

Direito Penal Econômico

Coordenador: Rogério Cury

Ana Flávia Messa
Augusto Martinez Perez Filho
Daniela Marinho Scabbia Cury
Edson Luz Knippel
Enzo Fachini
Everton Luiz Zanella
Fernando Gardinali Caetano Dias
Fernando Vieira Luiz
Glauter Del Nero
José Paulo Micheletto Naves
José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu Lopes

Juliana Malafaia
Lissa Moreira Marques
Luiza Borges Terra
Marcela Vieira da Silva
Marco Aurélio Florêncio Filho
Mariana Beda Francisco
Marina de Oliveira de Vasconcellos Luiz
Pablo Milanese
Thamara Duarte Cunha Medeiros
Wagner Flores de Oliveira
Yasmin Abrão Pancini Castanheira

Direito Penal Econômico

2020

Coordenador

Rogério Cury

Organizadora

Mariana Beda Francisco



DIREITO PENAL ECONÔMICO

© Almedina, 2020

COORDENAÇÃO: Rogério Cury

DIAGRAMAÇÃO: Almedina

DESIGN DE CAPA: FBA

ISBN: 9786556270548

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito penal econômico / coordenação Rogério
Cury. -- 1. ed. -- São Paulo : Almedina
Brasil, 2020.

Vários autores.
Bibliografia
ISBN 978-65-5627-054-8

1. Direito econômico 2. Direito penal I. Cury,
Rogério.

20-38175

CDU-343.33

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito penal econômico 343.33

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

Este livro segue as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro, protegido por copyright, pode ser reproduzida, armazenada ou transmitida de alguma forma ou por algum meio, seja eletrônico ou mecânico, inclusive fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenagem de informações, sem a permissão expressa e por escrito da editora.

Agosto, 2020

EDITORA: Almedina Brasil

Rua José Maria Lisboa, 860, Conj.131 e 132, Jardim Paulista | 01423-001 São Paulo | Brasil
editora@almedina.com.br

www.almedina.com.br

12. Reflexos Penais do Acordo de Leniência: quando a Lógica Empresarial colide com a Lógica Personalíssima

FERNANDO GARDINALI CAETANO DIAS
JOSÉ ROBERTO COÊLHO DE ALMEIDA AKUTSU LOPES

Introdução: escopo do trabalho

O presente trabalho tem como escopo apresentar uma exposição primeiro sobre a lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e, depois, sobre a denominada Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13), para que se possa perceber os privilégios gozados pelas pessoas jurídicas em comparação às pessoas físicas diante das substanciais diferenças entre os acordos de leniência (dirigidos às empresas) e de colaboração premiada (dirigidos às pessoas naturais).

Ao longo do trabalho, pretende-se apresentar, sem qualquer pretensão exaustiva, os reflexos penais e algumas críticas da incompatibilidade (ao menos *parcial*) de convivência dos dois institutos, o que acaba por gerar insegurança jurídica, sobretudo para as pessoas físicas.

Por fim, serão apontados aspectos práticos que também podem ser geradores de insegurança jurídica na medida em que, diante da pluralidade de autoridades com atribuição para celebrar acordos de leniência, a legislação não aponta de forma clara *qual* órgão deverá ser procurado pela pessoa jurídica para celebração do acordo ou se o valor pago em razão do acordo celebrado com um órgão será abatido do valor eventualmente exigido por outro ente estatal.

O objetivo, portanto, é apontar algumas imprecisões trazidas pelas referidas disposições legais e situações percebidas na prática forense que acarretam, por diversos motivos, situações de dúvidas tanto para as pessoas jurídicas interessadas como, principalmente, para as pessoas físicas envolvidas no ilícito – e que podem ser prejudicadas, na defesa de seus interesses, com os reflexos oriundo da celebração de acordo de leniência pela pessoa jurídica.

1. Breve panorama da Lei de Improbidade Administrativa

Não se pretende, aqui, fazer uma análise exauriente da Lei 8.429/92, mas sim uma breve exposição que permita a compreensão de como tal lei se insere no microsistema anticorrupção. À luz dos tipos penais voltados a atos cometidos por agentes públicos em detrimento da administração, previstos no Código Penal desde a sua entrada em vigor, na década de 1940 (como, por exemplo, o peculato e a corrupção passiva, previstos nos artigos 312 e 317 do Código Penal, respectivamente), a superveniência de um mecanismo legal extrapenal que tutela a gestão da coisa pública (leia-se: a *probidade administrativa*) insere-se em um novo contexto de persecução.

1.1. Contexto de surgimento da lei: uma alternativa à via penal?

A Lei 8.429/92 foi elaborada em obediência ao comando constitucional previsto no art. 37, § 4º, em que o constituinte fez referência expressa à figura da “improbidade administrativa”, à luz da previsão reitoria (prevista no *caput* do artigo) dos princípios basilares da administração pública – quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A par da discussão sobre a exata dimensão do conceito de *improbidade administrativa*, fato é que ela se aproxima da *imoralidade*, de modo a exigir do funcionário público que atue com honestidade no exercício de sua função e, especificamente, na gestão da coisa pública¹.

¹ Para uma exposição detalhada do conceito de *improbidade administrativa*, v.: COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 127/128; JORGE, Flávio Cheim. *A improbidade administrativa (Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992)*, In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coord.). *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 1136/1140. Para esse último autor, a improbidade “*está diretamente ligada à necessidade do agente público agir*”

Daí se percebe o intuito da lei: proteção aos bens públicos geridos pelo agente da administração pública.

É sintomático que referido o mandamento constitucional disponha sobre os atos de improbidade administrativa, a serem previstos em lei, “*sem prejuízo da ação penal cabível*”. Pela simples leitura dessa norma, depreende-se que o objetivo do constituinte foi inserir os tais “*atos de improbidade*” além das tipificações penais já existentes em relação à administração pública. É dizer: a *ratio legis* aqui é muito clara quanto à criação de um mecanismo *extrapenal* de persecução a atos que, de maneira mais geral, violem a boa gestão da coisa pública. Por isso é possível dizer que a Lei de Improbidade Administrativa situa-se em um *meio-termo* entre a persecução penal e a persecução civil – um mecanismo que, por um lado, se vale de sanções severas, algumas delas restritivas de direitos fundamentais (como a suspensão de direitos políticos)²; e, de outro lado, de um procedimento em tese mais célere, guiado por um standard cognitivo menos rigoroso que o penal³.

Trata-se, assim, do que MANN classifica como “*middleground*” entre a punição civil e a penal, a combinar aspectos desses dois campos punitivos – menor rigor do que a persecução penal, a se aproximar do processo civil; e maior severidade nas sanções, a se aproximar do direito penal⁴. Esse destaque é importante para o presente artigo porque, como se verá adiante (item 4), a correlação entre esses dois âmbitos jurídicos não é

sempre, impreterivelmente, com honestidade. A própria terminologia da palavra já carrega em si o seu significado. Improbidade vem do latim improbitate, correspondente à desonestidade” (*idem, ibidem*, p. 1137).

² Sobre a discussão da natureza jurídica das sanções cominadas na Lei de Improbidade Administrativa, v.: MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: Juspodium, 2018, pp. 69/70; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCrim, 2013, pp. 213/220. Para essa última autora, “*a gravidade das sanções previstas como consequência dos atos de improbidade pode ser localizada em um espectro intermediário entre o Direito Penal e o Administrativo*” (*idem, ibidem*, p. 217).

³ Nesse ponto, dada a gravidade das sanções cominadas, MERÇON-VARGAS propõe um “*processo judicial punitivo não penal*”, no qual incidam determinadas garantias do âmbito penal (MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo... cit.*, pp. 89/122).

⁴ “*The middleground draws on these two basic paradigms to form a hybrid jurisprudence in which the sanction’s purpose is punishment, but its procedure is drawn primarily from the civil law*” (MANN, Kenneth. *Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law*. *Yale Law Journal*, 101, 1992, p. 1799).

harmônica e gera graves consequências para a pessoa física envolvida, que se vê diante de graves sanções, mas que são regidas por um racional sobretudo econômico – para o qual a pessoa jurídica envolvida tem maior facilidade de resolução do seu problema jurídico, em detrimento da pessoa física.

1.2. Imputação de responsabilidade a agentes públicos e a agentes privados (inclusive pessoas jurídicas)

De fato, o objetivo primordial da Lei 8.429/92 é a responsabilização do *agente público* que tenha praticado ato de improbidade (art. 1º, *caput*), adotando-se, para tanto, definição ampla de *agente público* (art. 2º).

Além dele, também se prevê a possibilidade de responsabilização do agente privado que de alguma maneira participe – “*induza ou concorra*” – do ato de improbidade ou que dele obtenha proveito – “*se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta*” (art. 3º). Diante dessa norma, abre-se a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas de direito privado⁵ – sobretudo levando-se em consideração que o beneficiário do ato ímprobo muitas vezes também é a pessoa jurídica contratada pela administração pública.

Ao que interessa para o presente artigo, é importante destacar a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas, o que se amolda, inclusive, às severas penas de multa cominadas. A lógica de punição de um indivíduo (agente público) em concomitância com a pessoa jurídica (agente privado) traz problemas na composição entre os interesses de cada personagem, sobretudo no momento de celebração de acordo de leniência – e seus posteriores desdobramentos.

1.3. Condutas típicas

As condutas ilícitas estão previstas na Lei de Improbidade Administrativa nos seus artigos 9º, 10 e 11, que tipificam, respectivamente, os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da administração pública.

Deixando de lado a discussão sobre a demasiada amplitude dessas tipificações legais (sobretudo no que diz respeito às condutas previs-

⁵ Nesse sentido: MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo...* cit., p. 66.

tas no artigo 11, que, por estarem relacionadas a violação de princípios, possuem maior elasticidade na interpretação)⁶, observa-se que o rol de condutas ilícitas é numeroso (pois cada um desses três artigos se desdobra em vários incisos), de modo a abarcar várias condutas do agente público e/ou do agente privado (inclusive pessoa jurídica) participante.

Além disso, muitas dessas previsões possuem relação de semelhança com os tipos penais ligados à tutela do patrimônio público (a exemplo do peculato e da corrupção ativa), como inclusive será indicado no item 3.3 *infra*.

1.4. Sanções cominadas

À luz da baliza estabelecida no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, o artigo 12 da Lei 8.429/92 prevê as penas cominadas para cada bloco de atos de improbidade. Assim, o seu inciso I elenca as penas aplicáveis às condutas do artigo 9º; o inciso II, do artigo 10; e o inciso III, do artigo 11 – sendo que os parâmetros de fixação das penas estão previstos no parágrafo único do artigo 12.

De modo geral, cominam-se severas penas que atingem diretamente a pessoa física (como, por exemplo, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos) e penas que atingem em maior proporção a pessoa jurídica (tal como a proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais creditícios).

Nesse contexto, para o objeto do presente artigo, é importante destacar as penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa que possuem nítido caráter financeiro, a exemplo da perda de bens, multa civil e proibição de contratar com o poder público. Não obstante possam elas ser aplicadas a pessoas físicas, percebe-se que possuem grande impacto nas pessoas jurídicas relacionadas ao ato de improbidade – fazendo com que o racional econômico surja com grande relevância na celebração de acordos de leniência pelas pessoas físicas.

1.5. Acordo de leniência: surgimento de previsão, ausência de regulamentação

Originalmente, o art. 17, § 1º, da Lei 8.492/92 previa expressamente ser “*vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações*” de improbidade

⁶ Nesse sentido: MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo...* cit., p. 67.

administrativa. Tal norma chegou a ser temporariamente revogada pela Medida Provisória nº 703/15; mas, como sua vigência se encerrou sem a respectiva conversão em lei, a norma voltou a ter vigência.

Nesse contexto, mesmo diante de tal vedação legal, sustentou-se a possibilidade de celebração de acordo de leniência no âmbito da improbidade administrativa, com base em raciocínios que se apoiavam em princípios do direito – a exemplo da denominada “consensualidade administrativa”, pela qual o “consenso” possibilitaria “maior eficiência” e “legitimidade da ação administrativa”⁷ – e em interpretações jurídicas – v.g., uma “interpretação corretiva” que supriria uma alegada contradição entre “*disposições normativas que, de um lado, permitem o uso da colaboração premiada ou do acordo de leniência e, de outro, uma previsão legal que [aparentemente] os proíbe*”⁸.

Tal discussão, contudo, parece ter sido superada com o advento da Lei 13.964/19, que alterou o §1º do artigo 17 para, agora, prever a possibilidade de transação: “*as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei*”. Contudo, houve veto presidencial à proposta de inserção do artigo 17-A, que continha regulamentação (ainda que tímida) do acordo de não persecução cível no âmbito da improbidade administrativa. É dizer: inseriu-se a expressa previsão legal de consenso; mas deixou-se de regulamentar a celebração desse acordo entre as partes – com disposições, por exemplo, sobre critérios mínimos para a realização do acordo (incisos I, II e III do vetado artigo 17-A), legitimidade e homologação judicial (§ 5º do vetado artigo).

Nesse cenário, persiste o problema da falta de regulamentação do acordo – e, por isso, talvez se sigam os parâmetros estabelecidos para o acordo de leniência da Lei 12.846/13 (a denominada “Lei Anticorrupção”)⁹, motivo pelo qual se justifica sua breve análise no tópico subsequente.

⁷ LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de processo*, vol. 274, dez./17, pp. 392 e 398.

⁸ DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 634-635.

⁹ Assim sustenta LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual... cit., p. 403.

2. Breve panorama da Lei Anticorrupção

Nesse item, o objetivo é expor os principais contornos da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), com vistas à posterior análise do acordo de leniência e dos casos divulgados pela CGU. Não se tem a pretensão de analisar profundamente cada um desses pontos, não só em razão do delimitado espaço, mas também porque há diversos trabalhos voltados à análise minuciosa do conteúdo da Lei 12.846/13¹⁰. Assim, o intuito da exposição a ser feita nesse tópico é mostrar o panorama geral do diploma legal para, em seguida, analisar-se especificamente um de seus pontos – qual seja, o acordo de leniência.

2.1. Contexto de surgimento da lei e seu escopo: (mais um) mecanismo de persecução no microsistema anticorrupção

Para que a *ratio legis* fique mais clara, é importante contextualizar o surgimento da lei tanto sob o aspecto *normativo*, como sob o aspecto *temporal*.

Pelo *normativo*, a lei surgiu no em meio a diversas normas internacionais (às quais aderiu o Brasil) voltadas à persecução de atos de corrupção. Dentre os principais compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, destacam-se, pela estreita relação que guardam com o teor da Lei 12.846/13: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto 5.687/06); Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto 4.410/02); e Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Decreto 3.678/00)¹¹.

Nesse cenário é que se afirma que, como compromisso assumido pelo Brasil no âmbito da Organização para a Cooperação e o Desenvol-

¹⁰ Entre outros, v.: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014; CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles Pereira (orgs.). *Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: LiberArs, 2015; GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*. São Paulo: Saraiva, 2015; PETRELIZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹ Para maiores explanações sobre o conteúdo de cada uma dessas convenções internacionais, v.: GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção...* cit., pp. 27-43.

vimento Econômico (OCDE), a Lei Anticorrupção teve como principal finalidade “fortalecer os órgãos de fiscalização e aumentar o rigor das sanções impostas às empresas que sirvam de contexto ou sejam beneficiadas pela prática dos crimes de corrupção e de fraudes à licitação”¹².

Dentro desse contexto normativo internacional, é importante situar no tempo a promulgação dessa lei, no ano de 2013.

O projeto de lei (PL 6826/2010) que redundou na lei foi apresentado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados em 18 de fevereiro de 2010. Após longo período de tramitação, o relator apresentou seu parecer no início do ano de 2012. O projeto, então, permaneceu parado por vários meses, até que, em abril de 2013, voltou a andar, ao que se seguiu rápida tramitação, até a remessa ao Senado Federal em 19 de junho de 2013.

No Senado, o projeto (autuado como Projeto de Lei da Câmara 39/2013) caminhou também rapidamente, de modo que, em menos de um mês, foi aprovado e enviado à sanção presidencial, o que ocorreu no dia 01 de agosto subsequente.

As rápidas tramitações em 2013 são explicadas pelo clima de agitação popular e pela proximidade das eleições presidenciais. Especificamente em relação ao primeiro aspecto, há que se rememorar que, naquele período, houve intensa movimentação social em protesto a diversas políticas do governo e, também, a atos de corrupção¹³.

A resposta estatal a esse clamor social veio na forma da Lei 12.846/13: um instrumento de prevenção e repressão à corrupção, em resposta aos anseios populares e aos problemas socioeconômicos em parte gerados pela corrupção. Daí se compreender o motivo da rápida tramitação do projeto naquele curto período de 2013.

¹² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção...* cit., p. 25.

¹³ Assim explica CAMBI, ao discorrer sobre a gênese da lei: “O projeto tramitava, lentamente, na Câmara até surgirem manifestações populares, em todo o país, em junho de 2013, em meio à realização da Copa das Confederações, para protestar contra a decisão do governo federal de gastar milhões de reais para fazer estádios caríssimos com a finalidade de abrigar a Copa do Mundo de Futebol, organizada pela Federação Internacional de Futebol (FIFA). Em resposta aos protestos, o Governo Federal, rapidamente, agilizou a tramitação do Projeto de Lei 6.826/2010” (CAMBI, Eduardo. Introdução. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção...* cit., p. 43).

O escopo da lei pode ser definido pela própria redação de seu art. 1º: promover “a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Percebe-se, assim, que a *ratio legis* consiste na criação de um mecanismo de repressão e prevenção a atos de corrupção praticados pelo particular, por meio da “responsabilização objetiva administrativa e civil” das pessoas jurídicas, independente da responsabilização do agente público. Em outras palavras, a inovação da lei reside no combate à corrupção pela responsabilização objetiva e voltada somente ao corruptor (*rectius*, da pessoa jurídica subjacente ao ato de corrupção), prescindindo da apuração da conduta do agente público corrupto¹⁴.

Trata-se de um reflexo da mudança no cenário global, “em que o corrupto vira coadjuvante e o corruptor estrela principal das atividades corruptoras lato sensu”, no contexto da “hegemonia empresária corporativa sobre o poder estatal, sobretudo desenhada a partir dos anos 90”¹⁵. Esse novo direcionamento de foco do ato de corrupção seria, inclusive, uma medida de *enforcement* para que as empresas adequassem as suas condutas ao padrão moral/ético esperado no seu relacionamento com o Estado¹⁶.

O raciocínio jurídico que embasou a criação desse novo mecanismo parte da premissa de insuficiência das normas repressivas e sancionatórias de atos de corrupção no ordenamento brasileiro.

Se, conforme a exposição de motivos do então anteprojeto, o Direito Penal não seria suficiente para o propósito de responsabilização das pessoas jurídicas, tampouco o seriam a Lei 8.666/93 (já que “*possui ainda lacunas que urgem ser supridas*”, referentes “à previsão das condutas e às sanções”) e nem mesmo a Lei 8.429/92 (pois “a responsabilização da

¹⁴ Nesse sentido, afirma CAMBI: “O espírito da lei, e outra não deve ser a sua exegese, é de combater duramente os corruptores” (CAMBI, Eduardo. Introdução. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção...* cit., p. 43).

¹⁵ GUARAGNI, Fábio André. Disposições gerais. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção...* cit., p. 51.

¹⁶ Assim sustentam TAMASAUSKAS e BOTTINI: “esse parece ser o objetivo maior da Lei Anticorrupção, ao estabelecer um mecanismo mais contundente para o controle de ilícitos cometidos contra o Estado, e ao deslocar o foco da persecução para o corruptor, trazendo objetivamente à atividade empresarial a necessidade de portar-se de modo ético, sob pena de responder por desvios de conduta de seus colaboradores, funcionários e dirigentes” (TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 103, vol. 947, set./2014, p. 134).

pessoa jurídica depende da comprovação do ato de improbidade do agente público, e as condutas descritas pela lei são de responsabilidade subjetiva”, o que geraria outro problema, decorrente da comprovação da “culpa dos envolvidos, com todos os inconvenientes que essa comprovação gera com relação às pessoas jurídicas”¹⁷.

Por isso é precisa a constatação de que o escopo da Lei 12.846/13 é o combate à corrupção “*pelo prisma dos corruptores e não dos corrompidos e de maneira estrutural e não pontual, como tipicamente ocorre no Direito Penal*”¹⁸. De fato, reprime-se apenas a *pessoa jurídica* (“corruptor”), por meio de sua responsabilização *objetiva* (“estrutural”), prescindindo-se tanto da conduta do agente público corrupto, quanto da conduta do agente privado (subordinado à empresa) corruptor.

Desse contraste (responsabilização de fundo penal, mas de rótulo administrativo) advém algumas consequências. Dentre elas, destacam-se: a dificuldade de interpretação da responsabilidade objetiva prevista no art. 1º da Lei 12.846/13 (que será tratada no subitem 2.2 *infra*); a sobrecarga da via não-penal, especificamente do direito administrativo sancionador, com a consequente sobreposição normativa; e, ligada ao último ponto, a (in)eficácia da política legislativa de inflação de normas sancionatórias como solução a problemas socioeconômicos.

2.2. Responsabilidade objetiva da pessoa jurídica

Como visto acima e destacado na própria exposição de motivos, um dos eixos principais desse mecanismo anticorrupção é a responsabilização *objetiva* das pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção. Isso significa que, pela estrita interpretação dessa norma, a responsabilidade do

¹⁷ Esse também é o entendimento de CARVALHOSA: “*Embora já exista e em vigor em nosso País uma variedade de leis que – de forma simultânea, autônoma e dispersa – estabelecem sanções aos delitos praticados por pessoas jurídicas junto aos entes públicos estas normas não satisfaziam plenamente o compromisso assumido no campo internacional pelo Brasil de aplicar sanções a todas as pessoas jurídicas envolvidas em corrupção pública, num plano abrangente envolvendo quaisquer atividades do setor econômico e social em suas relações ilícitas com os poderes públicos, no âmbito interno e internacional, neste último, mediante regras de extraterritorialidade*” (CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção...* cit., pp. 31-32).

¹⁸ CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Lei anticorrupção: visão geral. In: _____ (orgs.). *Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 28.

ente coletivo pode se dar, no âmbito civil ou administrativo, sem a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente.

Assim, a imputação depende apenas da demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado ilícito, prescindindo de qualquer aferição subjetiva na conduta, com o que, então, será possível a responsabilização.

Diante disso, encontram-se duas correntes na doutrina: uma que sustenta a possibilidade da responsabilização objetiva na Lei Anticorrupção; e outra que sustenta a inconstitucionalidade de tal responsabilização objetiva, inclusive interpretando-a sob a necessidade de certa “dose” de elemento subjetivo.

Assim, no primeiro grupo, PETRELUZZI e RIZEK JUNIOR seguem os exatos termos da previsão do art. 1º da lei para afirmar que *“há que se perquirir, apenas, nexo causal entre a conduta e o dano, sem que se precise buscar a presença de qualquer elemento de ordem subjetiva para caracterizar a responsabilização”*, de modo que *“não mais será possível, para o sancionamento de pessoa jurídica, que se exija vínculo de ordem subjetiva com a pessoa natural que tenha praticado o ato ilícito favorecendo os interesses da pessoa jurídica”*¹⁹.

Igualmente, GRECO FILHO e RASSI explicam que a responsabilidade objetiva *“não exclui o fenômeno da imputação, que é a operação jurídica de atribuição de responsabilidade e que depende de critérios que, no caso, devem consubstanciar-se na prática de um dos atos do art. 5º, evidentemente por meio de algum de seus agentes”*²⁰.

Em sentido diverso, TAMASAUSKAS e BOTTINI sustentam que a culpabilidade da pessoa jurídica deve ser interpretada à luz de um dos seguintes requisitos: má organização do sistema de integridade ou envolvimento direto e deliberado no ilícito²¹. Isso porque, segundo os autores, a responsabilização dependeria da *“averiguação de algum desvalor no comportamento da estrutura da empresa como a justificação para o apenamento”*²², de modo que essa seria uma interpretação proposta para a responsabilidade objetiva prevista em lei. Percebe-se, assim, que, não obstante os

¹⁹ PETRELUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção...* cit., p. 53.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção...* cit., pp. 137-138.

²¹ TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A interpretação constitucional... cit., pp. 151-153.

²² TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A interpretação constitucional... cit., p. 153.

autores não rechacem, de plano, a responsabilidade objetiva, dão a ela uma interpretação conforme à Constituição Federal, que passa, em última análise, por uma maior aproximação dos elementos subjetivos da imputação.

Já para ROSA e MARTINS JUNIOR “a dispensa do elemento subjetivo para a imposição de sanções (penas) civis ou administrativas não parece ser adequada”²³, uma vez que “é excepcional a responsabilidade objetiva no direito brasileiro e demanda previsões normativas explícitas”²⁴. Daí, nesse ponto, sustentarem que “no campo das sanções administrativas, por exemplo, a voluntariedade é, no mínimo, exigível, ainda que se trate de pessoa jurídica”²⁵.

Radicalmente contrária é a posição de SERRANO, que sustenta a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 12.846/13, por “desrespeitar o princípio constitucional do due process of law (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República – CR) e da isonomia (art. 5º, caput, da CR)”²⁶, uma vez que, tratando-se de atividade sancionatória do Estado, seria imprescindível a comprovação de culpabilidade, “sob pena de se excluir o due process of law”²⁷.

2.3. Condutas típicas

À luz dos objetivos do presente trabalho, não se pretende, nesse subtópico, analisar cada uma das condutas ilícitas tipificadas no rol do art. 5º da Lei 12.846/13. Assim, o recorte que se dá é pelo aspecto da sobreposição normativa, que será útil para a posterior análise crítica do acordo de leniência.

Diz-se *sobreposição normativa* porque vários dos atos lesivos tipificados no art. 5º da referida lei guardam correlação com condutas ilícitas

²³ ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo entre as Leis 8.429/1992 e 12.846/201. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 103, vol. 947, set./2014, p. 304.

²⁴ ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo... cit., p. 303.

²⁵ ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo... cit., p. 304.

²⁶ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. A responsabilidade objetiva da lei anticorrupção. *Revista do Advogado*, São Paulo, vol. 34, n. 125, dez./2014, p. 112.

²⁷ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. A responsabilidade objetiva... cit., p. 111.

previstas tanto no âmbito do Direito Penal²⁸, como no da improbidade administrativa – notadamente, os tipos previstos no inciso I e nas alíneas *a, b, c, d, f, g* do inciso IV da lei²⁹.

Para que a comparação entre os ilícitos fique mais clara, veja-se alguns exemplos dos citados atos lesivos.

Assim é que a conduta prevista no inciso I do art. 5º guarda correlação não só com o delito de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal)³⁰, mas também com a conduta ímproba de enriquecimento ilícito prevista no art. 9º, *caput*, da Lei 8.429/92:

ART. 5º, I, LEI 12.846/13	ART. 333 DO CP	ART. 9º DA LEI 8.429/92
<i>prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada</i>	<i>Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício</i>	<i>auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei</i>

Também existe correlação entre a conduta típica da alínea *a* do inciso IV da Lei 12.846/13 e o crime de fraude à licitação, previsto no art. 90 da Lei 8.666/93:

ART. 5º, IV, A, DA LEI 12.846/13	ART. 90 DA LEI 8.666/93
<i>frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório público</i>	<i>Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação</i>

²⁸ Partindo da premissa de que a Lei Anticorrupção tem “nítida natureza penal”, CARVALHOSA afirma que “os crimes contra a administração pública cometidos pelos agentes públicos do Estado (agentes políticos e administrativos), constantes da legislação penal, esparsa e codificada, correspondem aos tipos enumerados no art. 5º da presente Lei” (CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção...* cit., p. 33).

²⁹ SERRANO, Márcio Fernando Elias; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo... cit., p. 305.

³⁰ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção...* cit., p. 153.

Há correlação integral entre a alínea *b* do inciso V da Lei 12.846/13 e o delito tipificado no art. 93 da Lei 8.666/93:

ART. 5º, IV, B, DA LEI 12.846/13	ART. 93 DA LEI 8.666/93
<i>impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público</i>	<i>Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório</i>

Existe, também, grande semelhança do ato lesivo da alínea *c* do inciso IV da Lei 12.846/13 com o tipo penal do art. 95 da Lei 8.666/93:

ART. 5º, IV, C, DA LEI 12.846/13	ART. 93 DA LEI 8.666/93
<i>afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo</i>	<i>Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo</i>

Em relação à alínea *d* do inciso IV, apesar da norma ser genérica (e, por isso, abrangente), é possível compará-la com o tipo penal do art. 96 da Lei 8.666/93³¹:

ART. 5º, IV, D, DA LEI 12.846/13	ART. 96 DA LEI 8.666/93
<i>fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente</i>	<i>Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente</i>

³¹ No entendimento de CAMBI, “para fins exegéticos é possível buscar semelhanças em tipos penais voltados à proteção de bens jurídicos semelhantes, como os descritos nos artigos 92, 93 e 96 da Lei 8.666/93 e 335 do Código Penal” (CAMBI, Eduardo. Dos atos lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira – comentário ao artigo 5º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção...* cit., p. 121).

Por sua vez, a alínea *f* do inciso V da Lei 12.846/13 guarda relação com o tipo penal do art. 92 da Lei 8.666/93, não obstante a sua confusa redação:

ART. 5º, IV, F, DA LEI 12.846/13	ART. 92, CAPUT E PAR. ÚNICO, DA LEI 8.666/93
<i>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</i>	Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei. Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Por fim, é possível correlacionar o ato lesivo previsto na alínea *g* do inciso IV com o tipo penal do art. 96, V, da Lei 8.666/93. Apesar de não haver uma semelhança textual, pode-se depreender que ambas condutas visam punir a fraude que possa redundar em quebra do equilíbrio contratual:

ART. 5º, IV, G, DA LEI 12.846/13	ART. 96, V, DA LEI 8.666/93
<i>manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública</i>	Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: (...) V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato

Não obstante existam alguns atos lesivos de corrupção sem correlação com condutas ilícitas de outras searas, verifica-se, à luz desses quadros comparativos, que boa parte das condutas tipificadas na Lei Anticorrupção encontra semelhante (quando não exata) tipificação na improbidade administrativa e, principalmente, no Direito Penal. A consequência disso é a *sobreposição normativa*, que, como será explanado

abaixo, pode gerar problemas de dupla responsabilização e duplo sancionamento por um mesmo fato.

2.4. Blocos de sanção e respectivas esferas de responsabilização

São previstos dois grupos de sanções na Lei Anticorrupção, a depender da autoridade que pode aplicá-la.

Assim, dispõe-se no art. 6º da lei que a autoridade administrativa pode aplicar dois tipos de sanção: multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto da empresa, em montante que não poderá ser inferior à vantagem auferida pelo ato de corrupção (inciso I); e publicação extraordinária da decisão condenatória proferida ao final do processo administrativo (inciso II).

Já a autoridade judicial poderá aplicar, além das citadas sanções da esfera administrativa (art. 20 da Lei 12.846/13), as sanções de (art. 19 do diploma legal): perdimento de bens, direitos ou valores decorrentes do ilícito (inciso I); suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa (inciso II); dissolução compulsória da pessoa jurídica (inciso III); e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos públicos, por um a cinco anos (inciso IV).

Trata-se, como se vê, de sanções graves, que implicam severas restrições às atividades da empresa – motivo pelo qual se prevê a sua aplicação apenas pelo Poder Judiciário, ao final de competente ação judicial com tal finalidade.

No campo administrativo, a aplicação das sanções do art. 6º da lei deve ser precedida de *processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica*, cujo legitimado ativo é a *autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário* (art. 8º). Especificamente no âmbito do Poder Executivo Federal, prevê-se que a Controladoria-Geral da União (CGU) terá competência concorrente para instaurar tal processo administrativo ou mesmo para invocá-lo de outras autoridades executivas (§2º do art. 8º)³².

³² Por sua vez, os órgãos competentes para promover a ação judicial de responsabilização são: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; e o Ministério Público (art. 19, caput, da Lei 12.846/13). Conforme disposto no art. 21, caput, do diploma legal, tal ação seguirá o rito da ação civil pública, previsto na Lei 7.347/85.

Somadas as duas esferas de responsabilização (administrativa e judicial) e as autoridades competentes, chega-se a um quadro de *plurilegitimação ativa* para a persecução dos atos ilícitos. Afinal, não bastasse a pluralidade de autoridades que se amoldam à previsão do art. 8º, *caput*, da Lei Anticorrupção, ainda se acrescentou o Ministério Público como competente para promover a ação judicial (art. 19, *caput*, da lei).

Nesse panorama, é possível indicar dois problemas decorrentes dessa *plurilegitimação ativa*: possível conflito de interesses entre os diversos órgãos colegitimados para promover a responsabilização, sobretudo no que diz respeito ao interesse do órgão executivo e ao interesse do Ministério Público; e a “*diluição de competência normativa*” entre os diversos órgãos competentes para a responsabilização³³, o que poderá causar insegurança jurídica à pessoa jurídica imputada³⁴.

Por fim, ressalte-se que, conforme disposto no art. 30 da Lei 12.846/13, a aplicação das sanções acima indicadas (nas esferas administrativa e judicial) não impede a aplicação das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), na Lei de Licitações (Lei 8.666/93) e na Lei de Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei 12.462/11).

2.5. Acordo de leniência

Previsto nos arts. 16 e 17 da Lei 12.846/13, o acordo de leniência é pacto celebrado entre a pessoa jurídica responsável pelo ato de corrupção e o órgão público lesado, com o objetivo de confissão da conduta e fornecimento de todos os elementos de informações a ela relacionados (inclusive com a identificação de outros eventuais envolvidos no ilícito), para,

³³ Cite-se, por exemplo, que, no âmbito municipal, a Lei 12.846/13 foi regulamentada por meio do Decreto nº 55.107, de 13 de maio de 2014 (publicado no Diário Oficial da Cidade de São Paulo de 14.05.14).

³⁴ A expressão é de CONCEIÇÃO, que, ao tratar do “*excesso-normativo*”, afirma que “*um dos pontos que se revelam mais problemáticos da Lei Anticorrupção é, certamente, a diluição de competência normativa, visto que a Lei precisará ser regulada em todos os municípios do Brasil, em todos os Estados do Brasil, além da norma já editada pela Controladoria Geral da União (‘CGU’), para fins de regulação federal – no caso, o Decreto Federal 8.420/2015*” (CONCEIÇÃO, Pedro Simões da. *Crime e caos... cit.*, p. 149). A consequência disso, segundo o autor, é que “*qualquer ideal de segurança jurídica para que regras administrativas tenham uma aplicabilidade mais ou menos uniforme (dentro de uma mesma região, de um mesmo mercado relevante, enfim) se esvair*”, de modo que, para as empresas, “*o custo de interpretação de todas essas normas será altíssimo*” (*idem, ibidem*, p. 150).

em benefício, se obter redução ou isenção de algumas das sanções previstas na Lei Anticorrupção.

Nesse contexto, é interessante a abordagem feita por SILVEIRA, que, ao considerar que o acordo de leniência firmou-se “*quase que como um pilar fundamental da Política Nacional contra a Corrupção*”, aponta a aproximação desse instituto com o *compliance* e o *criminal compliance*, na medida em que o acordo “*baseia-se em uma noção de autodenúncia das empresas quanto a ilícitos por ela praticados*”³⁵.

De fato, não só a Lei 12.846/13 prevê que a existência de mecanismos e procedimentos de integridade é um fator a ser considerado na aplicação das sanções (art. 7º, VIII), como também a sua respectiva regulamentação federal (Decreto 8.420/15) disciplina o programa de integridade (arts. 41 e 42) e o insere expressamente como condição do acordo de leniência a ser firmado com o ente coletivo privado (art. 37, IV).

Por isso é que corretamente se afirma que a Lei Anticorrupção “*representa uma marcha decisiva em favor dos modelos de autorregulação, nos moldes de uma correção público-privada*”³⁶: afinal, se, de um lado, o Estado elabora normas de fiscalização da atividade empresarial (no caso, por meio do sancionamento de atos ilícitos de corrupção), por outro lado incentiva (e conta com) a atuação da própria empresa na apuração, detecção e comunicação de atos ilícitos contra o Estado.

3. Colidência a lógica empresarial com a lógica personalíssima: reflexos penais do acordo de leniência em relação à pessoa física

Da breve análise da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção, com destaque para os pontos que são de maior interesse e/ou que afetam em maior medida a pessoa jurídica (em comparação com a pessoa física), é possível perceber que o instituto do acordo de leniência para a pessoa jurídica pauta-se por aspectos muitas vezes alheios à (e até mesmo colidentes com a) pessoa física. Em outras palavras, a lógica econômica-empresarial que pauta a celebração de um acordo de leniência pela pessoa jurídica é diferente da lógica em que se pauta a pessoa física diante de uma imputação de ilícito penal.

³⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência... cit., p. 168.

³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance*... cit., p. 315.

Como visto acima, a cominação de severas multas de caráter financeiro (e, conseqüentemente, a possibilidade de transacioná-las em uma leniência) faz com que os critérios reguladores do acordo de leniência muitas vezes colidam com os interesses das pessoas físicas envolvidas no ilícito – e mesmo que prejudiquem a defesa desses indivíduos.

A colidência de interesses, aqui, está ligado aos interesses envolvendo esses diversos atores nas questões jurídicas de ilícitos penais e/ou civis. Afinal, se, de um lado, a lógica empresarial implica numa visão do direito baseada no critério de eficiência (à luz dos institutos de direito privado da propriedade, dos contratos e da responsabilidade civil)³⁷, que atenda a melhor alocação de dinheiro, por outro lado a pessoa física – a quem se comina penas restritivas de direitos fundamentais, como a suspensão de direitos políticos ou mesmo a prisão – tem como principal interesse a sua defesa dentro do que considera *justo*, isto é, se pauta sobretudo pelo senso de *justiça* – e não de eficiência³⁸.

Exemplo desse conflito pode ser visto na discussão em andamento no Supremo Tribunal Federal no âmbito do ARE 1.175.650, em que se decidirá a possibilidade de utilização do acordo de colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, à luz dos princípios da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º e 5º, da Constituição Federal) e da legitimidade para propositura da ação (art. 129, § 1º, da Constituição Federal)³⁹.

Nesse contexto, também a demonstrar a colidência entre os interesses em jogo (da pessoa jurídica e da pessoa física) e os reflexos penais causados ao indivíduo pelo acordo de leniência, apontar-se-ão, nesse tópico, alguns pontos críticos que se inserem nesse contexto. Não se tem a pretensão de esgotar todos os reflexos penais, mas sim apontar aqueles

³⁷ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. Trad.: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre, Bookman, 2010, p. viii e 26.

³⁸ À luz da eficiência e da justiça, sustenta-se que “o direito também pode estar relacionado com o uso mais eficiente dos recursos escassos da sociedade; ele pode criar incentivos para que as pessoas se comportem de maneira mais produtiva, ou mesmo mais justa” (COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia...* cit., p. ix).

³⁹ Como consta no acórdão que reconheceu a repercussão geral do tema: ARE 1175650, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25.04.19, DJE 06.05.19.

que parecem ser os principais e que mais tornam clara a desarmonia que se vê nesse cenário.

3.1. Legitimação: em qual porta bater primeiro?

Como antecipado ao longo do trabalho, há uma real dúvida acerca do órgão que possui atribuição para celebrar o acordo de leniência, notadamente diante da *plurilegitimação ativa* permitida pela lei, conforme detalhou-se no item 2.4 acima.

No âmbito federal, é possível conhecer as minúcias dos acordos que já foram celebrados em razão da divulgação, por parte da Controladoria Geral da União (CGU), de dados atinentes a cada um deles.

O hiato temporal transcorrido entre a celebração do acordo de leniência entre diferentes órgãos da administração, demonstra não só o vácuo normativo sobre a composição dos diversos órgãos estatais em torno da leniência, mas também a insegurança jurídica a que é submetida a empresa interessada.

É sintomático que, nos 11 (onze) casos até hoje divulgados pela CGU⁴⁰, as empresas tenham, em sua maioria, firmado acordo primeiro com o MPF. A explicação para tanto pode residir na vasta cobertura dada por tal acordo, sob o aspecto das sanções que poderiam ser aplicadas à pessoa jurídica (nas ações civis públicas e nas ações de improbidade, além da própria referência à Lei Anticorrupção) e, principalmente, pela cobertura dada a pessoas físicas (subordinadas da pessoa jurídica) que venham aderir ao acordo – o que não seria possível no acordo de leniência da Lei Anticorrupção, que abrange apenas a pessoa jurídica.

Nesse longo período entre a celebração de um e outro acordo (que pode levar anos), a pessoa jurídica se vê totalmente desprotegida, na medida em que, malgrado seja beneficiada em determinada extensão (pelo acordo firmado com o MPF), ainda assim se mostra suscetível de outras responsabilizações, decorrentes da Lei Anticorrupção. Assim, por mais que o ente coletivo se predisponha a revelar suas condutas ilícitas e pactuar as sanções cabíveis, ainda assim não terá segurança jurídica suficiente para se ver livre de qualquer ação sancionatória do

⁴⁰ Disponível em <<https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/arquivos/como-e-feita-a-divulgacao-dos-acordos-de-leniencia.pdf>>, acesso em 05.03.2020.

Estado, em razão dos distintos órgãos envolvidos na celeuma do acordo de leniência.

Em resumo, portanto, a *plurilegitimação ativa* que permite que o acordo seja celebrado perante diversos órgão acaba por gerar inegável insegurança jurídica, seja diante das parcas informações trazidas pela própria lei para tal fim, seja, ainda, pelo cenário de incerteza de que celebrando o acordo perante um dos órgãos ele será suficiente a atender aos anseios de colaboração da empresa.

3.2. Abatimento de sanções impostas em diferentes instâncias pelos mesmos fatos

Dentre os acordos já divulgados, notou-se que as cláusulas que previram o abatimento da multa pactuada na CGU com obrigações anteriormente assumidas pela pessoa jurídica com outros órgãos sancionatórios (nos casos acima referidos, com o MPF e com autoridades estrangeiras), não obstante guardem coerência lógica com todo o sistema anticorrupção, não possuem fundamento legal expresso na Lei Anticorrupção. Em outras palavras, por mais que tal mecanismo de abatimento se mostre apropriado, sua pactuação depende tão-somente das tratativas entre o órgão público e a pessoa jurídica interessada – e não, como seria o ideal, de obrigação legal prevista no ordenamento.

A dificultar ainda mais essa questão, o art. 30 da Lei 12.846/13 prevê expressamente que a aplicação de sanções desse diploma legal não afasta a responsabilização do órgão coletivo em outras searas (Lei 8.429/92, Lei 8.666/93 e Lei 12.462/11). Tem-se, aqui, possível fundamento jurídico para infirmar a possibilidade de abatimento de multas aplicadas em searas diversas pelos mesmos fatos imputados à pessoa jurídica.

Uma possível solução reside no art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), pela qual se dispõe que, na interpretação de normas sobre gestão pública, “*as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato*”. Assim, tal norma poderia ser aplicada nos procedimentos da Lei Anticorrupção (que, por certo, também versa sobre gestão pública), especificamente para sustentar o abatimento de multas impostas por distintos órgãos públicos.

3.3. Compartilhamento de provas com outras esferas de investigação

Em face da abrangência dos acordos de leniência analisados, percebe-se que as informações fornecidas em uma seara podem ser compartilhadas com vários outros órgãos públicos de persecução. Como exposto acima, nos acordos de leniência firmados com a CGU prevê-se vasta “cooperação” das empresas, inclusive mediante o fornecimento de informações que envolvam outras pessoas físicas e jurídicas por atos de corrupção e por atos de improbidade. Além disso, seria possível cogitar de compartilhamento de informações com o Ministério Público e órgãos de Polícia Judiciária, com vistas à instauração de investigações criminais⁴¹.

Ocorre, contudo, que esse possível compartilhamento de informações poderá ocorrer sem qualquer controle judicial prévio, principalmente sob o prisma da legalidade das provas apresentadas pela pessoa jurídica leniente. Perceba-se que elementos de prova decorrentes de um acordo podem acabar servindo para uma persecução criminal, no âmbito da qual tal fornecimento (em decorrência de colaboração processual) somente ocorreria após a homologação judicial do respectivo acordo de colaboração (art. 4º da Lei 12.850/13).

Ademais, sob o ponto de vista da atividade sancionatória estatal, por meio de um só acordo administrativo (de leniência, nos termos da Lei 12.846/13) o Estado poderia obter elementos para promover a persecução em outras searas – a saber, na esfera de improbidade administrativa, em que há polêmica sobre a possibilidade de leniência; e na esfera criminal, em que o acordo dependeria de homologação judicial.

3.4. Facilitação de acordos para pessoas jurídicas (e maior dificuldade para as pessoas físicas)

Por fim, mas não menos importante, verifica-se que a cobertura da pessoa jurídica traz a reboque a desproteção de eventuais pessoas físicas envolvidas no ato ilícito de corrupção. Diante da “*não previsão de atenuação*”

⁴¹ Destaque-se, nesse ponto, o entendimento de BERTONCINI, para quem, após a celebração do acordo de leniência da Lei 12.846/13, a autoridade responsável deveria comunicar o Ministério Público, para tal órgão promova as investigações cabíveis, inclusive criminais (BERTONCINI, Mateus. Do acordo de leniência – comentários aos artigos 16 e 17. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção...* cit., pp. 213-214).

ou isenção de responsabilidades penais a serem estendidas às pessoas físicas”⁴², é coerente afirmar que “embora seja favorável à pessoa jurídica nas esferas administrativa e cível, a celebração do acordo poderá prejudicar administradores e funcionários envolvidos”, o que faz possível “um choque de interesses que tornam as pessoas físicas mais vulneráveis”⁴³.

Nesse contexto, não obstante a omissão da Lei 12.846/13 quanto às implicações penais e às pessoas físicas possa, por um lado, incentivar a autodenúncia das pessoas jurídicas e a sua conformidade ética na relação com o Estado, por outro lado pode ou inibir o convencimento da empresa leniente⁴⁴ ou, o mais preocupante, causar à pessoa física uma insegurança jurídica muito grande, deixando-a sujeita à atividade repressiva estatal por mais que ela tenha interesse em colaborar.

REFERÊNCIAS

- CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.
- CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Lei anticorrupção: visão geral. In: _____ (orgs.). *Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: LiberArs, 2015, pp. 11-28.
- CONCEIÇÃO, Pedro Simões da. *Crime e caos: proposta para a criminalidade empresarial brasileira*. São Paulo: LiberArs, 2019.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e economia*. Trad.: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre, Bookman, 2010.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de livre-docência. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- _____. *Ne bis in idem e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado*. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 73-90, jan.-jun./2015.
- COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁴² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance...* cit., p. 350.

⁴³ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção...* cit., p. 197.

⁴⁴ Nesse sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *O acordo de leniência...* cit., pp. 169-170.

- DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, pp 611-637.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*: lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015.
- JORGE, Flávio Cheim. A improbidade administrativa (Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992), In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coord.). *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 1135/1180.
- LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação Administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, vol. 274, pp. 383-407, dez./2017.
- MANN, Kenneth. Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law. *Yale Law Journal*, 101, 1992, pp. 1795/1873.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCrim, 2013.
- PETRELUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção*: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo entre as Leis 8.429/1992 e 12.846/201. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 103, vol. 947, p. 295-311, set./2014.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. A responsabilidade objetiva da lei anticorrupção. *Revista do Advogado*, São Paulo, vol. 34, n. 125, pp.106-114, dez./2014.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 103, vol. 947, p. 157-178, set./2014.
- _____; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 103, vol. 947, pp. 133-155, set./2014.
- TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade. In: BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 5. *Coletânea de artigos*: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília: MPF, 2018, pp. 28-51.