

AS REGRAS DO JOGO

LEI ANTICORRUPÇÃO EM CONTEXTO

A Lei nº 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção, foi promulgada como resposta às manifestações ocorridas em diversas cidades brasileiras em junho de 2013, uma das maiores desde a redemocratização do Brasil. Inicialmente, eram protestos contra o aumento do transporte, mas em menos de um mês, as manifestações tinham pautas e sentidos pulverizados: direito à cidade, direito de protestar livre de repressão indevida da polícia militar, demanda por serviços de qualidade e, por fim, controle da corrupção.¹ Cresceram as críticas aos poderes estabelecidos. Dentre as tentativas de respostas às demandas da população,

¹ MELO, Cristina Teixeira Vieira de *et al.*, E a corrupção coube em 20 centavos, **Galáxia (São Paulo)**, n. 39, p. 23–38, 2018. Para Avritzer, o que se iniciou como pluralização das manifestações tornou-se polarização, cada vez mais centrada na crítica do então governo da Presidente Dilma Rousseff e na identificação entre seu governo e problemas de corrupção. Quando trata das lições das jornadas de junho, ele afirma: “(...) a corrupção é vista sob a ótica de uma agenda despolitizada que nega a relação entre corrupção e organização do sistema político e a atribui ao governo petista.” AVRITZER, Leonardo, **Impasses da democracia no Brasil**, *cit.* Porém, seria possível debater se este diagnóstico é reflexo das manifestações daquele ano ou se, olhando o que aconteceu nos anos seguintes no país, é uma releitura, uma nova atribuição de significado para manifestações que, naquele momento, eram abertas e continham pautas e agendas multifacetadas. Esse debate não precisa ser resolvido para os fins da pesquisa.

foram aprovadas, em tempo recorde, por iniciativa do Poder Executivo, comandado à época pela Presidente Dilma Rousseff, e com apoio do Poder Legislativo, uma série de medidas de controle da corrupção, incluindo a Lei de Organizações Criminosas no âmbito penal e a própria Lei Anticorrupção.²

Além do contexto nacional, a Lei é uma resposta do Brasil a compromissos internacionais de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção. Em especial, pela pressão exercida por mecanismos de revisão sistemática da OCDE do sistema de controle da corrupção do país. Este capítulo se inicia mencionando quais seriam estes compromissos internacionais em relação à responsabilização de pessoas jurídicas pelo ato de corrupção e a possibilidade de cooperação com autoridades. Também descreve a mudança na interpretação e avaliação do arcabouço jurídico do Brasil pelo Grupo de Trabalho sobre Suborno da Convenção da OCDE. Esta pequena passagem importa para desnaturalizar as regras criadas como o único arranjo possível para cumprir as obrigações internacionais assumidas ou responder à pressão da rua. Mostra que havia alternativas à criação de um novo subsistema de responsabilização da pessoa jurídica.³ Depois, passa-se à descrição mais pormenorizada das regras que compõem a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção, incluindo, além da Lei Anticorrupção, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Passa-se também pelas previsões de acordos de leniência.

O capítulo não pretende fazer descrição exaustiva das normas ou de sua operacionalização. Ele tem como objetivo mostrar que as regras são o ponto de partida para a construção de funções distintas aos acordos de leniência – prover informações para alavancar investigações, reparar danos e alterar a conduta das empresas. Mais ainda, o arcabouço jurídico tal como posto, até certo ponto, habilita atores a mobilizar regras e interpretações distintas para justificar suas ações, como se verá nos próximos capítulos.

² Alguns autores afirmam que a aprovação destas medidas seriam, metaforicamente, cavalos de Tróia. O Congresso imaginava que boa parte dos instrumentos seria utilizado para o combate ao tráfico de drogas e o crime organizado e eles se revelaram ferramentas úteis de combate à corrupção, inclusive contra agentes políticos. RIBEIRO, Fernando, cit. Não me parece adequado desconsiderar a capacidade da pressão popular de produzir resultado sobre o Congresso. Concordo que os efeitos podem não ter sido completamente dimensionados na tramitação apressada de alguns projetos, mas não acho que houve um erro quanto ao objeto ou o papel que estas legislações desempenhariam.

³ Subsistema aqui é utilizado para se referir a um conjunto novo de condutas, sanções, com outras autoridades responsáveis.

1. REFORMA ANTICORRUPÇÃO E COMPROMISSOS INTERNACIONAIS

No controle da corrupção, os compromissos internacionais assumidos pelos países vêm desempenhando papel de modelar as reformas internas de controle da corrupção.⁴ Isso não significa que a implementação dessas reformas está predeterminada ou que produzirá resultados esperados, o que depende, por sua vez, das prioridades políticas, das capacidades estatais e das instituições que existem em certo lugar. Importa entender quais são estes modelos internacionais e como eles se projetam em reformas domésticas.

Desde a década de 1990, o Brasil é parte de convenções de controle da corrupção. O país já era signatário da Convenção Interamericana contra a Corrupção de 29 de março de 1996, mas as próximas convenções ratificadas passam a exigir mais sistematicamente mudanças nos sistemas legais dos países signatários para incluir a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção cometidos em seu benefício.

Em 2000, é promulgada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, por meio da qual o país se compromete a instituir a responsabilidade penal, civil e criminal de pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção e lavagem de dinheiro.⁵ O art. 26 da Convenção de Palermo dispõe sobre medidas para encorajar pessoas que participaram de grupos criminosos a cooperar com as autoridades, principalmente, para fornecimento de informações úteis à investigação. Para a convenção de Palermo, a função primordial da colaboração é o levantamento de informações.⁶

⁴ ROSE, Cecily, **International anti-corruption norms: their creation and influence on domestic legal systems**, 1. ed. Oxford: Oxford Univ. Press, 2015. Um exemplo dado pela autora é o UK Bribery Act que é resultado da pressão sobretudo da OCDE. Por exemplo, para analisar programas de integridade, a autora argumenta que a lei incorporou em larga medida o modelo (recomendação) da própria OCDE.

⁵ Promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004. O art. 10 estipula: “Artigo 10 1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, em conformidade com o seu ordenamento jurídico, para responsabilizar pessoas jurídicas que participem em infrações graves envolvendo um grupo criminoso organizado e que cometam as infrações enunciadas nos artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção. 2. No respeito pelo ordenamento jurídico do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser penal, civil ou administrativa. 3. A responsabilidade das pessoas jurídicas não obstará à responsabilidade penal das pessoas físicas que tenham cometido as infrações. 4. Cada Estado Parte diligenciará, em especial, no sentido de que as pessoas jurídicas consideradas responsáveis em conformidade com o presente Artigo sejam objeto de sanções eficazes, proporcionais e acautelatórias, de natureza penal e não penal, incluindo sanções pecuniárias.”

⁶ Conforme o art. 26 da Convenção “1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsa-

Pouco tempo depois, em 2003, é assinada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também chamada de Convenção de Mérida.⁷ Esse instrumento possui grande abrangência de temas e obrigações relacionadas ao controle da corrupção, de responsabilidade criminal a participação social. Em relação ao setor privado, seu art. 12 contém previsões sobre controle contábil, mecanismos de integridade e compliance, medidas de transparência dos beneficiários finais e prevenção de conflitos de interesse. Também prevê a responsabilização de pessoa jurídica por atos de corrupção e lavagem de dinheiro.

A Convenção de Mérida prevê a adoção de medidas voltadas para que as pessoas que participaram de ilícitos cooperem com a autoridade, com a função de fornecer informações às investigações e para recuperar ativos produtos do delito. Aventa a possibilidade de cada país signatário prever a mitigação da pena ou a imunidade penal para pessoa acusada que preste colaboração substancial à investigação.⁸ A Convenção de Mérida sinaliza que a cooperação pode se desdobrar em mais de uma função: fornecer informação e recuperar ativos.⁹

Talvez a mais influente nas reformas internas dos países seja a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em

bilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.”

⁷ Promulgada por meio do Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006.

⁸ O artigo prevê três hipóteses de cooperação com as autoridades dentro do território de um país: “1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.”

⁹ A recuperação de ativos engloba confiscar produtos do crime, descontar o lucro obtido ilícitamente ou ressarcir o dano por meio de ações civis. OECD (Org.), **Identification and quantification of the proceeds of bribery: a joint OECD-StAR analysis**, Rev. ed. Paris: OECD, 2012.

Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), assinada em 17 de dezembro de 1999. Como tratado na introdução, a convenção foi resultado, em parte, dos esforços dos EUA para submeter empresas de outros países exportadores às mesmas obrigações que suas empresas tinham sob o FCPA.

A Convenção da OCDE cria uma obrigação específica aos Estados signatários: responsabilizar pessoas pelo oferecimento, promessa ou concessão de vantagem indevida, pecuniária ou de qualquer outra natureza, a funcionário público estrangeiro que, direta ou indiretamente, no desempenho de suas funções públicas, realize ou dificulte transações na condução de negócios internacionais.¹⁰ Ela foca na responsabilização de pessoas jurídicas.

Ao contrário dos demais instrumentos internacionais, o foco da Convenção da OCDE é exclusivo no ato de oferecimento de vantagens a um conjunto muito particular de agentes públicos: funcionários públicos estrangeiros. Pouco diz sobre aquele que recebe as vantagens ou sobre atos de corrupção exclusivamente domésticos. Há disposições sobre lavagem de dinheiro, adequação de sistemas de contabilidade, além de formas de cooperação em assistência jurídica recíproca e extradição, todas ligadas ao suborno de funcionários estrangeiros. Ainda que traga outras previsões, o foco em suborno de funcionário estrangeiro permite à Convenção dispor com razoável precisão – quando comparada aos demais instrumentos internacionais - o que é vantagem indevida, quem é funcionário estrangeiro e quais medidas os países signatários devem tomar.¹¹ Algumas recomendações feitas pela OCDE complementam a Convenção. As diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais e o Guia de Boas Práticas em Controles Internos, Ética e *Compliance* sugerem a adoção de controles internos para evitar e detectar suborno.¹²

Talvez as definições mais restritas do que os países se obrigam a implementar possam facilitar, em geral, o sentido de reformas. No entanto, o principal vetor

¹⁰ Conforme os artigos 1 a 3 da Convenção da OCDE.

¹¹ ROSE, Cecily, *International anti-corruption norms*, cit., p. 60. Funcionário estrangeiro é definido no art. 1º e as sanções a serem adotadas são definidas no artigo 3º da Convenção.

¹² Denominados respectivamente OECD Guidelines for Multinational Enterprises and OECD Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance, este último adotado em 18 de fevereiro de 2010 como parte da Recomendação do Conselho para continuar o combate de suborno de funcionário público estrangeiro em transações internacionais de 26 de novembro de 2009. As recomendações também alteraram alguns entendimentos em relação à proibição de pagamentos de facilitação e dedução tributária de valores de corrupção. Para os principais documentos sobre anticorrupção da OCDE ver: <http://www.oecd.org/corruption/keyoecdanti-corruptiondocuments.htm>. Último acesso em: 5 abr. 2019.

de pressão da OCDE são os mecanismos de avaliação pelos pares dos sistemas jurídicos dos países, por meio do Grupo de Trabalho sobre Suborno. O processo de avaliação da Convenção é dividido em quatro etapas. Em cada uma delas é apresentado um relatório com descrições da implementação pelo país signatário, seguido de recomendações da OCDE para seu aperfeiçoamento.¹³

Caberia a pergunta se, à época das sucessivas avaliações, o ordenamento jurídico brasileiro se encontrava equipado para lidar com as obrigações assumidas. De fato, não havia (e não há) responsabilidade criminal para pessoas jurídicas no Brasil, exceto para condutas lesivas ao meio ambiente.¹⁴ Ainda assim, naquele momento, já havia um arcabouço de responsabilização administrativa e cível de pessoas jurídicas, mesmo que imperfeito.

Para licitações e contratos públicos, a Lei de Licitações prevê a aplicação de multas, suspensão temporária ou impedimento de contratar com a Administração para empresas que tenham praticado atos ilícitos com o objetivo de frustrar os objetivos de licitação pública.¹⁵ A Lei nº 6.835/1976, alterada pela Lei nº 10.303/2001, que regula o mercado de capitais no Brasil, atribuía à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a ampla possibilidade de examinar atos ilegais ou práticas não equitativas de companhias abertas e emissoras de valores mobiliários com aplicação de multas e obrigações de fazer.¹⁶ Também, já havia

¹³ Na primeira etapa, é avaliada a legislação dos Estados Partes em relação à sua adequação à Convenção. Na segunda, é avaliada a estrutura do país para aplicar as leis em vigor, bem como seus avanços e dificuldades em relação às recomendações da primeira etapa. Na terceira etapa, a partir de casos concretos de aplicação da lei, são avaliados os avanços em relação à segunda etapa, bem como novas questões decorrentes de mudanças legislativas ou institucionais. Na quarta fase, são avaliadas questões pendentes e são feitas análises pontuais para aperfeiçoamento do sistema. O processo de avaliação é realizado por meio de respostas a dois questionários enviados por avaliadores: um questionário padrão e outro específico ao país. Em seguida, os avaliadores visitam os países monitorados para verificar pessoalmente as respostas e a efetividade das instituições do país. São feitas reuniões com autoridades, além de representantes da sociedade civil e da iniciativa privada. Mais informações em <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdworkinggroupnonbriberyininternationalbusinessstransactions.htm>. Último acesso em: 6 abr. 2019.

¹⁴ Conforme a Constituição Federal, art. 225, § 3.

¹⁵ Conforme art. 87 e 88 da Lei de Licitações. Há também penalidades previstas na Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e na Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), aprovada posteriormente.

¹⁶ Conforme art. 9º e 10 da Lei nº 6.835/1976. Em novembro de 2017 foi promulgada a Lei nº 13.506/2017, diante do diagnóstico que as penalidades aplicadas pela CVM eram muito limitadas. As penas previstas na lei passaram a poder ser cumuladas e tiveram seus limites aumentados. Foram também instituídas penas restritivas de direitos, como a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais ou licitações públicas. A Lei também inaugura

a previsão de responsabilização de pessoas por ilícitos anticompetitivos, na redação da primeira geração da Lei Antitruste (Lei nº 8.884/1994), que incluía atos para “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”.¹⁷ Além deles, o mais importante conjunto de mecanismos de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção existente até então era aquele previsto na Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa.¹⁸

A existência de um arcabouço de responsabilização de pessoas jurídicas, composto pela Lei de Licitações, a Lei Antitruste, a Lei do Mercado de Capitais e a Lei de Improbidade Administrativa, dentre outras, foi reconhecida pela primeira avaliação feita pela OCDE no Brasil:

“A cobertura dada pelas formas de responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas aplicáveis a atos de suborno transnacional que atualmente existe no Brasil aparenta, no todo, ser suficiente para satisfazer os critérios dos Artigos 2 e 3 da Convenção, se os remédios disponíveis forem de fato aplicados em casos de suborno transnacional. Permanece a questão se as penalidades disponíveis promovem sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas, a ser avaliadas conforme sua aplicação.”¹⁹

A primeira avaliação da OCDE, então, considerava que o problema do Brasil se encontra na aplicação das sanções, especificamente em casos de suborno transnacional, mas não na falta de cobertura legal. Porém, a segunda avaliação da OCDE mudou de tom. Passou a questionar a ausência de previsão específica para responsabilização de pessoas jurídicas para suborno transnacional,²⁰ explicitamente discordando da primeira avaliação. O parecer considera que o país possui “lacuna séria na lei que precisa ser urgentemente tratada”, ainda que “receba bem a notícia de que um projeto de lei será

rou a possibilidade de uma espécie de acordo de leniência com a CVM e BACEN, os chamados Acordos Administrativos em Processo de Revisão.

¹⁷ Antigo art. 20 da Lei Antitruste. A Lei foi substituída pela Lei nº 12.529/2011 que consolidou e enrobusteceu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O antigo art. 20 encontra correspondência no art. 36.

¹⁸ Discutida no próximo item.

¹⁹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, **Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation - Brazil: Phase 1**, Paris: OECD, 2004, p. 12.

²⁰ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, **Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions - Brazil: Phase 2**, Paris: OECD, 2007, p. 50.

apresentado no Congresso prevendo a responsabilidade de pessoas jurídicas em atos de corrupção”.²¹

A avaliação da OCDE parece indicar que existiriam ao menos dois caminhos para cumprimento das obrigações assumidas pelo país. O primeiro seria focar na implementação das leis existentes, eventualmente, reformá-las para aperfeiçoar seu alcance e aplicação. Poderiam ser criadas novas regras para suborno transnacional, inserções pontuais no conjunto normativo que já continha autoridades responsáveis e instrumentos de sanção. O outro caminho seria formular um novo conjunto de tipificações, sanções, autoridades encarregadas e de lógicas de responsabilização, um novo subsistema dentro do tema de responsabilização da pessoa jurídica. Optou-se por este caminho.

O Poder Executivo, ao encaminhar o projeto da Lei Anticorrupção ao Congresso Nacional em 2010, considera a existência das demais leis que contribuem com alguns aspectos para responsabilização a pessoas jurídicas por atos de corrupção, mas, assim como o segundo parecer da OCDE, entende que elas são insuficientes. Na mensagem de encaminhamento do Projeto de Lei, a carta assinada pela CGU, MJ e AGU corrobora a visão apresentada pela segunda avaliação da OCDE. Afirmar-se que o projeto:

“[t]em por objetivo suprir uma lacuna no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos

²¹ “Até Dezembro de 2007, o Brasil não havia tomado os passos necessários para estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por suborno transnacional, de acordo com seus princípios legais. Dessa forma, os examinadores concluíram que o atual regime legal para a responsabilização de pessoa jurídica sob a lei brasileira é inconsistente com o Artigo 2º da Convenção. Os examinadores veem esta situação como uma falha séria no arcabouço legal que precisa ser urgentemente remediada. Em relação a sanções, e sob a atual legislação, os examinadores consideram que o suborno de funcionário estrangeiro por pessoa jurídica não é punível no Brasil de forma efetiva, proporcional e dissuasiva, como requerido pelo Artigo 3º da Convenção principalmente pelas considerações já feitas sobre o regime de responsabilização da pessoa jurídica. Contudo, os examinadores receberam informações que o tópico da responsabilidade de pessoas jurídicas foi formalmente incluído na estratégia brasileira de combate à corrupção (ENCCLA) para 2008 e ainda foram informados que Projeto de Lei será apresentado perante o Congresso para estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas em casos de corrupção. Os examinadores recomendam que o Brasil garanta que a responsabilidade de pessoas jurídicas por suborno de funcionário estrangeiro seja coberta pelo Projeto de Lei (ou qualquer outra lei relevante que entre em vigor na sequência), e que sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas sejam providenciadas. Eles pedem que as autoridades brasileiras adotem a nova legislação o mais rápido possível.” *Ibid.*, p.54. A terceira avaliação da OCDE foi feita em 2014, com adendo em 2017, ou seja, ambas após a promulgação da Lei Anticorrupção.

administrativos (...) as lacunas aqui referidas são as pertinentes à ausência de meios específicos para atingir o patrimônio de pessoas jurídicas e obter efetivo ressarcimento dos prejuízos causados por atos que beneficiam ou interessam, direta ou indiretamente, a pessoa jurídica. Mostra-se também necessário ampliar as condutas puníveis, inclusive para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção”.

A opção do Brasil foi considerar que as lacunas seriam tão profundas que justificariam um novo subsistema de responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção. Essa escolha, sem dúvida, é feita pelo Poder Executivo e pelo Congresso Nacional, respondendo a um momento específico da política brasileira e conteúdo das convenções internacionais, em especial pela avaliação da OCDE.

Para alguns entrevistados ouvidos neste trabalho, o desenho institucional da Lei Anticorrupção é resultado de um processo legislativo acelerado sem reflexão mais detida sobre seu impacto. Um dos entrevistados comenta a falta de discussão sistêmica sobre os impactos da Lei naquele momento:²²

Fizeram uma lei para atender um compromisso internacional. Inventaram uma sanção que não existia. Inventaram um acordo em uma sanção que não existia. Ninguém pensou sistemicamente naquele momento. Era uma visão ‘temos que fazer uma lei de responsabilidade para empresa, então faz’.

Outro concorda que foi um processo legislativo sem discussão:²³

Eu tomei conhecimento de uma forma mais consciente dessa lei em 2013, quando ela estava em discussão ainda no Congresso Nacional (...) e na oportunidade presenciei a falta de discussão no Congresso Nacional. Não só na Câmara, como no Senado, onde não houve qualquer discussão.

Por fim, mais um corrobora à visão de que faltou debate, mas acrescenta que o patrocínio da CGU foi decisivo à aprovação da Lei:²⁴

“Uma desvantagem [*da Lei Anticorrupção*] foi o processo legislativo que ela teve. O processo pelo qual ela passou. Foi um processo abreviado, porque aparentemente foram três anos, mas ela é uma lei levada pelo Executivo, no caso a CGU que é a madrinha da lei, para cumprir os tratados, mas também a carreira viu uma possibilidade de (...) alavancar mais uma tarefa e havia uma certa autocompreensão que a controladoria era a agência anticorrupção ou poderia ser a agência anticorrupção [*brasileira*]. Mas foi uma tramitação que não promoveu um debate mais técnico, apurado, e aí ela foi aprovada naquela onda de dar uma satisfação à sociedade de 2013. Então o primeiro vício é um vício de origem, no sentido da falta do debate que atinge muitas das leis.”

²² ARAUJO, Marcio S., **Entrevista**, São Paulo, 11 set. 2018. MP3.

²³ DIAS FILHO, Nivaldo, **Entrevista**, Curitiba, via Skype, 5 dez. 2018. MP3.

²⁴ DOBROWOLSKI, Samantha, **Entrevista**, São Paulo, 25 set. 2018. MP3.

Seja por escolhas de promoção de uma instituição específica – a CGU - ou decisões apressadas, o novo subsistema de combate à corrupção cometidos por pessoas jurídicas foi criado com pontos de sobreposição com as leis anteriores. Tais sobreposições entre a nova Lei Anticorrupção e leis como a de Improbidade Administrativa ou de Defesa da Concorrência são pouco detalhadas pela legislação.

Ainda assim, esse emaranhado será fundamental para o desenvolvimento dos acordos de leniência voltados ao combate à corrupção no Brasil. Mais especificamente, é a partir da análise desse emaranhado de normas e não apenas da Lei Anticorrupção que entendemos como é possível a atribuição de diversas funções aos acordos de leniência. Por isso, passa-se a narrar o arcabouço jurídico prévio à Lei Anticorrupção, especificamente, o principal conjunto de responsabilização existente até então: a Lei de Improbidade Administrativa.

2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Não havia um vácuo completo de disposições sobre formas de responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção antes da Lei nº 12.846/2013. Algumas foram comentadas anteriormente, mas o principal sistema existente, sem dúvidas, era a Lei de Improbidade Administrativa.²⁵

Ela direciona-se a agentes públicos²⁶ que cometam atos de improbidade administrativa contra a administração pública,²⁷ responsabilizando-os por meio de

²⁵ A improbidade administrativa está prevista no art. 37 §4º da Constituição Federal: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

²⁶ Definido pelo art. 2º como, servidor ou não, “todo aquele que exerce, ainda que transitariamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

²⁷ A administração pública é amplamente considerada, segundo o art. 1º: “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.”

processo administrativo e judicial. Os destinatários da lei são pessoas físicas, subjetivamente responsáveis pela prática de atos como aqueles que levam ao enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário, decorrem da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário ou que atentam contra os princípios da Administração Pública.²⁸

A Lei tipifica atos que, comumente, estão associados à corrupção, bem como outros associados à boa gestão pública, ainda que não se confundam com corrupção. O art. 9º descreve casos de enriquecimento ilícito, geralmente como troca por alguma vantagem concedida a terceiro. O art. 10 trata da lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão, não apenas em decorrência de desvios e apropriações, mas também por negligência ou inobservância de requisitos formais. O art. 11 reprime condutas que lesam os princípios gerais da Administração Pública, como desvio de competência, deixar de praticar ato de ofício, negar publicidade, descumprir deveres de fiscalização. As sanções, descritas no art. 12, possuem natureza civil e são autônomas em relação à responsabilização na esfera penal.

A Lei de Improbidade Administrativa permite a responsabilização de particulares, se induzirem ou concorrerem à comissão ou omissão de ato ou se dele se beneficiarem.²⁹ A responsabilização da pessoa jurídica na Lei de Improbidade Administrativa foi uma construção jurisprudencial paulatina.³⁰ Elas podem figurar no polo passivo de ação judicial, mesmo sem seus sócios, como beneficiária de ato de improbidade cometido. No entanto, ainda que particulares sejam contemplados na apuração de atos de improbidade, não é possível responsabilizá-los isoladamente, sem a identificação e responsabilização de agente público, ressalvados casos de recomposição do dano causado ao erário.³¹ Decorrencia

²⁸ Cf. os arts. 9º a 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

²⁹ Art. 3º da LIA: “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

³⁰ Ver julgados como: “Ainda que em tese, não existe óbice para admitir a pessoa jurídica como sujeito ativo de improbidade administrativa - muito embora, pareça que, pela teoria do órgão, sempre caiba a responsabilidade direta a um agente público, pessoa física, tal como tradicionalmente acontece na seara penal, porque só a pessoa física seria capaz de emprestar subjetividade à conduta reputada ímproba (subjetividade esta exigida para toda a tipologia da Lei nº 8.429/92). Mais comum, entretanto, que a pessoa jurídica figure como beneficiária do ato, o que também lhe garante legitimidade passiva ad causam” RESP 886.655/DF, Rel. Min. Mauro Campbell, Segunda Turma, DJE 08.10.10. Ou ainda STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1038762 RJ 2008/0053158-2 (STJ).

³¹ Por exemplo, conforme julgamento do STJ: “os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato

lógica desta previsão é que a efetiva aplicação de penalidades a pessoas jurídicas só pode ocorrer quando comprovada subjetivamente a culpa de agente público por ato de improbidade.

As penas aplicáveis a agentes públicos e particulares da LIA consideram a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido.³² Para ambos podem ser aplicáveis a perda de bens, pagamento de multa em multiplicador do valor do acréscimo patrimonial (a depender do ato cometido). Há outras penas que são aplicáveis somente a pessoas físicas, como a perda de função pública ou suspensão dos direitos políticos. Ainda, há conjunto de sanções que parecem ser de especial relevância para pessoas jurídicas: a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

Em todos os casos é ressaltada a obrigação de ressarcimento integral do dano caso exista lesão ao patrimônio público por ato de agente público ou terceiro (incluindo pessoa jurídica).³³ Como se verá nos próximos capítulos, o ressarcimento integral do dano é uma regra do sistema brasileiro de controle da corrupção que gera sua dose de controvérsia na construção de acordos de leniência. Na LIA, além de serem devidos em sua integralidade, se os danos decorrem de ato doloso, eles são também imprescritíveis, conforme interpretação recente dada pelo STF, a partir de interpretação do §5º do art. 37 da Constituição Federal.³⁴

A LIA proíbe expressamente no âmbito judicial “transação, acordo ou conciliação” nas ações por seus colegitimados, Ministério Público ou pessoa jurídica interessada.³⁵ Dado que alguns atos de corrupção em benefício de pessoas jurídicas podem se encaixar na LIA e na Lei Anticorrupção, a vedação do art. 17 da

questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário” REsp 896.044/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/9/2010, DJe 19/4/2011.

³² Disciplinadas no art. 12 da LIA.

³³ Conforme o art. 5º da LIA.

³⁴ O art. 37 § 5º da Constituição Federal prevê “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Foi aprovada a seguinte tese para fins de repercussão geral: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 852.475, Ministro Relator Edson Fachin, em 8 de agosto de 2018.

³⁵ O art. 17: “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. (...) § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”

LIA representa um problema importante. Para Aras, os acordos de leniência ao controle da corrupção se sustentam em uma base jurídica ampla e diversificada que inclui a LIA, mesmo com sua vedação.³⁶ Ele considera que seria contrassenso permitir a transação em âmbito administrativo (via Lei Anticorrupção) mas não cível (via LIA). Argumenta-se, também, que é necessário compatibilizar da LIA com o art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) que prevê a resolução extrajudicial de conflitos em ação de improbidade administrativa.³⁷ No entanto, a proibição é expressa em Lei. Este assunto retornará na análise da construção dos acordos de leniência.

A eficácia da LIA é um tema que enseja alguma controvérsia. Arantes aponta que os casos trazidos enfrentam problemas de morosidade, uso de recursos protelatórios ou contestações quanto à legalidade dos procedimentos ou os legitimados.³⁸ Em São Paulo, das 572 ações apresentadas pelo MP desde 1992 até 2011, apenas 10 foram julgadas.³⁹ A pouca efetividade da LIA teria levado o MP a privilegiar investigações e ações criminais, em conjunto com a Polícia Federal, com instrumentos de investigação sofisticados e custos reputacionais imediatos aos agentes políticos investigados.⁴⁰

Olhando o universo de ações de improbidade administrativas julgadas no Brasil entre 2005-2010, Costa e Silva chegaram a conclusões distintas. O índice de procedência dos tribunais nacional é de 48,9% e, se somadas às demandas julgadas parcialmente procedentes, o percentual de êxito chega a 63,8%.⁴¹ Isto é, ainda que existam problemas estruturais e procedimentais, na maior parte dos casos apresentados com base na LIA, os pedidos do MP e colegitimados são atendidos. Dentre os gargalos estruturais na LIA, os autores apontam: a

³⁶ ARAS, Vladimir, cit., p. 217.

³⁷ Art. 37, § 4º “Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.”

³⁸ ARANTES, Rogério, *The Federal Police and the Ministério Público*, cit., p. 198–199.

³⁹ A fonte não especifica se está tratando de ações que tramitam perante o TRF ou perante as Varas Federais ou quais os tipos recursais incluídos nesta amostragem. *Ibid.*, p. 199.

⁴⁰ *Ibid.* Nas palavras de Arantes “O aumento do número de operações policiais combatendo corrupção política e organizações criminosas nos últimos anos – com a participação de procuradores e apoiada por juízes – é, em muitas formas, um ajuste estratégico aos resultados insatisfatórios dos processos de improbidade administrativa.”

⁴¹ Mesmo olhando para o universo de TRFs, estes números são de 40,9% pela procedência e 59,8% contabilizando a procedência parcial. COSTA, Susana H.; SILVA, Paulo Eduardo A., **Improbidade Administrativa**, São Paulo: Ministério da Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Universidade de São Paulo, 2010, p. 100.

possibilidade de expansão dos legitimados à propositura de ação de improbidade (como associações e pessoas físicas), a falta de previsão de mecanismos de incentivo ao ente particular para denunciar condutas ilícitas (*whistleblowers*) e a falta de previsão de mecanismos de autocomposição (como acordos de leniência).⁴²

Considerando seus avanços e falhas, é possível ver que a LIA ocupa papel central na responsabilização administrativa e civil por atos de corrupção, ainda que tenha rol de condutas reprováveis mais amplo do que atos de corrupção. A LIA se distingue da Lei Anticorrupção por estar primordialmente voltada ao agente público e pressupor sua responsabilização subjetiva. Porém, ela pode alcançar a pessoa jurídica com penalidades como a proibição de contratar com o poder público. Ela ressalva o dever de ressarcimento integral, recentemente considerado imprescritível no caso de atos dolosos. Os casos de corrupção envolvem dolo e, portanto, seus danos podem ser pleiteados a qualquer tempo. Por fim, a LIA proíbe expressamente transações sobre condutas que sejam caracterizadas como atos de improbidade administrativa. Estes pontos serão importantes para entender como os acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção foram estruturados abarcando alguns aspectos da LIA.

3. OS DISPOSITIVOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO E DO DECRETO Nº 8.420/2015

Como dito, em nova camada de regulação, a LIA é mantida inalterada e a Lei Anticorrupção (LAC) entra em vigor em 2013. Os atos que a LAC abarca são amplos e se inovam em pontos importantes – como a responsabilidade independente de culpa das pessoas jurídicas – eles também possuem sobreposição a outras previsões existentes no ordenamento. Os acordos de leniência serão atravessados por essas sobreposições e, por isso, é importante descrever as regras da LAC com mais vagar e, em seguida, dos acordos de leniência.

A maior inovação da LAC, como adiantado, foi atribuir responsabilidade objetiva a pessoas jurídicas pelos atos tipificados, de forma independente da responsabilização das pessoas físicas. Como visto, a junção entre responsabilização de pessoas físicas e jurídicas é uma das dificuldades da aplicação da LIA.

Como explica Mario Engler Pinto, a LAC separa os pressupostos jurídicos para responsabilização de pessoas físicas e jurídicas, sem que isso represente a total separação de seus pressupostos fáticos.⁴³ Isto é, a LAC entra em vigor para

⁴² Ibid., p. 179–182.

⁴³ PINTO JUNIOR, Mario Engler, A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção e a lógica do acordo de leniência. Para a relação entre pessoas físicas e jurídicas, Pieth e Ivory identificam três modelos: (i) atribuição ao coletivo (pessoa jurídica) das infrações cometidas

que, pelos mesmos atos, pessoa física e pessoa jurídica sejam responsabilizadas por diplomas diferentes. Essa tentativa de separação de formas de responsabilizar será importante para entender, mais adiante, como serão celebrados os acordos de leniência. Isto porque vários deles, apesar de voltados à empresa, conseguem estender efeitos a pessoas físicas – de forma contrária a essa lógica de compartimentalização.

Destrinchando as previsões da LAC, as ofensas apresentadas no artigo 5º cobrem cinco tipos de conduta.⁴⁴ O primeiro inciso do art. 5º trata de ato de corrupção propriamente dito: é ato lesivo à administração pública prometer,

por empregados ou agentes, (ii) identificando o coletivo (pessoa jurídica) apenas com aqueles que estão em decisões de comando, e (iii) considerando a empresa como capaz de ser um ator moral (e criminal) por meio do conjunto agregados de comportamentos individuais ou uma avaliação das deficiências em sua cultura corporativa e organizacional. PIETH, Mark; IVORY, Radha (Orgs.), **Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk**, Dordrecht; New York: Springer, 2011, p. 13.

⁴⁴ Assim dispõe o art. 5º da LAC: “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.”

oferecer ou dar vantagem indevida a agente público. O segundo tipifica o financiamento, sob qualquer forma, de atos ilícitos previsto na Lei Anticorrupção. O terceiro trata de atos de ocultação de bens, por meio da interposição de pessoa física ou jurídica, para esconder ou dissimular interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. O quarto traz lista de atos ilícitos relacionados a licitações e contratos públicos, como a fraude à licitação pública ou de contrato administrativo, a perturbação de procedimentos licitatórios ou de licitantes, ou para a realização de modificações posteriores do contrato para obter vantagem ou benefício indevido. No mesmo inciso também é tipificado como ato lesivo manipular ou fraudar equilíbrio econômico e financeiro de contrato público. Talvez a previsão mais ampla de todas esteja descrita no inciso V que prevê como ato punível dificultar a atividade de investigação ou fiscalização de órgãos ou intervir em sua atuação.

A leitura da Lei Anticorrupção demonstra que o Brasil optou por imputar responsabilidade a pessoas jurídicas além de atos de corrupção propriamente ditos, atos que podem estar associados à corrupção de agente público, como financiamento de atividades ilegais ou ocultação de bens. Há dúvidas se os atos estipulados na lei podem ser considerados mais amplos do que o exigido pelas convenções internacionais.

Alguns tipos da Lei Anticorrupção se assemelham a outras previsões que já estavam positivadas nas leis existentes. Por exemplo, “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público” ecoa a previsão da atual Lei Antitruste que prevê como infração “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (art. 36, § 3º, I). Ou, também, a Lei de Licitações que prevê a aplicação de multa e proibição de contratar àquele que “tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação” (art. 88). Ou, ainda, a previsão da Lei de Improbidade Administrativa “frustrar a licitude de processo licitatório (...)” (art. 10, VIII). Todas essas previsões também se combinam com a previsão da Lei Orgânica do TCU: “à ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador” (art. 46).⁴⁵

⁴⁵ Por exemplo, em relação a outros ilícitos que não se relacionam estritamente à Lei Anticorrupção, há julgados que não estipulam que não há conflito aparente entre leis. No Recurso Especial nº 1.623.985/SP, Ministro Relator Nefi Cordeiro, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 17 de maio de 2018, por exemplo entende que não há conflito aparente entre crimes econômicos e os delitos previstos na Lei de Licitações, distinguindo cartel de fraude à licitação.

A amplitude dos atos da Lei Anticorrupção cria sobreposições com as autoridades colegitimadas nessas outras leis – que, aliás, já se encontravam sobrepostas entre si. Esse caleidoscópio gera a pergunta em que medida há proteção de bens jurídicos distintos que justifiquem essa sobreposição e não levem à dupla punição sobre os mesmos fatos.

A Lei estipula sanções aplicáveis no âmbito administrativo e judicial.⁴⁶ No âmbito administrativo, ela prevê a imposição de multa cujo valor será calculado em percentual entre 0,1 e 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica,⁴⁷ o qual não pode ser inferior à vantagem aferida, quando for possível estimá-la. A lei possui parâmetros para estimar o percentual aplicável,⁴⁸ incluindo a cooperação da pessoa jurídica e a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade. Além de multa, a lei também prevê como penalidade administrativa a publicação extraordinária da decisão condenatória. Ainda, considera que as penalidades impostas não excluem a obrigação de reparação integral do dano,⁴⁹ seguindo a mesma lógica da Lei de Improbidade Administrativa.⁵⁰

A responsabilização da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização também em âmbito judicial.⁵¹ As advocacias públicas da União, Estados e Municípios ou órgãos de representação

⁴⁶ A lógica de responsabilização da Lei Anticorrupção aproxima-se daquela utilizada na legislação antitruste. A responsabilização administrativa de pessoas jurídicas por ofensas à ordem econômica utiliza como penalidade percentual do faturamento bruto do grupo econômico no ano anterior à infração, desde a antiga Lei do CADE, 8.884/94, previsto atualmente, no art. 37 da Lei nº 12.529/2011.

⁴⁷ De acordo com o artigo 6º, I da Lei Anticorrupção o faturamento bruto a ser considerado é aquele do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos. Quando não for possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de seis mil a sessenta milhões de reais (§ 4º).

⁴⁸ São considerados fatores como a gravidade da sanção, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator e o valor dos contratos mantidos com o órgão ou entidade pública lesadas.

⁴⁹ De acordo com o art. 6º, § 3º: “A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.”

⁵⁰ Há ainda a obrigação de manutenção do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) por todas as esferas de governo, contendo informações referentes às sanções administrativas impostas para pessoas jurídicas e físicas que impliquem restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a administração. Da mesma forma, a lei prevê a manutenção do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) para publicização das multas aplicadas com base na Lei Anticorrupção, bem como os acordos de leniência celebrados e cumpridos com base na lei.

⁵¹ Conforme art. 18 da LAC.

judicial e o Ministério Público podem ajuizar ação voltada à imposição de outro conjunto de penalidades, a saber: o perdimento de bens, direitos e valores que representem vantagem obtidas direta ou indiretamente por meio das infrações; a suspensão ou a interdição parcial das atividades; a proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos, entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um ano e máximo de cinco anos; e, até mesmo, a dissolução compulsória da pessoa jurídica.⁵² As sanções podem ser acumuladas e é possível ainda pleitear o bloqueio de bens, direitos e valores para garantir o pagamento de multa ou o ressarcimento do dano causado. Por fim, se for constatada omissão das autoridades competentes em âmbito administrativo, o MP pode, além de suas competências expressas no âmbito judicial, pleitear a aplicação da penalidade de multa e publicação extraordinária.⁵³

A apuração da infração e a imposição de penalidade é competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.⁵⁴ No Poder Executivo federal, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) tem competência concorrente para instaurar processos administrativos com tal função ou avocá-los⁵⁵ e competência exclusiva para aplicação da lei em relação a atos praticados contra administração pública estrangeira.

⁵² De acordo com a redação do art. 19, §1 da LAC, tal penalidade será imposta quando for comprovado que a personalidade jurídica foi utilizada habitualmente para facilitar ou promover a prática de ilícitos ou quando a pessoa jurídica tiver sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

⁵³ Art. 20: “Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.”

⁵⁴ Conforme disposto no art. 8º da Lei. O artigo 10 prevê que a comissão responsável pela condução de processo administrativo de responsabilização é composta por dois ou mais servidores estáveis. Se for necessário requerer medidas judiciais para investigação dos atos potencialmente lesivos, os pedidos poderão ser feitos pelos órgãos de representação judicial de cada autoridade. Para crítica a tal modelo descentralizado ver WINTERS, Michelle A., *Too Many Cooks in the Kitchen: Battling Corporate Corruption in Brazil and the Problems with a Decentralized Enforcement Model*, **Richmond Journal of Global Law and Business**, v. 13, p. 681–700, 2014.

⁵⁵ Art. 8º § 2º da LAC prevê: “No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.”

A Lei instituiu a previsão de celebração de acordos de leniência espelhando-se no programa de leniência antitruste.⁵⁶ De acordo com o art. 16, a autoridade pode celebrar acordo de leniência se a empresa ou o grupo de empresas colaborarem efetivamente com as investigações, identificando outros envolvidos na infração e permitindo a obtenção de informação e documentos comprobatórios do ilícito sob investigação.⁵⁷

Assim como a competência geral para investigação e sanção dos ilícitos previstos em lei, a competência para celebração de acordos de leniência é fragmentada entre cada órgão de distintos poderes - com exceção das hipóteses de competência da CGU.⁵⁸ Ela nada diz sobre a possibilidade de autoridades competentes na esfera judicial celebrarem acordos de leniência.

O acordo traz três tipos de benefícios às pessoas jurídicas: reduz a multa administrativa em até dois terços, isenta a publicação extraordinária de decisão condenatória e, na esfera judicial, isenta a empresa da proibição de contratar com o poder público e suas instituições financeiras. Subsistem algumas obrigações como a reparação integral do dano. Há possibilidade de isenção ou atenuação das sanções previstas nos artigos 86 a 88 da Lei de Licitações àqueles que celebram acordos de leniência.⁵⁹ Por essa razão, Marrara distingue

⁵⁶ A possibilidade foi alteração incluída no Congresso Nacional e não constava do projeto original.

⁵⁷ Art. 16 “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

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

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

⁵⁸ O Decreto nº 8.420/2015, detalhado adiante, prevê que no âmbito do poder executivo federal, a competência para celebração de acordos de leniência é da CGU. No entanto, vale lembrar que a Lei se aplica a todos os entes federativos e, para Estados e Municípios, a competência à celebração de acordos de leniência permanece fragmentada, exceto se houver normas específicas em sentido diverso.

⁵⁹ Tais artigos da Lei de Licitações preveem a aplicação das sanções administrativas pelo atraso injustificado na execução de contrato administrativo ou inexecução total ou parcial de contrato público. No art. 87, elas são apresentadas em gradação crescente: advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e proibição de contratar com a Administração por prazo inferior a 2 anos; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a pena. O art. 88 estipula ainda que as duas últimas sanções podem ser aplicadas a empresas que em razão de contratos públicos regidos pela Lei de licitações tenham sofrido condenação definitiva por fraude fiscal, por meios dolosos; ou que tenham praticado atos ilícitos para frustrar os objetivos da licitação; ou, ainda, que demonstrem não ter idoneidade para contratar com a Administração em virtude de ilícitos praticados.

tipos diferentes de acordos de leniência na Lei Anticorrupção: o primeiro propriamente voltado às questões da lei e o segundo, à Lei de Licitações que poderiam ser, em tese, autônomos.⁶⁰

Ele só pode ser firmado se preencher simultaneamente três requisitos. A pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar seu interesse em colaborar com as investigações. Também deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada e admitir sua participação. Ela deve cooperar plenamente com as investigações e arcar com as despesas que se fizerem necessárias para efetivar a colaboração.⁶¹ Essas exigências buscam criar situação de desestabilização da relação de corrupção, embora nem todo ato de corrupção envolva colusão com outras pessoas jurídicas para que exista a corrida à autoridade.

A admissão de participação, por sua vez, torna incontestável a responsabilização da pessoa jurídica. Ainda que não seja admissão de culpa, ela pode gerar problemas em outras esferas consideradas independentes da LAC.

Há outros elementos que adicionam complexidade à negociação e celebração de acordos de leniência. A Lei Anticorrupção no art. 29 mantém a independência do CADE e de outros órgãos para investigar e punir infrações à ordem econômica. Também não interfere em processos decorrentes de atos de improbidade administrativa ou atos ilícitos em contratações públicas. Ou seja, cada tipo de responsabilização pode correr em paralelo.

Para todas as outras esferas, a Lei silencia quanto a mecanismos explícitos de coordenação entre autoridades – estes poderiam ser, por exemplo, suspensão de processos, derrogação de competência ou condicionar a assinatura de acordo de leniência a algum tipo de entendimento entre autoridades. Também nada diz sobre eventual coordenação entre sanções da pessoa física que comete ato ilícito em benefício da pessoa jurídica ou, então, quem se deve priorizar à responsabilização – empresas ou indivíduos.⁶²

A colaboração em acordo de leniência por atos que podem ser interpretados como ilícitos sob outras leis, gera riscos àquele que decide colaborar. Se a confissão dos fatos e as provas apresentadas perante a Lei Anticorrupção significarem penalizações em outras instâncias, os acordos de leniência podem se tornar

⁶⁰ MARRARA, Thiago, *Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: Modalidades, Regime Jurídico e Problemas Emergentes*, **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, p. 509–527, 2015. No entanto, nos primeiros anos de construção do instrumento não houve acordos em separado para essas modalidades.

⁶¹ Art. 16 §1º da LAC.

⁶² Quem punir – empresas, indivíduos ou os dois – não é uma questão trivial. Ela surte efeitos sobre a regulação, sobre a relação entre autoridades e sobre a expectativa dos agentes privados.

menos atrativos às pessoas jurídicas, porque poderá expô-las a múltiplas sanções pelos fatos que cometeram.

Alguns pontos da Lei foram regulamentados no Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015. Ele dispõe sobre as garantias e procedimentos do processo administrativo de responsabilização (PAR), incluindo a formação de comissão para apuração e investigação. O Decreto prevê balizas para o cálculo e aplicação de multas conforme os agravantes e atenuantes previstos na Lei Anticorrupção.⁶³

O Decreto nº 8.420/2015 também detalha o processo de negociação de acordos de leniência. No Poder Executivo federal, a competência para celebração de acordos é centralizada na CGU.⁶⁴ A proposta de acordo pode ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR, apresentada de forma oral ou escrita, recebendo tratamento sigiloso, sendo seu conteúdo restrito aos negociadores designados pela CGU.⁶⁵ O processo de negociação pode durar até cento e oitenta dias, prorrogável a critério do órgão.

Neste processo, são acordadas as cláusulas e condições necessárias para efetivar a colaboração da pessoa jurídica. O acordo deve conter previsões mínimas relacionadas: à admissão da participação e à imediata cessação da participação da pessoa jurídica na infração administrativa; à cooperação com investigação, incluindo o fornecimento de informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa; e à perda dos benefícios pactuados em caso de

⁶³ O art. 17 do Decreto nº 8.420/2015 estipula percentuais do faturamento bruto a serem somados, excluídos os tributos. O art. 18 do Decreto nº 8.420/2015 prevê a subtração de percentuais da soma do art. 17.

⁶⁴ Art. 29 do Decreto nº 8.420/2015 “Compete à Controladoria-Geral da União celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal e nos casos de atos lesivos contra a administração pública estrangeira.”

⁶⁵ Art. 31 do Decreto nº 8.420/2015 “A proposta de celebração de acordo de leniência poderá ser feita de forma oral ou escrita, oportunidade em que a pessoa jurídica proponente declarará expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e solicitações da Controladoria-Geral da União durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta. § 1º A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União. § 2º Poderá ser firmado memorando de entendimentos entre a pessoa jurídica proponente e a Controladoria-Geral da União para formalizar a proposta e definir os parâmetros do acordo de leniência. § 3º Uma vez proposto o acordo de leniência, a Controladoria-Geral da União poderá requisitar os autos de processos administrativos em curso em outros órgãos ou entidades da administração pública federal relacionados aos fatos objeto do acordo.”

seu descumprimento. O acordo de leniência possui natureza de título executivo extrajudicial ao acordo. Este conteúdo mínimo, claro, não encerra os dilemas e as complexidades dos acordos de leniência celebrados, sobretudo em casos complexos. Isso significa que além dele, há ainda um espaço significativo de negociação e de discricionariedade das autoridades.

O Decreto adiciona a adoção ou aperfeiçoamento de programas de integridade como parte das obrigações do acordo de leniência.⁶⁶ Originalmente, na Lei Anticorrupção, programas de controle interno e integridade eram fatores a serem considerados para redução da multa, mas não eram dispostos como parte integrante dos acordos de leniência. O Decreto atribui uma outra função aos acordos de leniência: ser um mecanismo apto a transformar o comportamento das pessoas jurídicas para o futuro, com a incorporação de mecanismos e procedimentos internos. O Decreto possui uma seção específica para explicar quais seriam os parâmetros e condições dos programas de integridade e quais especificidades da pessoa jurídica devem ser levadas em conta.⁶⁷

Caso as partes da negociação, no plano federal, CGU e pessoas jurídicas envolvidas, não concordem com a proposta de acordo, todas as informações prestadas são devolvidas sem reconhecimento da prática do ato lesivo. Ainda, é facultado à pessoa jurídica desistir da proposta de acordo de leniência a qualquer momento que anteceda sua assinatura, sem que nenhum dos assuntos discutidos seja utilizado contra ela.⁶⁸

A Lei ou o Decreto nada dizem sobre a aplicação de algumas sanções na esfera judicial, como perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito decorrente de infração; a suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa; e a dissolução compulsória de pessoa jurídica. Assim como a Lei, o Decreto também não regulamenta de nenhuma forma como os acordos de leniência impactam nas demais legislações incidentes.

4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

A Lei Anticorrupção, com seu conjunto de atos ilícitos, sanções e procedimentos, reorganiza o sistema de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção. Como visto neste capítulo, dentro desse sistema de responsabilização

⁶⁶ Programas de integridade, conforme definido pelo art. 41 do Decreto, são o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia e apuração de irregularidades no âmbito da pessoa jurídica.

⁶⁷ Art. 42 do Decreto nº 8.420/2015.

⁶⁸ Art. 33 e 34 do Decreto nº 8.420/2015.

de pessoas jurídicas por atos de corrupção, estão incluídas leis relacionadas à defesa da concorrência, ao mercado de capitais, a Lei de Improbidade Administrativa e as leis relacionadas a contratações públicas.

A Lei Anticorrupção expressamente mantém a independência de responsabilização da pessoa jurídica perante outros conjuntos normativos. Ainda assim, caberia questionar se havendo cumulação de processos e sanções pelas mesmas condutas, vedado pelo princípio do *ne bis in idem*.

Contrastando a Lei Anticorrupção com a LIA, Fortini e Shermam consideram que há distinção dos sujeitos ativos primordiais visados por cada lei – a primeira é destinada às pessoas jurídicas e a segunda, a pessoas físicas – e o tipo de responsabilidade esperado deles – objetiva e subjetiva, respectivamente.⁶⁹ Apontam, no entanto, que sanções a serem aplicadas no caso concreto são muito semelhantes, com risco de *bis in idem*.⁷⁰ Neste caso, para os autores, é preciso olhar para o sujeito: se for pessoa jurídica, deve prevalecer a Lei Anticorrupção. Se houver responsabilização compartilhada entre agente público e pessoa jurídica, atrai-se a aplicação da LIA.⁷¹ Ainda que interessante, esta escolha alternativa entre um subsistema ou outro de responsabilização não acontece na prática.

Comparando os dispositivos à Lei Antitruste e à Lei Anticorrupção, Faraco entende que em casos de cartel em licitação, elas se sobrepõem quanto a objetivos e sanções pecuniárias.⁷² Mais ainda, o autor considera que para acordos de leniência seria adequado que o acordo de leniência antitruste alcançasse as previsões do acordo de leniência da Lei Anticorrupção.⁷³ Isto porque as condições para celebração seriam semelhantes, sendo que a Lei Antitruste tem exigências mais estritas, como a ausência de provas pela administração para assegurar a condenação da empresa. Para ele, a Lei Antitruste projeta efeitos mais amplos aos acordos de leniência, com a extinção integral da ação punitiva estatal em sede administrativa e a produção de efeitos penais para pessoas físicas.⁷⁴ Ou seja, sua proposta não seria de alternativa, mas de uma certa fusão dos instrumentos e de seus efeitos.

⁶⁹ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane, Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do “bis in idem”, **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 2, p. 91, 2018, p. 108–109.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² FARACO, Lei de Defesa da Concorrência e Lei Anticorrupção: sobreposições e conflitos normativos.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

Uso alternativo, fusão de instrumentos ou outras formas de compatibilizar de antemão esses diferentes sistemas de responsabilização não foram colocadas de antemão na construção dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção em seus primeiros anos de aplicação.

A independência entre os sistemas altera três características fundamentais na conformação de acordos de leniência: o cálculo das pessoas jurídicas para decisão de colaborar ou não, as funções atribuídas aos acordos de leniência e a atuação das autoridades envolvidas.

O cálculo da ação de pessoas jurídicas interessadas em acordos de leniência muda porque a simultaneidade de leis aplicáveis amplia os riscos envolvidos em colaborar. As empresas devem considerar a possibilidade de punição em diversas instâncias, a depender da conduta. Para que a entrega de informações sobre determinado conjunto de condutas não gere sanções perante autoridades diversas com base em leis diferentes ou, pelo menos, para que as sanções aplicadas em acordos de leniência sejam consideradas por outras autoridades na sua atuação, as empresas passam a ter interesse na coordenação entre autoridades – ou que, ao menos, elas criem canais de diálogo entre si. O Capítulo 4 mostra alguns exemplos de como a pessoa jurídica participa da tentativa de composição entre autoridades.

O conjunto de leis sobreposto e fragmentado também dá algumas pistas sobre de que forma acordos de leniência mobilizarão funções diferentes. A Lei Anticorrupção é explícita ao dizer que a colaboração deve resultar em mais informações para alavancar investigações: a identificação dos demais envolvidos na infração e a comprovação do ilícito sob apuração. Sem dúvida, este é o objetivo enunciado do acordo de leniência, em linha com os tratados internacionais assinados pelo Brasil. Há outras funções que serão atribuídas aos acordos de leniência em sua implementação. A LIA e a Lei Anticorrupção ressalvam a obrigação de ressarcimento integral do dano. A Convenção de Mérida atribui a possíveis cooperações o papel de recuperar ativos produtos do crime. Estas disposições nem sempre tão precisas gerarão a possibilidade de que acordos também sirvam para antecipar o ressarcimento e localizar ativos. O Decreto Regulamentador da Lei ainda atribui aos acordos de leniência previsões sobre *compliance* e integridade, para garantir a transformação da empresa. Esta função também será incorporada aos acordos de leniência.

Além disso, a independência entre esferas permite diferentes instituições de controle mobilizar partes diferentes do arcabouço normativo que legitimem suas ações. As diferentes autoridades na esfera federal (MPF, CGU/AGU, TCU,

Judiciário) atuarão mobilizando conjuntos normativos por vezes diferentes: ora evocando tratados internacionais, LIA ou a Lei Anticorrupção. Ou, ainda, para avançar suas interpretações, trarão pontos sobre os quais a lei silencia, como a relação entre Lei Anticorrupção e responsabilidade penal de pessoas físicas ou, ainda, sua relação com as previsões da Lei Orgânica do TCU. As interações entre autoridades são marcadas pelo jogo em leis diversas, gerando processos de disputa e cooperação.

A leitura das regras é insuficiente para predizer como essas interações se desenvolverão. Como veremos, a celebração dos acordos de leniência mostra que o caminho entre norma escrita e interpretação é intrincado: há nuances nesta composição que não são possíveis de captar apenas com a leitura e interpretação das regras. O próximo capítulo descreve a celebração de acordos de leniência pelo MPF e o próximo, pela CGU e AGU. Eles mostrarão como tais atores constroem, a partir deste conjunto normativo sobreposto e fragmentado, sua legitimidade para atuar e, nesse processo, as próprias funções que os acordos de leniência desempenham.

