

NOTA TÉCNICA PRESI/ANPR/JRC Nº 001/2016

Proposição: MP 703/2015

Ementa: Altera a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência.

Senhores Parlamentares,

01. Trata-se de Medida Provisória (MP) que promove alterações na Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013, modificando o instituto do acordo de leniência. A referida legislação é também conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), por prever a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

02. A MP nº 703/2015 trouxe significativas alterações à LAC, que não podem passar despercebidas, pela relevância de seus impactos, seja em seus aspectos positivos, seja em seus aspectos negativos, dos quais pontualmente se tratará a seguir.

I. Participação do Ministério Público (MP) no acordo de leniência e sua repercussão em outras esferas de responsabilização, inclusive na criminal

03. Com muito bons olhos devem ser analisadas as mudanças efetuadas na Lei nº 12.846/13 no que tange à titularidade para celebração do acordo de leniência e à participação do Ministério Público. Com efeito, os acordos agora passam a ser realizados por meio dos órgãos de controle interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **de forma isolada ou em conjunto** com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública (art. 16). De outro lado, o Ministério Público também passa a ser necessariamente informado a partir da instauração do processo, e não mais apenas ao final, o que é imprescindível para a harmonização de investigações paralelas nas distintas esferas de responsabilidade jurídica, bem como para que eventual acordo de leniência não venha a prejudicar investigações já em curso (art. 15).

04. Inovações de relevo neste mesmo sentido constam dos parágrafos 15, 17 e 18 do referido artigo 16 da MP nº 703/2015, que especificam como se dará a participação e/ou cientificação do Ministério Público na celebração dos acordos de leniência.

05. É que tais dispositivos estabelecem, no âmbito de cada órgão legitimado a firmar acordos de leniência, fórmulas que asseguram a verificação interna da legalidade, legitimidade, eficiência e atendimento ao interesse público no conteúdo de tais avenças, por setores hierarquicamente superiores de cada colegitimado, que não participaram de sua celebração inicial. Além deste positivo modo de controle revisional interno sobre o conteúdo dos acordos de leniência, os citados dispositivos enfatizam a possibilidade de se incluir o MP,

na celebração dos acordos, mesmo quando firmados diretamente por outros colegitimados, fazendo com que, assim, seu alcance e efeitos possam ser mais amplos. É que, quando o MP também participa ativamente da celebração do acordo de leniência ou adere a seus termos, torna-se mais facilitada a extensão de seus efeitos a outras esferas de responsabilidade, notadamente àquelas afetas a condutas de pessoas físicas, que, envolvidas nos mesmos fatos, tenham interesse em proceder a transações semelhantes nos âmbitos penal (delação premiada, por ex.) ou civil-administrativo (transação em matéria de improbidade, se e quando possível, como se verá adiante).

06. Oportuno observar, neste passo, que, independentemente de o MP participar ou aderir aos termos de acordos de leniência de outros legitimados, a LAC, desde seu surgimento, já previa e ainda prevê, no caput de seu artigo 20, a legitimação do MP para ajuizar ação específica com base nas sanções da própria LAC, quando constatada a omissão das autoridades competentes para a responsabilização administrativa. Vale dizer: havendo omissão de autoridades competentes para as medidas em sede administrativa, ou havendo vícios ou desvios de finalidade em acordos de leniência firmados diretamente pelos órgãos administrativos habilitados, cabe ao MP, como já decorre também de sua ampla legitimação constitucional em defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, atuar para coibir ou reprimir as condutas indevidas, inclusive para anular eventuais avenças firmadas de modo irregular, abusivo ou contrário à lei e ao direito. Daí a pertinência e o acerto dos dispositivos antes examinados, que, de toda forma,

incrementam a coerência do sistema normativo e a segurança jurídica na matéria.

07. Simultaneamente, a MP nº 703/2015 alterou a LAC para assegurar que os efeitos do acordo de leniência repercutam sobre as demais esferas de responsabilidade, desde que observados certos parâmetros. Com efeito, nos termos do art. 17-A recém-incluído: “Art. 17-A. Os processos administrativos referentes a licitações e contratos em curso em outros órgãos ou entidades que versem sobre o mesmo objeto do acordo de leniência deverão, com a celebração deste, ser sobrestados e, posteriormente, arquivados, em caso de cumprimento integral do acordo pela pessoa jurídica”.

08. Ampliou-se, portanto, o escopo da colaboração em sede administrativa, para abarcar expressamente atos e fatos ilícitos apenados no âmbito da Lei de Licitações (LL) e no chamado Regime Diferenciado de Contratações (RDC), os quais englobam situações em que pode haver colusão entre concorrentes (pessoas jurídicas e entidades diversas, em geral), bem como formação de cartéis e outros conluios para influenciar nos resultados dos processos seletivos e das contratações públicas para obras, compras e serviços.

09. Com isto, altera-se também a redação do artigo 30 da LAC, que ressalvava a incidência autônoma da legislação correlata em outras esferas de responsabilidade – a saber, Lei de Improbidade Administrativa (LIA), LL e RDC -, independentemente da aplicação das sanções da própria LAC. Agora,

para evitar incongruências no sistema jurídico e eventuais alegações de *bis in idem* na aplicação concreta das normas, a incidência de tais legislações (LIA, LL, RDC, além daquela da própria Lei nº 12.529/2011, a Lei do CADE, relativa à ordem econômica), pode ser afastada, desde que, e somente se, incluída tal consequência, expressamente, nos acordos de leniência, que devem também englobar o tratamento da matéria sob a ótica de tais diplomas e das respectivas esferas de responsabilização, alcançando, assim, de maneira mais completa, o âmbito de interesse de pessoas físicas e jurídicas envolvidas nos atos ilícitos tratados em tais avenças.

10. É que, como cediço, no ordenamento jurídico nacional, há diversas esferas de responsabilização (criminal, civil, administrativa, de improbidade administrativa, além de política e fiscal, por exemplo), aptas a incidir concorrente e complementarmente para apenar um mesmo fato que configure ilícito. Embora haja meios para resolver e compensar eventuais sobreposições sancionatórias no próprio ordenamento e no bojo da execução material de eventuais penas similares e/ou idênticas, quando aplicadas em instâncias distintas, não é demais prevenir antinomias (ou alegadas antinomias) e dúvidas fundadas que possam surgir na aplicação concreta das normas, sendo de todo conveniente que, em relação à LAC, os acordos de colaboração *lato sensu* orientem-se por uma necessária coerência no que se refere, em cada caso concreto, ao atingimento de sua finalidade e utilidade e a seus efeitos, inclusive com a eventualmente pretendida extensão destes para além da esfera em que celebrados, principalmente para preservar o interesse público da sociedade na

apuração e repressão de ilícitos e crimes, de um lado, e a segurança jurídica do investigado, do outro.

11. Estabelecida a inter-relação da esfera de responsabilidade da LAC com demais esferas civis e administrativas, deve ser incentivada a possibilidade de extensão dos efeitos do acordo de leniência – desde que firmado também pelo MP, através de seu órgão com atribuição para promover a ação penal e a ação de improbidade administrativa pelos mesmos fatos – de modo a **abranger as demais sanções legais decorrentes da prática dos mesmos atos**, inclusive as penais e por improbidade administrativa, alcançando, assim, as pessoas físicas envolvidas nas condutas imputadas às pessoas jurídicas que buscaram as vantagens da leniência perante a Administração Pública. É o que consta da nova redação sugerida para o parágrafo único do artigo 30 nas Emendas de nº 3 (apresentada pelo Senador Walter Pinheiro) e 109 (apresentada pelo Senador Randolfe Rodrigues), que merecem aprovação.

12. A solução proposta visa conciliar os princípios da segurança jurídica e da eficiência administrativa, ambos previstos na Constituição Federal. Aquele, especialmente para atender aos particulares (pessoas físicas ou jurídicas), interessados em que sua cooperação com a elucidação de crimes, ilícitos e irregularidades ofereça-lhes garantias de que não sofrerão outras sanções além das acertadas no acordo de leniência que celebrarem, de forma a não serem surpreendidos com a atuação posterior da própria Administração Pública lesada ou de colegitimados dotados de atribuição autônoma, mas

concorrente, para outras formas de responsabilização, como é o caso do Ministério Público. Já o princípio da eficiência administrativa estará contemplado com tal solução, na medida em que ela agilizará as investigações, sobretudo em delitos societários e aqueles praticados por organizações complexas, com diluição da cadeia de responsabilidade, o que dificulta sua elucidação mais rápida. Assim, a alternativa proposta facilitará a obtenção mais ágil de provas hígidas dos fatos investigados e contribuirá para o melhor e mais isonômico resultado da repressão estatal aos responsáveis pelos ilícitos em questão, sem que isto implique, de forma alguma, imediata ou automática anistia ou isenção completa e em abstrato das sanções aplicáveis, o que seria inadmissível no Estado Democrático de Direito.

13. Diante de tal configuração, entende-se que é útil, adequada e necessária a possibilidade de o acordo de leniência, quando também firmado com órgãos do Ministério Público com atribuição para promover a ação penal e a ação de improbidade administrativa pelos mesmos fatos, abranger as demais sanções legais decorrentes da prática dos atos ilícitos em questão, inclusive as penais e as afetas à esfera da improbidade administrativa, alcançando, assim, pessoas físicas envolvidas nas mesmas condutas atribuídas às pessoas jurídicas que aderiram à leniência. Trata-se de modo de estimular a colaboração dos envolvidos e a ampla elucidação dos ilícitos, agilizando os processos de responsabilização e conferindo-lhes trâmite mais simultâneo, possibilitando tratamento coerente, mais igualitário e uniforme a todos os responsáveis pela corrupção e por atos lesivos ao erário.

II. Reparação do dano e a nova possibilidade de transação e acordo no âmbito da ação de improbidade

14. No que tange à esfera civil de responsabilização, importante notar que a reparação do dano decorre de qualquer ato ilícito praticado por alguém, pessoa física ou jurídica. Conforme dispõe o Código Civil, a responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) decorre da violação ou abuso de direito, de forma a acarretar a reparação, sempre que for causado dano (artigos 186, 187 e 927 do Código Civil¹).

15. A reparação, por sua vez, não é nem representa sanção, posto que se trata de restauração ao estado anterior das coisas, mera recomposição do que foi lesado pelo dano causado. Assim, não se confunde com eventual multa a ser aplicada na esfera administrativa de responsabilidade, abrangida pela LAC. A multa civil e a proibição de contratar, por exemplo, são sanções – “penas” –, aplicadas em razão do ato ilícito, mas de forma alguma se confundem

¹ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

com a reparação do dano. Esta, na esfera anticorrupção, abrange a devolução dos valores superfaturados, desviados ou de outra forma ilicitamente auferidos e, a teor do próprio texto constitucional, no § 5º de seu artigo 37, é imprescritível e deve sempre ocorrer, sem prejuízo de qualquer outra sanção aplicável.

16. Por isto mesmo, a previsão expressa na LAC (§ 3º do artigo 6º, que não foi alterado pela MP nº 703/2015) no sentido de que: “A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado”.

17. Não obstante, causa espanto a alteração, ora inserida pela MP nº 703/2015, relativa à possibilidade de se eximir integralmente da multa civil a pessoa jurídica que seja a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados. Com efeito, passa-se a prever que a redução da multa prevista no inciso I do artigo 6º da LAC pode chegar até sua completa remissão, “não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo” (art. 16, §2º, inciso III, da LAC).

18. Embora tecnicamente o dispositivo se refira a “sanção de natureza pecuniária” e não à recomposição da lesão causada, a redação é bastante dúbia e gera grave preocupação, que deve ser seriamente considerada durante o processo legislativo, pois já se observa uma tendência de que o acordo de leniência abranja também a reparação do dano, o que é inaceitável, à luz da

Constituição e de todo o sistema jurídico pátrio, em que estão previstas sanções por atos ilícitos, além da necessária e indispensável reparação do dano, como ocorre, por exemplo, também no âmbito da repressão à improbidade administrativa ou em matéria de crimes ambientais.

19. Tal tendência revela-se, por exemplo, na redação conferida pela MP nº 703/2015 ao § 4º do artigo 16, que dispõe: “O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo administrativo e **quando estipular a obrigatoriedade de reparação do dano poderá conter cláusulas sobre a forma de amortização, que considerem a capacidade econômica da pessoa jurídica**” (grifou-se). Ora, o trecho final acrescido ao dispositivo dá margem à inaceitável ideia de ser possível a negociação da reparação do dano causado, o que, frisa-se, não se sustenta à luz da Constituição Federal e do ordenamento jurídico em si mesmo. Ademais, reparar o dano, ainda que ao longo do tempo ou em parcelas, segundo outras alternativas já oferecidas pelo sistema jurídico ou que venham a ser imaginadas pelo legislador, é dever de todo o que causa lesão ou dano a outrem. E é dever ainda mais relevante quando a lesão causada atinge o erário e, pois, o patrimônio de toda a sociedade. Por isto, é imperativo, ética e juridicamente, conferir tratamento isonômico a todo aquele que causar dano, seja pessoa física, seja pessoa jurídica.

20. Ademais, cabe lembrar que disposições amplas sobre a obrigação de reparar estão contidas no Código Civil, na LIA, na Lei de Crimes

Ambientais, dentre outros, de modo que uma tal mudança de tratamento, adotada no bojo de uma legislação especificamente voltada ao combate à corrupção de pessoas jurídicas, estaria claramente contrariando seu próprio sentido e alcance, conferindo solução desigual injustificável entre pessoas físicas e jurídicas, além de violar frontalmente cânone tradicional do direito pátrio relativo à recomposição obrigatória do **dano a terceiros, tornado, então, mais frágil, justamente quando a vítima da lesão é toda a sociedade.**

21. Daí porque não merece prosperar a alteração realizada no §4º do art. 16, que tem mais valia em sua redação original, garantindo a reparação integral do dano. Nesse sentido, as Emendas de nº 93 (apresentada pelo Deputado Subtenente Gonzaga) e 111 (apresentada pelo Senado Randalfe Rodrigues).

22. Releva notar, a propósito, que a harmonização da responsabilidade e das sanções a que os investigados estejam sujeitos é uma questão principiológica e fundamental para o adequado funcionamento do acordo de leniência, sendo efetivamente necessária a coerência entre as medidas impostas tanto na esfera penal, quanto nas esferas administrativa (LAC) e administrativo-civil (Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – Lei nº 8.429/92). E, em nível infraconstitucional, é justamente no âmbito da LIA, como já referido acima, que se prevê a obrigatoriedade de reparação do dano acarretado ao patrimônio público (“Art. 5º. Ocorrendo lesão ao patrimônio

público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”).

23. Daí se extrai, também, a importância da participação do Tribunal de Contas desde o início do processo de celebração do acordo de leniência, uma vez que a ele incumbe o acompanhamento e verificação do dano causado e do montante a ser reparado. Conquanto tenha sido incluída, pela MP nº 703/2015, previsão de ciência ao Tribunal de Contas (§14 do art. 16), acerca do acordo celebrado, o que já constituiu avanço, recomenda-se que o órgão seja informado, já quando se der a instauração do processo, assim como previsto para o Ministério Público, no art. 15 da LAC, conforme previsto nas Emendas de nº 8 (apresentada pelo Senador Ricardo Ferraço), 93 (apresentada pelo Deputado Subtenente Gonzaga) e 110 (apresentada pelo Senado Randolfe Rodrigues).

24. De todo modo, eventual dano adicional apurado, em auditorias e verificação de contas, sempre será passível de cobrança para que se dê a devida reparação ao erário por atos lesivos à Administração Pública e ilícitos praticados. E, deste modo, está amplamente assegurado, pelo próprio ordenamento jurídico nacional em leitura e interpretação sistemática que dele se deve fazer, o exercício das funções constitucionais das Cortes de Contas na defesa do patrimônio público e da integridade da gestão administrativa.

25. Ainda neste contexto, assaz preocupante também é a revogação integral e sem maiores cuidados do parágrafo 1º do artigo 17 da Lei

nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa - LIA), tal como proposta na MP nº 703/2015 (reiterando proposição constante de projetos de lei em andamento no Congresso Nacional sobre acordo de leniência, quando foi editada). Esta revogação, em movimento silencioso, visa permitir a transação ampla em ação de improbidade, sem qualquer parametrização ou indicação de elenco de requisitos mínimos a serem observados – à dessemelhança do que ocorre em sede penal, desde a Lei nº 9099/95 -, alcançando-se, inclusive toda e qualquer pessoa física processada por qualquer ato ímprobo, **ligado ou não a atos lesivos apenados pela LAC.**

26. Com tal mudança, desconsiderou-se longo trabalho coletivo realizado na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), que elaborou um estudo, desde 2008/2009, fruto de debates interinstitucionais, ocorrido em várias rodadas, o qual veio a ser utilizado no Projeto de Lei do Senado nº 543 de 2013, alterando inteiramente, e de modo minudentemente aprimorado, a LIA, com previsão, inclusive, da possibilidade de acordo para pessoas físicas e jurídicas, desde que sob a observância de **requisitos objetivos** e com assunção de ao menos uma pena das previstas nos tipos de improbidade, além da necessária e devida reparação do dano.

27. Isto é, elaborou-se um projeto de alteração da LIA, realizado consensual e cooperativamente, com a participação de vários órgãos públicos e atores do sistema, que trabalharam com muito mais cautela, propondo medidas razoáveis e mais técnicas, voltadas também à prevenção e repressão dos ilícitos

de improbidade e de corrupção (em sentido amplo) e à efetivação do caráter simbólico e pedagógico de tal legislação, o que agora foi simplesmente desprezado no texto da MP nº 703/2015 e também no próprio Projeto de Lei nº 3636/2015, cujo andamento foi por ela atropelado.

28. Tais esforços, para os quais concorreram também a Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia Geral da União (AGU) e o Ministério Público Federal – (MPF), dentre outros órgãos públicos e associações de classe, é de se repetir, foram totalmente ignorados agora, assim como os propósitos da ENCCLA e os objetivos de aprimorar o combate à corrupção por instrumentos legais e outros recursos práticos.

29. E mais: o texto que os substitui no ponto é perigoso, porque apenas revoga a proibição de acordo na LIA. Nada mais estabelece sobre o acordo que agora se tornou possível. Nenhum limite sequer se prevê para a transação na esfera autônoma da improbidade administrativa, já que os eventuais parâmetros são aqueles transportados da instância administrativa e a partir dela repercutem sobre o âmbito civil-administrativo, o qual, ao contrário daquela, sempre concretiza a aplicação de suas sanções através da intervenção judicial. Ou seja, inverteu-se o sistema de responsabilização em esferas distintas, com franco desprezo pelo caráter mais gravoso e mais independente e imparcial, porque judicial, da instância civil-administrativa, que terá que ceder, sem que se observe qualquer limite ou requisito subjetivo ou objetivo para tanto, ao quanto estabelecido em avenças firmadas no âmbito administrativo, negociadas por

órgãos do controle interno dos Poderes Executivos, sujeitos a supervisão e obediência hierárquica. Ocorre aí clara e injustificada afronta à separação dos poderes e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, a recomendar que não seja adotada a alteração proposta, até porque ela se refere, indevidamente, à legislação processual civil, o que é vedado em sede de medida provisória.

30. Ressalte-se, por oportuno, que, se, de um lado, admitir transação em sede de improbidade administrativa facilita a regulamentação ampliada do acordo de leniência da esfera anticorrupção, com o espraiamento de seus efeitos para as demais instâncias de responsabilização - o que, curiosamente, não ocorre de modo direto e automático sequer com a delação premiada do campo penal -, por outro, afeta a independência do âmbito autônomo de punição por ato de improbidade e abre caminho para acordos, sem parâmetros claros e prévios e por quaisquer tipos de ato ímprobo, ainda que não abrangidos pela LAC, também com pessoas físicas, as quais não são destinatárias da lei anticorrupção, cujos termos se pretendeu harmonizar com as demais leis correlatas.

31. Este é o efeito mais nefasto desta proposta ilimitada de alteração da LIA, que dispensa maiores explicações, ao menos para quem milita na defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público e na repressão à corrupção. E afeta o ânimo de quem atua no combate à improbidade, pois parece legítimo inferir que, com ela, o novo perfil da LIA se voltará apenas à punição de servidores públicos faltosos, certamente os de menor escalão. E deve-

se lembrar que a punição na improbidade tem importantes consequências para fins eleitorais e, inclusive, para a caracterização dos objetivos buscados pela “lei da ficha limpa”, destinando-se a afastar da concorrência eleitoral aqueles que se mostraram indignos de confiança da sociedade ao lidar mal com a coisa pública, sejam agentes estatais, sejam particulares beneficiados por ilícitos. Mas, adotado o acordo de leniência com efeitos amplos, direcionados inclusive às pessoas físicas, sem que quaisquer balizas para tanto sejam estabelecidas claramente, este fator moralizador no campo das eleições tende a reduzir-se e deixar de atingir justamente os que detêm meios produtivos e maiores recursos, até para candidatar-se a postos e mandatos (às empresas, em linha análoga a esta, reservaram-se as restrições a contratações e benefícios creditícios e fiscais, como sabido, as quais, porém, também são afetadas pela extensa atenuação das sanções trazida pela “nova leniência”).

32. Esta alteração silenciosa, que ignora todos os estudos anteriores de especialistas, técnicos e diversos órgãos públicos atuantes na ENCCLA e até projetos de lei em curso sobre a LIA e transação - com soluções mais consistentes que a mera revogação da proibição de acordos naquela esfera -, não só fragiliza, como mencionado, a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, mas afeta substancialmente a própria noção de esfera autônoma de responsabilização por improbidade administrativa, comprometendo ainda algum equilíbrio que a LIA e o texto original da LAC trouxeram à punição civil-administrativa da pessoa jurídica partícipe ou beneficiária de corrupção ou ato de improbidade, se comparada com as

previsões que alcançam o agente público e o cidadão. Sobre, portanto, agora, um regime gravoso para os agentes públicos, mais do que para os particulares, como até pode ser aceitável em certa medida. Mas se está amenizando – e, ao que parece, em alargada demasia -, o passo dado para melhor responsabilizar a pessoa jurídica corruptora, o qual mal avançou um pouco rumo a uma repressão mais adequada e consistente e já ameaça retroceder vários degraus, beneficiando em efeito dominó, de ainda incerta magnitude na prática, particulares e servidores públicos envolvidos em irregularidades com empresas.

33. Não obstante, se é o caso de se aceitar transação na LIA – até para que se possa devidamente estender os efeitos de leniência celebrada com base na LAC para além de sua esfera de atuação, alcançando inclusive pessoas físicas envolvidas nos ilícitos praticados por pessoas jurídicas, como já referido (item I)-, é imperativo que se adotem requisitos objetivos e parâmetros gerais a serem observados pelas partes, a exemplo da obrigatoriedade de reparação do dano e da sujeição a ao menos uma das sanções previstas na LIA, conforme sugestão de alteração do texto da Lei nº 8.429/1992 que ora se apresenta (vide Anexo I a esta nota técnica). Tal modificação, obviamente, deve ser efetuada de modo legislativamente apropriado, através de projeto de lei, como os que já tramitam no Congresso Nacional sobre o mesmo tema, não sendo possível sua realização através de MP, que sobre isto não pode dispor.

34. Cumpre salientar, de todo modo, mesmo enquanto pendente o devido procedimento legislativo que venha a produzir alteração na LIA para

permitir a transação no bojo de sua aplicação, que é necessário conciliar a esfera autônoma da responsabilização por improbidade com a LAC, devido à extensão que se pretende conferir aos termos e efeitos dos acordos de leniência. Assim, imprescindível a inclusão de ressalva específica na LAC sobre o regime a ser adotado, quando se tratar da repercussão obstativa que os acordos de leniência terão sobre a aplicação de sanções análogas previstas em outras leis correlatas de natureza civil, como as da LIA e da LL. Daí a conveniência das alterações propostas, na Emenda nº 93 (apresentada pelo Deputado Subtenente Gonzaga), para a redação dos parágrafos 11 e 12 do artigo 16 da LAC, para que dela conste a menção expressa ao preenchimento dos requisitos estabelecidos na lei específica – que, no caso, abarca, indisputavelmente, os dispositivos da LIA. Desta forma, os acordos de leniência firmados com base na LAC poderão assegurar e prever a repercussão de seus efeitos no âmbito da repressão da improbidade administrativa, tanto para pessoas jurídicas quanto para pessoas físicas envolvidas nos fatos e alcançadas por tais avenças. Preserva-se, assim, a higidez do sistema jurídico, a independência (ou interdependência) entre as esferas de responsabilidade e a relevância e gravidade com que deve ser tratada a própria Lei de improbidade administrativa, que, afinal, é, como se percebe de simples leitura, o antecedente mais próximo, da LAC, que nela parece espelhar-se em termos redacionais, estrutura, tipologia, sanções, finalidade e objeto, tanto que vem sendo apelidada de “lei da improbidade empresarial”. Deduz-se disto que a LAC não derroga nem revoga a LIA, mas com ela deve conviver e ser

conciliada, observados os ditames constitucionais e a proporcionalidade, em interpretação sistemática adequada e aplicação coerente e complementar.

III. Sobre a abrangência excessiva da possibilidade de acordo de leniência para toda e qualquer empresa

35. Inovação controversa da MP nº 703/2015 é a que se volta a permitir largamente a celebração de acordos de leniência com mais de uma empresa no âmbito de uma determinada investigação. Tal alteração **flexibiliza injustificadamente o alcance do instituto, transformando-o em simples possibilidade de transação ao alcance de toda e qualquer pessoa jurídica corruptora. Com isto, além de se desrespeitarem os fins políticos e sociais perseguidos com a própria LAC, inclusive à luz dos compromissos internacionais assumidos pelo país, também se deixa de alcançar efetivamente o objetivo deste tipo de técnica de investigação e meio de defesa, que, para tanto, não pode ter alcance geral e indeterminado.**

36. Neste contexto, cabe explicitar, de início, as duas principais frentes de mudanças efetuadas no alcance do acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/13 pela MP nº 703/2015, a saber: de um lado, no §1º do art. 16, foi revogado o inciso I, que condicionava a celebração do acordo a que a pessoa jurídica fosse a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar; de

outro, no §2º, que traz os benefícios a serem concedidos em razão da celebração do acordo de leniência, ponto em que os incisos foram modificados, passando-se a prever que, em sendo a pessoa jurídica “a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados”, a multa poderá ser reduzida inclusive até a sua completa remissão (inciso III).

37. A todas – à primeira pessoa jurídica a celebrar o acordo, e às demais – a MP nº 703/2015 garantiu a isenção da obrigatoriedade de publicação extraordinária da sentença condenatória, isenção completa das sanções relativas ao direito de licitar, inclusive as previstas na Lei de Licitações e outras normas análogas que versem sobre licitações e contratos, a redução da multa e a isenção de qualquer outra sanção de natureza pecuniária. Com tal redação ampliadora, a MP nº 703/2015 desconstruiu – à vista da realidade também amplamente “cartelizada” das fraudes em licitações e de outras irregularidades e conluios existentes em contratações com o setor público, sobretudo em obras e serviços – , o sentido autêntico e as finalidades precípuas do acordo de leniência, tendo passado a prever a leniência como instituto geral, simples meio de transação com pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos ao patrimônio público e à Administração Pública.

38. O acordo de leniência restou, assim, banalizado, até porque os resultados a serem obtidos com a colaboração, descritos nos incisos do artigo 16 da LAC, conforme a redação conferida pelo artigo 1º da MP nº 703/2015, exigem, do colaborador, apenas: a identificação dos demais envolvidos na

infração; a obtenção de informações e documentos comprobatórios da infração noticiada ou sob investigação; a cooperação da empresa, em função de sua responsabilidade objetiva – mas sem que admita expressamente sua culpa -, a adoção ou melhoria de mecanismos internos de integridade e *compliance*, além do comparecimento voluntário aos atos do processo a que submetido.

39. Há, portanto, um leque considerável de vantagens oferecidas à pessoa jurídica colaboradora, sobretudo com a generosa isenção de penas pecuniárias e a ampla extensão das benesses do acordo de leniência para o âmbito das licitações e contratos com a Administração Pública, o que permite que as atividades empresariais respectivas prossigam, de modo que a infratora continue a operar normalmente em suas interações com o poder público, inclusive dele recebendo pelos serviços que continuar a lhe prestar.

40. Em contrapartida, a possibilidade de a Administração Pública obter efetiva e útil cooperação de pessoas jurídicas investigadas por atos que lhe tenham sido lesivos, com a celebração de acordos de leniência respectivos, resta substancialmente mitigada.

41. Explica-se. É que o interesse do poder público, inclusive instrumental, na celebração de acordos de leniência, relaciona-se com o imprescindível pressuposto de que a colaboração do infrator permita a **descoberta de esquemas ilícitos** (sejam cartéis, conluíus ou fraudes, sejam outras irregularidades isoladas, envolvendo ou não agentes públicos corruptos)

até então desconhecidos, com a **obtenção de informações novas e relevantes** sobre tais fatos e das provas hábeis a corroborá-los, para agilizar os processos de responsabilização cabíveis, bem como a identificação de seus participantes e beneficiários. Em troca, assegura-se ao colaborador considerável atenuação das sanções aplicáveis. Desta forma, o intuito de tais avenças, do ponto de vista estatal, deve ser o de estimular que a pessoa jurídica infratora constate vantagem efetiva em cooperar e, assim sendo, apresente-se, o quanto antes, para delatar o esquema ilícito ignorado, a fim de que possa fazer jus aos benefícios que a autêntica colaboração útil e adequada assegura. Ora, se a qualquer momento, mesmo quando já deflagrada a investigação ou iniciada a ação judicial correspondente a ilícitos e atos lesivos contra a Administração Pública, quaisquer das empresas neles envolvidas puderem obter a redução da multa a que sujeitas e a isenção das demais sanções restritivas de direitos previstas na LAC e diplomas correlatos e de outras penas pecuniárias estabelecidas em outros textos legais, sem fornecer efetiva revelação de dados e provas, novos e relevantes, para a apuração de ilícitos, o grande trunfo do instituto do acordo de leniência – que serve, precipuamente, como dito, para tornar mais ágeis, firmes e seguras as investigações, e seus resultados, além de facilitar a obtenção de provas e, inclusive, da própria reparação de danos –, resta completamente desvirtuado, podendo ser mais vantajoso para a empresa esperar até o último momento para obter os benefícios legalmente disponíveis a todos, mediante atos de cooperação que não impõem realmente esforços maiores para o concreto desvelamento de ilícitos, para a devida cessação em sua prática ou ainda para a

revelação de detalhes importantes que sejam ignorados pelo poder público. A escolha do momento de adesão à colaboração torna-se apenas mais um fator a ser agregado ao planejamento de suas ações e ao risco do próprio negócio empresarial, já que o envolvimento da pessoa jurídica em atos lesivos ao erário e corrupção poderá ser resolvido de modo menos custoso do que a sujeição ao processo administrativo respectivo e às eventuais sanções que poderiam ser aplicadas, optando-se, a certa altura, por uma cooperação singela e inconsistente, além de compromissos simples como a adoção de práticas de integridade. A colaboração e a leniência passam a ser, em tal cenário, uma mera forma de transacionar sobre sanções, passíveis, pois, de vastos cálculos de custo-benefício, conforme as variáveis de cada caso concreto, sem que cumpram inequivocamente sua função instrumental para a investigação e apuração de ilícitos e, com isto, para a promoção da integridade da gestão pública.

42. É imperativo, portanto, insistir em que não se pode tratar a leniência como um instituto de alcance geral, cujas vantagens potenciais possam constituir variáveis em cálculos racionais de ônus e bônus de uma atividade voltada à racionalização dos métodos, à administração eficiente dos custos e à maximização dos ganhos, como é típico do agir empresarial – que, ademais, deve operar nos limites legais previamente estabelecidos para o amplo desenvolvimento de suas potencialidades e de sua função social.

43. **Até porque, se toda e qualquer pessoa jurídica infratora puder, a qualquer tempo, firmar acordo de leniência, ao ser flagrada em**

investigação de infrações, não há qualquer incentivo real para que se rompam os vínculos de silêncio e conivência que também caracterizam, em grande medida, ilícitos cometidos contra a Administração Pública, com a participação exclusiva ou não de pessoas jurídicas, seja nos casos de cartelização para frustrar a livre concorrência perante o poder público, seja em outras fraudes e conluíus em licitações e contratações com o entes estatais, órgãos públicos e assimilados, envolvendo apenas particulares ou em parcerias criminosas acertadas entre estes e agentes públicos ímprobos, seja ainda nas práticas fraudulentas e demais ilicitudes cometidas isoladamente por pessoas jurídicas. Assim, restaria esvaziada a capacidade de influência positiva do instituto da leniência sobre o andamento dos processos de responsabilização, já que ele não teria muita utilidade para a Administração Pública, mantendo-se, contudo, atrativo aos infratores como válvula de escape às sanções aplicáveis pelos ilícitos.

44. Diante do exposto, recomenda-se resgatar o chamado “dilema do prisioneiro”, através da previsão legal de benefício exclusivo à primeira pessoa jurídica que cooperar com a investigação estatal, de modo que o risco da punição induza a colaboração e a ruptura dos laços com o esquema delitivo. Para tanto, impende seja reincluído o §1º do art. 16 da LAC original, por ora revogado pela MP 703/2015, restabelecendo-se como requisito essencial para a celebração do acordo de leniência que **“a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito”** (com a respectiva adequação do §2º do mesmo artigo, conforme indicado nas sugestões anexas e adiante especificado).

45. Ademais, analogamente ao que se dá na esfera criminal com a colaboração premiada, a cada leniência proposta, fatos novos e desconhecidos, com as respectivas provas, devem ser oferecidos à autoridade responsável pela apuração, sob pena de se estar apenas premiando uma espécie de confissão, que, dada a amplitude conferida agora ao instituto, embora devesse, não será sempre necessariamente espontânea nem anterior à deflagração da investigação do caso. Colaborar, é mister destacar, não se confunde com confessar - possibilidade que, por sua vez, está sempre aberta a todo e qualquer infrator, com efeitos atenuantes, quando cabíveis na hipótese, mas muito distintos daqueles pretendidos com a leniência ampliada e que não são justificáveis nos termos em que vazados atualmente.

46. Além disto, uma vez descoberto pelas autoridades ou revelado por um dos partícipes ou coautores, um dado esquema delitivo, ou estando já adiantada a respectiva investigação criminal ou de improbidade administrativa, com vasta coleta de provas e indícios, não se afigura útil nem relevante, para a elucidação do que já se sabe, a cooperação tardia, que nada acrescenta de inédito, novo ou substancial ao deslinde dos fatos. Obviamente, qualquer forma de reconhecimento da infração, confissão ou colaboração útil, que agilize a resolução do caso ou abrevie sua tramitação, deve ser considerada, inclusive para fins de gradação das penas aplicáveis, mesmo em sede administrativa ou civil, a exemplo do que ocorre em âmbito penal, como vem de ser dito acima. Não obstante, para tanto, **não é preciso nem admissível que se assegure anistia ampla a todo e qualquer envolvido nos ilícitos, seja em sede**

administrativa, seja nas demais esferas de responsabilização, nem que seja dada isenção geral de sanções restritivas de direito ou pecuniárias, como se o “arrependimento” transformado em colaboração pudesse eximir inteiramente das consequências da infração o seu autor, tornando lícita a conduta delitiva. Afinal, o que se busca e pretende, com a colaboração do infrator, é oferecer-lhe uma sanção premial, mas não uma anistia; uma vantagem suficientemente convincente, como a redução significativa das penas a que estaria sujeito, de modo que se decida a cooperar primeiro que outros comparsas e romper com o ilícito, mas não a absoluta isenção ou imunidade em relação a todas as sanções incidentes. Os benefícios obtidos pelo Estado e pelo colaborador na troca que efetivam com a colaboração devem ser justos e equivalentes e jamais desequilibrados em prol do infrator.

47. Neste sentido, para maior clareza, apoia-se que seja o inciso II do § 1º do artigo 16 da LAC complementado do seguinte modo: “II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação e que já não seja do conhecimento do Estado (...)”, conforme consta da proposta apresentada pelo Deputado Subtenente Gonzaga, na Emenda de nº 93.

48. Esta especificação no texto legal é importante para deixar assentado que a contribuição da pessoa jurídica colaboradora deve consistir em oferta autêntica de cooperação, com a entrega de informações e/ou de provas inéditas para o Estado, em todas as suas dimensões, nos diversos níveis de

governo. Vale dizer: não basta que o objeto da colaboração da empresa infratora (informações ou provas) seja ignorado e desconhecido somente por parte do ente ou órgão celebrante do acordo de leniência, já que este, antes de celebrar a avença, pode, através de empréstimo ou compartilhamento de informes com as outras instituições estatais responsáveis por investigações de infrações, obter tal evidência ou dados, sendo, assim, totalmente dispensável, para esta finalidade, a celebração de semelhante ajuste em benefício do infrator. Daí se configurar sofisticado o raciocínio que admite a possibilidade de que uma empresa receba benefícios em acordo de leniência em troca de informações de que o Estado, por seus poderes e órgãos, já dispõe. Trata-se de solução inaceitável, porque desprovida de qualquer significado prático, técnico e, menos ainda, juridicamente relevante, além de apta a, em total inversão da imperiosa defesa da moralidade administrativa e do interesse público, permitir que o investigado subverta indevidamente a lógica que deve orientar a atuação estatal na repressão de ilícitos, fazendo prevalecer objetivos privados sobre o interesse público.

49. Hipótese ilustrativa descortinará bem o absurdo de tal concepção. Imagine-se caso concreto em que deflagrada operação em sede criminal, na qual, durante a realização de busca e apreensão judicialmente autorizada, o Ministério Público, atuando em conjunto com a autoridade policial, coleta documentos suficientes ao esclarecimento de grande fraude em licitações ocorridas em prejuízo de determinado órgão do governo federal e da correspondente lavagem de dinheiro, sendo desnecessário fazer qualquer tipo de acordo com qualquer investigado, por já serem suficientes as provas obtidas

para os processos de responsabilização cabíveis. Nesta situação, admitir-se que uma empresa envolvida nos ilícitos já descobertos e apurados busque celebrar acordo de leniência com o setor de controle interno com atribuição - no caso do exemplo, a Controladoria Geral da União -, para a redução das sanções aplicáveis no âmbito administrativo e na esfera civil correlata, oferecendo-lhe prova já encontrada durante a busca e apreensão e que está em poder do Ministério Público, corresponderia a dar-lhe uma vantagem indevida em prejuízo da atuação estatal na repressão de ilícitos, de modo desproporcional, inadequado e inútil, além de iníquo sob qualquer ótica, porque tal oferta apenas representaria, por parte da pessoa jurídica infratora, uma prestação inócua e inteiramente dispensável para a adoção de qualquer medida punitiva, a equivaler quase a um ardil, o que é moral e juridicamente inaceitável na troca bilateral e equilibrada que deve haver entre Estado e colaborador, para que tal cooperação, da perspectiva do sistema normativo, possa ser considerada legítima e constitucionalmente justificada.

50. Merece ainda destaque, sobre este tema específico, a necessidade de reinclusão no texto da LAC da exigência de admissão de culpa nos ilícitos por parte da pessoa jurídica que celebrar acordo de leniência (inciso III do parágrafo 1º do artigo 16 da LAC). A nova redação da LAC, já conferida pelo Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 3636/2015 e mantida na MP sob análise, suprime a expressão que condiciona a celebração do acordo de leniência a que a pessoa jurídica deva admitir a sua participação no ilícito. Não há a menor justificativa para esta supressão, uma vez que a admissão e reconhecimento da

culpa, o *plead guilty*, é um requisito básico em qualquer acordo desta natureza, tal como apontado na doutrina nacional ou estrangeira. É um total contrassenso a empresa entregar provas de seu envolvimento no ilícito e não admitir a sua participação. **Leniência exige e requer confissão e admissão de culpa.** A atenuação das sanções aplicáveis e eventualmente a isenção de parte delas, aliadas ao fato de ser necessária a obtenção de informações relevantes sobre a conduta delitiva e os demais envolvidos, reclamam e determinam a simplificação dos mecanismos de consideração da responsabilidade do interessado no acordo. Neste sentido, como o particular infrator que se candidata à leniência deve revelar conhecimento sobre algo que o Estado não sabe ainda, é preciso que ele esteja francamente disposto a reconhecer sua participação efetiva no ilícito, sem qualquer reserva ou pudor, admitindo e minudenciando os contornos dos fatos que narrar.

51. Ademais, nada disso desnatura a espécie de responsabilidade a que, na condição de pessoa jurídica, continua sujeito na hipótese – isto é, de natureza objetiva -, como é de regra em casos similares nos sistemas jurídicos contemporâneos. Responsabilidade objetiva que se mostra necessária na responsabilização de pessoas jurídicas, em razão da dificuldade de se lhes imputar *vontade*, bastando a demonstração do nexo de causalidade, do dano causado e do proveito obtido com o dano. Trata-se de modalidade de responsabilização que já é utilizada para reparação no âmbito da responsabilidade civil do Estado, no âmbito da responsabilidade por danos ambientais e que se fundamenta na premissa de que pessoas jurídicas devem

responder diretamente por atos praticados em seu interesse ou benefício, sem prejuízo de eventual responsabilização individual, subjetiva, de pessoas naturais. A lei passa a prever, agora, a responsabilidade objetiva não só em âmbito civil, mas também em âmbito administrativo, no contexto do combate à corrupção e ao zelo pela probidade administrativa, conferindo efetividade aos princípios constitucionais e à consolidação de compromissos internacionais do Brasil, imputando-se às pessoas jurídicas o ônus de manter correto o ambiente de negócios, em especial no que tange a suas relações com a Administração Pública.

52. De outro lado, o *plead guilty* carrega em si um importante fator que induz mudança cultural e comportamental socialmente relevante. Para tanto, assim como recentemente têm feito empresas multinacionais que reconheceram a participação em irregularidades ocorridas aqui e alhures, em função de normas anticorrupção existentes em outros países que repercutem sobre condutas praticadas no exterior - notadamente as vigentes nos Estados Unidos e no Reino Unido -, o primeiro passo para corrigir um erro é admitir que ele existiu, independentemente da falha ter sido causada em escalões superiores ou inferiores da organização empresarial, até porque em favor dela os indevidos benefícios foram auferidos.

53. Dando-se sequência ao exame dos aspectos subjetivos do acordo de leniência, trazidos pela MP nº 703/2015, deve-se ponderar que, ainda que se desfigurem os propósitos originais a que se destina o instituto, pode-se

pretender avançar na possibilidade de mais de uma pessoa jurídica firmar o acordo respectivo pelo mesmo fato, consoante se extrai da redação das alterações ao artigo 16 e parágrafos da LAC, introduzidas pela MP nº 703/2015. Neste caso, é preciso oferecer alternativas razoáveis para a solução de eventual impasse, através da apresentação de outras sugestões e da definição de alguns marcos teóricos seguros para moderar e dar consistência jurídica a tais opções legislativas, de modo a não se fragilizar integralmente a essência do instituto nem o estímulo ao rompimento do silêncio pelo primeiro a colaborar, como antes descrito (o chamado “dilema do prisioneiro”).

54. Nesta linha, apoiam-se as sugestões apresentadas nas Emendas de nº 93 (apresentada pelo Deputado Subtenente Gonzaga) e 103 (apresentada pelo Senador Randolfe Rodrigues) para o inciso I do § 2º do artigo 16 da LAC, propondo que nas situações de cartel a leniência só possa ser firmada com a primeira empresa disposta colaborar com as autoridades, de modo que continuaria valendo o “dilema do prisioneiro” e o incentivo ao cálculo interessado do infrator para romper com o arranjo ilícito, alternativa que continuaria atrativa, inclusive por despertar a concorrência pela benesse maior. Isto porque, numa situação de cartel, a exemplo do que ocorre no âmbito da defesa da concorrência, basta a colaboração de uma empresa participante para se desnudar a combinação e o conluio entre todos os interessados e demais beneficiários do esquema. Assim, o § 2º do art. 16 (que dispõe: “ O acordo de leniência celebrado pela autoridade administrativa: “), passaria a contar com o seguinte inciso I, a saber: **“I – somente valerá para a primeira pessoa jurídica a**

manifestar seu interesse em cooperar, para as situações de cartel, podendo reduzir a multa prevista no inciso I do art. 6º em até 2/3 (dois terços), ou mesmo a sua completa remissão, isentará da sanção prevista no inciso II do art. 6º desta Lei e das sanções restritivas do direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e em outras normas referentes a licitações e contratos, ressalvada a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992”.

55. Já para atender às peculiaridades das situações distintas, em que não haja formação de cartel, a redação proposta nas Emendas de nº 93 (apresentada pelo Deputado Subtenente Gonzaga) e 103 (apresentada pelo Senador Randolfe Rodrigues) para o inciso II do mesmo parágrafo, é a seguinte: **“II – para as situações diversas da de cartel, poderá produzir os mesmos benefícios do inciso I para a primeira pessoa jurídica a manifestar seu interesse em cooperar, sendo que as demais pessoas jurídicas, caso firmem acordo, apresentando fatos novos relevantes, poderão ter a redução da multa prevista no inciso I do art. 6º em até 2/3 (dois terços) e a isenção da sanção prevista no inciso II do art. 6º desta Lei”.**

56. Também nesta última hipótese, mantidos os devidos parâmetros e limites para a celebração do acordo de leniência, preserva-se o sentido essencial do instituto, tornando mais atrativa a situação da primeira empresa que aderir ao acordo e delatar o esquema delitivo, e, à vista de fatos novos e relevantes para a atividade investigativa estatal, estendendo benesses,

em gradação decrescente às vantagens inicialmente conferidas, a pessoas jurídicas interessadas que colaborem efetivamente com a elucidação cabal dos ilícitos em que envolvidas. Deste modo, não se adota uma fórmula tão ampla quanto inócua para a repressão e prevenção de delitos, como seria a que permitisse acordos de leniência de caráter geral e irrestrito, a qualquer tempo e sem a previsão de cooperação bastante e efetiva por parte dos infratores interessados. Por outro lado, não se impede a adesão de mais empresas aos ajustes, desde que estejam realmente aptas a auxiliar no amplo desbaratamento de práticas ilícitas lesivas ao erário.

57. Convém anotar ainda a inadequação técnica do modelo ampliado de leniência que decorre das inovações da MP nº 703/2015, à luz das convenções internacionais contra a corrupção (ONU, OCDE, OEA), que ensejaram a publicação da LAC e convergem no sentido de que a legislação regulamentadora da matéria deve ter caráter dissuasório, suficiente a prevenir e desestimular condutas ilícitas, tornando custosa e arriscada a transgressão. Este específico efeito do custo da violação à lei costuma ser encarado de modo especialmente intenso pelas empresas, porque, apenas patrimonialmente, consoante as sanções que lhes são tipicamente aplicáveis na condição de pessoas jurídicas, ressentem-se de sua submissão às consequências legais restritivas pela prática de desvios e ilícitos, já que voltadas, por definição, a obter lucro e ganhos. Não obstante, no próprio sistema jurídico brasileiro, sanções restritivas de direitos e pecuniárias similares às previstas para as pessoas jurídicas na LAC – e, agora, indevida e amplamente passíveis de isenção, em caso de leniência -, já

existiam, de forma até mais gravosa, em legislações correlatas na esfera civil, como ocorre com a LIA e a LL, além das hipóteses estritas da Lei de crimes ambientais. Assim, parece injustificado o alegado temor às inovações da LAC e ao potencial aniquilamento das empresas com sua incidência concreta sem as alterações atuais, já que suas fórmulas sancionatórias não são inteiramente inéditas nem sua aplicação poderia ocorrer “no vazio”, mas, ao revés, teria, como terá, que ser concretizada à luz dos ditames constitucionais e da experiência acumulada com diplomas afins, ao longo das duas últimas décadas.

58. E, outra vez mais, para gizar a importância de se responsabilizar corretamente também as pessoas jurídicas corruptoras, sempre observados o devido processo legal, a ampla defesa e os ditames da proporcionalidade, é oportuno lembrar que **a própria Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) não admite que se deixe de punir as empresas, a título de preservar economia, empregos e negócios.** Ao contrário, para que haja desenvolvimento social e econômico e para que se garantam os parâmetros da concorrência adequada e justa, da existência do livre mercado e do exercício da livre iniciativa, é preciso assegurar um ambiente sadio e isento para as relações comerciais e empresarias, sejam elas exclusivamente entre particulares, sejam as que ocorrem entre estes e o poder público nacional ou internacional. E é intuitivo que a igualdade de condições para concorrer é maior quanto mais sadio, menos corrupto e mais sujeito a punições, em caso de desvios ou irregularidades, seja o contexto em que se desenvolvam as trocas negociais.

59. Por isto, é necessário que sejam descartadas as indevidas alterações propostas para a LAC, acima mencionadas, adotando-se, no país, instrumentos legais hábeis à efetiva responsabilização e punição adequada de todo aquele que, em benefício próprio, abusa de uma posição privilegiada em sua relação com as estruturas do Estado, seja agente público ou particular que com ele atue; seja pessoa física ou jurídica.

60. Afinal, a corrupção concretiza-se essencialmente como uma via de mão dupla, não sendo justo, por conseguinte, desequilibrar o regime punitivo a ela aplicável, tratando distintamente as partes envolvidas, para torná-lo mais rigoroso para os servidores estatais e pessoas físicas implicadas, enquanto se abranda seu alcance e força em relação às empresas, as quais, por sua vez, também possuem ampla função social que devem bem cumprir, sujeitando-se aos limites legais que a todos tocam.

IV. Alienação compulsória de controle acionário

61. No contexto das grandes investigações que têm ocorrido recentemente, o debate sobre a função social da empresa e a importância de sua preservação vem ganhando espaço e relevância, como se vem de referir. Assim, com o intuito de assegurar a continuidade do negócio, do contrato administrativo ou da prestação de serviço público, bem como a manutenção de

postos de trabalho, ou para atender a outra razão econômica de relevante interesse público, recomenda-se a adoção, no âmbito da responsabilização judicial das pessoas jurídicas prevista na LAC, da possibilidade de alienação compulsória do controle societário para pessoa jurídica ou física sem envolvimento com os fatos em apuração, como alternativa às formas restritivas de direitos das sanções aplicáveis à empresa infratora. A previsão consta das Emendas de nº 94 (apresentada pelo Deputado Subtenente Gonzaga) e 106 (apresentada pelo Senador Randolfe Rodrigues), modificando o art. 19 da LAC. Passa-se à sua análise.

62. A possibilidade de alienação compulsória do controle societário está prevista no sistema jurídico brasileiro, na Lei n. 9.447, de 14 de março de 1997, que institui o Sistema Financeiro Nacional, estando em consonância com o sentido amplo da função social da empresa. Atualmente, não se pode admitir que uma determinada sociedade empresária pratique atos de corrupção, tenha seus quadros principais cooptados por uma organização criminosa e, com isto, prejudique a livre concorrência, a correta prestação de serviços públicos essenciais à sociedade e a manutenção de postos de trabalho. A alienação compulsória do controle societário, cujas especificidades são regradas nos sugeridos novos §§ 4º a 11 do art. 19, é uma forma de se equilibrar importantes valores constitucionais que se inter-relacionam no combate à corrupção de pessoas jurídicas. Assim, presta-se a conciliar a proteção ao erário, o direito ao governo probo e à boa gestão pública, a livre concorrência e iniciativa, e a proteção ao trabalho e à busca do pleno emprego, com a

necessidade de se punir - com respeito ao devido processo legal, ampla defesa e a ditames de igualdade, tratamento isonômico de todas as categorias e proporcionalidade -, tanto a pessoa jurídica como as pessoas físicas envolvidas em atos de corrupção ou outros lesivos ao patrimônio público, assegurando-se, ademais, o necessário efeito pedagógico para prevenir novas práticas deste tipo de crime ou de outros.

63. Neste diapasão, o sugerido novo § 7º deixa claro que, no caso de concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviços públicos, será dispensada a anuência do poder concedente, devendo o juiz aferir a presença das condições previstas no art. 27, § 1º, da Lei n. 8.897/95, ou outras previstas em leis especiais, ouvido o representante judicial da pessoa jurídica titular do serviço ou da entidade que, por força de lei, lhe faça as vezes.

64. Com o fim de atender ao princípio da continuidade dos contratos e serviços públicos, o novo § 8º, ora sugerido, impõe que a alienação do controle societário não implicará rescisão de contratos administrativos, desde que, por óbvio, tenha havido regularidade na contratação e licitação.

65. A redação que se propõe ao § 9º visa a assegurar que os acionistas minoritários não sejam prejudicados com a alienação compulsória do controle societário. Com efeito, existem normas especiais para a proteção dos minoritários quando há alienação de ações do bloco de controle de companhias abertas; e regras específicas para organizar as ofertas públicas. A presente

proposta permite também que o juiz autorize, nestes casos, a adoção do procedimento padrão de mercado, sem se ater à velha fórmula do leilão (ou de uma alienação por iniciativa particular que sacrifique o interesse dos sócios que nada têm a ver com o problema ou a prática de ilícitos).

66. Ciente de que a alienação compulsória do controle acionário de instituições financeiras, de companhias abertas, de sociedades empresárias de grande porte, e de sociedades que, no caso concreto, estejam obrigadas ao controle de atos de concentração pelo CADE, terá grande complexidade, o novo artigo 30-A, prevê a nomeação, pelo juiz, de instituições financeiras, de consultorias especializadas e de assessores jurídicos, para auxiliar nos trabalhos respectivos.

67. Na mesma linha e ciente do regramento específico da matéria, o sugerido novo art. 30-B dispõe que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) regulamentará os procedimentos previstos para a alienação de controle de companhias abertas no prazo de até 90 dias da publicação deste novo texto legal.

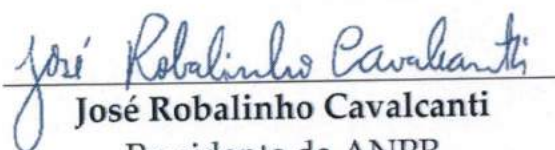
68. A redação sugerida ao art. 30-B, a ser incorporado à LAC, é uma forma de se conjugar a necessidade de uma investigação eficiente, em especial quando a corrupção atinge os quadros mais elevados de determinada empresa, com a continuidade de sua atividade produtiva, em prol da sociedade. Assim, o juiz decretará a intervenção na pessoa jurídica, quando necessária para permitir a investigação interna independente, a colaboração externa com as

autoridades públicas e para restaurar a situação de legalidade, nomeando o interventor. Sem prejuízo deste ato, o sócio, dirigente ou empregado da pessoa jurídica envolvida em atos lesivos à Administração Pública poderão ser afastados cautelarmente das suas funções ou ter seus poderes suspensos pelo juiz, tudo com o objetivo de se preservar o fim social da empresa, os serviços que eventualmente ela preste à sociedade, sem, no entanto, abrir-se mão da desmantelamento da atividade criminosa e da devida punição dos responsáveis por atos lesivos e práticas delitivas.

* * *

Tais as circunstâncias, a ANPR recomenda a aprovação das Emendas de nº 3, 8, 93, 94, 103, 106, 109, 110 e 111, que modificam a redação da Lei 12.846/13, alterada pela Medida Provisória nº 703/2015, em consonância com os argumentos ora apresentados, zelando pelo bom funcionamento do instituto do acordo de leniência.

Brasília, 05 de abril de 2016.


José Robalinho Cavalcanti
Presidente da ANPR


Samantha Chantal Dobrowolski
Diretora Jurídica da ANPR

ANEXO I

Sugestões de alteração da Lei 8.429/92, quanto aos acordos de leniência

“Art. 17-A. O Ministério Público ou pessoa jurídica interessada poderão celebrar acordo de leniência com as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos nesta Lei que colaborarem efetivamente com as investigações e com o processo judicial, desde que dessa colaboração resulte, cumulativamente:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração;

II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito apurado e que já não sejam do conhecimento do Estado;

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

I – esteja assegurada a reparação do dano ou perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, quando verificada essa circunstância;

II – o interessado aceite ser submetido a, pelo menos, uma das sanções previstas no art. 12 desta Lei, reduzida em até 2/3 (dois terços), conforme a espécie do ato de improbidade administrativa praticado;

III – o interessado cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da celebração do acordo;

IV – o interessado coopere plena e permanentemente com as investigações e com o processo judicial, inclusive compareça, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até seu encerramento;

V – as características pessoais do interessado e as circunstâncias do ato improprio indiquem que a solução adotada é suficiente para a prevenção e para a repressão da improbidade administrativa;

VI – o interessado não haja descumprido acordo anterior nos últimos cinco anos.

§ 2º. O acordo de leniência estipulará, por escrito, as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil da persecução.

§ 3º. O acordo de leniência não exime a pessoa física ou jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º. A reparação parcial e espontânea do dano ao erário não impede a adoção de medidas ressarcitórias para reaver sua integral reparação.

§ 5º. Na mesma hipótese do *caput* e do § 1º deste artigo, o Ministério Público poderá ajuizar a ação de improbidade administrativa e pedir a sua suspensão durante o cumprimento do acordo ou poderá requerer o perdão judicial no curso do processo, se o colaborador prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 6º. A formalização da proposta de acordo de leniência suspende o prazo prescricional em relação aos atos e fatos objeto de apuração previstos nesta Lei, e sua celebração o interrompe

§ 7º. O descumprimento do acordo a que alude o *caput* deste artigo importará no ajuizamento da ação de improbidade administrativa ou sua continuidade, para a aplicação das sanções previstas nesta Lei, sem prejuízo da imediata execução do valor referente à reparação do dano causado ao patrimônio público e das demais cominações pecuniárias decorrentes de ordem judicial em razão do descumprimento da avença.

§ 8º. As negociações e a celebração do acordo ocorrerão em sigilo, o qual será levantado em caso de recebimento da ação civil de improbidade administrativa ou por anuência do colaborador, devidamente assistido por seu advogado.

§ 9º. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador.

§ 10. Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 11. O cumprimento do acordo de leniência implica a extinção da ação de improbidade administrativa ou o impedimento de sua propositura em virtude dos mesmos fatos e em face das mesmas pessoas que celebraram o acordo, não vinculando legitimados que ficaram de fora do acordo.

§ 12. As provas obtidas em decorrência do *caput* poderão ser aproveitadas em processos criminais, cíveis ou administrativos nos quais sejam apurados os fatos que deram origem às ações disciplinadas por esta Lei.

§ 13. Os documentos porventura juntados durante o processo para elaboração do acordo de leniência deverão ser devolvidos à pessoa jurídica quando não ocorrer a celebração do acordo.

§ 14. Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos os efeitos do acordo, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 15. Presentes os requisitos previstos neste artigo, o acordo de que trata esta lei pode ser celebrado em conjunto com outros instrumentos previstos em leis específicas aplicáveis aos mesmos fatos.

§ 16. O acordo de leniência firmado pela pessoa jurídica interessada deverá ser submetido à homologação perante o Poder Judiciário.

§ 17. O acordo de leniência firmado por membro do Ministério Público deverá ser submetido à homologação pelo órgão colegiado do Ministério Público ao qual as respectivas leis orgânicas atribuam função revisional.

§ 18. Será dada ciência prévia ao Ministério Público sobre o acordo de leniência celebrado pela pessoa jurídica interessada.

“Art. 17-B. Para viabilizar a investigação dos atos de improbidade, o Ministério Público poderá valer-se, independentemente de autorização judicial, de:

I - acesso aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

II – banco de dados de reservas e registro de viagens de empresas de transportes.”