

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV

**Os limites formais para a celebração do acordo de leniência (Lei 12.846/13)
em face das garantias do particular**

DIOGO ALENCAR DE AZEVEDO RODRIGUES

RIO DE JANEIRO

2016

DIOGO ALENCAR DE AZEVEDO RODRIGUES

**Os limites formais para a celebração do acordo de leniência (Lei 12.846/13)
em face das garantias do particular**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Fundação Getúlio Vargas. Área de Concentração: Direito Regulatório.

Orientador: Prof. Thiago Bottino do Amaral

Rio de Janeiro

2016

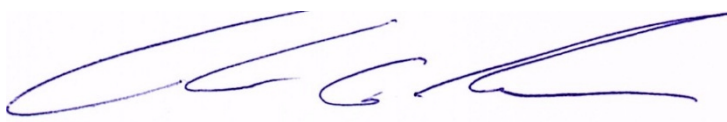
DIOGO ALENCAR DE AZEVEDO RODRIGUES

**OS LIMITES FORMAIS PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA
(LEI 12.846/13) EM FACE DAS GARANTIAS DO PARTICULAR.**

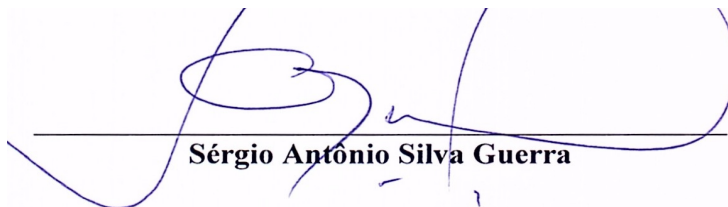
Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Regulação da Escola
Direito Rio para obtenção do grau de Mestre em Direito da Regulação.

Data da defesa: 25/02/2016

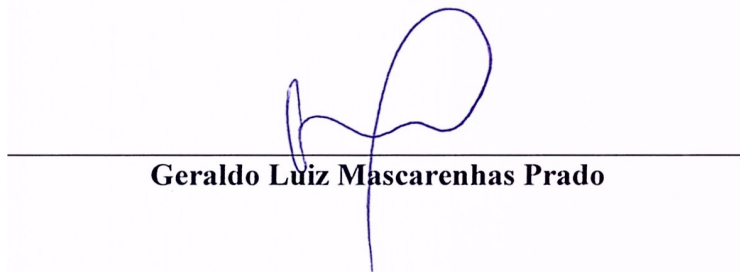
ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA

A handwritten signature in blue ink, consisting of several fluid, connected strokes, positioned above a horizontal line.

Thiago Bottino do Amaral
Orientador (a)

A handwritten signature in blue ink, featuring a large, prominent loop at the beginning, followed by several strokes, positioned above a horizontal line.

Sérgio Antônio Silva Guerra

A handwritten signature in blue ink, with a large, circular loop in the middle, positioned above a horizontal line.

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Rodrigues, Diogo Alencar de Azevedo

Os limites formais para a celebração do acordo de leniência (Lei 12.846/13) em face das garantias do particular / Diogo Alencar de Azevedo Rodrigues. – 2016.

91 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Orientador: Thiago Bottino do Amaral.

Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Direito administrativo. 3. Governança. 4. Delação premiada (Processo penal). 5. Anticorrupção – Legislação. 6. Direito regulatório. I. Amaral, Thiago Bottino do. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDD – 341.5

RESUMO

RODRIGUES, Diogo Alencar de Azevedo. Os limites formais para a celebração do acordo de leniência (Lei 12.846/13) em face das garantias do particular. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Rio de Janeiro. 2016.

O presente trabalho apresenta um estudo sobre a recente Lei n. 12.846/13, em especial sobre o instituto do acordo de leniência, buscando estabelecer um marco para a celebração desses ajustes tendo em vista os direitos e garantias estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Inicialmente, aborda-se as intensas mudanças promovidas no Estado moderno e no direito sancionador de forma geral, questiona-se, em seguida, a existência de um núcleo comum entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Busca-se, por fim, propor soluções para maximizar a eficácia do sistema de controle e sanção da Lei n. 12.846/13, tendo em vista a necessidade de se harmonizar a Regulação Pública com a segurança jurídica e os direitos constitucionais da pessoa jurídica investigada, em especial quando ela celebra o acordo de leniência.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Administrativo Sancionador. Governança Pública. Regulação Social. Lei 12.846/13. Acordo de Leniência. Regulação.

ABSTRACT

This paper presents a study on the recent Law 12.846/13, in particular on the institute's leniency agreement, seeking to establish a framework for the conclusion of such adjustments in view of the rights and guarantees established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988. Initially, it approaches the intense changes promoted in the modern state and sanctioning rights in general, the question is, then, the existence of a common core between criminal law and the sanctioning administrative law. Search is finally propose solutions to maximize the effectiveness of the control system and sanction of Law 12.846/13, in view of the need to harmonize the Public Regulation of legal certainty and the constitutional rights of legal entities investigated, especially when she celebrates the leniency agreement.

Keywords: Criminal Law. Administrative Law Sanctioning. Public governance. Social regulation. Law 12.846/13. Leniency Agreement. Regulation.

Sumário

Introdução.....	7
Capítulo I - A erosão do Estado moderno e a expansão do direito punitivo estatal em um mundo globalizado.....	12
1.1 Globalização, crise do Estado Moderno e os novos riscos sociais.....	12
1.2. Aparente paradoxo: a expansão dos sistemas punitivos em contraposição ao aumento dos espaços para a autorregulação.....	18
1.3 Aproximação do Direito Penal com o Direito Administrativo Sancionador: existe unidade do ordenamento jurídico?.....	28
1.4. Existe uma natureza penal na Lei anticorrupção?.....	42
Capítulo 2 - Referências e histórico da Lei Anticorrupção.....	48
2.1 A racionalidade econômica e o precedente norte americano à Lei anticorrupção	48
2.2. A recepção brasileira às práticas internacionais: edição da Lei 12.846/13.....	51
2.3.Processo legislativo envolvendo a Lei 12.846/13 e a inserção do acordo de leniência (art. 16).....	54
Capítulo 3 - O acordo de leniência estabelecido pela Lei 12.846/13.....	57
3.1. Precedentes do acordo de Leniência na legislação pátria (Lei de Defesa da Concorrência):.....	57
3.2.Conceito do acordo de leniência da Lei anticorrupção e a primeiras críticas.	59
3.3.A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica como estímulo à colaboração.....	64
3.4.Limites formais para a aplicação do acordo de leniência tendo em vista os princípios inerentes ao direito administrativo sancionador.....	66
3.4.1.Princípios do contraditório e ampla defesa e seus desdobramentos no procedimento de leniência.....	67
3.4.2.O princípio da motivação dos atos administrativos e seus reflexos no acordo de leniência.....	76
Considerações Finais.....	82
Referências Bibliográficas.....	85

INTRODUÇÃO

“Um dia, os juristas vão se ocupar do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e arbítrio. Delimitando- o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas sobretudo no interesse superior da coletividade” (Rudolph Von Ihering, *A luta pelo Direito*.)

Conforme previsto por Ihering o *direito premial* ocupa na atualidade relevante espaço nos debates jurídicos, fazendo-se também presente nos meios de comunicação. Nesse contexto, as denominadas delações premiadas são, muitas vezes, louvadas como a grande solução (quase mágica) para os casos de corrupção.¹

Todavia, um exame mais atento revela que ajustes são necessários, e até mesmo imprescindíveis, para que tais ferramentas jurídicas possam não somente atender ao ideal de eficiência e economia processual, mas também guardar observância com os preceitos estabelecidos no Estado Democrático de Direito.

De forma geral, a cultura jurídica brasileira sempre primou pela oposição irreduzível entre as partes, tanto no processo administrativo, quanto no judicial, mas vem cedendo espaço para um modelo negociado, dito consensual, sendo impossível prever quais serão as consequências dessa profunda transformação no direito pátrio.²

A presente dissertação tem por objeto analisar o instituto do *acordo de leniência*, trazido pela Lei 12.846/2013 (Capítulo V, arts. 16 e 17), também conhecida como “Lei anticorrupção” ou “Lei da empresa limpa”, instituto que

¹ Basta ver que a regulamentação da Lei 12.846/13 (Lei anticorrupção) somente ocorreu mais de um ano após a entrada em vigor da Lei 12.846/13, em meio à crise política diante da investigação denominada “Lava Jato”, iniciada em março de 2014 pela Polícia Federal em Curitiba, Paraná, e que acabou sendo reconhecida como a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro do país. Esta investigação desenvolveu-se em várias fases, desencadeadas principalmente a partir de colaborações de supostos envolvidos (vide <http://www.lavajato.mpf.mp.br>).

² PRADO, Geraldo, *Transação penal (O tempo e a norma)*. Coimbra: Almedina. 2015.

representa o chamado *direito premial*, buscando-se estabelecer, ainda que de forma preliminar, um balizamento para a celebração desse ajuste.

Vale destacar que, apesar de se ter pouco conhecimento sobre a aplicação prática dessa recente legislação, fato é que tal lei tem despertado intensos debates, principalmente por conta da adoção da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, bem como pelas graves sanções que estabelece e, ainda, pela possibilidade de concessão de benefícios, por meio do acordo de leniência.

Todavia, a maior parte dos trabalhos disponíveis aborda de forma superficial seus institutos, limitando-se a interpretar os artigos da Lei anticorrupção. É o que ocorre, de forma geral, ao se tratar os artigos 16 e 17, que tratam do acordo de leniência. Destaque-se que tais obras deixam de analisar, ainda, o contexto normativo em que o supracitado instituto se insere.

Apesar disso, o presente estudo busca revisar a recente bibliografia sobre o tema, analisando, em especial, as principais críticas e controvérsias apresentadas pela doutrina pátria em relação ao acordo de leniência, estabelecido pela Lei 12.846/13.

Um dos aspectos da referida norma que vem motivando discussões no meio acadêmico diz respeito à uma suposta “natureza penal” da Lei anticorrupção³, afirmando-se que tal norma representaria “*uma lei penal encoberta*”⁴ ou que teria uma “*substância penal ou quase penal*”⁵. Nesse aspecto, revisaremos a doutrina selecionada, de modo a abordar os principais argumentos: tanto aqueles que propugnam que a Lei 12.846/13 guarda natureza penal, quanto os que sustentam que a norma possui caráter administrativo sancionador. Após tal exame, poderemos melhor avaliar quais são os direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades das partes que celebram a complexa negociação de

³ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013*.

⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta*. Neste artigo questiona-se se a lei é meramente administrativa ou se existem elementos de direito material em seus dispositivos. Levanta-se a hipótese de que a lei é apresentada como norma administrativa para afastar possíveis “*problemas de constitucionalidade*”, que poderiam surgir caso a Lei anticorrupção definisse tipos penais e penas utilizando-se da responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas.

⁵ SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal*.

leniência.

Para se ter uma plena compreensão do conteúdo da norma anticorrupção, bem como de suas eventuais falhas e lacunas, também se deve ter em mente o contexto de sua aprovação.

A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, foi editada por força de compromissos internacionais, firmados pelo Estado brasileiro (o país se comprometeu na Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, OCDE, contra o suborno transnacional a responsabilizar, de maneira ampla e universal, pessoas jurídicas por atos de corrupção pública).

Tendo em vista esse contexto, realizaremos uma breve narrativa histórica da Lei anticorrupção.

Oportuno considerar, de outra parte, que a tramitação do Projeto de Lei e sua votação no Congresso Nacional se deu em um ambiente de intensa pressão popular, em meio às manifestações de junho de 2013. Nessa ocasião, milhares de pessoas saíram às ruas para expor seu descontentamento com a corrupção e má gestão de recursos públicos, fator relevante para aceleração do trâmite legislativo e que explica, ao menos em parte, algumas das imperfeições da Lei 12.846/13.

A origem do acordo de leniência preceituado pela Lei anticorrupção merecerá exame particular, tendo em vista que a modelagem legal utilizada na norma teve influência direta de instituto análogo (acordo de leniência utilizado no direito concorrencial brasileiro).

O acordo de leniência, inicialmente, foi utilizado no enfrentamento dos cartéis e teve como referência o programa de leniência Norte-Americano⁶. Destaque-se que o incentivo da delação premiada, por meio do chamado Programa de Leniência, na seara concorrencial, se faz presente, atualmente, na África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Espanha, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Israel, Japão, Nova Zelândia, Portugal, Reino Unido e União Européia.⁷

⁶ Segundo Anna Carolina Lamy, a política de concessão de leniência nos Estados Unidos da América consiste na garantia de imunidade aos agentes cartelizados que delatarem a conduta anticoncorrencial em estágio embrionário. (LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e necessária adaptação ao regramento constitucional*).

⁷ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco.

Frise-se, uma vez mais, que o tema se apresenta muito atual no Brasil, tendo em vista que se tem notícia de que a Administração Pública Federal, por meio da Controladoria Geral da União (CGU), está negociando a celebração dos primeiros acordos de leniência, na forma da Lei 12.846/2013.⁸

Indispensável, assim, avaliar como o ordenamento jurídico pátrio está “absorvendo” o instituto da leniência e quais os critérios que serão utilizados pela administração pública para compatibilizá-lo com as garantias constitucionais inerentes ao acusado (no caso a pessoa jurídica), em especial, os princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, elencados no art. 5º da Constituição Federal.

Portanto, sem a pretensão de esgotar o tema, o trabalho segue dedicando-se a analisar os parâmetros para aplicação do acordo de leniência preceituado pela Lei anticorrupção, tendo em vista, principalmente, os princípios constitucionais aplicáveis ao processo administrativo sancionador.

Com base nesse estudo, pretende-se, ao fim, propor critérios mínimos para a aplicação do acordo de leniência, conciliando-se o interesse repressivo estatal, principalmente a obtenção de provas das condutas ilícitas, com as garantias constitucionais inerentes ao investigado.

A metodologia escolhida para o trabalho incorpora a interdisciplinaridade do tema, que sofre influência não somente da lógica eminentemente jurídica, realizando-se uma revisão das obras dos principais autores nacionais que examinam a questão.

O marco teórico da dissertação é a concepção de que a Lei anticorrupção deve ser analisada de forma racional e num contexto macro, ou seja, integrada numa estrutura normativa (*framework*), de modo que seus institutos e práticas possam se compatibilizar com os princípios e garantias constitucionais, principalmente aqueles que tocam os direitos da pessoa jurídica investigada.

Tendo em vista esse exame estrutural, inicia-se o trabalho (Capítulo 1) pelo paradigma do Estado contemporâneo, descrevendo-se, em especial, a tendência estatal de ampliar o controle social por meio do direito penal e do direito administrativo. Também nesse primeiro tópico se examina as distinções entre o

⁸ <http://jota.uol.com.br/sbm-aceitou-pagar-r-1-bilhao-em-multas-para-reduzir-punicoes-pela-cgu>.

Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, estudo que será fundamental, ao nosso sentir, para se examinar a natureza das punições estabelecidas na Lei anticorrupção (suposta natureza penal da Lei 12.846/13).

O capítulo seguinte (Capítulo 2) é dedicado a um breve esboço histórico da Lei anticorrupção, o que permitirá melhor compreender o contexto em que se insere tal norma, sua origem e as influências econômicas e políticas que influenciaram sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro.

No último capítulo (Capítulo 3), tendo por base algumas conclusões — ainda que iniciais —, extraídas dos tópicos anteriores, passaremos a delinear os limites para a celebração do ajuste de leniência, tomando por base as referências ao Princípio do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal).

Por fim, busca-se apresentar nossas considerações finais, dando conta dos desafios que deverão ser enfrentados pelos operadores do direito e celebrantes do acordo de leniência estabelecido pela Lei 12.846/2013.

Enfim, expostas as linhas gerais da presente dissertação, se passa a abordar, mais detidamente, cada um dos assuntos acima referidos e o desenvolvimento das questões supra sumariadas.

Capítulo 1. A erosão do Estado moderno⁹ e a expansão do direito punitivo estatal em um mundo globalizado.

1.1. Globalização, crise do Estado moderno e os novos riscos sociais

A evolução da era industrial originou uma verdadeira revolução de índole tecnológica, que alterou profundamente as relações sociais, de modo que nessa “nova sociedade” o protagonismo foi assumido, principalmente, pelas comunicações e pela difusão da tecnologia da informação.¹⁰

Boaventura de Souza Campos denomina o atual momento histórico como a *transição paradigmática*. Um momento de incerteza, de complexidade e de caos, que repercute em todas as representações sociais e, em especial, nos *dispositivos da regulação social*.¹¹ O pensador português parte do pressuposto de que existe na sociedade moderna uma *pluralidade de ordens jurídicas*, de formas de poder e de formas de conhecimento, que longe de ser caótica ou infinita é *estruturada e relacional*¹².

Esse contexto de profundas mudanças tecnológicas está intimamente ligado ao fenômeno da globalização, que, sob o aspecto econômico, se revela na crescente integração entre os mercados globais¹³. Uma das mudanças mais

⁹ Boaventura de Souza Santos afirma que a erosão do poder estatal não torna a forma do estado menos fundamental para as funções políticas exigidas pelo sistema mundial, até mesmo porque a erosão do poder estatal é, quase sempre, fruto da própria ação do Estado. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2004).

¹⁰ GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*, p. 41.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política uma transição paradigmática*, p. 257-258.

¹² Chama também atenção para o princípio de que “o reconhecimento dessas pluralidades, não colide com a ideia de da centralidade do direito estatal, do poder estatal e do conhecimento estatal e do conhecimento científico nas sociedades contemporâneas, confirma-a e, ao mesmo tempo, relativiza-a, ao integrar essas formas hegemônicas em novas e mais vastas constelações de ordens jurídicas, de poderes e de conhecimentos” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, p. 262).

¹³ Oportuno citar um exemplo do fenômeno da globalização, que se refere ao *global sourcing*, isto é, “o abastecimento de uma empresa por meio de fornecedores que se encontram em várias partes do mundo, cada um produzindo e oferecendo as melhores condições de preço e qualidade naqueles produtos que têm maiores vantagens competitivas”. (SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo Dicionário de Economia*, p. 265).

Significativas desse processo se apresenta na ampliação dos mercados financeiros que operam cada vez mais em tempo real.¹⁴

O processo de globalização, a bem da verdade, não se trata de fenômeno inteiramente novo e apresenta dimensões não somente econômicas, mas também sociais, tecnológicas, políticas, culturais, religiosas e legais, de modo que o termo *global* é hoje utilizado tanto para se referir a processos como a resultados da globalização.¹⁵

Segundo o sociólogo britânico Anthony Giddens, a globalização não diz respeito somente à interdependência econômica, mas se reflete em transformações *do tempo e espaço* em nossas vidas, de modo que eventos distantes, econômicos ou não, passam a nos afetar direta ou indiretamente.¹⁶

Como já sinalizado, uma consequência relevante da globalização para os setores da sociedade é que, quanto maior a velocidade de sua expansão, de aumento e diversidade dos bens e serviços, maior é a possibilidade de resultados não pretendidos e não previstos. Maiores também são as dúvidas, incertezas, perplexidades e perigos com relação aos efeitos e à gestão dos desdobramentos desse processo, especialmente em matérias relativas ao bem-estar social e à segurança econômica.¹⁷

Nesse aspecto, ganharam grande repercussão no meio acadêmico os estudos realizados pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, que cunhou a expressão *sociedade do risco*, que pode ser caracterizada como uma sociedade pós-

¹⁴ GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*, Rio de Janeiro: Record, 1999.

¹⁵ MASI, Carlo Velho. *A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

¹⁶ GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*, p. 41.

¹⁷ A título de exemplo, José Eduardo Faria cita alguns dos denominados riscos modernos: “quanto mais as engenharias nuclear, a engenharia econômica, a biotecnologia e a biogenética avançam, maiores são os riscos de terremotos financeiros, crises de liquidez, especulações, golpes e manipulações em bolsas de valores, pânico no sistema securitário, corridas no sistema bancário e choques estruturais nos mercados de capitais, levando à inadimplência generalizada de empresas e famílias e/ou reduzindo a pó tanto o pecúlio de pequenas e médias poupadores quanto o patrimônio dos grandes investidores; de desastres genéticos, catástrofes tecnológicas, acidentes ecológicos mudanças climáticas e degradações ambiental irreversível, penalizando comunidades inteiras e condenando ou comprometendo a qualidade de vida de gerações futuras; e de ameaças potenciais à saúde humana, como chuvas ácidas; a doença da vaca louca, destruição da camada de ozônio e os tumores decorrentes da contaminação atmosférica provocada por poluição, emissão incontrolada de gases, substâncias tóxicas e incineração de resíduos industriais, radiações de urânio empobrecido e contaminação de reservas lacustres” (FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*, p. 61).

industrial, multicomplexa e global. Tal obra, paradigmática, logo ao prólogo, afirma que “o tema deste livro é o modesto prefixo ‘pós’. É a palavra do nosso tempo. Tudo é pós”.¹⁸

O autor identifica o que denomina como *fratura dentro da modernidade*, separando a modernização simples da modernização reflexiva¹⁹. Tal divisão teria abalado o equilíbrio entre as condições de continuidade da modernidade, o que refletiria nos contrastes entre a sociedade industrial clássica e a nova configuração social, a qual Beck denomina *sociedade mundial do risco*.²⁰

Sustenta Beck que o modelo de vida próprio da sociedade industrial desapareceu, desagregando-se tudo que se considerava homogêneo. Os papéis reciprocamente atribuídos aos sexos, a unidade familiar e a própria interrelação entre as classes, que constituíam a base de sustentação e o motor da dinâmica industrial, alteraram-se provocando o que ele denomina de *desmoronamento do edifício social*.²¹

Vai adiante o autor, afirmando que, ao contrário dos riscos empresariais e profissionais do século XIX e XX, surgem os chamados *novos riscos*, que não se limitam a lugares e a grupos, mas contém uma tendência para a globalização. Abarcam a produção e a reprodução e não respeitam as fronteiras dos Estados nacionais, surgindo ameaças globais, supranacionais, que não se limitam a uma determinada classe social e impõem uma nova dinâmica social e política.²²

Ou seja, o risco não se limita mais somente a um cálculo ou um juízo racional, mas passa a ser sinônimo de algo imprevisível e incalculável.

¹⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco-Rumo a uma outra modernidade*, p. 11.

¹⁹ Segundo Marta Machado: “Essa modernidade reflexiva pode ser definida como um estágio em que as formas contínuas de progresso técnico-econômico podem se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica” (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, p. 30).

²⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Idem*, p. 19.

²¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, p. 28.

²² Sobre os novos riscos, esclarece o autor: “os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu novos riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra ‘risco’ tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra” (importante referir que a teoria de Beck é desenvolvida logo após o acidente nuclear de Chernobil, fazendo também indicação de outras catástrofes históricas do século que influenciaram seus escritos, entre elas, as duas guerras mundiais, Auschwitz, Nagasaki, Harrisburg e Bhopal). (BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, p. 25).

Além disso, o sociólogo alemão chama atenção para um novo padrão de distribuição dos riscos. Segundo ele, mais cedo ou mais tarde, os riscos alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles, de modo que nem os ricos e poderosos estariam seguros diante deles. É o que Beck denomina de *efeito bumerangue*.²³

Não por acaso, o pensamento de Beck serviu como verdadeiro *canto das sereias* para a produção penal contemporânea, tornando-se fundamento para incontáveis escritos penais que defendem uma nova dogmática em âmbito criminal.²⁴

Ou seja, o diagnóstico traçado por Beck vem sendo incorporado ao debate jurídico-penal e utilizado pelos doutrinadores tanto para analisar algumas das tendências importantes verificadas no sistema penal, a partir da ideia de risco, quanto para fundamentar as propostas de um *Direito penal da sociedade do risco*.²⁵

Carla Rahal Benedetti, nesse aspecto, afirma que é comum ao empresário da chamada *Sociedade Global do risco* adotar medidas e decisões quase que às cegas. No dizer da autora, muito se tem discutido se uma economia globalmente regulada não necessitaria também de um *Direito Econômico globalizado*, que contaria com normas de Direito Penal e de Direito Administrativo Sancionador.²⁶

Vale transcrever excerto, de autoria de Boaventura de Souza Santos, que retrata de forma notável a insegurança da sociedade contemporânea:

“Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a do bloqueamento. A vertigem da aceleração é também a estagnação vertiginosa. Os excessos do indeterminismo residem na desestabilização das expectativas. A eventualidade de catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de

²³ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, p. 44.

²⁴ Esta percuciente crítica realizada por Helena Regina Lobo Costa (COSTA, Helena Regina Lobo. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, p.12).

²⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, p. 22.

²⁶ Estabelece tal raciocínio com base nas teses propostas pelos juristas Winfried Hassemer e Jesús-Maria Silva Sanchez (BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*).

descontinuidades na vida e nos projetos de vida é o correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas e as descontinuidades, de tão frequentes, tornam-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica”.²⁷

Fundamental observar que essa nova realidade não guarda unicamente a marca do Estado, ao revés, o “carimbo” estatal é abrandado de forma significativa, como se verá adiante.

Também se colocam em xeque as normas jurídicas e os mecanismos jurídicos tradicionais de imputação, culpabilidade e punição, forjados pelo direito positivo ao longo dos últimos 150 anos.²⁸

Nesse contexto global resta difícil, senão impossível, responsabilizar os agentes que criam riscos ou prejuízos, utilizando-se os mecanismos tradicionais sancionatórios. Faz-se necessário, desse modo, repensar mecanismos de imputação e técnicas de investigação, que viabilizem alcançar os agentes responsáveis por condutas ilícitas.

José Eduardo Faria, por outro lado, ao examinar a complexidade da sociedade pós- industrial, afirma uma crescente especialização das condutas:

“cada vez mais os sistemas administrativo, técnico, científico, produtivo, comercial e financeiro se subdividem e especializam continuamente, abrindo caminho para novos subsistemas que, em sua dinâmica, dão margem a outros igualmente especializados e autônomos no desempenho de funções e papéis determinados. Ao atuar em áreas “crescentemente específicas”, cada subsistema tende a definir suas próprias condições de operação, produzindo suas próprias racionalidades e estabelecendo seus próprios códigos comunicativos.”²⁹

Constata-se, assim, que a sociedade contemporânea é caracterizada pela hipercomplexidade, de modo que as ações individuais se inserem em complexas organizações públicas e particulares, onde se atua numa verdadeira teia de relações e processos.

Como já se verificou, apesar do risco não ser uma criação propriamente da modernidade, a partir do Século XIX, o risco assumiu espaço preponderante nas pesquisas e trabalhos acadêmicos, surgindo, em contrapartida, a vontade de

²⁷SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, p. 41.

²⁸FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*.

²⁹FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Idem*, p. 66.

“conter e domesticar o risco”. De modo a reduzir a sua ocorrência e sua gravidade, surge o conceito do *risco permitido*.³⁰

Naturalmente, o presente trabalho não tem a pretensão de examinar profundamente tão vasto e complexo processo, entretanto, as transformações da sociedade contemporânea, em especial o fenômeno da globalização, têm influenciado mudanças drásticas no Estado e, por consequência, nas formas jurídicas em âmbito mundial, optando-se por focar um específico reflexo dessa nova realidade: a expansão dos sistemas punitivos.

Ou seja, as instituições jurídicas, em especial o direito sancionador, passam a ser destinatárias de considerável expectativa dos indivíduos e dos grupos sociais para limitar o chamado risco moderno.

Muitos autores indicam uma crise da modernidade, poucos, entretanto, conseguiram observar de forma tão percuciente essa realidade quanto Jacques Chevallier. Em sua obra *L'État post-moderne*³¹, o autor francês afirma não ser mais possível compreender o Estado com base nas referências weberianas e realiza, em especial, um exame das novas relações entre sociedade e direito.

Chevallier afirma que o Estado pós-moderno é acelerado, transformador e inconstante, gerando os traços de pós-modernidade que o autor identifica como pertencentes à nova configuração estatal: incerteza, complexidade e indeterminação.³²

Por outro lado, o professor francês sustenta que a organização das sociedades modernas se baseia em dois pilares fundamentais: o individualismo e o racionalismo. Nessa linha de raciocínio o indivíduo é o grande personagem das relações sociais modernas, a partir do qual as instituições devem ser desenhadas, inclusive o Estado, ou seja, apresenta-se cada vez mais difícil e complexo adaptar o indivíduo às instituições.³³

Segundo Chevalier, a globalização da segunda metade do século e a nova configuração da sociedade internacional após a Segunda Guerra Mundial são

³⁰ Boaventura dos Santos afirma que as instituições são instrumentos de controle do risco e da imprevisibilidade; é através delas que as sociedades estabilizam as expectativas dos indivíduos e dos grupos sociais. (A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 2 ed. São Paulo. Cortez, 2000. P.)

³¹ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*.

³² CHEVALLIER, Jacques. *Idem*.

³³ CHEVALLIER, Jacques. *Idem*.

dois acontecimentos fundamentais que abalaram as bases do Estado no século XX e suas instituições jurídicas. Tendo em conta esse fator histórico, afirma que a crise do direito moderno se relaciona com a própria crise do Estado social (ou Estado do bem-estar social), isto é, a globalização provocou uma intensa aceleração nas relações sociais em vários aspectos e o Estado não pôde acompanhar.³⁴

Como resposta a esses desafios, Jacques Chevallier aborda possibilidades que vão além da atuação tradicional do Estado. Uma relevante vertente de seu estudo trata do fenômeno normativo, que não mais se limita à configuração rígida e piramidal que predominou até o século passado.³⁵

Diogo de Figueiredo, ao examinar a relevância da obra do historiador Jean Jacques Chevallier, tece breves reflexões sobre a transformação do Estado Moderno:

“por meio da promoção da boa governança a sociedade poderá exigir, de políticos e administradores públicos, uma atuação eficiente, e não apenas com referência aos agentes dos Estados isoladamente considerados, mas aos responsáveis por setores em que se ensaia o conceito de governança global; uma fiscalização que se faz cada vez mais necessária, explorando vias participativas, como a dos mencionados modelos de autorregulação regulada, para mencionar uma solução presente em cada vez maior número de setores críticos econômicos e sociais, mesmo em escala global.”³⁶

Por tudo quanto visto, pode-se sinalizar nos autores referenciados, uma linha de análise comum, um fio condutor, em relação ao exame do Estado contemporâneo. Em especial os estudos de Ulrich Beck, Anthony Giddens, Jacques Chevalier e Boa Ventura dos Santos, indicam uma transformação em marcha, uma verdadeira ruptura no ente estatal tradicional, demandando-se uma reconfiguração dos aparelhos do Estado contemporâneo. Mudança estas que, mais cedo ou mais tarde, irão se refletir no mundo jurídico.

1.2. Aparente paradoxo: a expansão dos sistemas punitivos em contraposição ao aumento dos espaços para a autorregulação

³⁴ CHEVALLIER, Jacques. *Idem*.

³⁵ CHEVALLIER, Jacques. *Idem*.

³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*, p. 66-70.

Pode-se afirmar que a complexidade da sociedade contemporânea, exposta linhas acima, se reflete num sistema jurídico também complexo, que busca atender às exigências dos diversos setores dessa sociedade.

O jurista espanhol Jesús-Maria Silva Sanches, ao examinar a sociedade global de risco, sinalizou uma crescente “*expansão do direito penal*”, afirmando a existência de uma demanda social por mais proteção, que termina por ser canalizada, “*em termos mais ou menos irracionais*”, como uma demanda por mais punição³⁷.

Segundo o estudo do professor espanhol, a produção excessiva de leis penais passou a ser a primeira resposta do Estado para a solução dos problemas sociais. Nessa linha de atuação, o ente estatal passa a tutelar intensamente diversos setores da sociedade, o que se reflete em normas sancionatórias no âmbito do meio ambiente, das relações de consumo, das regras de trânsito, das relações tributárias, das relações familiares e de gênero.

Muitas são as justificativas expostas por Silva Sánchez para explicar a demanda por punição e a expansão do direito sancionatório, valendo destacar, entretanto, o que ele denomina: “*ausência de uma ética social mínima*”, que torna imprevisível o comportamento dos integrantes da sociedade e gera uma “*angústia que corresponde ao esforço permanente de asseguramento fático das próprias expectativas, ou a constante redefinição das mesmas*”³⁸.

Ainda, segundo o autor, nas sociedades modernas os “*critérios tradicionais de bom e de mau*” foram se degradando, isto é, não são mais suficientes como “*instâncias autônomas de moralização*” para nortear os comportamentos. A sociedade carece, portanto, de ética social que possa resguardar, de forma conveniente, os bens jurídicos por ela valorizados.³⁹

Contudo, a expansão punitiva não se limitou ao âmbito das normas penais, como usualmente analisado, podendo-se destacar também uma expansão do Direito Administrativo Sancionador.

³⁷SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 30.

³⁸ Esse fundamento ético parece ter uma relação direta com o exame das condutas ilícitas descritas pela Lei anticorrupção, uma vez que os atos corruptos refletem a ausência de uma ética social mínima nas relações entre os entes públicos e os entes particulares (SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Idem*, p. 75).

³⁹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Idem*, *ibidem*.

Fabio Medina Osório realiza profundo exame sobre essa específica atuação do Direito Administrativo por meio de sanções, observando que o Estado “*se apresenta de modo progressivo na vida das relações, com força e vocação regulatórias*”⁴⁰, o que se reflete na utilização de uma quantidade considerável de normas punitivas, por meio da fiscalização e regulação do Estado nos mercados de capitais, na ordem econômica, nos setores fiscais e tributários e, mesmo, na regulação dos mercados privados.

Também percuciente a observação do autor, ao constatar que o Direito Administrativo pode incidir num espectro mais amplo da sociedade, em múltiplos órgãos e entidades, ou seja, pode atuar em qualquer campo que comporte a atuação fiscalizadora e repressiva estatal, diversamente do que ocorre com o Direito Penal.⁴¹

Além do que já dito, vale assinalar que, diante do enfraquecimento do Estado no contexto da globalização, muitas atividades que antes eram praticadas diretamente pelo Estado passam às mãos das empresas privadas, concessionárias e permissionárias, restando ao Estado a ingrata tarefa de regular, fiscalizar e sancionar os ilícitos, atividades cada vez mais especializadas.

Mesmo em se tratando do atual “Estado regulador”⁴², que, dentre outros aspectos, limita a intervenção estatal direta nos mercados (Estado intervencionista ou positivo), verifica-se um fortalecimento do poder normativo e, por consequência, da estratégia sancionatória. Desse modo, as funções estatais de regulação, fiscalização e punição terminam por fazer parte de uma cadeia de elos sucessivos: o aumento da regulação termina por implicar no desenvolvimento dos elos seguintes. Neste contexto, a sanção administrativa aparece como um

⁴⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 35.

⁴¹ Nessa linha o Direito Administrativo sancionador pode atuar nos ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, atentatórios à saúde pública, urbanismo, ordem pública. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*).

⁴² Giandomenico Majone, no âmbito de seus estudos sobre governança regulatória na União Europeia examina a questão: “*Este artigo trata de mudanças estruturais significativas induzidas por uma ‘concatenação de várias estratégias básicas’: a privatização, a liberalização e a desregulação no sentido correto da reforma reguladora), a austeridade fiscal, a integração econômica e monetária e várias inovações em matéria de políticas ligadas ao paradigma da nova gestão pública. A despeito de sua heterogeneidade, essas novas estratégias concorrem para limitar o papel do Estado intervencionista ou positivo, especialmente ao restringir seu poder de tributar e de despendar, ao mesmo tempo em que aumentam o poder normativo e, assim, o papel do estado regulador*” (MAJONE. Giandomenico. *Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança*).

instrumento voltado essencialmente para o auxílio no desempenho da missão estatal reguladora.

Todavia, a regulação pode não ocorrer, necessariamente, por meio de sanções. Egon Bockmann Moreira apresenta uma distinção relevante quanto à intensidade da regulação. Afirma o autor que a regulação pode ser “*soft*” ou “*hard*”, isto é, macia ou dura. A regulação *soft* seria estabelecida por meio de incentivos e estímulos e daria origem a sanções positivas, premiais. Nesse caso, não se utilizaria as chamadas “ordens mandamentais” ou “sanções negativas”. O agente econômico, seguindo uma lógica de mercado, se assim o desejar, adotará determinada conduta que a regulação busca atingir.⁴³

Ainda segundo Egon Moreira, “*a liberdade é a marca da regulação soft*”, que pode dar-se, por exemplo, através de fomento econômico, subsídios e benefícios fiscais. O autor, nessa linha de atuação, cita o ditado: “*se pode levar o cavalo até a água, mas não se pode força-lo a beber*”, ou seja, nessa hipótese, o agente econômico, por opção própria (racionalidade econômica), se deixa induzir e se submete ao padrão regulamentar. Já, na chamada “*hard regulation*” seria diverso, a autoridade competente (pública ou privada) estabeleceria ordens a serem obedecidas pelos agentes econômicos, que seriam obrigados a cumpri-las. Segundo o autor: “*proibir e obrigar são os verbos dos quais se ocupa a regulação hard*”.⁴⁴

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que o enfraquecimento do Estado nacional é uma das consequências da globalização da economia e da difusão de novos paradigmas na ciência e da tecnologia, por consequência, coloca-se em cheque os sistemas internos de controle e a própria soberania dos Estados”.⁴⁵

Entretanto, não se deve entender que a transformação da soberania e a crise dos sistemas internos tradicionais de controle sejam, *de per se*, a diminuição da força e influência dos governos. Segundo o pensamento do sociólogo Anthony Gibbens, verifica-se, na realidade, uma mudança no atuar das nações:

“A soberania já não é uma questão de tudo ou nada, se é que já foi: as fronteiras estão se tornando mais imprecisas do que costumavam ser, especialmente no contexto da União Européia. Apesar disso o Estado-nação não está

⁴³ MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?

⁴⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Idem, p. 117.

⁴⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Poder, Direito e Estado. O Direito Administrativo em tempos de globalização*.

desaparecendo, e a órbita do governo, tomada no geral, se expande em vez de diminuir à medida que a globalização avança".⁴⁶

Helena Regina Lobo da Costa, ao examinar a expansão do direito administrativo sancionador, observa que a *"hipertrofia do âmbito punitivo da administração pública"* não veio acompanhada de um conjunto de regras e princípios que possa delimitar e impor parâmetros rigorosos à aferição do ilícito e imposição de sanções.⁴⁷

Um dos pontos que serão abordados adiante diz respeito, justamente, à necessidade de um criterioso exame dos limites normativos, em especial no aspecto punitivo, tendo em vista, principalmente, as garantias estabelecidas pela Constituição Federal, para que se alcance um modelo punitivo razoável para o Estado brasileiro.

Assim, a expansão do modelo punitivo por meio de sanções administrativas apresenta-se tão preocupante, ou mais, do que a própria expansão do Direito Penal, podendo-se sustentar que, ao menos, este último ramo do Direito guarda parâmetros mais claros e rígidos para a tipificação das condutas e fixação das punições, tema que será desenvolvido nos próximos tópicos.

Entretanto, a expansão do aspecto sancionador do Estado de forma geral (seja por meio do Direito Penal, seja através do Direito Administrativo), segundo a visão crítica de Osório, se assemelha a uma cortina de fumaça, que termina por obscurecer o debate principal e urgente, direcionado à uma crise de gestão.⁴⁸

Frisa o autor que a normatização punitiva não pode ser erigida à categoria de *"panaceia para todos os males"*, o que seria uma tentativa de simplificar uma realidade complexa e termina por ocasionar numa inevitável *"crise de qualidade e eficiência do sistema punitivo"*. Oportuno trazer suas palavras:

(...) sempre que eclodem escândalos de impunidade, emergem soluções puramente normativas, com reformas pontuais na legislação penal ou noutras searas, como na área da improbidade. A culpa sempre tem nome: o legislador. Muda-se a legislação, porque os operadores jurídicos apenas cumprem o que o que está previamente descrito nas leis. Reforme-se a legislação punitiva ou a legislação processual, pouco importa, a responsabilidade é do legislador. Essa é a falsa crise descrita

⁴⁶ GIDDENS, Anthony. A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia, p. 42.

⁴⁷ LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador, ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, p.118.

⁴⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*.

em muitos discursos, políticos ou corporativos, associada à notória crise crônica e estrutural das polícias e do sistema penitenciário. Os atores do sistema judicial apenas cumprem as leis, é certo, mas as leis comportam muitas alternativas, até mesmo discricionárias, e ninguém parece ser responsável por suas opções, nem as pessoas, nem as instituições.”⁴⁹

Por outro lado, segundo lição do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a globalização impôs uma “lógica da eficiência”, de modo que as sociedades mais informadas exigem que seus problemas sejam, de fato, solucionados seja por entes públicos ou particulares. Diante desse desafio, a atuação pública segue uma tendência a ceder espaço a uma nova concepção de gestão pública, mais flexível, descentralizada e negociada, de modo que:

“o diálogo político e o diálogo administrativo se expandem, se imbrincam, se democratizam e se processualizam, para ganhar segurança, precisão e visibilidade, de modo a transformar, aos poucos uma decisão imposta em uma decisão composta, e, assim o governo — que era a única solução institucional imperativa de direção política das sociedades, com seu método exclusivista de decisão política próprio das sociedades fechadas —, cada vez mais se torna governança — como alternativa de solução dialogada e negociada: o método optativo de decisão política para as sociedades abertas”⁵⁰

Sendo assim, apesar da expansão das normas punitivas, deve-se reconhecer que outros mecanismos de proteção não jurídicos e mesmo os mecanismos jurídicos não sancionatórios estão sendo utilizados, cada vez mais (e com mais eficiência), pelo Estado para coibir as práticas ilícitas (entre elas a corrupção).

Outrossim, as tradicionais normas punitivas estatais restam limitadas e sem efeito, diante de uma realidade dominada por forças complexas e dinâmicas globais que ultrapassam os marcos institucionais e nacionais tradicionais, perdendo força o direito positivo para ordenar, moldar, conformar, controlar e regular a sociedade e a economia⁵¹.

Ou seja, além do crescimento das soluções negociadas, não mais alicerçadas unicamente na imperatividade do Estado, verifica-se o surgimento de

⁴⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 46.

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: O Direito Administrativo em tempos de globalização*, p. 30.

⁵¹ Alguns estudos indicam uma baixíssima eficácia do sistema criminal para punir práticas corruptas, restando como alternativa a responsabilização administrativa e civil dos supostos “financiadores” da corrupção (Carlos Higino Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Jr. *Corrupção e judiciário – a (in) eficácia do sistema judicial no combate à corrupção*).

grandes blocos comerciais e econômicos transnacionais tem levado a uma partilha de poderes legislativos, administrativos e jurisdicionais, antes considerados exclusivos do Estado.⁵²

Nesse cenário, as fontes de produção normativa (em acepção ampla), cujo controle sempre foi visto como primordial para existência de uma nação soberana, passam a não mais pertencer unicamente ao Estado, sofrendo intensa influência de organismos internacionais, contexto em que ganha força também a chamada autorregulação.⁵³

Entretanto, apesar de se reconhecer uma limitação própria do sistema normativo tradicional para a produção de normas sancionadoras, o legislador pátrio vem reafirmando a expansão punitiva, representada não somente pelo excesso de normas penais, mas também, por normas sancionatórias de viés administrativo.

Outro aspecto que se observa no processo de expansão do direito punitivo estatal é a crescente “convergência” e “compartilhamento” de instrumentos entre os sistemas jurídicos internacionais, de modo que os mesmos instrumentos jurídicos punitivos são utilizados e aplicados por diversos Estados, sendo suas modelagens replicadas, muitas das vezes, sem qualquer adaptação às realidades diversas.⁵⁴

Assim, apesar de existir um razoável consenso de que o poder punitivo estatal, de forma geral, vem se apresentando extremamente ineficiente para direcionar e controlar os comportamentos sociais, verifica-se um paradoxo: de um lado o poder punitivo sancionador encontra-se em franca expansão, com a proliferação de leis punitivas; de outro, observa-se um crescente questionamento da eficiência desses instrumentos, principalmente, para solucionar os litígios entre a administração pública e os particulares.⁵⁵

O próprio direito positivo, de forma geral, é criticado e caracterizado como ineficiente e lento (na acepção que não consegue seguir a velocidade intensa das

⁵² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Poder, Direito e Estado. O Direito Administrativo em tempos de globalização*.

⁵³ Aqui vale ressaltar a influência da OCDE na confecção da Lei anticorrupção, como se observará adiante.

⁵⁴ Essa situação é denominada por Diogo de Figueiredo como a “universalização do Direito” NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Poder, Direito e Estado. O Direito Administrativo em tempos de globalização*, p. 135.

⁵⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*.

demandas econômicas e sociais) e a legislação fica sujeita a ter sua efetividade condicionada à aceitação dos diversos sistemas que ela deveria regular e controlar. Na linguagem popular é a chamada “lei que não pega”, ou seja, que carece de efetividade prática.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao examinar essa realidade, sinaliza uma crise das fontes tradicionais do Direito Administrativo, chamando atenção para o fenômeno da migração das fontes em direção aos *centros de direito consensual privados*, destacando-se as normas flexíveis, os acordos, as arbitragens e outras instituições muito mais próximas do conceito de consensualidade que do conceito de coercitividade.⁵⁶

Na visão do autor, está em curso uma transformação do conteúdo normativo, de modo que não cabe mais ao Estado, exclusivamente, definir o que se *põe como norma jurídica*, coexistindo normas produzidas pelo Estado com normas não estatais, admitindo-se uma permanente integração e realimentação do sistema.⁵⁷

Um dos aspectos dessa realidade se manifesta por meio da denominada autorregulação, que é resultado de uma organização coletiva, que estabelece uma ordem, um conjunto de regras ou procedimentos a seus membros⁵⁸. Ou seja, a autorregulação é caracterizada pela normatização pelo próprio agente, de modo que o controle dos comportamentos e aplicação de sanções, se dá pelo próprio grupo e seus representantes.

⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*.

⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*, p. 115 e 124.

⁵⁸ “(...) a autorregulação difere do produto das forças de mercado, porque ela resulta de uma organização coletiva que impõe uma ordem, um conjunto de regras ou procedimentos a seus membros e, portanto, não nasce do conjunto de operações - da mão invisível -, mas de uma estrutura que se destaca daquelas operações e dos agentes que as realizam em que sobre eles deverá atuar. A essência da autorregulação é a de um processo de organização coletiva ao qual se submete um determinado grupo de participantes. Esse processo tem caráter extraestatal, no sentido de que é desenvolvido por órgãos coletivos privados. Como também ocorre com a regulação estatal, a autorregulação se materializa em mais de uma dimensão. Por vezes, essa dimensão abrange, unicamente, a autoridade para criar normas de conduta, recomendações, pareceres de orientação e outros documentos de conteúdo normativo, que passam a reger a atividade dos participantes submetidos à autorregulação; em outros caso, alcança ainda a fiscalização e supervisão de grupos participantes.” (TRINDADE, Marcelo; SANTOS, Aline de Menezes. *Regulação e autorregulação no Brasil e a crise internacional*, p.9).

Alexandre Santos de Aragão vai além no tema, acrescentando a crescente relevância da autorregulação, de modo que *“algumas de suas fórmulas mais características estão saindo da órbita privada em que foram engendradas para alcançar uma inequívoca dimensão pública”*. Ou seja, tais regras e comportamentos, além de serem uma referência no mercado em que foram estabelecidos, passam a ser também uma referência para o próprio legislador.⁵⁹

Conforme já asseverou Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o Estado não é mais o protagonista exclusivo da criação do direito e as práticas da sociedade passam a ser reconhecidas e incorporadas à norma jurídica, que não mais determina, taxativamente, qual deve ser o comportamento adotado pelos agentes públicos e privados, mas passa a orientar e direcionar tais condutas (utilizando-se estímulos e, muitas vezes, a própria racionalidade econômica).⁶⁰

Ou seja, é uma via de mão dupla: as regras podem surgir por meio da autorregulação e, posteriormente, serem incorporadas ao direito positivo e, de outra parte, a autorregulação passa a ser induzida, estimulada e controlada pelo próprio Estado (atuação denominada como autorregulação regulada).

Novas legislações vêm utilizando a própria capacidade de autorregulação dos mercados e subsistemas para obter uma maior efetividade, como é exemplo a Lei 12.864/13, ao estimular a adoção dos chamados “programas de integridade” (art.7, VIII). Desse modo, uma vez que o agente (pessoa jurídica) disponha de uma estrutura interna de prevenção de atos de corrupção, poderá ver atenuada sua punição.⁶¹

Essa regra, sem dúvida, busca estimular a criação de sistemas de controle interno, isto é, estruturas internas nas pessoas jurídicas que possam permitir a prevenção e detecção dos comportamentos ilícitos previstos na Lei anticorrupção.

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos, *Direito dos Serviços Públicos*, p.393.

⁶⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma a transformação do conteúdo normativo, de modo que *“como ramo de direito estatal interno, tradicionalmente preceptivo de condutas, para isso dotado de normas que definem de modo acabado e taxativo, com vistas ao comportamento dos atores públicos e privados, contemporaneamente, como ramo do direito globalizado, vale-se de normas mais fluidas e flexíveis, privilegiando o soft law e a negociação, assemelhando-se mais a um ramo de direito preceptivo de valores e métodos, portanto voltado predominantemente à orientação de condutas”*.(MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*, p. 147).

⁶¹ Art. 7º Serão Levados em consideração na aplicação das sanções: (...)

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

Esses sistemas de controle interno passaram a ser denominados pelo termo *compliance (corporate governance)*, palavra originada no verbo inglês “to comply”, que pode ser entendido como o dever de cumprir, estar em conformidade com as leis, diretrizes, regulamentos internos e externos.⁶²

Sem dúvida a Lei anticorrupção abre um importante espaço para a autorregulação e aplicação dos programas de *compliance*, entretanto, somente com a regulamentação da Lei anticorrupção, com a edição do Decreto Federal n. 8.420/2015, estabeleceu-se parâmetros mínimos para a avaliação dos programas de integridade.⁶³

⁶² BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance. Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*, p. 75.

⁶³ O art. 42 do Decreto 8.420/15 estabelece que: “para fins do disposto no §4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciando evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV – treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados a proteção de denunciante de boa-fé; XI – medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades e infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados, XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV – monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da lei n. 12.846, de 2013; e XVI – transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. § 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, tais como: I – a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II – a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III – a utilização de agentes intermediários, como consultores e representantes comerciais; IV – o setor do mercado em que atua; V – os países em que atua, direta ou indiretamente; VI – o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII – a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e VIII – o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. § 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins de avaliação de que trata o caput. § 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno

Portanto, a atual estratégia de enfrentamento da corrupção exige e estimula que o setor privado, assim como o público, adote medidas preventivas, não somente por conta dos princípios ético e morais, mas também em razão dos elevados custos das sanções e prejuízos econômicos que tais práticas podem ocasionar.

Nesse sentido, a Lei anticorrupção busca utilizar a própria racionalidade do mercado (econômica) a seu favor, procurando beneficiar aqueles empresários que adotarem preceitos de boa governança e de prevenção às condutas ilícitas.

Para que seja possível, todavia, passar ao estudo do instituto objeto do presente trabalho (o acordo de leniência estabelecido pela Lei n. 12884/13), apresenta-se essencial melhor compreender a natureza das sanções estabelecidas pela nova legislação, de modo a perquirir o nível de proteção e quais as garantias que serão outorgadas ao investigado, ou mesmo ao proponente do ajuste de leniência.

1.3. Aproximação do Direito Penal com o Direito Administrativo: existe unidade do ordenamento jurídico?

O questionamento suscitado nesse tópico é pertinente para o estudo que se busca realizar, porque longe de constituir um debate estéril e meramente doutrinário, influi na aplicação prática das normas, em especial na definição do regime jurídico a que se submetem as sanções administrativas e, por consequência os tipos penais e sanções estabelecidos na Lei 12.846/13.

Não se procederá a um exame completo do desenvolvimento da discussão acerca da distinção quantitativa e qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, porque esse complexo assunto já foi amplamente examinado pela doutrina estrangeira e nacional, de modo que se pode adotar alguns pontos de

porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do caput. §4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata o Capítulo. § 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o §3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria da União.”

partidas, relativamente seguros para, após, passarmos ao tema central da dissertação.

De fato, a questão vem gerando intensos debates na doutrina nacional e internacional desde muito tempo, questionando-se em diversas oportunidades se existe, de fato, uma unidade que possa vincular o direito penal e direito administrativo sancionador.

Fábio Medina Osório, uma referência relevante no exame da questão, aborda a questão na obra *Direito Administrativo Sancionador*.⁶⁴

“Haverá um unitário *ius puniendi* do Estado, que alcance normas penais e administrativas repressivas? Haverá princípios gerais presidindo o poder punitivo estatal de forma unitária? Haverá diferenças substanciais entre os regimes jurídicos do Direito Administrativo Sancionador e do direito penal?”⁶⁵

Em seguida o autor sinaliza a relevância do tema ao afirmar que

“O certo é que vigora, fortemente, a idéia de que o Estado possui um único e unitário poder punitivo, que estaria submerso em normas de direito público. Essa caracterização teórica do poder punitivo estatal tem múltiplas consequências, e, paradoxalmente, parcela das situações que lhes servem de premissa são extremamente problemáticas. A mais importante e fundamental consequência da suposta unidade de *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e aos Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se nesse passo, as garantias individuais.”⁶⁶

Informa o autor que a ideia de que não existem diferenças substanciais entre as normas penais e administrativas sancionadoras passou a defendida pelas Cortes Constitucionais europeias e, mais adiante, pelo próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos.⁶⁷

Acrescenta que os critérios que distinguiam, no plano teórico, a separação entre os regimes jurídicos se revelavam falhos, com lacunas, de modo que o legislador “de um só golpe” poderia “derrubar bibliotecas inteiras”, por conta da sua discricionariedade, “assentada em legitimação democrática e soberana”.⁶⁸

Uma das linhas argumentativas que busca distinguir os regimes jurídicos diz respeito à diversidade de conteúdo das normas penais e administrativas. O direito administrativo buscava proteger os interesses da administração (proteção do ordenamento interno da Administração), enquanto o direito penal teria uma

⁶⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*.

⁶⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, p. 119-120.

⁶⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, ibidem.

⁶⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, ibidem.

⁶⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, p. 121.

“vocação mais geral e global”. Entretanto, segundo Osório, esse argumento não se sustenta, porque a Administração Pública passou a utilizar uma “fórmula abrangente e condicionante”.⁶⁹

No curso do debate realizado pelos autores europeus, buscou-se diferenças “substanciais” (conteúdo) e “qualitativas” entre a norma penal e a norma administrativa sancionatória. Todavia, a grande diversidade de usos e transformações dessas normas — penais e administrativas sancionatórias — não permitiu que se firmasse um critério seguro.⁷⁰

Também se observou, de outra parte, uma “enorme dificuldade” em se diferenciar ilícitos penais e administrativos pelo critério do conteúdo ou qualidade das penas. Isso porque algumas sanções administrativas são mais rígidas do que as sanções penais. Inclusive, o legislador possui plenos “poderes discricionários”, podendo transformar um ilícito penal em administrativo e vice-versa.⁷¹

Ainda no tema o estudo de Fabio Medina Osório passa a examinar a “jurisprudência dos Tribunais Constitucional e Supremo espanhóis”⁷², informando que a tese da “unidade da pretensão punitiva do Estado” é aceita, de forma geral⁷³, afirmando-se uma “suposta ausência de distinção ontológica entre ambas infrações (penal e administrativa), de modo que não haveria distinções qualitativas entre esses ilícitos.”⁷⁴

José Bermejo Vera, ao tratar do procedimento sancionador, cita posicionamento do Tribunal Constitucional espanhol:

“Son aplicables al procedimiento sancionador todos los principios que integran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva grantizado em la Constitución (art. 24 CE), si bien ‘em la medida em que sean compatibles com su naturaleza’ (STC de 6 de febrero de 1989. Esto significa que las solemnidades del proceso penal no pueden trasladar se, sin más, al procedimiento administrativo sancionador”⁷⁵

Osório passa a expor, todavia, as críticas enfrentadas pelo Tribunal Supremo e Tribunal Constitucional espanhóis em relação à “teoria unitária”.

⁶⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, p. 122.

⁷⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, p. 122-124.

⁷¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, p. 124.

⁷² OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, p. 125.

⁷³ Osório afirma que Alejandro Nieto, diversamente da maioria dos autores espanhóis, possui uma visão bastante crítica sobre a possibilidade de uma unitária pretensão punitiva estatal (OSÓRIO, Fábio Medina. Idem).

⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, p. 127-128.

⁷⁵ VERA, José Bermejo. *La potestade sancionadora de la adminisatración*, p. 262.

Afirma que as decisões dessas cortes superiores sustentam a aplicação de alguns dos princípios penais ao direito administrativo sancionador, mas sempre com *matizes*, com adequação às nuances da situação concreta, ou seja, segundo Fabio Medina Osório, a unidade da pretensão punitiva estatal é uma *frágil construção teórica*, que se situa muito mais no campo retórico do que no mundo real.⁷⁶

Nas páginas seguintes, o autor examina detidamente as críticas à tese da unidade do *ius puniendi* do Estado, todavia, nos deteremos na afirmação do autor de que

“(...) essa unidade não apenas admite, como supõe diferenças substanciais, lacunas, imperfeições, numa linha coerente com o que sempre ocorreu no interior dos sistemas jurídicos positivos, ao menos desde o momento em que adquirem determinados níveis de complexidade e sofisticação”.⁷⁷

O primeiro enfoque utilizado por Fabio Osório para sustentar seu ponto é de que as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas objetivamente no direito administrativo sancionador, diversamente do que ocorre no direito penal (cujo dogma é da responsabilidade subjetiva). Desse modo, sustenta que o direito administrativo sancionador “*não parte da ideia de garantir direitos individuais*”, “*parte da ideia de interesse público*” e utiliza até mesmo a responsabilidade objetiva.⁷⁸

Ainda, segundo o autor, o Direito Penal, por sua história teria maior vinculação com a proteção dos direitos humanos e individuais. Apesar disso reconhece, recentemente, a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas.⁷⁹

Mais adiante, expõe que o poder estatal sancionatório, de forma geral, “deve obediência às finalidades ordinárias de quaisquer penas”, ou seja, “há de ser público, proporcional, razoável, mergulhado num universo normativo garantista”. Submete-se, indiscutivelmente, a princípios constitucionais que norteiam o exercício da pretensão punitiva estatal”.⁸⁰

⁷⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 129.

⁷⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Idem*, p. 141.

⁷⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Idem*, *ibidem*.

Distingue também o elemento formal das sanções penais (o processo penal) e o elemento formal da sanção administrativa (o processo judicial ou administrativo).⁸¹

Quanto à interpretação, afirma que embora a pena seja distinta da interpretação administrativa, existe um movimento de aproximação, eis que o Direito Penal vem ganhando “contornos funcionalistas” e o Direito Administrativo Sancionador se aproxima do “ideário humanista”⁸²

Com base nesses argumentos, sustenta Osório a existência de diferenças em grau acentuado. Justifica a “invocação de regimes jurídicos distintos” para realidades também distintas, mas sustenta que não se pode ignorar a possibilidade dos chamados “núcleos duros” (ponto fundamental de seu raciocínio).

Segundo ele, “determinadas realidades normativas deveriam reportar-se, residindo eventual sentido de uma perspectiva unitária ou hierarquizada”. Ou seja, segundo sua tese, inexistente um unitário *ius puniendi* estatal em base rígidas, o que não impede que seja reconhecida um tipo de unidade. Essa tese reconhece as diferenças, mas estabelece um *núcleo básico* de fundamentação das regras e princípios, que teriam conteúdos comuns, dentro do âmbito do chamado *Direito Punitivo*.⁸³

Portanto, segundo a *Teoria do Direito Punitivo Sancionador*⁸⁴, estruturada por Osório, fica estabelecida uma base comum, um núcleo de limites básicos, entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, conferindo-se um novo sentido à unidade desses sistemas:

“(...) os dois regimes jurídicos acabam adentrando núcleos estruturantes dos direitos fundamentais do acusado em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do estado de Direito. O Direito Punitivo, assim, encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, embora também com pontos mínimos em comum. Assim é que deve compreender a unidade do Direito Sancionador: há cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade”⁸⁵

⁸¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, p. 145.

⁸² OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, ibidem.

⁸³ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, p. 146-148.

⁸⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, ibidem.

⁸⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Idem, p. 153.

Verifica-se, por tudo quanto visto do estudo do autor, que apesar de sustentar uma unidade nuclear, originada da Constituição, reafirma Osório a distinção entre o regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador e o regime dispensado ao Direito Penal, sustentando, entretanto, uma nova ideia de unidade, por conta de conteúdos mínimos obrigatórios presentes nos dois regimes.

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi salientam, por sua vez, que o debate não é recente na doutrina estrangeira e tem sido estimulado, recentemente, em virtude da ampliação do direito penal para tratar de condutas tradicionalmente reguladas pelo direito administrativo sancionador. Da mesma forma, os questionamentos tornaram-se mais intensos porque ocorreu um agravamento das sanções administrativas, que se aproximam da gravidade penal.⁸⁶

Os autores abordam a diferenciação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador tendo em vista duas teses básicas: 1) tese diferenciadora, ontológica ou qualitativa; e 2) a tese unitária, normativa ou quantitativa.⁸⁷

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi estabelecem uma clara diferenciação entre essas duas interpretações, tomando por base a discussão histórica do tema:

“De acordo com tese diferenciadora, proposta inicialmente por James Goldschmidt, e aprofundada por Erick Wolf e Eberhard Schmidt, direito penal e direito administrativo sancionador possuiriam uma diferença essencial, ontológica, decorrente do fundamento das sanções das duas áreas. Segundo Goldschmidt, a desvalorização ético-social seria algo inerente ao direito penal, e as condutas tuteladas por essa área seriam *mala in se*, ou seja, reprováveis eticamente antes mesmo (e independentemente) de serem incluídas no rol de condutas puníveis. Esse desvalor ético seria intrínseco ao direito penal, e exclusivo dessa área, ao passo que as sanções administrativas seriam eticamente neutras, respondendo às demandas imediatas de regulação e ordenação por parte do Estado. As infrações administrativas, na interpretação de Goldschmidt, seriam meras contrariedades às ordenações do Estado, e não contariam com a identificação social de injusto.”⁸⁸

⁸⁶ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O Combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*, p. 105.

⁸⁷ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O Combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*. Saraiva, p. 105.

⁸⁸ Os autores acrescentam, também, que a teoria ontológica foi praticamente superada pela doutrina após o Projeto de Código Penal Alemão, tendo prevalecido por décadas a teoria unitária. (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O Combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*, p. 106).

Já a teoria unitária, que se tornou majoritária⁸⁹, defende que existe a unidade dos sistemas sancionadores, de modo que não existe uma característica valorativa suficientemente capaz de distinguir o ilícito penal do ilícito administrativo.

Gustavo Binenbojm, não alheio ao debate, sinaliza que existe uma tendência no direito pátrio no sentido de *“sujeitar o exercício do direito punitivo pela Administração Pública às mesmas balizas que guiam a aplicação do Direito penal pelo Poder Judiciário”*.⁹⁰ Sustenta, desse modo, que os regimes penal e administrativo exibem núcleos mínimos de garantias ancoradas na própria Constituição. Verifica-se, assim, que Gustavo Binenbojm se filia ao mesmo raciocínio apresentado por Fabio Medina Osório, isto é, de que os regimes penal e administrativo possuem “núcleos mínimos” ou “núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados”, que devem submeter-se aos princípios constitucionais, em especial às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito.⁹¹

Ao abordar o direito sancionador espanhol⁹² — relevante base para o raciocínio desses autores — afirma Gustavo Binenbojm que *“as construções doutrinárias partem da noção de que o poder punitivo estatal é um só”*, ou seja, a penalidade, “independentemente do *nomem iuris*”, emana do mesmo poder punitivo estatal.⁹³

Sobre o tema, Marçal Justen Filho também reconhece a similitude entre certas sanções administrativas e as sanções penais:

“as sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante. Os princípios fundamentais de direito penal vêm aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo”⁹⁴

Oportuno frisar, entretanto, que o jurista espanhol Jesus-Maria Silva Sánchez, é um dos autores contemporâneos que ainda sustentam a *tese*

⁸⁹ Conforme observamos nos estudos de Fabio Medina Osório.

⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Estudos de direito público- artigos e pareceres*, p. 622.

⁹¹ Opinião também apresentada por José dos Santos Carvalho Filho (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, p. 85.)

⁹² Um exame atento revela que Fabio Medina Osório e Gustavo Binenbojm receberam considerável influência da doutrina espanhola, principalmente pela ideia de que o Direito punitivo estatal pode se manifestar pelas duas vias, penal ou administrativa.

⁹³ O autor cita a lição de Garcia de Enterría a Tomás-Ramón Fernandez *“[e]l mismo ius puniendi del Estado puede manifestar-se tanto por la vía judicial como por la vía administrativa”*.

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, p. 571.

ontológica de diferenciação entre o direito penal e o direito administrativo, baseado no especial caráter axiológico e ético que comporia as leis penais.

Silva Sánchez reconhece a controvérsia da questão e afirma que, atualmente, estaria consolidado entendimento, “amplamente dominante”, de que a diferenciação entre ilícito penal e administrativo seria meramente quantitativa⁹⁵. Entretanto, segundo o professor espanhol, o fator decisivo para distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo seria o “critério teleológico”, ou seja, a finalidade que perseguem. Nessa linha de raciocínio, o Direito Penal perseguiria “a proteção de bens concretos” e seguiria “critérios de lesividade” ou “periculosidade concreta” e de imputação individual do injusto próprio. Já o direito administrativo sancionador perseguiria a ordenação de setores específicos da sociedade.⁹⁶

Frise-se, uma vez mais, que, atualmente, a maior parte da doutrina posiciona-se a favor da tese unitária, apesar das nuances apresentados pelos autores (vide tese apresentada por Fabio Medina Osório) segundo a qual não existiria qualquer diferença ontológica entre delito e sanção administrativa, tratando-se exclusivamente de uma escolha normativa.⁹⁷

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi expõem, ainda, a existência de uma teoria intermediária, intitulada teoria quantitativo-qualitativa ou teoria mista. Segundo essa linha de raciocínio, existiria “*uma diferença ontológica entre os*

⁹⁵ Segundo o autor espanhol, haveria uma especial “desvalorização social” em relação às condutas incluídas no direito penal, que não está presente nas regras de direito administrativo (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 149).

⁹⁶ Em outra passagem relevante de sua obra o autor espanhol afirma uma relevante “mudança de perspectiva” relacionada à expansão do Direito Penal, que seria a “administrativização do direito penal”, de modo que o Direito Penal se converteria em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais, criando-se uma dificuldade em se delimitar a fronteira exata entre o ilícito penal e o ilícito administrativo (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, *Ibidem*, p. 148-150). Um exemplo da utilização do direito penal para regular determinado setor da sociedade: a instrumentalização do direito penal para auxiliar a regulação do sistema financeiro que, ao longo do tempo, desconectou-se da política econômica que pretendia defender, transformando-se em norma inócua do ponto de vista do bem jurídico que visava proteger, restando apenas o efeito perverso inerente a qualquer norma penal, consistente na possibilidade de punição e privação de liberdade. (Thiago Bottino, *Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas*, in *Regulação No Brasil: uma visão multidisciplinar* (org) Sergio Guerra).

⁹⁷ Alejandro Nieto menciona que, quer se aceite a tese unitária ou não, um fato que chama atenção é de que tanto a sanção administrativa quanto a penal são figuras normativas que estão à disposição do legislador, de tal forma de que o que hoje é considerado sanção administrativa pode amanhã tornar-se tipo penal. NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 128. (Apud GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O Combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*. Saraiva. São Paulo. 2015. p. 110).

delitos e ilícitos administrativos somente nos extremos que integram as duas áreas”, isto é, as condutas proibidas pelo núcleo do direito penal, protetoras de bens jurídicos individuais fundamentais (vida, integridade física, liberdade) manifestam evidente diferença ontológica em relação às sanções do direito administrativo sancionador.⁹⁸

Seguindo-se essa linha de pensamento, haveria um espaço de transição entre as infrações mais graves de direito administrativo sancionador e as mais brandas do direito penal (sempre fora do núcleo duro de proteção penal), dentro do qual não há nenhuma diferença ontológica entre as condutas, sendo esta meramente normativa. A diferença qualitativa somente seria evidente nos extremos de gravidade das sanções que compõe as penas do núcleo do direito penal e das leves multas impostas pelo poder de polícia da administração.⁹⁹

Os autores destacam, ainda, que o processo de expansão do direito penal estimula a aceitação da teoria unitária, pois essa posição preceitua que tanto o direito penal, quanto o direito administrativo sancionador, são ramos protetores de bens jurídicos, em diferentes níveis de proteção, de modo que ambos estabelecem padrões de cuidado e de conduta e exercem uma função preventiva geral, com a cominação de penas e multas. Um argumento relevante apresentado pelos defensores dessa tese é de que existem condutas penais que não contam com a reprovabilidade ético-social necessária para diferenciá-las o suficiente das normas administrativas sancionadoras.¹⁰⁰

Desde já, oportuno registrar que entendemos que a simples gravidade da sanção não pode ser um fator preponderante para a distinção entre a sanção penal e a sanção administrativa, tendo em vista que existem punições administrativas que geram considerável abalo na vida dos particulares. A Administração, muitas vezes, impõe sanções que afetam de forma severa a esfera de direitos dos particulares, de modo tão grave quanto as sanções impostas pelo Direito penal.¹⁰¹

⁹⁸ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O Combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*.

⁹⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, Idem.

¹⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O Combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*.

¹⁰¹ Nesse aspecto Demian Guedes afirma que “é falsa a impressão de as sanções administrativas componham uma classe “menor” de punições pelo Estado, tendo em vista a persecução criminal.

No tema nos filiamos ao enfoque desenvolvido pela professora Helena Regina Lobo da Costa, em sua tese apresentada perante a Universidade do Estado de São Paulo (USP). Segundo a autora, não faz sentido buscar diferenças ontológicas entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, mas apenas as distinções normativas.¹⁰²

A autora sustenta que, sob o aspecto normativo, os ilícitos podem ser diferenciados por meio dos requisitos impostos ao legislador para suas criações e pela estrutura jurídica em que se inserem.¹⁰³ Nesse caminho, o legislador deve seguir os requisitos para a criminalização das condutas (sob o enfoque penal) e na criação dos ilícitos administrativos “*o legislador deve respeitar os espaços de exercício do núcleo de direitos fundamentais, a legalidade e a proporcionalidade*”.¹⁰⁴

Afirma que a estrutura na qual se inserem também é distinta, pois a estrutura do direito penal gera “*maior estigmatização*”, mas vem acompanhada de “garantias típicas do exercício da jurisdição”, reforçadas por se tratar de matéria penal. Adiciona-se o fato de que os ilícitos penais (e suas consequências) são trabalhados pelos órgãos do sistema penal (Polícia, Poder Judiciário, Ministério Público e sistema prisional).¹⁰⁵

Defende também a autora que “*as garantias referentes à apuração do ilícito e imposição de sanções não têm emprego somente no campo penal*”, de modo que tais garantias podem ser mais detalhadas no direito penal, mas deve-se observar os princípios limitadores da atuação estatal na esfera administrativa.¹⁰⁶

Por fim, sustenta a necessidade de se adotar limites e garantias mais rigorosos no âmbito da administração, que possam gerar um maior grau de formalização.¹⁰⁷

As sanções administrativas podem causar drásticos impactos na vida privada, tais como o descredenciamento de instituições de ensino superior, o fechamento de estabelecimentos comerciais e fabris, a proibição de contratar com o Poder Público, a demissão de funcionários estáveis, a imposição de multas em valores excessivos etc.” (GUEDES, Demian. *O Estado Democrático de Direito e os seus castigos: uma reavaliação do ato sancionador*, p.299).

¹⁰² LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, p.119

¹⁰³ LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Idem*, p. 145.

¹⁰⁴ LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Idem*, p. 146.

¹⁰⁵ LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Idem*, *ibidem*.

¹⁰⁶ LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Idem*, p. 147-148.

¹⁰⁷ LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Idem*, *ibidem*.

Mais adiante, a autora debate se existiria de fato uma unidade do *ius punitivo*, concepção de ampla aceitação na doutrina e jurisprudência espanhola.¹⁰⁸

Informa a autora que no Brasil a concepção de um único *ius puniendi* vem sendo aceita por vários autores¹⁰⁹, sustentando que deveria incidir o mesmo regime jurídico.¹¹⁰

A autora faz indicação da crítica realizada por Alejandro Nieto Garcia, na Espanha, à teoria unitária, valendo destacar passagem desse autor na qual afirma que o direito administrativo está vinculado diretamente ao direito público e não se configura como um *direito penal envergonhado*.

Em outra passagem da mesma obra, Alejandro Nieto Garcia¹¹¹ afirma que os princípios penais se aplicam, nessa seara, com as “cores do Direito Administrativo”, ou seja, com conteúdo diverso daquele comumente reconhecível na esfera penal.

Helena Regina Lobo da Costa sustenta que ao se reconhecer diferenças entre o direito penal e o direito administrativo, ainda que de natureza quantitativa, abre-se caminho para a ideia de que as garantias são as mesmas, mas devem sofrer nuances e adaptações. Com esse raciocínio, segundo a autora, “boa parte da força retórica da ideia de unidade do *ius puniendi* se esvai”.¹¹²

Por fim a autora sustenta sua posição sobre o tema:

“(...) afastar a concepção unitária do *ius puniendi* resulta em não aceitar a simples transposição do regime do direito penal ao direito administrativo sancionador. Todavia, a exigência de normas mais rigorosas para a aplicação de sanções administrativas não decorre, diretamente, da (inexistente) identidade com o campo penal. Ela é fruto do fato de as sanções administrativas consistirem em relevante imissão estatal na esfera de direitos fundamentais, em decorrência da prática de atos ilícitos”¹¹³

¹⁰⁸ LOBO DA COSTA, Helena Regina. Idem, p. 173.

¹⁰⁹ Cita Miguel Reale Junior (REALI JUNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o *ius puniendi* geral. In: PRADO. Luiz Reis (coord.) Direito Penal contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista Brasileira dos Tribunais, 2007.p 93-1000 e Rafael Munhoz de Mello (MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹¹⁰ LOBO DA COSTA, Helena Regina. Idem, p. 174.

¹¹¹ NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 23.

¹¹² LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. p.175.

¹¹³ LOBO DA COSTA, Helena Regina. Idem, p. 176.

Oportuno, ainda, mencionar que o mesmo debate também se desenvolveu no direito português.

Segundo Figueiredo Dias, não é possível distinguir os ilícitos penal e administrativo com base em uma reprovação ética, pois nenhum ilícito é “ético-socialmente indiferente”, para o autor a conduta é que seria merecedora de reprovação social¹¹⁴.

Figueiredo Dias e Faria da Costa sustentam, ainda, que existe uma diferença qualitativa entre os ilícitos penal e administrativo. José de Faria Costa, em especial, indica que existe uma relevância especial no exame dos bens jurídicos-penais e sustenta que, ao se lidar com o direito administrativo sancionador, “*não tem sentido se exigir o mesmo rigor que deve existir quando se define um comportamento como crime*”¹¹⁵.

Vale mencionar, ainda, o trabalho de Paulo de Souza Mendes¹¹⁶, professor da Universidade de Lisboa, que ao examinar o direito concorrencial, concluiu que existe “*um novo regime legal de procedimento sancionatório*”, que se afasta, sob muitos aspectos, das garantias da defesa do processo penal e do processo de “mera ordenação social”. Segundo ele: “*É legítimo, mais do que bradar ao escândalo, perguntar se não estaremos a assistir ao nascimento de um novo ramo de Direito, uma espécie de Direito de intervenção a cargo das autoridades reguladoras independentes*”.

Ou seja, o doutrinador diante do exame da realidade do direito concorrencial português, pondera a viabilidade de um “novo ramo do direito” que “corte as amarras” com o Direito Penal e o Direito de mera ordenação social.

Raul Soares da Veiga, por sua vez, expressa a existência de uma *tensão* e *queixas* contra o regime vigente em Portugal, tendo em vista que alguns autores defendem que existe um *excesso de garantismo*, que estaria impregnando o

¹¹⁴ DIAS, Figueiredo. Direito Penal, parte geral. Tomo I.

¹¹⁵ DIAS, Figueiredo. Idem, p. 161-162.

¹¹⁶ Paulo de Souza Mendes trata especificamente do direito de não se auto incriminar ante o dever de cooperação das empresas, imposto pela Lei de Concorrência portuguesa. (MENDES, Paulo de Souza. *O procedimento sancionatório especial por infrações às regras de concorrência*, p. 223- 224.)

Direito de mera ordenação, que seria “*desvirtuado por regimes de defesa análogos aos processos penais*”.¹¹⁷

Ao ver desse autor, no direito jurídico português “o *Direito de mera ordenação social ou o Direito das contra-ordenações estaria mais próximo do Direito Penal do que do Direito Administrativo*”.¹¹⁸

Para Raul Veiga uma das consequências possíveis para o agravamento constante das punições administrativas é a de que cada vez mais este ramo do Direito (Direito de mera ordenação social) se aproximar, quer substantiva, quer adjetivamente do Direito Penal¹¹⁹

Para concluir o presente tópico, tendo em vista a apresentação de argumentos favoráveis e contrários à denominada unidade do *ius puniendi* estatal, oportuno registrar que nos filiamos ao entendimento contrário a tese unitária, ou seja, de que não é aceitável a mera transposição das garantias do direito penal para o direito administrativo sancionador.

De outra parte, cremos que o Direito Administrativo Sancionador tem pela frente o desafio de criar seu próprio sistema de garantias, sendo fundamental a aplicação de normas mais rigorosas para a aplicação de sanções administrativas.

¹¹⁷ VEIGA, Raul Soares da. Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras, p. 140-142.

¹¹⁸ Isso fica claro para o autor, ao afirmar que “o regime geral do Direito de mera ordenação social estabelece como Direito subsidiário da sua parte substantiva o Direito Penal (v. art. 32º do Dec-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro) e como Direito subsidiário da sua parte adjetiva o Direito processual penal (art. 41º, n. 1, do mesmo diploma)”. (Raul Soares da Veiga. Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras. In Direito Sancionatório das autoridades reguladoras. PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva e MENDES, Paulo de Souza (coords). Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras. Coimbra Editora. 2009. P. 140-142).

¹¹⁹ É a tendência que se vem imputando, segundo o autor, à chamada “Escola de Frankfurt”. Sobre a chamada “Escola de Frankfurt”, Carlo Velho Mais explica que, ainda hoje, não há consenso sobre a efetiva existência de uma “Escola Penal” de Frankfurt (nomenclatura atribuída originalmente por Schünemann), em função da convivência de enfoques bastante distanciados, que vão desde os abolicionistas (Lüderssen e Albrecht), até minimalistas ou reducionistas (Hassemer, Naucke, Prittwitz, Herzog e Kargl). O elemento que aglutina esses autores seria, além de um propósito de romper barreiras entre o Direito Penal, as Ciências Sociais e as Ciências Empíricas, um contorno específico quanto à crítica do Direito Penal contemporâneo. (MASI, Carlos Velho. A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 216). Segundo Hassemer, “para combater as formas modernas de provocação de danos, deveria pensar-se na construção de um sistema jurídico que tenha elementos absolutamente penais, mas que esteja orientado em termos estritamente penais e, em todo o caso, renuncie à reprovação pessoal e à imposição de penas privativas de liberdade. Uma classe de direito de intervenção, assim configurado, poderia integrar formas de imputação colectiva” (Hassemer apud Silva Sanches, SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do direito penal. *Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 119 - 120).

Sem dúvida, a Constituição representa o cerne e o limite para a atuação do Estado, seja por meio do direito penal, seja por meio do direito administrativo sancionador, entretanto isso não infere que eles devam seguir os mesmo métodos e caminhos.¹²⁰

Assim, adotaremos a tese de que existe de fato uma distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo baseada, fundamentalmente, no nível das garantias e dos direitos constitucionais incidentes a cada ramo do Direito, embora muitas das vezes, os mesmos princípios sejam aplicáveis ao direito penal e administrativo sancionador.

Por tudo quanto visto, confiamos que os princípios constitucionais básicos fundamentais, em especial as cláusulas do devido processo legal e do contraditório, elencadas na Constituição Federal¹²¹, devam ser observados no Direito Administrativo sancionador, por conta da gravidade das consequências das sanções por ele estabelecidas para o campo de direitos do particular.

Por consequência, os investigados e proponentes de acordos de leniência devem merecer, por conta da gravidade das sanções estabelecidas na Lei anticorrupção, o grau máximo de proteção outorgado ao direito administrativo sancionador por parte da Carta Constitucional.

Assim, na hipótese em exame, se faz imperiosa uma exigente observância dos direitos e garantias dos investigados (sim porque os proponentes da leniência, ao nosso entender, gozam da posição de investigados, apesar de não ser indispensável a existência de processo administrativo para a possibilidade de acordo de leniência), mesmo que essa acepção seja mais utilizada no processo penal.

¹²⁰ Vicente Greco Filho e João Daniel Rossi afirmam que a consequência da adoção da tese unitária ganha contornos bastante práticos, pois permitiria a transposição de regras de processo penal e da parte geral do direito penal para as sanções mais graves do direito administrativo sancionador, como as multas previstas às pessoas jurídicas que praticarem corrupção (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. O Combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas, p. 114).

¹²¹ Art. 5º (...) LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; Art. 5º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e Art. 5º (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Tal fato não contraria o posicionamento ora adotado — contrário à tese unitária —, mas reflete interpretação de acordo com as garantias e limites impostos na Constituição ao poder sancionador administrativo.

Nesse particular a Professora Helena Regina Lobo da Costa ensina que:

“o fato de alguns dispositivos constitucionais que merecem aplicação no direito administrativo sancionador se referirem somente a expressões características do direito penal em nada altera essa conclusão, até porque o direito constitucional funciona como fundamento do regime jurídico do direito administrativo, isto é, como seu ponto de partida, não como seu limite. Além disso, não se pode admitir a adoção de visão tão positivista do direito constitucional, reduzindo-o ao que está expressamente enunciado na Constituição Federal.”¹²²

De forma análoga, Rafael Munhoz de Mello afirma que:

“É verdade que alguns dos dispositivos constitucionais acima mencionados fazem referência a expressões próprias do direito penal (crime, pena, lei penal) — o que não significa que os princípios nele vinculados não se apliquem também no campo do direito administrativo sancionador. Tais princípios, corolários que são do princípio fundamental do Estado de Direito, nem mesmo careceriam de previsão expressa no texto constitucional.”¹²³

Tendo sido exposto os argumentos principais do debate acerca da suposta unidade do direito sancionador, passaremos a abordar o questionamento que vem sendo reiterado por balizada doutrina pátria, que diz respeito à natureza da Lei n. 12.846/13.

1.4. Existe uma natureza penal na Lei anticorrupção?

Como já observamos, todo e qualquer estudo da Lei 12.846/13 realizado no atual momento apresenta-se inicial, uma primeira impressão sobre os seus dispositivos. Assim, sem qualquer demérito, cremos que as reais implicações da nova lei somente poderão ser melhor examinadas e refletidas com a aplicação prática dessa legislação.

Apesar disso, afigura-se relevante analisar um aspecto dessa norma que vem sendo abordado, de forma reitera, por grande número de juristas e que diz

¹²² LOBO DA COSTA, Helena Regina. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre- Docência) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013. p. 177.

¹²³ MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz de da Constituição Federal de 1988. São Paulo. Malheiros, 2007. p. 102-106.

respeito à suposta natureza penal ou “*próxima ao direito penal*” da Lei anticorrupção. Neste tópico, buscaremos apresentar alguns dos argumentos que embasam essa afirmação¹²⁴ para após expor breves considerações.

Pierpaolo Cruz Bottini¹²⁵ chama atenção para a questão, qualificando a Lei anticorrupção como “*lei penal encoberta*”. Indaga, nesse sentido, qual seria “*a real natureza*” da Lei 12.846/13, ou seja, se norma administrativa ou se teria “*elementos do direito penal material*”.

Segundo Bottini, existiriam características do direito penal nessa norma. Em primeiro lugar, afirma que os atos ilícitos estabelecidos no artigo 5º da Lei teriam (quase todos) correspondência na seara penal. Adiante, expõe que as sanções e consequências, por sua gravidade, “*são equiparadas à penais*”.

Tendo essas informações em vista, Bottini destaca que a Lei anticorrupção, possui um “*nítido caráter sancionador*”, razão pela qual é legítimo “*exigir que as garantias do direito penal e do processo penal*” sejam utilizadas em sua aplicação.

Adiante, o autor, ao examinar questões concretas, sustenta que a lei teria “*natureza penal, ou quase penal*”, o que demandaria uma interpretação restritiva da lei, semelhante a aquela utilizada nos textos penais.

Outro aspecto salientado é que o investigado, parte no polo passivo do processo sancionador, teria o direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), de forma semelhante à regra estabelecida no processo penal.

Todavia, apesar das críticas já assinaladas, Pierpaolo Cruz Bottini, juntamente com Igor Tamasaukas, sugere aspectos positivos da nova legislação, em especial o estímulo ao *compliance*:

“(...) já veio tarde uma lei com esse espírito de dotar a administração de mecanismos para combater a prática de ilícitos contra seu patrimônio. Não se trata de lei penal, pois não cria crimes ou penas. Não tem a contundência inútil da ameaça de prisão, mas a racionalidade efetiva da inibição de comportamentos pela identificação inteligente e repressão dos principais beneficiários do ilícito. Ao trazer instrumentos que facilitam a identificação dos responsáveis pelos atos, organizar informações sobre investigações e incentivar a delação e mecanismos para que as próprias empresas incorporem práticas éticas, a lei em comento será

¹²⁴ Optamos por trazer a posição de alguns desses juristas e mesmo nesse caso somente os argumentos que se distinguem em alguma medida, tendo em vista que os argumentos muitas vezes são repetidos.

¹²⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta*. e BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. *A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção*.

muito mais eficaz para prevenir e reprimir condutas que, há muito, deveriam ser extirpadas da relação entre o ente privado e o gestor público”.¹²⁶

Renato de Mello Jorge Silveira e Fernando Facury Scaff¹²⁷ também abordam a questão, sob o título “*Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal*”. Nesse texto sustentam os autores que a gravidade das sanções administrativas seria indicativo da “lógica penal” da norma. Além disso, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica resultaria no cerceamento da defesa. Em relação ao acordo de leniência, previsto no artigo 16 da Lei anticorrupção, afirmam que é similar ao instituto do direito concorrencial (leniência tratada no âmbito do CADE), apresentando-se como uma “*ingerência administrativa em esfera penal*”.

O professor Renato de Mello Jorge Silveira, em obra conjunta com Eduardo Saad-Diniz¹²⁸, examina com maior vagar a Lei 12.846/13, reafirmando que:

“No Brasil, em clima de agitação popular e já se aproximando o momento de eleições presidenciais, entrou em vigor a mencionada Lei n. 12.846/2013 – de pronto alcunhada como Lei Anticorrupção. A nova legislação não descuidou desses novos padrões de mercado, nem mesmo se propõe a desalinhar-se frente à fontes normativas internacionais. Muito embora não se trate propriamente de uma lei formalmente penal, representa conteúdo material penal, seus efeitos e formas sancionatórias têm forte incidência na restrição de direitos e repercutem seriamente na aplicação de condenações criminais.”

Mais adiante, prosseguem os autores, reafirmando a “lógica penal” da norma, que poderia ser observada pelo:

“(1) Combate prévio de situações de corrupção, mencionando os termos do criminal *compliance* e prescrevendo sanções administrativas nem sempre proporcionais; dada a natureza sancionatória, (2) déficit na verificação constitucional do direito de defesa, (3) menção expressa aos mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; (4) disposições sobre acordos de leniência; (5) punição de atos que obstruam a investigação ou fiscalização; (6) cadastro de empresas punidas.”¹²⁹

Já segundo Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi ocorreu por parte do legislador pátrio na Lei anticorrupção uma “*escolha administrativa proveitosa*”, eis

¹²⁶ BOTTINO, Pierpaolo; TAMASAUHAS, Igor. Nova Lei Anticorrupção vai estimular compliance.

¹²⁷ SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei anticorrupção é substancialmente penal.

¹²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance*, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 308.

¹²⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance*, direito penal e lei anticorrupção, p. 308.

que optou-se por utilizar o direito administrativo sancionador, e não o penal, para punir a corrupção das pessoas jurídicas.¹³⁰

Os autores vão além e observam que as regras trazidas pela Lei anticorrupção *“inauguram uma nova fase no debate nacional sobre as possibilidades de integração de normas de direito penal e administrativo sancionador”*.¹³¹

Acreditam os autores que, diante da Lei anticorrupção, seria possível realizar uma *“modulação de regras do processo penal”* para a condução dos processos investigatórios administrativos.¹³²

Modesto Carvalhosa¹³³ afirma que a lei anticorrupção instituiria o *“processo penal-administrativo”*. Desse modo, a norma apresentaria *“nítida natureza penal”*, *“substância penal”*, na medida em que as condutas ilícitas e suas sanções correspondem (se justapõem, segundo o autor) aos tipos penais. Conclui, nessa linha, que a Lei *“somente se distinguiria da Lei Penal quanto ao processo e não quanto à sua substância”*.

Em suas palavras: *“não institui a presente Lei processo administrativo sancionatório, mas processo penal-administrativo em que as regras do devido processo legal devem ser rigorosamente observadas”*¹³⁴

Leonardo Ruiz Machado e Karina da Guia Leite afirmam que a Lei anticorrupção possui *“todas as características de uma lei penal”*, devendo-se, por consequência, aplicar os princípios e preceitos protetivos da seara penal.¹³⁵

Entretanto, os mesmos autores reconhecem que alguns preceitos e dispositivos do direito penal seriam contrários às disposições da Lei anticorrupção, por exemplo, ao se fixar a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica ou a desconsideração da personalidade jurídica, institutos que não seriam aceitos pelo Direito Penal.

¹³⁰ Segundo os autores é elogiável a escolha, eis que uma previsão penal na hipótese traria resultados pouco diferentes e problemas de ordem prática e dogmática para o direito penal

¹³¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. O Combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas, p. 104.

¹³² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Idem, p. 114.

¹³³ CARVALHOSA, Modesto. Idem, p. 32-33.

¹³⁴ CARVALHOSA, Modesto. Idem, p. 34.

¹³⁵ MACHADO, Leonardo Ruiz; LEITE, Karina da Guia. *A responsabilidade dos sócios, administradores e conselheiros perante a Lei Anticorrupção*. Revista do Advogado nº 125, São Paulo, 2014, p. 51-58.

Diante dos argumentos acima relacionados é possível sintetizar três pontos comuns que servem como indicativo da suposta natureza penal da Lei anticorrupção: a) os ilícitos estabelecidos no artigo 5º da Lei teriam (todos, ou quase todos) correspondência no direito penal e b) a extrema gravidade das sanções estabelecidas na norma (art. 6º) e c) o acordo de leniência seria uma ingerência administrativa na esfera penal.

Por conta da natureza penal da norma, seria exigível: a) a incidência das garantias do direito penal e do processo penal; b) uma interpretação restritiva dos dispositivos da lei, em especial quanto aos tipos estabelecidos no art. 5º, sendo vedada a analogia. A pessoa jurídica teria também o direito de não produzir provas contra si.

Apesar de concordarmos que a Lei anticorrupção possui uma expressiva carga sancionatória para a pessoa jurídica, em algumas hipóteses superior a sanções de índole penal, sustentamos que melhor será reconhecer a Lei anticorrupção como norma característica do Direito Administrativo Sancionador.¹³⁶

É inegável a proximidade dos institutos da lei com o direito penal. Ao nosso ver, trata-se de uma lei “quase penal”, entretanto, nos alinhamos ao raciocínio exposto pela Professora Helena Regina Lobo da Costa no trabalho “*Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*”:

“Nessa linha, cumpre indagar, então, se se deve abandonar a hipótese de se aplicarem os princípios do e as garantias penais ao direito administrativo sancionador, já que essa seria a ‘mais importante e fundamental consequência da suposta unidade da *ius puniendi* do Estado’. De fato, afastar a concepção unitária do *ius puniendi* resulta em não aceitar a simples transposição do regime jurídico do direito penal ao direito administrativo sancionador. Todavia, a exigência de normas mais rigorosas para a aplicação de sanções administrativas não decorre, diretamente, da (inexistente) identidade com o campo penal. Ela é fruto do fato de as sanções administrativas consistirem em relevante imissão estatal na esfera de direitos fundamentais, em decorrência da prática de atos ilícitos”¹³⁷

Desse modo, o Direito Administrativo Sancionador, aqui representado pela Lei anticorrupção, deve, em um plano ideal, ter seu próprio sistema de garantias e o fundamento desse regime jurídico não seria penal, mas sim, constitucional.

Ainda no dizer de Helena Regina Lobo da Costa:

“O fato de alguns dispositivos constitucionais que merecem aplicação no direito administrativo sancionador se referirem somente a expressões características do direito penal em nada altera essa conclusão, até porque o direito constitucional funciona como fundamento do regime jurídico do direito administrativo, isto é,

¹³⁶ Adotando-se como parâmetro o estudo realizado no item anterior.

¹³⁷ LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador*, ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada, p. 176.

como seu ponto de partida, não como seu limite. Além disso, não se pode admitir a adoção de visão tão positivista do direito constitucional, reduzindo-o ao que está expressamente enunciado na Constituição Federal.”¹³⁸

Acreditamos que a tese apresentada pela autora apresenta fundamentos teóricos vigorosos. Além disso, a aplicação, simples e imediata, dos princípios do direito penal e processo penal na Lei anticorrupção pode apresentar sérias contradições, diante da adoção de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica estabelecida na Lei 12.846/13.

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, ao examinar a Lei 12.846/13, também identificam a necessidade de se desenvolver uma formulação teórica e prática para o Direito Administrativo Sancionador:

“A relação próxima entre os delitos contra a administração pública, exclusivamente voltados para as pessoas físicas e as infrações administrativas agora previstas para as pessoas físicas e as infrações administrativas agora previstas para as pessoas jurídicas, concretiza, no cenário nacional, a importância do debate sobre as fronteiras do direito penal e do direito administrativo sancionador, sobre a necessária incorporação de garantias adicionais ao procedimento sancionador da administração, ao mesmo tempo que chama atenção para a insuficiente formulação teórica e prática desse último ramo no Brasil.”¹³⁹

Portanto, como conclusão parcial, sem a pretensão de esgotar tema tão complexo, sustentamos que a Lei anticorrupção representa norma administrativa sancionadora, sendo fundamental a observância dos direitos e garantias legais estabelecidas na Constituição, em especial, aquelas que restringem o âmbito de atuação do ente estatal em face do particular.

Por fim, acreditamos que o caminho a ser trilhado será desenvolver uma estrutura própria e *garantista* para o direito sancionador. Segundo a lição de Ferrajoli, não somente é possível, mas é desejável que outros setores do ordenamento adotem os chamados *elementos de uma teoria geral do garantismo*.¹⁴⁰

¹³⁸ LOBO DA COSTA, Helena Regina. Idem, p. 177.

¹³⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. O Combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas, p. 103.

¹⁴⁰ “o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre o ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irreduzível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. Estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para outros setores do ordenamento. Inclusive para estes é, pois possível elaborar, com referência a

Capítulo 2. Referências e histórico da Lei Anticorrupção

2.1 – A racionalidade econômica e o precedente norte americano à Lei anticorrupção

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), o termo corrupção significa o abuso da função pública para ganho pessoal direto e indireto, ou seja, intuitivamente pode-se concluir que um alto índice de corrupção gera prejuízos sob o aspecto econômico, social e político.

Entretanto, mensurar o prejuízo econômico ocasionado pela prática corrupta não é tarefa simples. Além disso, as práticas corruptas são complexas e diversificadas e envolvem agentes públicos e privados, de modo que o termo corrupção encerra uma gama de possibilidades.

Alguns estudos buscaram estimar o custo da corrupção para o Brasil. Segundo informações da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), em estudo de 2008¹⁴¹, o custo da corrupção para o país, naquele período, em termos anuais, estaria entre 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto, ou seja, número da ordem de dezena de bilhões.

Em outro estudo elucidativo, realizado pela Transparência Brasil¹⁴², organização independente e autônoma fundada em 2000 e comprometida com o combate à corrupção brasileira, apresenta resultados também assustadores: 21% das empresas aceitam o pagamento de subornos para conseguir favores; 25% das companhias têm despesas de até 10% de suas receitas com subornos; 70% das empresas gastam até 3% do faturamento anual com propinas; 50% dos empresários pesquisados já foram achacados por fiscais tributários; e 87% das empresas relatam que a cobrança de propina ocorre com alta frequência.

outros direitos fundamentais e a outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade – de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho – estruturalmente análogos à àquele penal aqui elaborado. E ainda para essas categorias supramencionadas, nas quais se exprime a abordagem garantista, representam instrumentos essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e das lacunas – jurídico e políticas – que permitam revelar” FERRAJOLI, Luigi. Idem, p. 788.

¹⁴¹ Disponível em <http://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>.

¹⁴² Disponível em <http://www.transparencia.org.br/noticias>.

Existe, portanto, um razoável consenso de que a corrupção prejudica o progresso das nações e debilita as instituições e a moral pública. Entretanto, apesar dos números apresentados, nem sempre se raciocinou que a corrupção seria deletéria para as relações econômicas.¹⁴³

Nos idos de 1950, acreditava-se que algumas práticas corruptas não seriam necessariamente prejudiciais ao bem-estar social. Tal raciocínio se assentava na premissa de que as propinas implicariam apenas em transferência de renda entre os agentes econômicos, ou seja, uma parte do lucro do capitalista terminaria nas mãos do burocrata.

Em outros cenários, a corrupção até mesmo poderia aumentar a chamada “eficiência alocativa”, na medida em que diminuiria a burocracia administrativa e facilitaria o funcionamento dos mercados.¹⁴⁴

Essas linhas de raciocínio terminaram por postergar o tratamento da matéria, de modo que a corrupção figurava num plano secundário no cenário internacional.

Na atualidade, todavia, à medida que cresce a interdependência econômica, grande parte dos economistas passou a reconhecer que o tema assumiu posição preponderante, apontando-se a corrupção como um fator claramente pernicioso, que altera o funcionamento do livre mercado e o fluxo dos investimentos. As práticas corruptas passam a ser responsabilizadas por relevantes distorções no sistema econômico, que ocasionam ineficiências no mercado, superando-se assim visões meramente românticas ou moralistas sobre os aspectos negativos da corrupção.

¹⁴³ Susan Rose-Ackeman, inicialmente, questiona o tema sob a seguinte ótica: “*Mas será que ela (corrupção) deve ser motivo de preocupação? Alguns países com fama de muito corruptos tiveram altas taxas de crescimento econômico. Na Indonésia, na Tailândia e na Coreia, a corrupção e o crescimento caminharam lado a lado. Talvez os países pobres e em fase de transição não deveriam preocupar-se com a corrupção generalizada ao planejar políticas de reformas econômicas. Talvez os países vitimados pela corrupção e com altos índices de crescimento deveriam simplesmente aceitar o desvio de verbas como algo normal.*” ACKEMAN, Susan Rose. *A economia política da corrupção*. p. 74.

¹⁴⁴ PAGOTTO, Leopoldo. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil*, p. 24-25. Nesse aspecto, Susan Rose Ackeman ensina que “*há quem defenda a tese de que os subornos ajudam as companhias e os indivíduos a driblar requisitos do governo, com isso reduzindo demoras e evitando leis e impostos onerosos. Tem-se a impressão de que as propinas não passam do óleo necessário para azeitar as transações feitas em um contexto difícil. A corrupção não pode necessariamente ser restrita, entretanto, há situações em que as leis são ineficientemente restritivas. Se não for atacado de forma impetuosa o suborno em pequena escala pode virar uma bola de neve*” ACKEMAN, Susan Rose. *A economia política da corrupção*. p. 94-95.

O estudo da economista norte americana Susan Rose-Ackeman, citado por muitos como verdadeiro divisor de águas na matéria, serve para desmistificar aquele pensamento até então condescendente em relação às práticas corruptas, analisando-se o tema sob a ótica da eficiência das políticas públicas:

“A corrupção pode produzir ineficiência e injustiça. Esse mal tem o poder de minar a legitimidade do Estado. A corrupção evidencia também a existência de problemas mais profundos nas relações do Estado com o setor privado. Os custos mais graves não são os subornos em si, e sim as distorções inerentes que revelam; distorções essas que podem ter sido criadas pelas autoridades a fim de gerar propinas”¹⁴⁵

Passou-se a reconhecer que a corrupção pode criar uma relevante falha de mercado (*market failure*), originando uma competição imperfeita, isto é, determinado agente econômico obtém sucesso perante os concorrentes não por conta de uma tecnologia ou vantagem competitiva legitimamente adquirida, mas porque se utiliza de propinas ou outras manobras ilegais, podendo inclusive disseminar tal comportamento no setor econômico no qual atua.

Ainda segundo Susan Rose-Ackeman, existe um cenário ainda pior, no qual, por conta da percepção e uma corrupção sistêmica, os cidadãos acabam por acreditar que o governo simplesmente se encontra à venda para aquele que der um lance maior, comprometendo-se a própria legitimidade dos governos.¹⁴⁶

No tocante aos estatutos legais de combate à corrupção, pode-se afirmar que os Estados Unidos da América foram pioneiros, estabelecendo o chamado *Foreign Corrupt Program Act* (FCPA), promulgado em 1977, tido por muitos como um diploma inovador no tratamento das práticas corruptas.

Leopoldo Paggoto contextualiza o surgimento do FCPA, que surge como parte da reação da opinião pública ao escândalo de propinas pagas pela *Lockheed Aircraft Corporation* a funcionários públicos estrangeiros de vários países aliados durante a Guerra Fria.¹⁴⁷

¹⁴⁵ ACKEMAN, Susan Rose. *A economia política da corrupção*, p. 74.

¹⁴⁶ ACKEMAN, Susan Rose. *Idem*, p. 79.

¹⁴⁷ “A *Lockheed Aircraft Corporation* era uma empresa norte-americana que desenvolvia e produzia aeronaves, mísseis e embarcações, entre outros produtos de alto valor agregado, muitos dos quais adquiridos por governos. No início da década de 1970, a empresa enfrentava dificuldades financeiras e precisou ser resgatada pelo governo norte-americano. Durante o período de auxílio financeiro, a empresa foi investigada por suspeita de pagamentos irregulares estivessem sendo feitos. As investigações concluídas em 1976 mostraram que a *Lockheed Aircraft Corporation* havia pago aproximadamente US\$ 22 milhões a funcionários de governos estrangeiros entre as décadas de 1950 e 1970, a fim de garantir ou manter contratos para venda de aeronaves” PAGOTTO, Leopoldo. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil*, p.24.

Segundo o autor, o caso *Lockheed Aircraft Corporation* expôs uma grave “brecha no ordenamento repressivo anticorrupção” norte americano, tendo em vista que o ato de subornar funcionário público estrangeiro não era considerado crime, razão pela qual os responsáveis não foram punidos na ocasião.

O *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) visa preencher essa lacuna, proibindo o pagamento, oferta ou promessa de qualquer quantia em dinheiro ou coisa de valor para funcionários públicos estrangeiros com o intuito de obter ou manter negócios ou exercer qualquer influência indevida. Impõe, desse modo, às pessoas físicas e jurídicas por ele atingidas a proibição da prática de atos de corrupção ou o pagamento de propinas que atinjam ou beneficiem membros da administração pública também de outros países, sendo o primeiro estatuto legal a sancionar a conduta de corromper agentes estrangeiros.¹⁴⁸

Entretanto, somente nos idos de 2008, com a ocorrência de inúmeros escândalos de corrupção, fraudes econômicas e a instabilidade financeira da Economia global, especialmente acelerada com os efeitos da crise dos *subprimes* no ambiente corporativo, os Estados Unidos intensificassem a aplicação da antiga *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA).¹⁴⁹

2.2. A recepção brasileira às práticas internacionais: edição da Lei 12.846/13

Não tardou para os Estados Unidos perceberem que o combate a tais práticas, tanto nas relações com órgãos públicos internos, quanto em relação às autoridades públicas no exterior, colocaria as empresas americanas, no plano

¹⁴⁸ § 78dd-1 Seção 30ª da lei de Mercados de Capitais (Securities & Exchange Act) dos EUA, de 1934. Práticas comerciais proibidas a emissores no exterior.

¹⁴⁹ Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad Diniz (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, p. 307) realizam breve síntese a respeito da evolução recente nos EUA e no Reino Unido, citando texto publicado no Jornal Valor Econômico (“Novo padrão ético muda as relações corporativas: as áreas de compliance fecham as portas às velhas práticas”, de 28-10-2011, p. B9): “A primeira estocada na Lei americana se tornou o foco das investigações da Securities Exchange Commission (SEC) – a CVM americana – e do United States Departamento f Justice (DOJ), o Ministério Público Local. Em 2008, os dois órgãos aplicaram 33 sanções e empresas a empresas locais e estrangeiras relacionadas à FCPA, que prevê punições a empresas que corrompem funcionários públicos estrangeiros, americanos ou não. Na sequência, os EUA criaram o Dodd- Frank Act, incentivando denúncias de fraudes contábeis e violações às normas por empresas que negociavam ações no país. Em julho deste ano (2011), O Reino Unido pôs em vigor a UK Bribery Act, punindo a corrupção entre empresas privadas e governos, locais e estrangeiros, e o pagamento de propina no setor privado”.

internacional, em desvantagem competitiva em relação aos demais países industrializados, que não possuíam legislação semelhante.¹⁵⁰

A partir dessa constatação iniciou-se uma intensa atuação dos EUA nos órgãos políticos e econômicos internacionais, buscando que outras nações adotassem diplomas legais semelhantes ao FCPA. Tal situação fez com que os EUA passassem a pressionar fortemente a comunidade internacional e outros países, em particular os da Europa Ocidental, a adotar medidas que punissem suas empresas pela corrupção de agentes públicos estrangeiros.¹⁵¹

Apesar de todo o poder de influência dos Estados Unidos da América, sem o apoio da comunidade internacional, os debates foram abandonados em 1979 em âmbito internacional (a própria FCPA era pouco aplicado em seus primeiros anos de vigência).¹⁵²

Já em 1989 a diplomacia americana reiniciou sua campanha anticorrupção dentro da OCDE, pressionando os demais membros a debater e subscrever um acordo.

A partir de 1993, na administração Clinton, a atuação americana alcançou resultados mais relevantes, influenciando os países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a assinar o primeiro acordo internacional anticorrupção.¹⁵³

¹⁵⁰ O cenário pode ser compreendido a partir da teoria dos jogos, as autoridades envolvidas no combate à corrupção em um país devem indagar o que as autoridades de outros países farão diante de uma ação ou omissão sua. Em outras palavras, a sua ação racional se condiciona diretamente pela ação ou reação de outros países, ou ainda pela expectativa de ação, ou reação destes outros países. PAGOTTO, Leopoldo. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil*, p. 23.

¹⁵¹ Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad Diniz apontam no episódio a clara influência de direitos nacionais de estados mais poderosos, no caso os Estados Unidos da América do Norte, frente aos direitos de outros países, o que fica, na visão dos autores, absolutamente claro quando se observa a pressão realizada por aquele país no que diz respeito a modelos de legislação anticorrupção, utilizando-se como exemplo de fundo a própria lei estadunidense de 1977. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo, *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, p. 51.)

¹⁵² PAGOTTO. Idem, p. 28.

¹⁵³ Relevante observar a narrativa realizada pelo secretário-assistente de Estado para Assuntos Econômicos e Comerciais dos EUA, Alan Larson, que participou diretamente das negociações perante a Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE): “Os Estados Unidos envidaram esforços episódicos para tratar desses interesses vitais ainda em 1978. À época, esse esforço perdeu a força dado o pouco apoio a iniciativas contra a corrupção por parte da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da Organização das Nações Unidas (ONU). As emendas feitas à FCPA, na lei comercial de 1988 continham uma sugestão para que o presidente articulasse um acordo internacional que proibisse a prática do suborno no exterior. Em 1989, coordenei a delegação dos EUA para a proposta de tal articulação na OCDE. Embora um Grupo Especial sobre Pagamentos Ilícitos tinha sido criado para estudar a

Com o seguimento das negociações, em 1997, foi promulgada a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE¹⁵⁴. Todavia, o Brasil somente ratificou e promulgou esse acordo internacional em 30 de novembro de 2000.¹⁵⁵

A Convenção dispõe que os países signatários deverão criminalizar a conduta de corromper agentes públicos estrangeiros e, no campo da responsabilização das pessoas jurídicas, impõe que *“cada parte deverá tomar as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionários público de acordo com seus princípios jurídicos”*.¹⁵⁶

Vale ressaltar que o Brasil também firmou outros compromissos internacionais, no âmbito da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção e da Corrupção¹⁵⁷ e da Convenção Interamericana contra a Corrupção¹⁵⁸, que estabelecem a necessidade de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas pelo ato de suborno cometidos contra funcionários públicos estrangeiros.

Sob o aspecto penal, a lei brasileira buscou adequar-se aos compromissos internacionais, por meio da edição da Lei n. 10.467/2003, que acrescentou o

questão as negociações avançaram em ritmo lento. Para manter as negociações ativas organizei duas reuniões com negociadores estadunidenses e outras delegações-chaves durante meu mandato de embaixador na OCDE. Entretanto, a luta contra a corrupção obteve progressos expressivos no início do governo Clinton. O secretário de Estado, Warren Christopher, examinou os dados acerca dos pagamentos ilícitos e decidiu que era hora de se imprimir mais densidade política ao empenho dos EUA na OCDE. Dan Turullo, meu ex-chefe, elevou a questão a esfera da legislação. Menos de um ano mais tarde os Estados Unidos haviam obtido sucesso em convencer os membros da OCDE a aprovar a Recomendação sobre a Prática do Suborno em Transações Comerciais Internacionais: um notável avanço na batalha contra a corrupção. A recomendação conclama os Estados-membros a tomar ‘medidas concretas e efetivas’ para combater o suborno” (MAURO, Paolo. Os efeitos da corrupção sobre o crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos. In. ELLIOT, K.A. (Org.), *A corrupção e a economia global*. Brasília: UNB, 2002)

¹⁵⁴ Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, cujas negociações foram encerradas em 17 de dezembro de 1997, em Paris.

¹⁵⁵ BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, que promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, cujas negociações foram encerradas em 17 de dezembro de 1997, em Paris. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de dez. 2000.

¹⁵⁶ Disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde>.

¹⁵⁷ BRASIL. Decreto nº 6.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de fev. 2000.

¹⁵⁸ BRASIL. Decreto nº 4.411, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 de out de 2002.

Capítulo II-A ao Código Penal (artigos 337 B, C e D), que trata dos “*Crimes praticados por particulares contra a administração pública estrangeira*”, ao Título XI do Código Penal.¹⁵⁹

Entretanto, a responsabilização das pessoas jurídicas tardou em ocorrer, somente vindo a ser estabelecida pela Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, que passou a responsabilizar as pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, em âmbito administrativo e civil.¹⁶⁰

2.3. Processo legislativo envolvendo a Lei 12.846/13 e a inserção do acordo de leniência (art. 16)

Com visto, o Projeto de Lei nº 6.826/10, que originou a Lei anticorrupção, buscava-se, nitidamente, atender aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, dispondo sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de ato contra a administração pública, nacional ou internacional.

Na exposição de motivos restavam expressos seus objetivos:

*“atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico”.*¹⁶¹

A tramitação do Projeto de Lei nº 6.826/10 foi longa e sua votação no Congresso Nacional se deu em um ambiente de intensa pressão popular, já se

¹⁵⁹ Estabeleceu-se como conduta típica a conduta de “*Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional*” (art. 337-B) e de “*Solicitar, exigir, contar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional*” (art. 337-C).

¹⁶⁰ Somente a partir de 29 de janeiro de 2014 iniciou-se a vigência dessa norma.

¹⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6826 de 2010. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Órgão de origem: Poder Executivo. Disponível em

<http://www.ca.ara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>. Acesso em: 12 de nov. 2015.

aproximando o momento das eleições presidenciais e em meio às manifestações de junho de 2013¹⁶².

A Lei nº 12.846/13 seguiu o mesmo caminho da *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) e da *UK Bribery Act*¹⁶³, apresentando instrumentos semelhantes aos diplomas estrangeiros e teve como foco responsabilizar o financiador da corrupção. Tal norma inovou o ordenamento jurídico pátrio, optando o legislador pela responsabilização objetiva da pessoa jurídica¹⁶⁴, em âmbito civil e administrativo, estabelecendo punições para as empresas que financiariam a corrupção.

Entretanto é relevante indicar que o Projeto de Lei nº 6.826/2010, que deu origem à Lei nº 12.846/2013, não tratava, inicialmente, da possibilidade de realização de acordos de leniência. A redação original do projeto se limitava a afirmar que a cooperação na apuração das infrações seria levada em consideração na ocasião da aplicação das sanções¹⁶⁵. Adotou, assim, o legislador brasileiro um “*modelo peculiar; baseado em partes na lei de Defesa da Concorrência*”¹⁶⁶.

No ponto, Modesto Carvalhosa expõe dura crítica à opção do legislador, afirmando que o texto normativo transpôs, “*literalmente*” e “*sem nenhum cuidado*”,

¹⁶² Ocasão em que milhares de pessoas saíram às ruas para expor seu descontentamento com a corrupção e a má gestão de recursos públicos. Segundo Renato de Oliveira Capanema, é fruto de uma visão superficial afirmar que a Lei 12.846/13 foi elaborada às pressas, somente em resposta às manifestações populares que afloraram no Brasil no final do primeiro semestre de 2013 e acrescenta que a Lei Anticorrupção correspondeu a uma necessidade de se preencher lacunas do ordenamento jurídico pátrio (CAPANEMA, Renato de Oliveira. *Inovações da Lei 12.846/2013*, p. 13-15)

¹⁶³ Diploma legal em vigor na Inglaterra que segue a mesma linha do FCPA.

¹⁶⁴ Neste aspecto, ao meu ver, um dos grandes objetivos da Lei anticorrupção é responder às pressões político-criminal diante da ausência de responsabilização criminal das pessoas jurídicas no Direito pátrio (*societatis delinquere non potest*), salvo exceção dos crimes ambientais.

¹⁶⁵ AYRES, Carlos Henrique da Silva e MAEDA, Bruno Carneiro. *O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. Lei anticorrupção*, p. 244.

¹⁶⁶ AYRES, Carlos Henrique da Silva e MAEDA, Bruno Carneiro. *Idem*, p. 245. (No âmbito do Direito Concorrencial, o acordo de leniência tem previsão no art. 86 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011: “art. 86. O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou redução de 1(um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais envolvidos na infração ; e II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob-investigação. § 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I – a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II – a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo”.

as disposições concernentes à prática de cartel (Lei 12.529/2011), solução essa que não observa a finalidade distinta da Lei anticorrupção¹⁶⁷.

Desse modo, o acordo de leniência não é, de fato, uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro pois, desde o ano de 2000, é possível que um participante de cartel ou de outra prática anticoncorrencial denuncie a conduta às autoridades antitruste e seja beneficiado com esse tipo de acordo¹⁶⁸. Ou seja, da colaboração no acordo de leniência deve necessariamente resultar a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de provas que a demonstrem.

Entendemos oportuno realizar um breve exame do acordo de leniência estabelecido no direito concorrencial para que se possa distinguir esses dois institutos.

¹⁶⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Idem*, p. 370.

¹⁶⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Idem*, p. 244.

Capítulo 3 - O acordo de leniência estabelecido pela Lei 12.846/13

3.1 – Precedentes do acordo de leniência na legislação pátria (Lei de Defesa da Concorrência)

Como já sinalizado linhas acima, o acordo de leniência estabelecido pela Lei 12.846/13 não é uma inteira novidade no ordenamento jurídico pátrio. Nossa legislação prevê três hipóteses de “acordos de leniência”: o acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência, o acordo de leniência ora em exame (art. 16 da Lei 12.846/13) e o acordo estabelecido pelo art. 17 da mesma Lei, que pode ser celebrado pela pessoa jurídica responsável pela prática de atos ilícitos previstos na Lei 8.666/93, Lei de Licitações.¹⁶⁹

Conforme esclarecem Vicente Greco e Filho e João Daniel Rassi¹⁷⁰:

“O primeiro diploma legal a tratar do acordo de leniência, portanto, foi a anterior Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94), com a introdução, no ano de 2000, do art. 35-B, que autorizava a Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, a celebrar acordos de leniência com pessoas jurídicas ou físicas, com a extinção total ou parcial das penalidades administrativas aplicáveis à prática do cartel, mediante a confissão da parte requerente e sua colaboração na investigação. No âmbito da persecução penal, o art. 35-C também autorizava a automática extinção da punibilidade no que se refere aos crimes previstos na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90)”

Prosseguem os autores, esclarecendo que a posterior Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011), substituiu a Secretaria de Defesa Econômica (SDE) na investigação de condutas pela Superintendência-Geral do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), permanecendo a possibilidade de celebração do acordo de leniência em benefício de pessoas físicas e jurídicas autoras de infrações contra a ordem econômica que colaborarem efetivamente com a investigação e o processo administrativo.¹⁷¹

Segundo informações obtidas no endereço eletrônico do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), o programa de leniência tem sido

¹⁶⁹ GRECO FILHO, Vicente e 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) – atualizada de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015, p. 185. Oportuno observar que no Direito Penal temos outra figura assemelhada, a chamada “colaboração premiada”.

¹⁷⁰ GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. Idem, Ibidem.

¹⁷¹ GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. Idem, Ibidem.

extremamente importante para os esforços de combate aos cartéis no sistema brasileiro de defesa da concorrência. De 2003 até 2014 foram assinados 40 (quarenta) acordos de leniência e 9 (nove) aditivos à acordos de leniência. Atualmente, outras leniências estariam sendo negociadas, em que figuram, tanto cartéis nacionais quanto internacionais¹⁷².

No plano administrativo coíbem-se os atos, de pessoas físicas e jurídicas, que possam produzir prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; domínio de mercado relevante de bens ou serviços; aumento arbitrário de lucros; ou exercício abusivo de posição dominante (art. 36 da Lei n. 12.529/2011).

Já sob o aspecto penal, são incriminadas as seguintes condutas dolosas de pessoas físicas: abuso do poder econômico, com dominação do mercado ou eliminação, total ou parcial, da concorrência mediante qualquer forma de acordo entre empresas; formação de acordo de entre ofertantes viando; 1) fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas de mercadorias ou serviços; 2) controle regionalizado de mercado; ou 3) controle de rede de distribuição ou de fornecedores¹⁷³

Ou seja, no âmbito do direito concorrencial o acordo de leniência pode ser aplicado tanto para os ilícitos penais quanto para os ilícitos administrativos e tem por objetivo principal “desmantelar” grupos de empresas e de administradores e funcionários que se unam para prejudicar a livre concorrência.¹⁷⁴

Na forma da Lei de Defesa da Concorrência, são requisitos básicos para a celebração do acordo de leniência que a pessoa jurídica: 1) ser a primeira a comunicar a infração; 2) cessar qualquer envolvimento nesta; 3) não disponibilidade por parte da Superintendência-Geral de provas suficientes para assegurar a condenação de pessoas jurídicas envolvidas; e 4) confissão da prática da infração e compromisso de participar de todos os atos da instrução (art. 86, I a IV, da Lei n. 12.529/2011)

¹⁷² Dados obtidos através do site do CADE, em 18 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?fd3efe010f0d0f2b391a31>.

¹⁷³ GRECO FILHO, Vicente e 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), p. 186.

¹⁷⁴ GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. Idem, Ibidem.

Já em relação à pessoa física, bastam os três últimos requisitos para a celebração do acordo de leniência, não sendo necessário que seja a primeira a comunicá-la à autoridade (art. 86, §2º).

Importante salientar que na esfera penal, a celebração do acordo de leniência impede o oferecimento de denúncia em desfavor da pessoa física que o celebrou e implica a suspensão do prazo prescricional dos crimes contra a ordem econômica (art. 4º, I e II, a, b e c, da Lei n. 8.137/90) e correlatos, como os de fraudes à licitação (arts. 89 a 98 da Lei n. 8.666/93) e de associação criminosa (art. 288 do Código Penal) (art. 87, caput, da Lei n. 12.529/2011).

O cumprimento do acordo de leniência no direito concorrencial importa na extinção da punibilidade dos referidos crimes atribuídos às pessoas físicas que o celebrarem (art. 87, parágrafo único, da Lei n. 12.529/2011).

3.2. Conceito do acordo de leniência da Lei anticorrupção e a primeiras críticas

Conforme será visto, os efeitos do ajuste de leniência estabelecido no artigo 16 da Lei anticorrupção difere de seu instituto análogo acima tratado por conta de dois fatores: não pode ser celebrado com pessoas físicas e não gera efeitos no âmbito penal.

O artigo 16 da Lei 12.846/13 estabelece o acordo de leniência, nos seguintes termos:

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

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

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

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

I – a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II – a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da propositura do acordo;

III – a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais até o seu encerramento.

§2º A celebração do acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado;

§4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§7º Não importará em reconhecimento de da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§8º Em caso de descumprimento de do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

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

Segundo Diogo Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, o acordo de leniência é um “acordo substitutivo”, um ato administrativo complexo, pelo qual a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibilizaria sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta primariamente exigível por outra secundariamente negociável.¹⁷⁵

Pode-se também abordar o acordo de leniência como,

“um pacto de colaboração firmado entre a autoridade processante e a pessoa jurídica indiciada ou já processada, através do qual se estabelece a promessa de serem abrandadas as penalidades aqui instituídas (art. 6º), uma vez alcançada a maior abrangência do concurso delitivo em termos de pessoas jurídicas e/ou de agentes públicos envolvidos, sabendo-se que estes últimos não integram, como sujeito ativo, o devido processo penal-administrativo, como reiterado”.¹⁷⁶

Outra conceituação, estabelecida por Carolina Barros Fidalgo e Rafaela Coutinho Canetti, afirma que tais pactos,

“são acordos celebrados entre o Poder Público e um agente envolvido em uma infração, com vista à sua colaboração na obtenção de informações, em especial sobre outros partícipes e autores, com a apresentação de provas materiais de autoria, tendo por contrapartida a liberação ou diminuição das penalidades que seriam a ele impostas com base nos mesmos fatos”.¹⁷⁷

¹⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e FREITAS, Rafael Vêras. A juridicidade da Lei Anticorrupção: Reflexões e interpretações prospectivas.

¹⁷⁶ CARVALHOSA, Modesto. Idem, p. 371.

¹⁷⁷ FIDALGO, Carolina Barros e CANETTI, Rafaela Coutinho. *Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. Lei Anticorrupção*, p. 254.

Desse modo, o acordo de leniência previsto pela Lei anticorrupção representa um instrumento consensual, alternativo à sanção tradicional, estabelecido em face do agente particular envolvido no ato ilícito (pessoa jurídica), que visa estender a aprofundar as investigações, obtendo-se elementos de prova que sirvam para implicar outros agentes, particulares e públicos.

Entretanto, oportuno ressaltar que sobre o procedimento de leniência estabelecido pela Lei anticorrupção paira, ainda, uma certa desconfiança da comunidade jurídica brasileira, já que a delação premiada (instituto semelhante adotado no direito penal) sempre foi mal vista por alguns doutrinadores, que interpretavam que seria o Estado estimulando traições.

No ponto, Renato de Jorge Melo Silveira afirma que a Lei Anticorrupção traz à baila um *“já antigo - mas nem sempre querido – conhecido do Direito Penal: o acordo de leniência”*.¹⁷⁸

Além disso, existe certo ceticismo sobre o sucesso e viabilidade dos acordos de leniência. Questiona-se, neste aspecto, se existiriam incentivos suficientes para a autodelação, ou seja, para a colaboração das empresas nos pactos de leniência estabelecidos no art. 16 e 17 da Lei 12.846/13.

Ana Paula Martinez observa que a Lei Anticorrupção não prevê a imunidade penal para o signatário do acordo, sem falar na resistência cultural à figura do delator. Afirma que se deve considerar a perda econômica, que poderá sofrer o delator, e um dano reputacional para a pessoa jurídica. Ou seja, a decisão de delatar poderia até mesmo *“isolá-lo no futuro, não apenas dos arranjos lucrativos ilícitos, mas inclusive de iniciativas legítimas”*. Por fim, acrescenta que a confissão do delator expõe a companhia a ações privadas de indenização para reparar o dano causado (art. 16, § 3º, da Lei 12.846/13).¹⁷⁹

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi chamam atenção para o fato de que o acordo de leniência não prevê a possibilidade de celebração por parte de pessoas físicas e também não prevê efeitos benéficos na persecução penal. Pelo

¹⁷⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo, *Compliance*, direito penal e lei anticorrupção, p. 343.

¹⁷⁹ MARTINEZ, Ana Paula. *Desafios do acordo de leniência da Lei 12.846/2013*, p.25-30.

contrário, de forma gravosa, o instituto prevê a suspensão do prazo prescricional dos crimes.¹⁸⁰

Pierpaolo Bottini também sustenta que a colaboração da empresa não é suficientemente estimulada pela nova legislação, porque ainda que a corrupção tenha sido detectada e investigada pela própria corporação e comunicada por ela aos órgãos públicos, será aplicada a pena.

Modesto Carvalhosa, por sua vez, afirma que não se deve entender a celebração do acordo de leniência como um direito subjetivo da pessoa jurídica, ou seja, sustenta que a finalidade e objetivo do acordo de leniência não estaria ligada à proteção da pessoa jurídica, mas ao interesse público¹⁸¹

Outro ponto relevante diz respeito ao fato de que o pedido de leniência da pessoa jurídica deve ser espontâneo e facultativo, não podendo a autoridade processante constranger a pessoa jurídica indiciada ou a ré a requerer o benefício em nenhum momento das investigações.

Crítica também relevante suscitada por Carvalhosa é de que a Lei “*isola a pessoa jurídica daquelas de seus dirigentes como sujeito ativo do delito corruptivo*”, uma vez que não dispõe sobre imunidade penal da pessoa física.

Desse modo, apesar da Lei Anticorrupção não gerar consequências penais para a pessoa jurídica, gera efeitos sobre a responsabilização criminal dos dirigentes, funcionários da pessoa jurídica, bem como sobre os agentes públicos implicados (art. 3 §2).

Diversamente dos outros autores, acima referenciados, Carvalhosa afirma não proceder as críticas de que a estrutura da leniência proposta na Lei anticorrupção não estimularia a colaboração a pessoa jurídicas, tendo em vista que seus efeitos não podem ser estendidos também as esferas criminal, civil e administrativa.

Quanto ao sigilo do acordo de leniência, oportuno verificar o quanto consignado no § 6º, do artigo 16 da Lei 12.846/13, de modo que a proposta de

¹⁸⁰ GRECO FILHO, Vicente e 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) – atualizada de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015, p. 197.

¹⁸¹ O que se buscará evidenciar mais adiante é que o respeito à “processualização” do pacto de leniência é benéfico não somente para a empresa proponente mas para a própria segurança e previsibilidade desse ato administrativo, sem os quais não ocorrerá a adesão da pessoa jurídica.

acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo.

Outro ponto que merece ser tratado tem relação ao exame do acordo de leniência como um “acordo de resultados”¹⁸². Neste aspecto, o artigo 16 estabelece que somente será obtido o abrandamento das penalidades se forem alcançados “a identificação dos demais envolvidos na infração” e a “obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.

Segundo Modesto Carvalhosa, trata-se “uma promessa pactuada de diminuição das penalidades vinculada a uma condição resolutiva de resultado”. Vai além, acrescentando que o resultado da denúncia pactuada, para os fins da leniência instituída lei anticorrupção, se verifica com a consistência das provas oferecidas pelo pactuante, ou seja, por se apresentarem acima de qualquer dúvida razoável e não pela condenação das pessoas objeto de tais provas.

A doutrina pátria também vinha afirmando a necessidade de regulamentação dos dispositivos da Lei Anticorrupção, o que veio a ocorrer com o Decreto n. 8.420/2015¹⁸³, que, ao também tratar do acordo de leniência, em seu no Capítulo III. O Decreto busca introduzir incentivos adicionais à colaboração das pessoas jurídicas, seguindo com proposta de “isenção” ou “atenuação” das sanções (art. 28), desde que o acordo de leniência celebrado auxilie tanto para a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, quanto na obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração sob apuração.¹⁸⁴

Outra alteração legislativa recente que foi objeto de exame pela doutrina diz respeito à Medida Provisória editada pelo Poder Executivo federal, que busca “facilitar” os acordos de leniência, estabelecendo que as empresas que

¹⁸² Visão exposta por Modesto Carvalhosa (CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013*).

¹⁸³ A regulamentação ocorreu há mais de um ano após a entrada em vigor da Lei 12.846/13, em meio à crise política diante da investigação chamada “Lava Jato”, iniciada em março de 2014 pela Polícia Federal em Curitiba, Paraná, e que acabou sendo reconhecida como a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro do Brasil. A investigação desenvolveu-se em várias fases, desencadeadas principalmente a partir de colaborações premiadas (vide <http://www.lavajato.mpf.mp.br>).

¹⁸⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo, *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, p. 349.

participarem do acordo de leniência poderão continuar firmando contrato com a Administração Pública.¹⁸⁵

Além disso, a Medida Provisória estabelece que haveria a possibilidade de mais de uma entidade, em caso de conluio, participar do acordo, que a partir de agora poderá ser celebrado pela Controladoria-Geral da União (CGU) e demais órgãos de controle, em conjunto com o Ministério Público.

3.3 A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica como estímulo à colaboração

Como já visto, a Lei 12.846/2013 adota a responsabilidade objetiva, administrativa e civil, da pessoa jurídica em relação a atos lesivos ao erário¹⁸⁶. Desse modo, o legislador fez uma clara opção pela responsabilização fundada na chamada *teoria do risco*, que substitui a investigação da culpa por critérios objetivos, ou seja, não se faz necessária a análise subjetiva da conduta do causador do dano.

A questão da adoção de responsabilidade objetiva, inclusive, constou no veto à emenda apresentada no Congresso Nacional ao Projeto de Lei apresentado pelo Poder Executivo, emenda essa que *“desfigurava os fins e a efetiva aplicabilidade da presente lei.”*¹⁸⁷

O Projeto de Lei aprovado pelo Congresso e levado à sanção presidencial introduziria um parágrafo segundo ao artigo 19, determinando que *“dependerá da comprovação de culpa ou dolo a aplicação das sanções previstas nos incisos II a IV do caput do artigo”*.¹⁸⁸

Tal emenda foi objeto de veto da Presidência da República, nos seguintes termos,

“Tal como previsto, o dispositivo contraria a lógica norteadora do projeto de lei, centrado na responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que cometam atos contra a administração pública. A introdução da responsabilidade subjetiva anularia os avanços apresentados pela nova

¹⁸⁵ Tal medida, segundo noticiado, tem clara intenção de permitir que as empresas envolvidas na chamada operação Lava Jato permaneçam celebrando contratos com a União.

¹⁸⁶ Art. 1º da Lei 12.846/13 - *Esta lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.*

¹⁸⁷ CARVALHOSA, Modesto. Idem p. 46.

¹⁸⁸ CARVALHOSA, Modesto. Idem, Ibidem.

lei, uma vez que não há que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica”.¹⁸⁹

Na realidade, a responsabilidade objetiva não é inteiramente nova no ordenamento brasileiro e vem sendo aceita em muitas legislações estrangeiras. Conforme esclarece Anderson Schreiber¹⁹⁰, a responsabilidade civil baseada na culpa vem, progressivamente, sendo substituída pela responsabilidade objetiva no ordenamento pátrio, indicando-se que o Código Civil de 1916 já admitia uma hipótese de responsabilidade sem culpa (art. 1529), porém a responsabilidade objetiva ingressou efetivamente no ordenamento positivo por diplomas especiais, como a Lei nº 6.453/77, relativa às atividades nucleares, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86), o Código de Defesa do Consumidor, que instituiu a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços (art. 12 da Lei 8.078/90) e a Lei de Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/12), do mesmo modo a Constituição de 1988 permitiu sua aplicação em hipóteses específicas (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII; art. 37, § 6º).

Vale destacar, também, a inovação trazida pelo Código Civil de 2002, que consolidou e ampliou a responsabilização objetiva, por meio do artigo 927, que trata da responsabilidade objetiva por atividades de risco e do artigo 931, que trata da responsabilização empresarial “*pelos danos causados pelos produtos postos em circulação*”.

Pode-se afirmar que a ampla aceitação da responsabilidade objetiva na esfera civil se deve, principalmente, à ideia de que uma pessoa deve responder pelos riscos derivados de sua atividade (seja ela culposa ou não).

Em relação à responsabilização administrativa, vale destacar que a mesma decorre do poder outorgado à administração pública para impor ao administrado e a seu próprio corpo funcional regras de conduta que, ao serem desobedecidas, geram para o transgressor sanções de natureza administrativa (multa, interdição, suspensão, embargo, descontinuidade de benefícios e etc.)¹⁹¹.

Existe, assim, na Lei anticorrupção uma dupla responsabilização. A empresa poderá responder civilmente por eventuais danos que a conduta

¹⁸⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Idem*, *Ibidem*.

¹⁹⁰ SCHREIBER, Anderson, *Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 19 - 20.

¹⁹¹ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR Rubens Naman, *Idem*, p. 51 - 52.

imprópria de seus agentes tenha gerado à administração por meio do pagamento de indenizações e, ainda, responderá administrativamente, pela conduta imprópria de seus prepostos, cuja punibilidade pode vir em forma de multa pecuniária, retenção de depósitos e proibições diversas estabelecidas pela Lei 12.846/13 (arts. 6º e 7º).

3.4 Limites formais para a aplicação do acordo de leniência tendo em vista os princípios constitucionais inerentes ao Direito Administrativo Sancionador

De início, relevante observar a interessante matriz de análise proposta por Carlos Ari Sundfeld, intitulada *Teoria dos Antagonismos*, que foca justamente o exame do jogo de oposições a circundar as leis, as regras, as práticas, os casos, as decisões, os princípios e os institutos.

Segundo essa visão, o administrativista deve ser, antes de tudo, um *detetive de antagonismos*, de modo que sua função é “mapear os contrariedades em cada situação”, para o “jogo ser jogado com todos em campo”.

A Teoria dos antagonismos não crê na solução dos casos pela incidência direta de elementos fixos (sejam princípios ou institutos). Os opostos convivem no Direito Administrativo e, para cada caso, armam seus jogos: liberalismo x autoridade, liberdade x política, privatismo x estatismo, publicismo x estatismo, centralização x descentralização, principismo x consequencialismo, formalismo x resultados, direito dos administradores x direito da toga, direito das regras x direito dos princípios, nacionalismo x mundialismo, burocracia x gestão, direito legal x direito constitucionalizado, direito dos juristas x direito das normas etc.

Segundo Sundfeld, o administrativista deve ser, antes de tudo, um “detetive de antagonismos”; sua função primeira é mapeá-los em cada caso, para o jogo ser jogado com todos em campo.¹⁹²

Necessário, portanto, que se apure quais os antagonismos que envolvem a questão sob exame. Nos parece cabível um paralelo com o pêndulo que ora está mais voltado para o formalismo, ora gira no sentido dos resultados.

¹⁹² “A lei constrói figuras, a doutrina as tenta classificar e definir, o operador as testa ao decidir; eis os institutos, um modo inevitável do direito como norma, teoria e prática” SUNDFELD, Carlos Ari. *O direito administrativo entre os clips e os negócios*, p. 88.

Sem dúvida a opção legislativa para o *direito premial* indica que o pêndulo se volta, no presente momento, para os *resultados* (a busca da eficiência). Entretanto, entendemos que essa rota merece correção, isto é, faz-se necessário examinar-se a relevância das formas processuais, cuja adequação e respeito são fundamentais para o processo administrativo sancionador, em especial, em se tratando do acordo de leniência da Lei anticorrupção.

Relevante, assim, observar quais são os princípios constitucionais que regem o direito administrativo sancionador, em particular aqueles que limitam e direcionam a atuação do Estado na celebração dos ajustes de leniência.

No ponto, adota-se como referência as “*definições principiologias de limites à aplicação de normas punitivas*”, estabelecidas pelo Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁹³.

Expõe o eminente administrativista uma lista, não taxativa, dos princípios limitativos e condicionantes da atuação administrativa: 1) Princípio da legalidade; 2) Princípio da processualidade; 3) Princípio da tipicidade; 4) Princípio do *non bis in idem*; 5) Princípio da pessoalidade; 6) Princípio da individualização da sanção; 7) Princípio da culpabilidade; 8) Princípio da presunção de Inocência; 9) Princípio do contraditório e da ampla defesa e 10) Princípio da motivação.¹⁹⁴

Mais adiante, iremos focar nossos esforços no exame do “*Princípio do contraditório e da ampla defesa*” e no “*Princípio da motivação*”, que influenciam especialmente o elemento formal dos acordos de leniência, que entendemos fundamentais para estruturar as garantias mínimas para a atuação das partes envolvidas no acordo de leniência.¹⁹⁵

3.4.1. Princípios do contraditório e ampla defesa e seus desdobramentos no procedimento de leniência

¹⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionariedade Administrativas das Autoridades Reguladas e Aplicação das normas Punitivas. Revista de Direito Administrativo

¹⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionariedade Administrativas das Autoridades Reguladas e Aplicação das normas Punitivas. Revista de Direito Administrativo. p. 104-105.

¹⁹⁵ Naturalmente, não temos a pretensão de esgotar todos os conceitos e acepções desses princípios constitucionais.

Não resta dúvida da necessidade imperiosa de se observar o princípio do devido processo legal e do contraditório ao ajuste de leniência, na forma estabelecidos pela Carta Constitucional, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV:

“Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”
(...)

“Art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Inicialmente, oportuno também registrar que não é objeto desse estudo, por não se entender útil para as finalidades desse trabalho, um exame que se detenha sobre todas as várias conceituações e vertentes doutrinárias que tratam o princípio do devido processo legal, o que sem dúvida tomaria todo o exíguo espaço desse texto e muitos outros mais. Desse modo, limitaremos nosso exame em abordar o princípio do devido processo legal, sob a ótica de suas consequências formais e materiais básicas para o direito do acusado.

Necessário dizer que o princípio do devido processo legal, por sua largueza de significados, engloba vários outros princípios processuais e, segundo Barbosa Moreira, funciona como uma “*norma de encerramento*”, ou seja, se porventura os demais princípios não forem suficientes para resguardar determinada garantia processual não prevista de modo expreso na lei. Ainda, segundo Barbosa Moreira, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação e do juiz natural constituem aspectos complementares do devido processo legal.¹⁹⁶

Assim, a abordagem que se pretende realizar enfatiza os efeitos processuais concretos da cláusula em exame e em que medida sua aplicação limita e condiciona a atuação do poder estatal no processo administrativo sancionador, que envolve o acordo de leniência.

De outro giro, vale destacar que o *princípio da processualidade*, que exige o devido processo legal, não se limita a uma garantia formal, mas estabelece uma

¹⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos processuais civis na Constituição. Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, v. 15, n. 19, p. 56-66, jan./jun. 1989, p.102-103.

garantia material, substancial, uma espécie de “interdição geral à arbitrariedade”.¹⁹⁷

Ao tratar os benefícios e a relevância do processo administrativo para a visibilidade do poder, Odete Medauert apresenta um aspecto fundamental do devido processo legal:

*“o procedimento também é meio para que os diversos interesses aflorem antes da tomada de decisões; permite o confronto objetivo e mesmo a coexistência de interesses. Com isso propicia, ainda, o controle dos indivíduos e grupos sobre a atividade administrativa.”*¹⁹⁸

Portanto, por sua extensão e relevância, compreende-se que o devido processo legal tem como consequência e aspectos complementares, o princípio do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação e do juiz natural. Princípios estes que, apesar de apresentarem forte elo com o princípio do devido processo legal exercido perante o Judiciário, apresentam “autonomia formal” no âmbito da Constituição Federal.¹⁹⁹

Desse modo, segundo a construção realizada nos capítulos anteriores, em especial no capítulo, entendemos plenamente adequada a observância desses princípios (quando compatíveis) com o Direito Administrativo Sancionador.

Segundo Ada Pellegrine Grinover, a cláusula do devido processo legal deve ser compreendida como “o direito a um procedimento adequado”, de modo que não somente seja conduzido sob o “pálio do contraditório”, mas que também corresponda à realidade social e à relação de direito material controvertida.²⁰⁰

Ou seja, a mera formalidade do ato administrativo não garante, de per si, que estejam atendidas as ideias de um processo justo, com limites rígidos e claros à atuação das autoridades públicas.

Humberto Ávila²⁰¹, por sua vez, chama atenção para a euforia do que afirma ser o “estado principiológico”, que, atribuindo superpoderes à fórmula

¹⁹⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Discrecionalidade administrativa das autoridades reguladas e aplicação das normas punitivas*. Revista de Direito Administrativo, p. 105.

¹⁹⁸ MEDAUERT, Odete. Idem, p. 225.

¹⁹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Ibidem, p. 203.

²⁰⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrine e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo. Editora Malheiros. 2013, p.91.

²⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São

constitucional, minimiza a necessidade, óbvia, de apontar os caminhos a serem seguidos para se obter a sua efetividade.²⁰²

Indispensável, portanto, que a observância do devido processo legal possa refletir limites rígidos e claros à atuação dos agentes públicos, sob pena de se ingressar num debate estéril, sem efeitos práticos.

Neste aspecto, boa parte da doutrina pátria sustenta ser necessário a observância do chamado *devido processo legal substancial*, no qual estejam atendidos os preceitos de um julgamento justo e razoável, sob pena de se adotar uma regra inócua.

Oportuna a lição de Fabio Medina Osório:

“A aplicação das normas de Direito Administrativo Sancionador exige um processo judicial ou administrativo, é sabido, mas esta espécie de cláusula se revela demasiadamente abstrata, e até inócua, dependendo do sentido que se lhe empreste. Em qualquer caso, sempre se revela necessário o respeito ao princípio ou à cláusula constitucional do devido processo legal, assegurado aos acusados em geral, norma da qual, já veremos, derivam regras e princípios, direta e indiretamente, para a produção do conjunto de garantias e direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer processo punitivo, seja ele judicial ou administrativo”.²⁰³

Portanto, tendo-se em mente que a cláusula do devido processo legal se apresenta extremamente aberta e, por consequência, sujeita a interpretações diversas, afigura-se indispensável examinar quais são as “valorações adequadas”²⁰⁴, que se adequam às situações fáticas.

Gustavo Binenbojm, por sua vez, acentua que *“toda atividade administrativa deve observância, primeira e precipuamente, aos princípios e regras constitucionais”*, assim, com maior razão, devem ser observadas as regras constitucionais, em especial do devido processo legal, em se tratando do poder punitivo da Administração Pública.²⁰⁵

²⁰² Exatamente essa a necessidade imperiosa que se observa no direito administrativo sancionatório, de modo que deve ser apresentados de forma clara e transparente quais os “caminhos a serem seguidos” até a decisão final, que poderá ser a imposição de sanção pela autoridade administrativa.

²⁰³ OSÓRIO, Fábio Medina. Ibidem, p. 37.

²⁰⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Ibidem, p. 209.

²⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. Estudos de Direito Público. Artigos e pareceres. Rio de Janeiro. Renovar. 2015. p. 622.

Odete Medaufer explica que “na concepção atual, o processo administrativo configura meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo”²⁰⁶, ou seja, o ato administrativo final se forma e se legitima pelo processo.

Ter presente tal lição, logicamente, não significa que o processo resta desvirtuado em sua finalidade, ou seja, o caminho processual permanece sendo um meio para se alcançar a solução final, porém a decisão final somente se legitimará com a observância de garantias mínimas.

A ilustre professora da USP afirma, ainda, que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal é, pois, “dispositivo chave em matéria de processo administrativo”.²⁰⁷

Trazendo tal raciocínio para a Lei 12.846/13²⁰⁸, pode-se sustentar, sem receios, que a Lei anticorrupção é exemplo claro do Direito Administrativo sancionador, disso derivando uma série de consequências que serão examinadas mais adiante.

Primeiramente, sustenta-se que o princípio da tipicidade deve incidir de forma plena às condutas descritas no art. 5º da Lei 12.846/13, ou seja, embora questionado por parte da doutrina, cremos na prevalência do princípio da tipicidade, eis que não existe razão para que condutas ilícitas não sejam descritas de forma taxativa. Ademais próprio legislador, quando julga conveniente e necessário, mesmo no âmbito penal, utiliza-se da complementação de sentido das normas em âmbito criminal (denominada norma penal em branco).

Marcelo Madureira Prates, entretanto, sustenta que é viável e até mesmo desejável um grau mínimo de indeterminação no tipo administrativo, de modo que o agente estatal possa adequar o direito sancionador ao interesse público.²⁰⁹

Reafirmamos não trilhar tal curso de raciocínio, tendo em vista que a função primordial do Direito Administrativo Sancionador seja limitar o espaço de discricionariedade do agente público, de modo que a adoção de uma tipicidade mais flexível poderá gerar uma insegurança não desejável para o administrado.

Vale referir que não são poucas as normas que simplesmente perdem sua eficácia por conta da instabilidade de seus conteúdos, o que diminui

²⁰⁶ MEDAUER, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo, p.

²⁰⁷ MEDAUER, Odete. *Idem*, p. 165.

²⁰⁸ E tendo em vista o exame realizado no Capítulo 1 do presente trabalho.

²⁰⁹ PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa geral: anatomia e autonomia*.

sobremaneira o caráter simbólico, realidade também presente no direito administrativo sancionador.

Resta incontroverso, todavia, que o procedimento estabelecido pela Lei 12.846/13, em especial as regras estabelecidas para o acordo de leniência (art. 16 e 17), devem ser examinadas sob a ótica do devido processo legal e dos demais princípios que vinculam o processo administrativo sancionador.

Conforme assinalado por Egon Bockmann Moreira: *“Os princípios analisados neste capítulo (devido processo legal, ampla defesa e contraditório) têm maior incidência naqueles processos que poderiam ser qualificados de “litigiosos” ou sancionadores.”*²¹⁰

Deve-se considerar, ainda, por conta das graves punições estabelecidas pela Lei anticorrupção, que as pessoas jurídicas, que porventura realizem a proposta de leniência, passam a figurar como “acusadas”, valendo destacar a conceituação do termo:

*“Na esfera administrativa o termo acusados designa as pessoas jurídicas físicas ou jurídicas às quais a Administração atribui determinadas atuações, das quais decorrerão consequências punitivas; por exemplo: imposição de sanções decorrentes do poder de polícia, inclusive sanções de trânsito; atuações disciplinares sobre servidores e alunos de escolas públicas; atuações disciplinares que, por delegação, cabem às ordens profissionais; aplicação de sanções por má execução de contratos administrativos.”*²¹¹

De fato, essa é a posição da pessoa jurídica (seja ela parte ou não do processo administrativo), tendo em vista que de sua posição decorre a possibilidade de sofrer sanções administrativas.

Ou seja, no curso do processo administrativo de responsabilização, evidencia-se a presença de duas posições antagônicas, de um lado o agente sancionador que busca a efetivação da autoridade e dos mecanismos para fazer prevalecer o poder administrativo e a punição, de outro, a pessoa jurídica que busca exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório e afastar sua responsabilidade.

Frise-se que o antagonismo processual permanecerá também na celebração do ajuste de leniência, não sendo razoável supor que a “negociação”

²¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999, p. 213.

²¹¹ MEDAUER, Odete. Idem, p. 165.

do ajuste se dará sem controvérsia, sendo fundamental que se resguarde a posição do proponente e do órgão público em perspectivas razoavelmente equilibradas.

Como desdobramento do devido processo legal, há de se ter em voga, também, a presunção de inocência, princípio este que se aplica aos processos administrativos que possam ter como desfecho a imposição de sanções ao administrado, como expõe Miguel Beltran de Felipe:

“a presunção da inocência rege sem exceções o ordenamento sancionador e há de ser respeitada na imposição de quaisquer sanções, sejam penais, sejam administrativas..., pois o exercício do *ius puniendi* em suas diversas manifestações está condicionado (...) ao jogo da prova e a um procedimento contraditório (...). Em tal sentido, o direito de presunção de inocência comporta: que a sanção baseada em atos e meios probatórios de cargo ou incriminadoras da conduta reprovada, que a carga da prova corresponda a quem acusa, sem que ninguém esteja obrigado a provar sua própria inocência, e que qualquer insuficiência no resultado das provas praticadas (...) deve traduzir-se em um pronunciamento absolutório”

212

Indispensável, portanto, que se proteja a posição do proponente do acordo de leniência, tendo em vista que ele precisa não somente ser “orientado a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais (art. 31 do Decreto nº 8.420/2015), mas deverá ter o direito de ser assistido por advogado, habilitado nos autos do processo sancionador, até mesmo para esclarecer seu constituinte (pessoa jurídica) da gravidade da celebração do acordo de leniência.”²¹³

No ponto, por tratar-se da imputação de ilícitos ao particular exige-se, firmemente, a defesa técnica, que deverá ser advogado devidamente habilitado.

Assim, tendo em vista que as pessoas jurídicas que propõe o acordo de leniência figuram como “acusadas” nesse procedimento, reveste-se da maior importância a observância dos Princípios do contraditório e da ampla defesa, e a presunção de inocência, garantia esta da qual o proponente não abre mão pelo simples fato de realizar proposta de leniência.”²¹⁴

²¹² ARAGÃO, Alexandre Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade, Revista de Direito Administrativo nº 259, Editora FGV Direito Rio. p.80

²¹³ Com a celebração do acordo de leniência a pessoa jurídica poderá dispor de direitos e garantias que lhe são inerentes no processo sancionador.

²¹⁴ Por observância à presunção de inocência, Vale dizer que o artigo 33 do Decreto 8.420/15 observa que: “Não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação, ressalvado o disposto no §1º do art. 31”. (o proponente autoriza a divulgação).

Além disso, para que o particular possa exercer, substancialmente, seu direito ao contraditório, deve restar clara a obrigação do órgão público de informar (no caso a Controladoria Geral da República e demais entes públicos com competência definida em lei). Ou seja, o proponente da leniência, pessoa jurídica, tem o direito de receber as informações indispensáveis para celebrar o acordo de leniência. Por exemplo, o órgão público terá que notificar o particular da data, hora e local onde serão realizadas as tratativas do acordo.

Espera-se, também, que as reuniões realizadas entre as partes (proponente do acordo de leniência) e o ente público (sendo possível a participação de outros entes com interesse: Ministério Público, Tribunal de Contas) sejam registradas por algum meio confiável, de modo que se garanta um mínimo de formalidade, informação e segurança. Na absurda hipótese dessa garantia não restar observada, restará um amplo espaço para a atuação arbitrária do agente público.

Oportuno recordar que o artigo 8º da Lei 12.846/13 estabelece que a condução do processo administrativo de responsabilização caberá à “autoridade máxima ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”, em âmbito municipal, estadual e federal. Portanto a indefinição sobre a formalidade mínima exigida para a realização do procedimento de leniência permite, ainda, que o particular seja tratado de forma não isonômica, dependendo dos “humores” do agente público.²¹⁵

Segundo estabelece o §1º do art. 30 do Decreto n. 8.420/15²¹⁶, o procedimento de leniência se inicia quando a pessoa jurídica em tese responsável pelo ilícito, por meio de seu representante, propõe o acordo de leniência à autoridade competente.

Também por meio do Decreto n. 8.420/15 fica claro que a proposta de leniência pode se dar durante ou mesmo antes do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), entretanto, a proposta terá como prazo limite para ser

²¹⁵ Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para a apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e ampla defesa.

²¹⁶ §1º do art. 30 do Decreto n. 8.420/2015: “pela pessoa jurídica, por seus representantes, na forma de seu estatuto ou contrato social, ou por meio de procurador com poderes específicos para tal ato”.

realizada, na forma do § 2º do art. 30 do Decreto n. 8420/15, a data da conclusão do relatório a ser elaborada no PAR.

O artigo 32 do Decreto n. 8.420/15²¹⁷, por sua vez, estabelece que a celebração do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo de 180 dias de sua apresentação, prazo passível de prorrogação, a depender das circunstâncias. Oportuno ressaltar que o acordo de leniência estabelecido na Lei anticorrupção (art. 16) aplica-se somente às pessoas jurídicas, e seu cumprimento enseja tão somente a mitigação das sanções administrativas.

Além disso, a pessoa jurídica proponente poderá desistir da proposta de acordo de leniência a qualquer momento que anteceda a assinatura do acordo (art. 34 do Decreto n. 8.420/15). Caso a proposta realizada por pessoa jurídica investigada não seja aceita, tal iniciativa não importará em reconhecimento ou confissão do fato (art. 33 do Decreto n. 8420/15).

Também estabeleceu o Decreto n. 8.420/15 (art. 35) que, caso não venha a ser celebrado o acordo, “os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias”.

O artigo 36 do Decreto n. 8420/15, por sua vez, estabelece que “o acordo de leniência estipulará as condições para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”, sem dúvida tal regra abre grande espaço para atos discricionários, restando em aberto quais seriam essas condições.

Por tudo quanto visto, verifica-se que o procedimento que envolve as negociações do acordo de leniência não ficaram devidamente delineadas, nem mesmo com a edição do Decreto n. 8.420/15.

Apresenta-se essencial, portanto, que se defina claramente quais são as etapas da negociação que envolve a leniência e quais os limites formais impostos ao ente público, de modo que se garanta um mínimo de segurança jurídica para esse ato público complexo que poderá gerar consideráveis efeitos sobre o particular.

No ponto, oportuna a lição de Egon Bockmann Moreira:

“(...) o agente público tem o dever de procurar a solução excelente, mediante aplicação de normas que melhor atendam ao interesse público

²¹⁷ Art. 32. A negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de apresentação da proposta.
Parágrafo único. A critério da Controladoria-Geral da União, poderá ser prorrogado o prazo estabelecido no caput, caso presentes circunstâncias que o exijam.

pertinente ao caso concreto. Por óbvio, não está restrito ao elenco de disposições legais trazidas pelas partes da relação processual. Deve ir além e, no exercício da função administrativa, perquirir o Direito próprio à questão controversa. Trata-se de poder dever da Administração.²¹⁸

3.4.2. O princípio da motivação dos atos administrativos e seus reflexos no acordo de leniência

Como já visto, não resta claro, pelo teor da Lei anticorrupção (ou de regulamentação), qual o procedimento a ser adotado para a celebração de acordo de leniência, isto é, não esclarece a norma, por exemplo, de que forma se dará a resposta estatal à proposta de acordo.

Apresenta-se, nesse passo, fundamental tratar do princípio da motivação, que é implícito ao próprio conceito de cidadania, como um direito geral à informação, mandamento que se torna específico se estiver em jogo alguma informação que seja juridicamente devida pelo poder público.

Segundo Fabio Medina Osório, o princípio da motivação é aplicável, indistintamente, às decisões administrativas e judiciais, até mesmo porque “*a garantia da motivação se relaciona com a controlabilidade judiciária dos atos administrativos*”²¹⁹

Oportuno, desse modo trazer a colação o teor constitucional desse princípio:

“Art.5º - todos têm o direito de a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (...)
(...)
Art. 5º, XVI – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”

Já se verificou que a Lei anticorrupção estabelece, em seu artigo 16, apenas os requisitos básicos, necessários para a aceitação do acordo de leniência (§1º), seus resultados e efeitos. Desse modo resta expresso que a pessoa jurídica deverá ser a primeira a se manifestar para cooperar para a apuração do ilícito (art. 16 §1, I), deve cooperar inteiramente com as investigações e com o processo administrativo (art. 16 §1º, III), de modo que o acordo de leniência poderia se dar numa fase mesmo prévia ao processo administrativo.

²¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999, p. 301.

²¹⁹ OSÓRIO, Fabio Medina. Ibidem. p. 531.

Mais adiante o §6º afirma que *“a proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo”*. Isto é, segundo a dicção legal a proposta de leniência será examinada e somente com a celebração do acordo se tornará. Porém, em seguida, a regra faz ressalva, dando a entender que o acordo poderá não se tornar público se houver *“interesse das investigações e do processo administrativo”*.

Vale sublinhar que essa norma cria uma margem considerável de subjetivismo para o agente público, que poderá, caso a caso, manifestar seu entendimento sobre qual seria o melhor *“interesse”* das investigações e do processo e, desse modo, permitir, ou não, seja dada publicidade ao acordo de leniência.²²⁰

O Decreto nº 8.420/2015, por sua vez, que regulamenta a Lei 12.846/13, traz novos elementos para o acordo de leniência (art. 28 e seguintes), afirmando, no §2º do art. 30, que *“a proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR”* (Processo Administrativo de Responsabilização) e, ainda, que o modo como a proposta de leniência poderá ser feita (oral ou escrita), da necessária orientação da pessoa jurídica sobre seus *“direitos, garantias e deveres legais”* (art. 31).

Todavia o §1º do artigo 31 estabelece que:

“§ 1º A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso a seus conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou o compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União”

Resta evidente, a nosso ver, que tal regra não indica quando, efetivamente, será conferida a publicidade ao acordo de leniência celebrado com a CGU, conferindo-se grande margem de discricionariedade para o agente público.²²¹

²²⁰ Relevante observar que se teve notícia pelos meios de comunicação que a Controladoria Geral da União, no âmbito das empresas ligadas a chamada operação “Lava Jato” já celebrou acordo de leniência com a empresa

²²¹ No ponto relevante informar que no, curso do presente trabalho, solicitou-se à CGU informação sobre o teor do acordo de leniência celebrado com a empresa holandesa SBM Offshore, fato

Essa “instabilidade” e “contingência” da formulação dos acordos de leniência originam preocupações, segundo afirmam Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, indicando suas razões:

“Veja-se, por exemplo, que no art. 36, os requisitos para uma ‘efetiva’ colaboração e a ‘utilidade’ do processo serão estabelecidos *case by case* (‘diante das circunstâncias do caso concreto’) pelo próprio acordo de leniência.

Como já visto linhas acima, a partir da garantia do contraditório emanam faculdades e direitos. Por exemplo, o direito de saber, motivadamente, porque sua proposta de leniência não foi aceita pela autoridade administrativa. Ao nosso ver, trata-se de uma decisão administrativa que deve ser minimamente motivada, evitando-se, assim, espaços para o arbítrio.

Como já dito, também o direito à ampla defesa deve ser observado e exercido por meio de defesa técnica, realizada por representante legal da pessoa jurídica (acompanhado de advogado), que apresentará a proposta de leniência e manifestará a vontade da pessoa jurídica.²²²

Nesse sentido também seria desejável que fosse respeitado o direito da pessoa jurídica interpor recursos no âmbito do acordo de leniência, o que não fica expresso na dicção da Lei 12.846/13.²²³

De outra parte, indispensável observar que o processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica, caberá “à *autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário*”²²⁴,

noticiado pela imprensa (Jornal Valor Econômico, pesquisado em 06/10/2015), entretanto tal solicitação foi negada sob a seguinte justificção: “Em atenção à solicitação realizada no pedido registrado sob o número 00075.001119/2015-11, informamos que esta Controladoria-Geral da União não celebrou nenhum Acordo de Leniência até a presente data.

Ainda, temos a informar que toda e qualquer negociação eventualmente em curso nesta Controladoria-Geral da União (CGU) não deve ter seus acessos franqueados em atenção ao disposto nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 31 e do artigo 35, todos do Decreto nº 8.420/2015.

Diante disso, esclarecemos que os procedimentos sancionatórios nesta situação são de natureza restrita até o julgamento, não sendo disponibilizados via Lei de Acesso à Informação, conforme legislação vigente (...)

²²² §1º do art. 30 do Decreto nº 8.420: “§1º O acordo de leniência de que trata o caput será proposto pela pessoa jurídica, por seus representantes, na forma de seu estatuto ou contrato social, ou por meio de procurador com poderes específicos para tal ato, observado o disposto no art. 26 da Lei 12.846, de 2013.”

²²³ Naturalmente, somente será possível questionar a decisão que não recebe o acordo de leniência se for exposto o motivo pelo qual não foi aceita a proposta de leniência.

²²⁴ A questão da autoridade máxima de cada órgão ou entidade e os limites de sua atuação será discutida conforme a norma for aplicada a casos concretos. Segundo Petrelluzzi e Rizek Junior, podemos entender que, na administração direta, no âmbito do Poder Executivo, são autoridades máximas o Ministro de Estado no nível federal e, em nível estadual, o Secretário de Estado. No

sendo, por essa razão ainda mais conveniente que se exponha as fundadas razões para a celebração, ou não, do acordo de leniência, conferindo-se publicidade, logo quando possível aos termos do acordo.

Vale frisar, conforme já abordado, que uma vez aceita a responsabilização objetiva da pessoa jurídica²²⁵, não se terá que apurar a vontade e consciência da ação, a presença de dolo e culpa, ou mesmo a individualização da sanção nos moldes tradicionais, bastando que fique evidenciado o nexo causal entre a conduta e o dano à Administração, sem que se precise buscar qualquer elemento de ordem subjetiva para caracterizar a responsabilização.

Entretanto, após a devida tipificação do atuar do agente a uma das condutas do artigo 5º da Lei Anticorrupção, deverá o agente administrativo sancionador fixar uma punição proporcional e adequada ao caso concreto, seguindo os parâmetros legais.

Mensurar o suposto prejuízo econômico ocasionado pela prática corrupta não é tarefa simples, até mesmo porque esses valores não são contabilizados ou declarados pelas partes envolvidas.

No tocante à motivação, oportuno ainda referir o art. 2º, parágrafo único, VII da Lei 9.784/99, que atribui à administração brasileira a tarefa de indicar os pressupostos de direito e de fato que determinaram a decisão eleita. O administrador deve, por conseguinte, diligenciar, sobretudo em processos sancionadores, visando a conferir legitimidade e justificação à solução preceituada.

Relevante observar, ainda, que a prática de negócios ilícitos e corruptos ocorre às escondidas, de modo que uma das linhas centrais de combate à corrupção passa, necessariamente, por uma maior transparência política e administrativa.

âmbito municipal a autoridade máxima será, sempre, o prefeito. Na administração indireta, a autoridade máxima será o presidente das empresas, autarquias e fundações de cada um desses órgãos. No Poder legislativo, a autoridade máxima é a Mesa Diretora da Casa e, no Poder Judiciário, é o Presidente de cada um dos Tribunais Federais e Estaduais, enquanto no âmbito do Ministério Público será o Procurador Geral da República e, nos Estado, o Procurador Geral de Justiça.

²²⁵ A exigência de culpabilidade tem constituído, no Direito Penal, o maior óbice ao reconhecimento da capacidade delitiva das pessoas jurídicas, havendo grande quantidade de penalistas que simplesmente rejeitam tal hipótese.

De certo que a falta de publicidade dos atos administrativos²²⁶ dificulta o controle da administração pública e, numa outra vertente, a falta de motivação e clareza dos atos administrativos prejudica o próprio exercício do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), que se vincula profundamente com a garantia da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Tais preceitos constitucionais devem, necessariamente, influir nos processos administrativos e judiciais, dos quais poderão decorrer consequências punitivas para as partes.

Odete Medauer sintetiza o ponto, ao afirmar que “*a processualidade está associada ao exercício do poder. O poder é, por si próprio, autoritário*”²²⁷. Dessa forma, a atividade administrativa deve ser “canalizada”, obrigatoriamente, por parâmetros determinados, para ser qualificada como legítima.

Conforme verificado, o acordo de leniência, tendo em vista sua contratualidade, deve ser resguardado da interferência da atos de autoridade. Para tanto, deve o ajuste celebrado entre o agente público e o agente particular estar protegida pela incidência do devido processo legal e seus desdobramentos (art. 5º da CF).

Indispensável, portanto, fixar os limites materiais e formais para a celebração do acordo de leniência, de modo a conformar e limitar o exercício do poder punitivo por Parte da Administração Pública.

Resta também evidente a existência de uma nítida tensão no cerne desse acordo de leniência, um embate de interesses distintos, representado principalmente pela posição da pessoa jurídica proponente e, por outro lado, a autoridade administrativa com competência para impor sanções.

²²⁶ Norberto Bobbio afirma que “*O momento em que nasce o escândalo é o momento em que se torna público um ato ou uma série de atos até então mantidos em silêncio ou ocultos, na medida em que não podiam ser tornados públicos, pois, caso fossem, aquele ato ou aquela série de atos não poderiam ser concretizados. Pense-se aqui nas várias formas que pode assumir a pública corrupção, o peculato, a malversação, a concussão, o interesse privado em cargos públicos e assim por diante, apenas para dar exemplos banais, coisa corriqueira. Qual empregado público poderia declarar em público, no momento em que é empossado em seu cargo, que irá se apropriar do dinheiro público (peculato) ou do dinheiro que embora não pertença à Administração Pública é por ele apropriado por razões de ofício (malversação)? Qual empregado público afirmaria que irá constranger este ou aquele e dar-lhe dinheiro abusando da sua qualidade ou das suas funções (concussão) ou se servir de seu cargo para obter vantagens pessoais (interesse privado em cargos públicos)?*” BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, p. 92)

²²⁷ MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 163.

Por fim, deve-se considerar que a aceitação do acordo de leniência gera consequências não somente para a pessoa jurídica envolvida, mas para terceiros, outras empresas e pessoas físicas, inclusive uma série de efeitos para a tutela penal dos acusados, eventualmente envolvidas no ato ilícito.

Já se afirmou nesse aspecto, que “o processo administrativo brasileiro configura expressão do princípio do Estado Democrático de Direito”²²⁸, de modo que os particulares (em especial o proponente do acordo de leniência) poderão participar ativamente das decisões que poderão afetar seus interesses.

Na hipótese do acordo de leniência o particulares não somente poderão, mas deverão participar, de fato, da decisão final desse acordo, até mesmo porque será a pessoa jurídica que terá que arcar com multas e se comprometerá a adotar os princípios de integridade. Em suma: o acordo de leniência não pode ser na prática uma imposição da autoridade pública, no sentido de “ou tudo, ou nada”.

Confia-se que sempre que estiver em jogo a restrição de bens e a liberdade do particular, sob qualquer modalidade, o princípio do devido processo legal assegurará a submissão da Administração Pública a prévios e conhecidos ritos processuais, bem como a observância de limitações substanciais.²²⁹

Resta imperioso, portanto, que sejam devidamente estabelecidos os ritos e procedimentais, que deverão ser observados pelo agente público na celebração do acordo de leniência, sob pena desse instituto “oco”, vazio de garantias, que ficará “vagando” ao talante e conveniência da autoridade administrativa da vez.

Outro risco que incorre o instituto, por conta da ausência de um delineamento prévio e claro de seus ritos, será a perda de eficiência, eis que a decisão de propor o acordo (segundo dicção da lei) deve partir do particular, que, naturalmente, almeja um mínimo de segurança jurídica e previsibilidade.

²²⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999, p. 363.

²²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Idem. p. 365.

Considerações Finais

A primeira conclusão a que se chegou no presente trabalho é que está em curso uma intensa transformação no Estado e no direito contemporâneo, cujas implicações e desdobramentos ainda não se fizeram claros.

Todavia, mesmo dentro desse ambiente de incertezas, é possível visualizar que o ente estatal busca, em alguma medida, adaptar suas estruturas às mudanças sociais. De uma parte o Estado realiza uma ampliação e recrudescimento do aparelho sancionador, que se reflete em especial no direito penal e no direito administrativo sancionador. Por outro lado, percebe-se um maior espaço para soluções não impositivas, mas que tragam um ganho de eficiência.

Constatou-se, também, que a Lei 12.846/15, denominada Lei anticorrupção, foi editada para atender compromissos firmados pelo Estado brasileiro no âmbito de organismos internacionais, apresentando em suas normas instrumentos já conhecidos no direito estrangeiro, mas cuja aplicação carece de adaptação à realidade jurídica brasileira.

O presente trabalho também buscou contribuir com o debate teórico, em curso na academia, que trata de uma suposta à natureza penal da Lei n. 12.846/13. Nesse sentido, sustentamos que a norma em questão é genuína representante do *Direito Administrativo Sancionador* e, por essa razão, demanda que sejam observados os princípios constitucionais pertinentes ao Direito Administrativo, reconhecendo-se, todavia, que há um longo caminho a ser trilhado para que se estabeleça, de fato, uma estrutura de regras e princípios próprios ao Direito Administrativo Sancionador.

Em face de tudo quanto foi visto, acreditamos que a formalização de regras mínimas para o acordo de leniência é um caminho desejável, que sendo adequadamente adotado não reduzirá o *enforcement* da Lei anticorrupção. Ao revés, servirá para ampliar a adesão dos particulares ao instituto da leniência.

Norberto Bobbio, em sua obra *o futuro da democracia*, aborda um clássico debate político: o que seria melhor: um governo dos homens ou um governo das leis? Após longo exame, posiciona-se o pensador italiano:

(...) não tenho nenhuma hesitação em dizer que prefiro o governo das leis e não o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje seu triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste um bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos”²³⁰

Tendo em vista a sempre lúcida lição de Bobbio, resta claro que a aplicação prática do instituto da leniência demandará que sejam estabelecidas regras (regras do jogo), que deverão ser observadas pelos agentes públicos e particulares, sem que isso gere um “engessamento” do sistema de leniência.

Necessário, portanto, que a pessoa jurídica, a empresa proponente da leniência, consiga prever quais são os parâmetros de conduta a serem adotados pelos agentes públicos, de modo que sua efetiva colaboração possa, de fato, gerar o benefício esperado, desde que respeitadas todos os requisitos estabelecidos em lei e as condições impostas no próprio acordo de leniência.

Estabelecer de forma clara as “regras do jogo”, ou seja, quais os limites e quais as condutas que se pode esperar do agente público e do agente particular cria um ambiente de segurança jurídica, que afasta o arbítrio e soluções que incorram em corrupção ou qualquer outro desvio do agente público.

Vale também ter em mente a visão lúcida e realista de Luigi Ferrajoli, quando distingue o modelo constitucional ideal daquele efetivamente adotado no sistema jurídico. Segundo suas palavras:

“(...) uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito legítimo.”²³¹

Ou seja, mesmo que se fixe um sistema de regras constitucional de elevado patamar, resguardando-se os direitos dos particulares, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, se não for estabelecida uma cultura de transparência para os aplicadores da norma (no caso os agentes públicos com competência para impor sanções) tal sistema se desvirtuará e perderá sua legitimidade e eficácia.

O trabalho em questão não tem a pretensão de apresentar soluções “prontas e acabadas” para a aplicação do instituto do acordo de leniência, busca-se, na

realidade, ampliar o debate, mesmo indicar áreas de sombra, que ainda não foram devidamente examinadas pela doutrina pátria.

Sempre há um considerável risco em se trilhar caminhos pouco utilizados, seja pela falta de referências seguras sobre um tema praticamente inédito no direito pátrio, seja porque a aplicação prática da leniência estabelecida na Lei anticorrupção está por vir. Entretanto, os riscos corridos são recompensados pela possibilidade de contribuir, em alguma medida, para o amadurecimento da instituição do acordo de leniência.

²³⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 265.

²³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 786.

Referências Bibliográficas

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; GICO, Ivo Jr. *Corrupção e judiciário. A (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção*. Revista Direito GV, São Paulo, jan-jun 2011.

AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Programas de compliance no âmbito da Lei nº 12.846/2013: importância e principais elementos*. Revista do Advogado (AASP), ano XXXIV, nº 125. dezembro de 2014.

AYRES, Carlos Henrique da Silva e MAEDA, Bruno Carneiro. *O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. Lei anticorrupção* (org.). Bahia, Editora JusPodivm, 1ª Edição, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos, *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade, Revista de Direito Administrativo nº 259, Editora FGV Direito Rio.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução e Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Ed. Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Aspectos processuais civis na Constituição*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, v. 15, n. 19, p. 56-66, jan./jun.1989.

BARROS, Marcos Antonio. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2007.

BECK, Ulrich, Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade. São Paulo. Editora 34, 2010.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *Estudos de direito público – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar. 2015.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 13ª Edição, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 6ª ed. Trad. Ariana Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta*. Publicado na Revista Consultor Jurídico em 8 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>.

BOTTINO, Thiago. Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas, In: *Regulação No Brasil: uma visão multidisciplinar* (org) Sergio Guerra. FGV Editora. 2014.

BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, que promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, cujas negociações foram encerradas em 17 de dezembro de 1997, em Paris. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de dez. 2000.

BRASIL. Decreto nº 4.411, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 de out de 2002.

CAMBI, Eduardo; Guaragni (Coord). *Lei Anticorrupção: Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Ed. Almedina, 2014.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. *Inovações da Lei 12.846/2013*, In: Lei Anticorrupção empresarial, aspectos críticos à Lei nº 12.846/13. Belo Horizonte: Fórum. 2014.

CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª Edição, 2015.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Malheiros, 29ª Edição, 2013.

COSTA, José de Faria (coord.). *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra Editora. 2005.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmente iuris poenalis): Introdução*. Coimbra Editora. 2007.

D'AVILLA, Fabio Roberto, *Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 60. Editora Revista dos Tribunais, maio-junho de 2006.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro e AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.), *Temas de Anticorrupção & Compliance*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I. questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: 4ª edição. Revista dos Tribunais. 2014.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo, Editora Malheiros, 2ª Edição, 2007.

FIDALGO, Carolina Barros e CANETTI, Rafaela Coutinho. *Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. Lei Anticorrupção*. Bahia, Editora JusPodium, 2015.

GIDDENS, Antony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo a nós?*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*, tradução Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Record, 1999.

GÓMEZ MARTIN, Victor, Compliance y derechos de los trabajadores, In: Khlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y teoria del Derecho penal*. Barcelona, Marcial Pons, 2013.

GUEDES, Demian. O Estado Democrático de Direito e os seus castigos: uma reavaliação do ato sancionador. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein

(Coord). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente e 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) – atualizada de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. Saraiva: São Paulo. 2015.

GRECO, Luís, *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GREGHI, Fabiana. *A delação premiada no combate ao crime organizado*. Revista de Direito Público. Londrina: v. 2. n. 3.

JACKOBS, Günther, A ciência do Direito Penal diante das exigências da atualidade, In: *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. Coleção Estudos de Direito Penal.

JÚNIOR, J. Cretella. *Prática do Processo Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

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

LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador, ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. São Paulo: (Dissertação). USP. 2013.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM. 2005 (monografia)

MAJONE. Giandomenico. *Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança*. Revista do Serviço Público. Ano 50. N. 1.. (trad.) René Loncan, Jan-mar 1999.

MARINELA, Fernanda; RAMALHO, Tatiany e PAIVA, Fernando. *Lei Anticorrupção: Lei n.12.846, de 1º de agosto de 2013*. São Paulo. Saraiva, 2015.

MASI, Carlos Velho. *A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAURO, Paolo. Os efeitos da corrupção sobre o crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos. In. ELLIOT, K.A. (Org.), *A corrupção e a economia global*. Brasília: UNB, 2002.

MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11ª Edição, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz de da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. *Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Editora Malheiros, 3ª edição, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e MOREIRA NETO; FREITAS, Rafael Vêras. *A juridicidade da Lei Anticorrupção: Reflexões e interpretações prospectivas*. Revista Fórum Administrativo. (<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/noticias/a-juridicidade-da-lei-anticorruptao-reflexoes-e-interpretacoes-prospectivas>)

MORO, Luís Carlos. *Corrupção, compliance e Direito do Trabalho: velhas práticas, novos riscos para os empregados*. Revista do Advogado, AASP, dezembro de 2014, nº 125.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*, 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Coleção Jacoby de Direito Público; v. 13).

NIETO GARCIA, Alejandro (2002) *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª ed. Ampliada, Madri: Tecnos, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2005.

PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva e MENDES, Paulo de Souza (coords). *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.

PETRELLUZZ, Marco Vinicio e RIZEK, Rubens Naman Junior. *Lei Anticorrupção – Origens, Comentários e análise da legislação correlata*. Saraiva. 2014;

PRADO, Geraldo, *Transação penal (O tempo e a norma)*. Coimbra: Almedina. 2015.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina. 2005.

RAKOFF, Jed S. The financial Crisis: *Why Have no High-level executives been prosecuted?* The New York Review of Books, 22/10/2014.

RICHMAN Daniel C. *Corporate Headhunting*. Harvard law & Policy Review., vol. 8.

ROSE-ACKEMAN, S. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, K.A. (Org.), *A corrupção e a economia Global*. Brasília: Ed. UNB, 2002.

SAAVEDRA, Gionavi Agostini. *Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance* Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance, In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 226, p. 13/14, set, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2013. (obra traduzida)

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva (Dir) e FERNÁNDEZ. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros Jurídicos.2013.

SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo: Best Seller, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política uma transição paradigmática*. 3ª ed. São Paulo: Cortez. 2001.

SALOMI, Maíra Beauchamp. *O Acordo de Leniência e seus reflexos penais*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal*. Publicada na Revista Consultor Jurídico em 5 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorruptao-carater-penal>.

SCHREIBER, Anderson, *Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo, *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Lei Anticorrupção*. Editora Jus Podium. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord) *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TRINDADE, Marcelo; SANTOS, Aline de Menezes. *Regulação e autoregulação no Brasil e a crise internacional*. Disponível em www.bmfbovesa.com.br

VEIGA, Raul Soares da. Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras, In: *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva e MENDES, Paulo de Souza (coords). Coimbra: Coimbra Editora. 2009.

VERA, José Bermejo. La potestade sancionadora de la adminisatración. In: *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Diogo de Figueiredo Neto (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.