilidade das consequências decorrentes da celebração de acordo de leniência. Só haverá esta segurança se houver também a certeza de que o acordo será integralmente respeitado e cumprido, seja pelos celebrantes, seja por terceiros que desejem dele beneficiar-se.

Por fim, vale sublinhar que a restrição de acesso a prova de autos, em razão do interesse público, não é novidade. Trata-se de técnica largamente utilizada em outros países, de modo a facilitar certas investigações, sem expor o colaborador. É o que se dá, por exemplo, na Inglaterra, por meio da “*Public Interest Immunity*”, em que as Cortes podem restringir o acesso de certos documentos – seja à parte contrária, seja a terceiros – a fim de proteger o interesse público, ou por meio dos “*Closed Material Proceedings*”, de que trata o *Justice and*

75 AMARAL, Paulo Osternack. *Provas*. São Paulo: RT, 2015, p. 218.

76 É o que preveem também os arts. 15 a 17, da Resolução n. 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público. Neste sentido, também, é o enunciado 253, do Fórum Permanente de Processo Civil (“O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”).

Security Act 2013. Técnicas como estas são amplamente empregadas em outros sistemas processuais, a fim de evitar que a apresentação em processos judiciais (cíveis ou criminais) de certos documentos ou informações possa prejudicar o interesse público.

Embora este regime especial criado na Inglaterra se destine a outro contexto, parece que sua lógica pode bem ser aplicada aqui. Há razões de ordem pública, que colocam até mesmo em xeque a viabilidade de se realizar acordos de leniência, que devem determinar a observância, por todos os interessados, da avença celebrada em sua integralidade. Não se pode aceitar que terceiros possam valer-se dos termos do acordo no que lhes interessa, mas rejeitá-los naquilo que não lhes convém. O acordo é um todo e assim deve ser visto. Só tem sentido que algum terceiro possa valer-se das informações obtidas com o pacto, se aceitar respeitá-lo em sua integralidade, sobretudo quando se trate de órgão, instituição ou ente do Estado, limitado eticamente em seu agir.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, considerando a constitucionalidade, legitimidade e utilidade do novo instituto premial da leniência, especialmente por servir à defesa do erário e da moralidade administrativa, objetivos relevantes para a sociedade e o Estado brasileiros, deve-se buscar, em esforço exegético, dele retirar toda a potencialidade para a realização dos efeitos a que se destina, dando-lhe a melhor e mais adequada interpretação constitucional, sistemática e racionalmente fundamentada, para estimular seu uso e preservar seus efeitos, quando concretamente aplicado.

Por isto, é imperativo buscar solução sistêmica para os problemas técnicos e práticos vislumbrados com sua adoção imediata e abrangente, a partir do texto da LAC, independentemente de novas interações legislativas regulamentadoras.

Para tanto, com base nos princípios constitucionais e na consideração da diversidade de atores estatais responsáveis pela persecução de ilícitos, com competências e atribuições distintas, bem como na atualização do sentido prático da multiplicidade de esferas de responsabilização jurídica, deve-se superar aparentes antinomias e colisões, conferindo ao sistema jurídico considerado em sua inteireza a interpretação que dele extraia os efeitos

positivos e buscados pelo instituto em questão, sob o pálio da coerência e da consistência normativas.

É também preciso respeitar o novo paradigma da consensualidade e da cooperação no modo de interação das diversas agências públicas e instituições estatais, responsáveis, cada qual em seu âmbito de atuação específico, pela repressão a condutas lesivas ao erário e a atos de corrupção em geral.

Neste ponto, ressalte-se que, se a Administração Pública deve buscar o consenso com o infrator, quando isto for útil à revelação de ilícitos e a sua punição, mais razão para que se esforce em adotar soluções consensuais, atitude cooperativa e método integrado e coordenado de ação, em nível interno, como faz e deve fazer também nas relações externas, para atingir eficazmente a mesma finalidade. Não obstante, enquanto isto não se concretiza, impende apontar e reconhecer a centralidade da atuação independente e autônoma do Ministério Público e da abrangência de suas atribuições múltiplas, notadamente em função da prejudicialidade da repressão penal na matéria anticorrupção, com a necessária interface jurisdicional, na qual se destaca a titularidade exclusiva do Ministério Público, ator indispensável, seja para conduzir a apuração, quando procurado pela parte interessada ou quando em curso investigação ou processo criminal correlato, seja para acompanhar, necessária e indeclinavelmente, a atuação administrativa na defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, já que a ele incumbe este mesmo controle e o da Administração Pública, no exercício de tais deveres.

Necessário ainda mencionar que, em circunstâncias excepcionais, em que o quadro de corrupção tenha caráter sistêmico e abrangente, atingindo múltiplos pontos da estrutura estatal, em diferentes esferas federativas, inclusive, não se pode ignorar as dificuldades para a devida repressão às condutas ilícitas, em igualdade de condições em relação às sanções devidas aos corruptores e aos corruptos, sobretudo quando, entre estes, encontram-se dirigentes e ex-dirigentes de poderes, estatais e partidos políticos, além de parlamentares, mandatários e servidores públicos de alto escalão. A Lavajato é exemplar neste sentido, não estando restrita ao Brasil, já que algumas de suas repercussões, que englobam, em larga escala, altos mandatários, têm sido noticiadas em países vizinhos do continente, o que ora apenas se registra para embasar a adequada compreensão do fenômeno e de como

deve ser tratado o instituto da leniência, em casos deste jaez, para que tenha legitimidade, legalidade e eficácia, a desafiar atuação independente e cooperação.

Assim, tomado sob a ótica de aprimoramento da eficiência estatal no combate e repressão a atos de corrupção e condutas lesivas ao erário e à moralidade administrativa, o acordo de leniência deve ser acolhido e compreendido a partir de sua natureza dúplice. Como técnica especial de investigação, vocacionada para detecção de infrações de difícil descoberta e comprovação. E como relevante meio de defesa, que não pode ser subtraído nem desvirtuado, antes ou depois de sua incidência concreta, o que reclama uma consequente releitura do sistema de múltiplas esferas punitivas, em sua interação com a pessoa jurídica celebrante, que, por seu turno, demanda tratamento jurídico condizente com a garantia da transição feita do *status* de infratora a colaboradora.

Não obstante, o desvelamento de esquemas delitivos, com entrega de dados e provas e, obtenção, em contrapartida, de isenções ou atenuações nas sanções aplicáveis, marcas da bilateralidade útil na celebração da avença premial da LAC, não pode ser transformada em solução ampla e genérica, ao alcance de toda e qualquer pessoa jurídica, inclusive quando já descobertos e em apuração os ilícitos delatados, como fórmula hábil a substituir integralmente as demais penalidades cabíveis em troca de colaboração e promessas de melhoria de sistemas internos de integridade. Uma extensão irrestrita de seu alcance desvirtuaria o sentido do instituto, o qual, para ser válido e adequado, deve atender a contornos, objetivos e limites específicos, aptos a demonstrar sua utilidade e necessidade para cada apuração em curso, assim como se verifica no correlato modelo penal da delação premiada. Além disto, as exigências restritivas ao exame de conveniência e oportunidade, para se lavrar colaboração com a pessoa jurídica infratora, são ainda mais importantes na seara administrativa, quando se pretende fazer espriar seus efeitos liberatórios para outras esferas de responsabilidade, atingindo também o âmbito de direitos das pessoas físicas envolvidas nas irregularidades, para eximi-las. Se é salutar esta abordagem transversal e plurissubjetiva da leniência, para dotá-la, até, de mais atratividade, seria inaceitável, de todo modo e sob qualquer justificativa, transformá-la em espécie de anistia ampla a empresas e aos indivíduos que com elas agiram indevidamente, como já se defendeu recentemente. Assim, também seria injustificável, jurídica e socialmente, dela valer-se, com alcance limitado, para a simples resolução de interesses patrimoniais, tanto sob a ótica estatal da reparação do dano como sob

a perspectiva empresarial, voltada a obter ágil levantamento de restrições à atuação no mercado e ao acesso a créditos públicos.

Como se constata, portanto, no atual marco constitucional e legal brasileiro, a efetividade do combate à corrupção é um processo ainda em construção, dependente de sérios esforços coletivos tanto para aprimorar a legislação aplicável quanto para debater racionalmente a necessidade de se promover reformas das estruturas estatais e de regulação para eliminar práticas que facilitem a ocorrência de ilícitos e atos corruptos. É também indispensável, em uma dimensão preventiva, intensificar a adoção de instrumentos didáticos e inteligíveis de transparência para dotar a coletividade e os mecanismos públicos formais de controle do Estado de melhores meios para inibir a apropriação do bem público pelo interesse privado, seja de empresas, seja de corporações, grupos ou oligarquias. Entretanto, à míngua das decisões políticas majoritárias que favoreçam transformações desejadas e permitam superar arcaicas tendências burocratizadoras e dificuldades operacionais e competitivas no país, urge, em uma legalmente inafastável dimensão repressiva, respeitar o modelo vigente, fazendo cumprir corretamente a Constituição e as leis. E, nesta medida, diante da nova Lei anticorrupção, deve-se incentivar a adoção de modelo cooperativo estatal de colaboração interinstitucional para, quando cabível, efetuar-se a celebração de acordos de leniência abrangentes e racionais. Nos demais casos, em que não se efetive colaboração do infrator, importa reconhecer que a adequada punição de empresas e pessoas físicas envolvidas em práticas ilícitas lesivas ao erário, desde que nos óbvios limites jurídicos de sua responsabilidade, à luz da proporcionalidade e das circunstâncias do caso concreto, observados ampla defesa e devido processo legal contraditório, sobressai como imperativo de igualdade em uma sociedade que se autoconcebe como democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternack. Provas. São Paulo: RT, 2015.

ANDREATO, Danilo. Técnicas especiais de investigação: premissas teóricas e limites constitucionais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo, Interesse Público - IP, ano 3, n. 11, jul./set. 2001.

BERMAN, José Guilherme. Direito Administrativo Consensual, Acordo de Leniência e Ação de Improbidade. Artigo apresentado no XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, ocorrido entre 21 e 23 de outubro de 2015, em Goiânia/GO (disponível em: http://www.bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/artigo_ibda_jgb.pdf).

BRANCO, Fernando Castelo. Reflexões sobre o acordo de leniência. In: VILARD, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coor.). Crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008. (GV Law).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade administrativa. 2015. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida. [et al.]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Ministério Público - um retrato 2016: Volume 5, dados 2015, Ano 2016. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. Brasília, p. 47, 218-220. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Publicacoes/documentos/MP_um_Retrato_2016_web.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 35.198-SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília-DF, 28 de setembro de 2004. Diário da Justiça da União. Brasília-DF, 03 nov. 2004, p. 262. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=501845&tipo=0&nreg=200400614357&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20041103&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 05 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483-PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de agosto de 2015. Dje nº 021. Brasília, 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 68.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. 1. Direito administrativo e administração pública. V. Princípios administrativos. In: _____. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação anticorrupção no mundo: Análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

CASTRO, Amílcar de. Comentários ao código de processo civil. 2 ed., São Paulo: RT, 1976, vol. VIII.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 233, n. 39, p. 78, jul. 2014. Disponível em:<http://www.academia.edu/9253169/A_previsão_do_princípio_da_eficiência_no_projeto_do_novo_Código_de_Processo_Civil_brasileiro>. Acesso em: 10 dez. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao novo código de processo civil. Coord. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 327.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Do amálgama entre razoabilidade e proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência brasileiras e seu fundamento no devido processo legal substantivo. In: _____. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007. Cap. 4.

_____. Princípio da Eficiência. In: _____. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manoel, 2007, Cap. 26.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson. Dos princípios regentes da probidade. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo Brasileiro, v.2, n.2, 2015. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/99195/98582>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípios constitucionais do direito administrativo brasileiro. In: _____. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Eduardo Brigidi de. O princípio da expectativa legítima e a exposição de motivos das medidas provisórias. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 66, p. 173-198, jan./fev. 2006.

NEVES, Celso. Comentários ao código de processo civil. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. VII.

OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Das disposições Gerais. 4. Princípios constitucionais da administração pública. In: _____. Lei de improbidade administrativa comentada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhós de (Orgs). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

REOLON, Jaques F. Sanções do Controle Externo. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Forum, 2014.

SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção, in: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhós de (orgs.). Lei anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015.