

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

RAFAEL SZMID

Monitores anticorrupção no Direito brasileiro

São Paulo
2020

RAFAEL SZMID

Monitores anticorrupção no Direito brasileiro

Versão Original

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para a obtenção do
título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Comercial

Orientador: Dr. Newton De Lucca

São Paulo

2020

RESUMO

Esta tese envolve o estudo dos monitores corporativos independentes anticorrupção no Brasil. O trabalho analisa o regramento jurídico aplicável ao tema e identifica os desafios jurídicos inerentes à utilização dessa ferramenta de combate à corrupção no contexto de acordos no âmbito administrativo e judicial, bem como a possibilidade de sua imposição de forma unilateral por autoridade governamental. Por ser um instituto importado dos Estados Unidos da América, jurisdição que possui uma tradição de justiça negociada e adversarial (ou acusatória) diversa dos ordenamentos jurídicos que adotam o “Civil Law”, como o brasileiro, a utilização do monitoramento anticorrupção impõe uma série de desafios específicos e exige ajustes para que a sua adoção ocorra de forma lícita e adequada no Brasil. Sugere-se, portanto, que haja a regulação local do tema de forma a atribuir legitimidade à utilização do monitoramento anticorrupção e reduzir a insegurança jurídica que atualmente envolve o assunto. Sem isso, esse mecanismo de expressão do interesse público em casos de corrupção não possuirá a importância e adequação necessárias no Brasil.

ABSTRACT

This thesis discusses anti-corruption independent corporate monitors in Brazil. The thesis analyses the legal rules applicable to this issue and identifies the legal requirements and specific challenges in connection with the utilization of this mechanism to fight corruption in both administrative and judicial settlements, as well as the possibility of its adoption by a unilateral decision from a public authority. Given the fact that the utilization of anticorruption monitors was imported from the U.S. legal system as part of a negotiated justice and adversarial system, the use of anticorruption corporate monitoring imposes several specific challenges and requires adjustments in order to be used in accordance with Brazil's legal system and in an effective way. The author suggests the enactment of a specific regulation of the anti-corruption independent corporate monitors to increase its legitimacy and reduces the legal uncertainty currently involving this matter. Without this adjustments, this mechanism that manifests the public interest in corruption investigations will lack the required importance and adequacy in Brazil.

PRINCIPAIS SIGLAS

AGU	Advocacia-Geral da União
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CGU	Controladoria Geral da União
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
CVM	Comissão de Valores Mobiliário
DOJ	U.S. Department of Justice
DPA	Deferred Prosecution Agreement
EUA	Estados Unidos da América
FBI	Federal Bureau of Investigation
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
MP	Ministério Público Estadual e Federal
MPF	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
PF	Polícia Federal
PREVIC	Superintendência Nacional de Previdência Complementar
SEC	Securities and Exchange Commission
SFO	Serious Fraud Office
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO	8
1.1. A tese a ser defendida	8
1.2. A relevância do tema.....	12
1.3. O problema da corrupção	19
2. O PLEA BARGAINING ESTADUNIDENSE E TRANSPLANTES JURÍDICOS	25
3. AJUSTES PÓS TRANSPLANTES JURÍDICOS: CONSIDERAÇÕES GERAIS E EXEMPLOS EM OUTROS PAÍSES	37
3.1. Alemanha	40
3.2. Argentina	43
3.3. Itália.....	45
3.4. França	48
4. ABSORÇÃO PELO BRASIL DE ASPECTOS DO SISTEMA ADVERSARIAL.....	51
5. O MODELO FCPA/OCDE E A SUA PROPAGAÇÃO PELO MUNDO	69
5.1. Regras antissuborno.....	71
5.2. Regras sobre registros contábeis.....	76
6. MONITORES ANTICORRUPÇÃO	81
6.1. Origem e definição	81
6.2. Escopo do monitoramento	86
6.3. Qualificações do monitor	91
6.4. Duração	94
6.5. Termos do monitoramento	95
6.6. Adequação da sua utilização	97
6.7. Monitoramento duplo e monitoramento conjunto	98
6.8. Documentos estadunidenses sobre monitores	100
6.9. Casos envolvendo o monitoramento de empresas brasileiras	106
6.9.1. Caso Embraer.....	106
6.9.2. Caso Odebrecht e Braskem	109
6.9.3. Caso J&F	111
6.9.4. Caso Rodonorte	112
7. REGRAMENTO SOBRE A UTILIZAÇÃO DE MONITORES NO BRASIL	114
7.1. Como o Brasil pune corrupção	114
7.2. Regramento a ser utilizado para a nomeação de monitores.....	129
7.2.1. Esfera administrativa.....	129

7.2.2. Esfera judicial.....	157
8. PONTOS CRÍTICOS SOBRE A UTILIZAÇÃO DE MONITORES NO BRASIL	161
8.1. Indisponibilidade da utilização de um monitor em determinados casos.....	161
8.2. Aspectos normativos e culturais	163
8.3. Alegação de ilegalidade da “justiça negociada”	164
8.4. Impunidade.....	167
8.5. Insegurança jurídica	172
8.6. Corrupção sistêmica.....	174
8.7. Empresas familiares.....	178
8.8. Participação do Estado na economia	179
9. CONCLUSÃO	182
10. BIBLIOGRAFIA.....	187
11. ANEXO I – DISPOSITIVOS USADOS COMO BASE JURÍDICA PARA O ACORDO MPF E ODEBRECHT.....	195

1. INTRODUÇÃO

1.1. A tese a ser defendida

Monitores corporativos independentes anticorrupção (“Monitor” ou, no plural, “Monitores”)¹ são ferramentas assecuratórias de cumprimento de obrigações acordadas ou exigidas por autoridades públicas no contexto de grandes casos de corrupção, em particular aquelas obrigações relacionadas à adesão e introdução de mecanismos efetivos de integridade corporativa.

O uso de Monitores é um instrumento tradicional do sistema jurídico estadunidense, em particular nos casos envolvendo corrupção transnacional, que foi importado para uma série de jurisdições, incluindo para o Brasil. Por conseguinte, para que se torne uma ferramenta lícita, adequada e eficiente de redução da corrupção no ambiente corporativo no Brasil, deve-se promover a sua compatibilização ao ordenamento jurídico pátrio e adequação às demais particularidades da realidade brasileira (*i.e.*, econômica, social, política, cultural, etc.)².

Nessa esteira, a tese ora proposta busca defender que, do ponto de vista jurídico, disciplinar a utilização de Monitores no Brasil, com a inclusão de dispositivos específicos no ordenamento jurídico pátrio, é a forma mais adequada de se regular o tema. Para atingir os objetivos almejados, tal regulamentação deve incluir elementos básicos, como a definição de critérios materiais e temporais para o uso de um Monitor, o processo de escolha, nomeação e

¹ Monitores podem receber diferentes designações, de modo que, para os propósitos desta tese, Monitores independentes, Monitores de conformidade, Monitores anticorrupção e variações destes termos devem ser compreendidos de forma indistinta ao longo deste trabalho. Sobre o tema: “When searching our Public Resource Center, please keep in mind that Corporate Monitors are referred to by many names, which we have captured in accordance with that used in the Agreements within our repository, including, but not limited to: Independent Corporate Monitor, Compliance Monitor, Compliance Consultant, Independent Auditor, Third-Party Accountant, Special Compliance Official, Independent Ethics Reviewer, Corporate Monitor and Monitor”. International Association of Independent Corporate Monitors (IAICM). Disponível em: <http://iaicm.org/>. Acesso em 11 de julho de 2020). Segundo a American Bar Association, os termos “external compliance officer” e “Independent Private Sector Inspectors General” também são utilizados para se referir a Monitores. Vide “ABA Standards for Monitors (4th ed.)”. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/MonitorsStandards/. Acesso em 11 de julho de 2020.

² Como analisaremos ao longo deste trabalho, a litude está relacionada à observância de todos os princípios e normas que regem a matéria no Brasil, tanto em relação ao processo ou procedimento que antecede a nomeação do Monitor quanto na sua inclusão como parte de um acordo ou de forma unilateral.

destituição do Monitor, e as diretrizes para o desempenho da monitoria³. Ademais, a regulamentação também deve tratar das especificidades locais cabíveis à utilização de Monitores no âmbito judicial e administrativo, a garantir a adequabilidade e licitude do uso dessa ferramenta em cada esfera.

Como veremos, em um sistema fundamentado na tradição de “Civil Law”, como a brasileira, a existência de legislação específica sobre ferramentas jurídicas alienígenas é fundamental para atribuir legitimidade à utilização de Monitores e reduzir a insegurança jurídica que atualmente envolve o tema. Sem isso, o uso desse mecanismo no Brasil, que expressa o interesse público de aprimorar a integridade empresarial em casos de corrupção, permanecerá carecendo da importância, extensão e adequação que requer.

Com efeito, insegurança jurídica e brechas legais nunca são desejáveis, mas são particularmente perigosas quando lidamos com grandes casos de corrupção, nos quais os mais diferentes e importantes interesses políticos e econômicos serão diretamente afetados.

Diante da multiplicidade de competências jurisdicionais em matérias de corrupção no Brasil, corre-se, ainda, o risco de que esse vácuo legislativo seja preenchido por normas emanadas por diferentes autoridades governamentais, o que aumenta a probabilidade de que sejam elaborados regramentos conflitivos e que priorizem interesses meramente institucionais, o que é particularmente problemático em um sistema jurídico com traços inquisitoriais remanescentes⁴, como o brasileiro.

Como parte da análise, e para fins metodológicos, pretende-se estudar, do ponto de vista legal, doutrinário e jurisprudencial, o que é o instituto do monitoramento, sua origem e

³ Monitoria e monitoramento serão usados ao longo desta tese de forma indistinta. É possível encontrar menção aos dois termos em artigos sobre o tema e diferentes profissionais da área costumam possuir preferência por um dos termos em relação ao outro, sem que haja consenso sobre qual dos dois termos é o mais adequado. Preferimos, de todo modo, qualquer um desses termos do que o termo “auditoria externa”, que pode gerar confusão com a tradicional ideia de “auditoria” para outros fins, como fiscais, trabalhistas ou mesmo investigação “shadow” cuja função é acompanhar paralelamente o andamento das investigações internas.

⁴ Como analisaremos de forma detalhada neste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro possui origem na tradição “Civil Law”. O sistema inquisitorial de persecução governamental está intimamente relacionado com a tradição “Civil Law”. A despeito de o Brasil ter absorvido ao longo dos anos aspectos do sistema adversarial, na legislação pátria, ainda existem dispositivos típicos de um sistema inquisitorial, além de outros aspectos deste sistema que reverberam em instituições, procedimentos, aspectos culturais, etc.

como, quando e por quais motivos um Monitor pode ser imposto ou negociado perante o Direito brasileiro com base nas diferentes legislações que tangenciam a matéria.

Por se tratar de um instituto oriundo no Direito estadunidense, analisaremos, de forma crítica, quais são os elementos substanciais e processuais do Sistema Adversarial (ou acusatória) e da realidade local que influenciam o tema do Monitor e que, consequentemente, precisam ser cuidadosamente adaptados para que haja compatibilidade com o Direito pátrio.

De modo a dar amparo teórico à análise que se pretende realizar, estudamos como a Alemanha, Argentina, França e Itália⁵, países cujos sistemas jurídicos têm origem romano-germânico, introduziram elementos da “justiça negociada” em ordenamentos jurídicos fundamentados na “Civil Law”. Replicando a experiência desses países, analisaremos quais as compatibilizações necessárias e os desafios a serem enfrentados no que tange ao Direito brasileiro.

A partir da análise das similaridades entre estas jurisdições e o Brasil, especificamente no que se refere à compatibilidade ou não da “justiça negociada” e do Monitor, podemos anteciper os principais pontos que serão objeto de questionamento no Brasil e entender como outras jurisdições trataram o tema. Por outro lado, analisaremos aspectos específicos do Brasil para entender quando a incorporação deste instituto ao Direito pátrio traz benefícios ou desafios específicos.

A despeito de o estudo sobre impactos decorrentes da corrupção atual envolver acalorados debates de cunho partidário, a nossa proposta é analisar a discussão de forma puramente técnica e dogmática, retirando qualquer aspecto político da discussão.

A ideia é que o leitor possa percorrer esta tese de modo a visualizar o caminho de evolução, desafios e descobertas que percorremos do momento em que decidimos escrever sobre o tema sob a cuidadosa e apaixonada supervisão do Professor Newton De Lucca até a conclusão desta pesquisa. De fato, foram enfrentadas muitas questões nunca ou muito pouco

⁵ Essas quatro jurisdições foram analisadas por Máximo Langer e as análises do autor foram consideradas neste trabalho (LANGER. Máximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure*. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004).

discutidas, até o momento, que resultaram na mudança e aperfeiçoamento sobre diversos conceitos pré-concebidos que tínhamos.

É por este motivo que uma pesquisa cujo escopo inicial era discutir especificamente a figura do Monitor com um enfoque mais prático, aos moldes de um “Guia para ser Monitor ou Monitorado”, acabou por ter um enfoque predominantemente teórico e também analisar aspectos de Direito Constitucional, administrativo e penal.

Assim, são abordados assuntos como a presunção de inocência, prescrição, privilégio contra a autoincriminação, discricionariedade do acusador, diferentes sistemas jurídicos, problemas da justiça seletiva, responsabilidade penal da pessoa jurídica, além de muitos outros temas estruturais do Direito pátrio. Esses assuntos são tratados ao longo desta tese na medida em que forem relevantes à presente pesquisa, sem que nos percamos do enfoque principal que é o monitoramento anticorrupção.

Como um último esclarecimento introdutório, é importante contar um pouco sobre os principais eventos que nos influenciaram, o que é importante para que o leitor entenda o motivo e a forma como alguns temas são tratados ao longo desta tese.

O autor desta pesquisa advogou em casos que exigiram negociações com autoridades públicas no Brasil e no exterior e trabalhou no governo federal em matéria de antitruste. O orientador desta pesquisa, Professor Newton De Lucca, sempre incentivou o autor a analisar a questão da corrupção de forma profunda e filosófica, como algo repudiante e extremamente danoso ao País.

A banca de qualificação desta tese, que contou com a participação dos Professores Renata Mota Maciel e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, provocou-nos a analisar a discussão de forma predominantemente teórica e com enfoque em anticorrupção (*i.e.*, retirando a discussão da monitoria antitruste como tema central, o que era inicialmente proposto). A banca de qualificação foi, de fato, um evento transformador e alterou, por completo, o que apresentamos como produto final deste trabalho.

Por outro lado, o mestrado que o autor concluiu neste ano, na Universidade de Stanford, “contaminou” o autor com a necessidade de não analisar os problemas jurídicos de forma ordinária. Foi também em Stanford que o autor teve o privilégio de conhecer a

Professora Maria Paula Costa Bertran⁶ que forneceu importantes sugestões sobre esta pesquisa.

Vale ainda destacar que o autor teve a oportunidade de conversar sobre o tema com acadêmicos, profissionais que atuaram ou atuam como Monitores e agentes públicos que representam ou representaram o governo em acordos envolvendo Monitores. Todas essas pessoas gentilmente dedicaram tempo e energia para nos auxiliar a aprimorar esta tese, motivo pelo qual aproveitamos para, mais uma vez, agradecer-lhes⁷.

Além disso, espera-se que esta pesquisa auxilie em futuras discussões envolvendo o monitoramento, seja na academia, no judiciário, no âmbito de um processo administrativo ou de reformas legislativas. Em particular, foi muito gratificante ver o interesse de Monitores e empresas monitoradas, acadêmicos e advogados de anticorrupção pela temática deste trabalho, os quais se queixam da atual absoluta falta de literatura sobre o tema no Brasil. Isso corrobora, não só a importância desta pesquisa, mas também sua novidade.

A expectativa é que esta tese seja um passo inicial, mas ao mesmo tempo decisivo, para que este tópico seja mais conhecido e mais bem compreendido no Brasil, bem como ajustado de forma adequada ao ordenamento jurídico pátrio.

1.2. A relevância do tema

Mais de seis anos transcorridos desde a deflagração da operação de busca e apreensão que obteve as primeiras provas no âmbito da Operação Lava-Jato⁸, o Brasil ainda vive um período de intenso caos político, jurídico e econômico.

⁶ A Professora Maria Paula é Docente da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP e estava em Stanford ministrando o curso “Business, Institutions and Corruption in Latin America”, no qual o autor foi aluno.

⁷ Por solicitação desses profissionais, não indicaremos os seus nomes para evitar qualquer vinculação entre os seus nomes e as conclusões expostas nesta pesquisa.

⁸ A Operação Lava-Jato teve início em 17 de março de 2014. Esta operação unificou quatro investigações da Polícia Federal (“PF”) que apuraram a prática de crimes financeiros e desvio de recursos públicos. A análise do material apreendido indicou o potencial envolvimento de agentes públicos e políticos em esquemas ilícitos de magnitude muito mais ampla do que os inicialmente investigados pela operação.

Parte da população brasileira e mundial considera a Operação Lava-Jato como a maior representação da “luta contra a corrupção no Brasil”, ao passo que outra parcela a vê como uma sofisticada manobra de determinados grupos políticos articulados, em particular de grupos da chamada “direita”, para remover a suposta “esquerda” do poder no País e devolvê-lo às elites⁹.

Independentemente de qualquer opinião política sobre o tema, o que fugiria por completo do objeto deste trabalho, a Operação Lava-Jato gerou inúmeros desdobramentos jurídicos, tanto no País, quanto no exterior, e isso é do nosso interesse para os fins desta tese.

Em particular, essa operação rendeu, até o momento, mais de 70 operações da PF, diversas investigações perante autoridades administrativas¹⁰, 163 prisões temporárias e outras 130 prisões preventivas, 1343 buscas e apreensões, 211 conduções coercitivas, 10 ações de improbidade administrativa, 138 acordos de colaboração, mais de R\$ 14 bilhões previstos de recuperação aos cofres públicos¹¹ e cerca de 40 pedidos passivos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, além de outros desdobramentos¹².

No meio dessa enxurrada de processos judiciais e administrativos, foram celebrados, no final de 2016, dois acordos particularmente relevantes para o tema que se pretende tratar nesta tese, pois resultaram na nomeação de Monitores no Brasil. Até a celebração desses acordos, o único outro Monitor envolvendo empresa brasileira havia sido em um acordo firmado no caso Embraer S.A. (“Embraer”)¹³, poucos meses antes desses acordos, em outubro de 2016.

⁹ Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/59896/juristas-estrangeiros-dizem-que-lula-e-vitima-de-perseguido-politica-e-pedem-libertacao-de-ex-presidente>. Acesso em 19 de julho de 2020.

¹⁰ Vide, por exemplo, as operações do cartel de Angra 3 e Belo Monte perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”).

¹¹ Mais de R\$ 4 bilhões já foram devolvidos aos cofres da Petrobras, União, etc.

¹² Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados> e <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/efeitos-no-exterior>. Acesso em 10 de junho de 2020.

¹³ A despeito de este ter sido o primeiro caso envolvendo o monitoramento de uma empresa brasileira, outros casos de monitoramento global envolveram o monitoramento de atividades desenvolvidas por multinacionais com atividades no Brasil (e.g., ABB, Siemens, Avon e Monsanto). Nesses casos, e na ausência de uma investigação local, os acordos ou decisões não envolvem autoridades brasileiras e, portanto, são firmados sem levar em conta a legislação local.

No Brasil, ambos os acordos envolveram, de um lado, o Ministério Público Federal (“MPF”)¹⁴ e, do outro, empresas investigadas na Operação Lava-Jato – Braskem S.A. (“Braskem”) e Odebrecht S.A. (“Odebrecht”). Já no âmbito internacional, acordos foram celebrados entre as mesmas empresas citadas e autoridades estadunidenses, o “U.S. Department of Justice” (“DOJ”) e a “Securities and Exchange Commission”¹⁵ (“SEC”), além da Procuradoria-Geral da Suíça.

Esses acordos, em conjunto com uma série de outras investigações relacionadas ao esquema de corrupção no Brasil e no exterior investigados no âmbito da Operação Lava-Jato, contribuíram para o desmantelamento de uma série de condutas de corrupção que afetaram de forma intensa empresas públicas e privadas¹⁶.

Como parte do acordo, e conforme será detalhado mais adiante, as empresas confessaram o cometimento de práticas de corrupção, concordaram em pagar multas altíssimas, comprometeram-se a cooperar com as autoridades públicas, bem como assumiram a obrigação de contratar Monitores.

Uma vez celebrados acordos nos Estados Unidos da América (“EUA”) prevendo a nomeação de Monitores, a incorporação dessa obrigação se tornou quase que automática nos acordos firmados com as autoridades brasileiras¹⁷.

Mais recentemente, contudo, outros dois acordos prevendo a nomeação de Monitores foram celebrados envolvendo empresas brasileiras. Esses dois outros casos envolvem a J&F Investimentos S.A. (“J&F”), em 2017, e a Rodonorte – Concessionária de Rodovias Integradas

¹⁴ Para os fins deste trabalho, a sigla “MP” abarca referências conjuntas e indistintas ao MPF e aos diversos Ministérios Públicos Estaduais. A sigla “MPE” refere-se apenas à Ministério Público Estadual.

¹⁵ A SEC celebrou acordo apenas com a Braskem, pois a Odebrecht não era uma emissora EUA.

¹⁶ No caso da Odebrecht, a então gigante do mercado de construção teria organizado uma sofisticada unidade de negócios secreta para o pagamento de propina, denominada de Departamento de Operações Estruturadas. Esta divisão de negócios pagou centenas de milhões de dólares em propina em diversos países em três continentes distintos.

¹⁷ Ou seja, como as autoridades estadunidenses decidiram impor o monitoramento, as empresas já estariam de uma forma ou outra sob o monitoramento. Por conta disto, prever isso nos acordos locais no caso da Odebrecht e Braskem se tornou algo muito mais simples e, inclusive, evita que as autoridades locais deixem transparecer que estão sendo mais lenientes do que as estrangeiras.

S.A. (“Rodonorte”), em 2019. Tratam-se dos dois primeiros acordos envolvendo Monitores como parte de acordos firmados apenas com autoridades brasileiras.

Esses cinco casos serão analisados mais adiante, mas vale destacar que todos esses acordos envolvendo Monitores foram celebrados nos últimos quatro anos, a despeito de este instituto já ser utilizado ao menos desde 1995 pelo DOJ e, desde 1978, pela SEC¹⁸. Ou seja, trata-se de um instituto novo e, ao menos no Brasil, em ascensão¹⁹.

Para alguns, contudo, o aumento na utilização de Monitores no Brasil é um indicativo de que a persecução penal pelos EUA segue um padrão de “mirar” em algumas jurisdições específicas por motivos políticos e econômicos e o Brasil foi “a bola da vez”²⁰, assim como a China está na “mira” do DOJ desde a edição da chamada “China Initiative”, em novembro de 2018²¹.

Note-se, ainda, que nunca houve no Brasil a nomeação de um Monitor como parte de um acordo firmado com autoridade administrativa, como a Controladoria-Geral da União (“CGU”) ou com o CADE, bem como para temas não relacionados à corrupção. Nada obstante, este trabalho se propõe a indicar uma série de princípios e normas que devem ser cuidadosamente observadas quando isso ocorrer.

¹⁸ Vide James C. McKinley, *Con Ed Fined and Sentenced to Monitoring for Asbestos Cover-Up*, N.Y. Times (22 de abril de 1995). Disponível em: www.nytimes.com/1995/04/22/nyregion/con-ed-fined-and-sentenced-to-monitoring-for-asbestos-cover-up.html. Acesso em 11 de julho de 2020. Vale notar que o DOJ não foi a primeira autoridade a utilizar um Monitor. A SEC, por exemplo, utilizou Monitores ainda em 1978, vide “SEC News Digest”, “Issue” 80-71 p. 3 (10 de abril de 1980). Disponível em: <https://www.sec.gov/news/digest/1980/dig041080.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

¹⁹ Vale lembrar, contudo, que autoridades do governo estadunidense pertencentes à administração do governo Donald Trump têm levantado questionamentos sobre a utilização deste mecanismo. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/insider/2018/10/15/rethinking-corporate-monitors-doj-tells-companies-to-mind-their-own-business/#4c17b7745b41>. Acesso em 11 de julho de 2020.

²⁰ A título de exemplo, segundo dados de 2017 do “FCPA Blog”, de 104 empresas que divulgaram estarem sendo investigadas nos EUA por potenciais práticas de corrupção no exterior, 30 empresas mencionaram o Brasil como um território afetado. Disponível em: <https://fcpcblogger.com/2017/05/19/thirty-companies-name-brazil-in-connection-with-fcpa-related/>. Já segundo dados de 2018 do “FCPA Blog”, o Brasil foi mencionado em 36 investigações de um total de 138 divulgadas em 2018. Disponível em: <https://fcpcblogger.com/2018/04/26/brazil-china-most-mentioned-in-fcpa-related-investigations/>. Segundo o “FCPA Blog”, o Brasil seguiu como a jurisdição mais mencionada em 2019. Disponível em: <https://blog.fcpatracker.com/2020/01/fcpa-investigations-year-in-review-2019/>.

²¹ Vide: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1107256/download>.

A celebração desses cinco acordos que, como vimos, por ora ocorreram apenas no contexto judicial, envolveu uma série de questões controvertidas e inéditas do ponto de vista jurídico, em particular no que tange à competência para assinar e aprovar acordos dessa natureza no Brasil, quais seriam os seus efeitos e limitações e sobre a possibilidade, adequação e regras que devem ser seguidas para que um Monitor possa ser nomeado segundo o ordenamento jurídico pátrio.

Não há, contudo, normas específicas sobre a matéria e, caso não haja a regulação adequada sobre o tema, a tendência é que um regramento seja elaborado de forma unilateral pela própria instituição acusadora que é parte do processo (*e.g.*, pelo próprio MP ou pela CGU²²) e que, portanto, não possui a isenção, imparcialidade e legitimidade para disciplinar um acordo envolvendo um Monitor de forma adequada.

De mais a mais, e como analisado na obra de Máximo Langer²³, sistemas jurídicos de tradição no “Sistema de Civil Law”, como o Brasil, possuem características próprias e profundas diferenças teóricas e práticas em relação ao sistema consuetudinário estadunidense, de origem no “Sistema de Common Law”, que serão analisadas neste trabalho. Essas “diferenças relativas entre as tradições jurídicas persistem (ainda que menos pronunciadas do que no passado) e continuam a merecer a atenção de comparatistas e operadores do Direito”²⁴.

Os acordos firmados no Brasil que envolvem a utilização de Monitores, bem como o próprio conceito de “justiça negociada”, possuem origem na lógica adversarial (ou acusatória), presente de forma predominante nos países de tradição “Common Law”.

Como veremos, esses acordos decorrem de um arcabouço legislativo e institucional, bem como de aspectos culturais, sociais e econômicos que são inexistentes ou diferentes localmente. Há, por exemplo, regramento próprio e detalhado no Brasil sobre como autoridades administrativas devem atuar, em particular, no contexto de processos

²² Isso ocorreria, por exemplo, por meio das instruções, portarias, etc. emitidas pela própria instituição.

²³ LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004.

²⁴ PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. In. Revista Direito GV. V. 13. n.º 3. set/dez. 2017. p 800.

sancionadores, e o mesmo sobre a atuação de promotores e juízes no âmbito judicial, diante das particularidades de cada sistema jurídico.

A despeito da celebração de cinco acordos envolvendo Monitores, não houve deliberação sobre a legalidade, legitimidade e limites dos acordos celebrados, fazendo com que o tratamento jurídico do tema permaneça obscuro. Essas nuances não foram esmiuçadas detalhadamente por uma série de motivos de ordem prática e econômica, em particular pelo “pacto de sujeição” decorrente da desproporcionalidade de força entre acusação e defesa nesses processos e o interesse das empresas em encerrar as investigações de forma rápida e completa por motivos reputacionais e econômicos²⁵.

Apesar de esses elementos não terem sido profundamente discutidos no contexto desses acordos, são questões cruciais que seguem vivas em nosso sistema jurídico e, cedo ou tarde, serão objeto de questionamento jurídico. Esses embates podem se dar tanto em um caso concreto, como no âmbito de uma alteração legislativa mais ampla. De qualquer forma, como veremos, é de se esperar que institutos existentes no sistema jurídico de outros países precisem de ajustes relevantes para que se tornem compatíveis com o sistema jurídico e com a realidade de outra jurisdição, neste caso, a brasileira.

A tendência da necessidade de ajustes no que se refere à internalização de institutos alienígenas é mais notável quando se importam aspectos tradicionais de um tipo de sistema jurídico para outro (ou seja, do “Sistema de Common Law” para o “Sistema de Civil Law”), como ocorre no caso da importação para o Brasil dos “plea bargaining” e do Monitor do sistema estadunidense. De forma mais específica, do Sistema Adversarial para o Sistema Inquisitorial.

O fato de a “justiça negociada” já fazer parte da realidade do sistema jurídico pátrio, uma vez que já existe a possibilidade de uma série de acordos no âmbito penal, administrativo e cível, inclusive para temas de corrupção, não significa que esses acordos não precisem sofrer adaptações adicionais para que sejam adequadamente incorporados ao sistema pátrio de origem no “Sistema de Civil Law”.

²⁵ No contexto dessas investigações, havia um interesse em encerrá-las, proteger as pessoas físicas, facilitar a captação de recursos e provisionar os prejuízos. Por este motivo, muito do que poderia ter sido questionado não foi, na perfeita representação de sanção como poder em um contexto no qual questionar a legitimidade seria mais custoso do que aceitar a pena.

A razão para este argumento é que neste sistema seria de se esperar existir uma predominância do Sistema Inquisitorial, a despeito de aspectos do Sistema Adversarial já terem sido introduzidos no Brasil, em particular após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Como veremos ao longo deste trabalho, o mesmo ocorre quando observamos a incorporação de mecanismo de “justiça negociada”, como os “plea bargainings”, em outros países de tradição “Civil Law”. No caso, analisamos essa questão na Alemanha, Argentina, Itália e França, bem como no Brasil, seguindo e complementando a análise de Máximo Langer²⁶.

Assim, e a despeito de a tese em si ser mais restrita e focar nos Monitores, este trabalho abarca não só o estudo do instituto do Monitor no Direito brasileiro, mas também dos acordos administrativos e judiciais em temas de corrupção. O enfoque é predominantemente teórico, sem perder de vista os aspectos práticos da discussão.

A pesquisa envolve, portanto, um mecanismo relacionado com o aumento da integridade empresarial, o que é um dos assuntos mais importantes e debatidos da atualidade, mas muito pouco ou nada estudado do ponto de vista teórico e para fins acadêmicos.

O tema, além de atual e inédito, é inegavelmente relevante. Ao mesmo tempo em que as autoridades públicas investigam e punem práticas de corrupção, os empresários brasileiros encontram-se assustados com a possibilidade de que suas empresas e seus próprios nomes estejam envolvidos em um escândalo decorrente da falta de integridade empresarial, cuja maior manifestação seria o envolvimento em esquemas de corrupção.

Investidores nacionais e estrangeiros, colaboradores, empregados, fornecedores e clientes também atribuem cada vez mais importância ao tema da corrupção, sendo que, no geral, há mais receio ou uma restrição total em interagir com empresas que atuam de forma não íntegra.

²⁶ LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004.

1.3. O problema da corrupção

Apesar de possuir muitas conotações e interpretações²⁷, corrupção pode ser definida como uma conduta ilegal na qual uma parte assume uma obrigação de dar, fazer ou não fazer em troca da promessa de uma contraprestação que não poderia ser concedida da forma ou no momento prometido²⁸.

Ao seu turno, é possível classificar tipos de corrupção com base na conduta específica, como pagamento de propina, extorsão, troca de favores, nepotismo, determinados tipos de fraude judicial, contábil, eleitoral, licitação, etc²⁹.

No que tange aos seus partícipes, de maneira geral, a corrupção pode envolver quatro categorias de agentes: (i) políticos; (ii) funcionários públicos; (iii) empresários; e (iv) cidadãos comuns³⁰.

Definidos os elementos constitutivos e passando para análise de sua genealogia, temos que a corrupção é um “fenômeno multifacetado – social, político, econômico e cultural, que se desenvolve sobretudo por meio de organizações, sem embargo de concretizar-se por iniciativas isoladas de agentes públicos, que atuam em prol de interesses privados por meio de troca bilateral que gera vantagens indevidas”³¹.

O Professor Vicente Greco (2015, p. 15/16) leciona o quanto segue:

²⁷ Vide ROSE-ACKERMAN, Susan., & Palifka, Bonnie J.. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press. 2016. p. 7.

²⁸ “Corruption is an extra-legal institution used by individuals or groups to gain influence over the actions of the bureaucracy. As such, the existence of corruption per se indicates only that these groups participate in the decision-making process to a greater extent than would otherwise be the case” (LEFF. Nathaniel. “Economic Development Through Bureaucratic Corruption.” *American Behavioral Scientist*. Nov. 1964).

²⁹ Vide ROSE-ACKERMAN, Susan., & Palifka, Bonnie J.. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press. 2016. p. 8.

³⁰ FISMAN. Ray. GOLDEN. Miriam A. *Corruption: What Everyone Needs to Know*. Oxford University Press, 2017. p. 4.

³¹ Nota Técnica n.º 1/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF, p. 5. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

o problema da corrupção, assim, é amplo, envolvendo, na verdade, qualquer locupletamento indevido decorrente da prática de ato ilegal ou mesmo antiético para beneficiar alguém ou facilitar alguma atividade, ainda que legítima de outrem, ou, ainda, comportar-se de maneira indevida para obter algum benefício para si ou para outrem, ainda que sem conteúdo econômico³².

Por motivos óbvios (*i.e.*, intenção de ocultar a prática e a impossibilidade de execução judicial do acordo dada sua ilicitude), esquemas envolvendo corrupção costumam se realizar de forma oral e com prestações bilaterais que não são proporcionais.

Ilustrando-se o quanto informado acima, o dono de uma concessionária de veículos promete vender um veículo a preço de custo para um fiscal da Receita Federal se ele não aplicar multa que poderia ser muito superior ao valor de um veículo. O motivo para a desproporção entre os valores das prestações de cada parte decorre do fato de que, na maioria das vezes, o objeto deste acordo ilegal é algo que pode beneficiar uma das partes sem gerar custos para quem “entrega” o benefício (*e.g.*, concessão de uma autorização para construção de um empreendimento imobiliário).

Keith J. Rosenn define corrupção como um comportamento desonesto que beneficia um indivíduo às expensas do Estado³³. Obviamente, contudo, não é apenas o Estado que se prejudica com a corrupção. Concorrentes da empresa corrupta, por exemplo, também se prejudicam, assim como a população de forma ampla, uma vez que corrupção gera má alocação e desperdícios de recursos privados e públicos.

Infelizmente, corrupção não é uma novidade no Brasil, sendo parte da nossa história, como retratado na obra clássica “Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro”, de Raymundo Faoro (2001, p. 480):

Depois de 1850, na acelerada onda que sucede à tímida, mas ascendente, economia cafeeira, com o dinheiro do tráfico jorrando no Rio de Janeiro, o país ferve de euforia, euforia sustentada por uma real expansão da renda. “Desde o princípio,” — recordará um aristocrata, saudosamente enamorado da austeridade olvidada — “o calor, a luz, a vida para as maiores empresas, tinham vindo do Tesouro. Em todo tempo, as grandes figuras financeiras,

³² GRECO FILHO, Vicente; ROSSI, João Daniel, O combate à corrupção à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas, 2015, p.15 e 16.

³³ “Dishonest behavior benefiting an individual at the expense of the state.” (ROSENN. Keith J. “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited.” Florida International Law Journal. 1. 1984. p. 4).

industriais, do país tinham crescido à sombra da influência e proteção que lhes dispensava o governo; esse sistema só podia dar em resultado a corrupção e a gangrena da riqueza pública e particular³⁴.

As causas da corrupção podem ser várias, mas no Brasil parece-nos que dois elementos merecem maior destaque, quais sejam: (i) a burocracia relacionada à atuação do Estado; e (ii) a intensa presença do governo na atividade econômica.

Muitos também atribuíram um aspecto “cultural” e “histórico” à corrupção brasileira, mas é impossível se afirmar, com exatidão, se esses dois elementos indicados acima (*i.e.*, burocracia e intensa presença do Estado na economia) moldaram a “cultura” brasileira ou o contrário. É certo, contudo, que uma série de elementos históricos, inclusive relacionados à forma de colonização brasileira, criaram um ambiente no qual se tem a percepção de que a corrupção é constante, profunda, disseminada e sistêmica em nosso País³⁵.

A burocracia, apesar de não justificar ou servir como defesa, é uma causa da corrupção, pois ela representa um obstáculo aos particulares, o que aumenta os custos de se operar qualquer negócio no Brasil³⁶.

Configura-se, então, a tradicional situação na qual a dificuldade existente para se conseguir qualquer coisa perante o governo se amplifica pela dificuldade criada pelo próprio agente público e “surge”, então, a possibilidade de se “resolver” os problemas mediante o famoso “jeitinho brasileiro”. Em outras palavras, criam-se dificuldades para se vender facilidades. A Administração Pública, ao seu turno, justifica a criação de processos burocráticos para evitar desvios e corrupção, em um ciclo nefasto que se retroalimenta.

³⁴ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3ª ed., São Paulo: Globo, 2001, p. 480.

³⁵ Vide: LEFF. Nathaniel. “Economic Development Through Bureaucratic Corruption.” American Behavioral Scientist. Nov. (1964); ALA’J. Padideh. “The Legacy of Geographical Morality and Colonialism: A Historical Assessment of the Current Crusade Against Corruption.” Vanderbilt Journal of Transitional Law, Vol. 33, No. 4, October (2000).

³⁶ Sobre o tema: “We should also distinguish between bureaucratic corruption and bureaucratic inefficiency. Corruption refers to extra-legal influence on policy formulation or implementation. Inefficiency, on the other hand, has to do with the success or failure, or the economy of means used by the bureaucracy in attaining given goals, whether those of its political directors, or those of the grafters. Empirically, inefficiency and corruption may appear together, and may blend into each other. Both as a policy problem and for analytical purposes, however, it is important to distinguish between two essentially different things” (LEFF. Nathaniel. “Economic Development Through Bureaucratic Corruption.” American Behavioral Scientist. Nov. 1964).

Na obra “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, Keith J. Rosenn traz algumas definições para explicar o termo “jeitinho brasileiro”, que, em última análise, representa uma forma brasileira não ortodoxa de resolução de “obstáculos”, seja por meios lícitos ou ilícitos, mas sempre por meio de um desvio do comportamento padrão.

Na linha desta definição, a obra acima pontua que o “jeitinho brasileiro” ocorre em diversos tipos de situações e gera diferentes impactos à sociedade. Cada situação, contudo, possui diferentes enquadramentos jurídicos e morais, com impactos distintos à coletividade.

Na obra citada, o “jeitinho” é classificado nas seguintes cinco formas:

Tabela 1- Elementos do “jeitinho” brasileiro

Tipo de “jeitinho”	Descrição
Um agente do governo deixa de cumprir sua obrigação legal em troca de um benefício pessoal.	Estas práticas se enquadram na definição tradicional de corrupção.
Um cidadão usa um subterfúgio para não cumprir uma obrigação legal justa segundo uma análise objetiva.	
Um agente público cumpre as suas funções de forma rápida apenas se receber de um particular algum benefício indevido em troca.	Esta conduta também se enquadra na definição tradicional de corrupção, mas é menos ofensiva do ponto de vista moral (por ser menos socialmente reprovável).
Um cidadão escapa de uma obrigação legal que é não realista, injusta ou ineficiente do ponto de vista econômico.	Situações nas quais o interesse público seria alegadamente atingido por meio da não observância da regra vigente.
Um agente público se desvia da sua obrigação legal, pois sua convicção é que a lei é irrealista, injusta ou ineficiente do ponto de vista econômico.	
Fonte da coluna da esquerda: Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, de Keith J. Rosenn	

Embora o Brasil tenha elementos que, estruturalmente, facilitem a corrupção, qualquer empresa ou instituição pode se envolver em corrupção, em qualquer lugar do mundo e independentemente do seu setor de atuação. O risco específico ao qual uma organização está exposta varia, contudo, com base no mercado de atuação da empresa, seu tamanho, posição de mercado, objetivos, clientes, regras de governança corporativa e de conformidade, etc.

Como também se pode notar pelos diversos escândalos recentes, em particular, no âmbito da Operação Lava-Jato, vê-se que esse problema segue presente. Como diz o orientador deste trabalho, Professor Newton De Lucca, “corrupção é um dos pecados maiores do nosso tempo. Não preciso de explicar muito, porque ela está à vista de todos, no nosso país e nas notícias que nos chegam dos outros”³⁷.

De fato, corrupção é um gravíssimo problema global, com acentuada penetração no Brasil. Segundo o “Corruption Perceptions Index 2018”, elaborado pela Transparência Internacional, o Brasil estava na 105ª posição de país com mais corrupção em uma lista de 180 países³⁸. No “ranking” de 2019, divulgado em janeiro de 2020, o Brasil piorou e caiu mais uma posição, para o 106ª lugar³⁹.

De mais a mais, segundo dados de 2017 do “FCPA Blog”, de 104 empresas que divulgaram estarem sendo investigadas nos EUA por potenciais práticas de corrupção no exterior, 30 empresas mencionaram o Brasil como um território afetado pela conduta (China foi o segundo país mais mencionado, com 17 menções, seguido pela Polônia e Índia, com três menções cada)⁴⁰. Já segundo dados de 2018 do “FCPA Blog”, o Brasil foi mencionado em 36 investigações de um total de 138 divulgadas em 2018⁴¹. Segundo o “FCPA Blog”, o Brasil seguiu como a jurisdição mais mencionada em 2019⁴².

Os impactos causados pela divulgação de práticas de corrupção podem ser devastadores às empresas, instituições e indivíduos, tanto do ponto financeiro, quanto reputacional. A sociedade, ao seu turno, está farta de corrupção e as autoridades, governamentais estão mais agressivas do que nunca no combate a essas práticas.

³⁷ Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/a-corrupcao-da-lei-a-misericordia-tambem-corrompe/>. Acesso em 10 de junho de 2020.

³⁸ Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em 10 de junho de 2020.

³⁹ Disponível em: <https://www.transparency.org/country/BRA>. Acesso em 10 de junho de 2020.

⁴⁰ Disponível em: <https://fcpablog.com/2017/05/19/thirty-companies-name-brazil-in-connection-with-fcpa-related/>. Acesso em 10 de junho de 2020.

⁴¹ Disponível em: <https://fcpablog.com/2018/04/26/brazil-china-most-mentioned-in-fcpa-related-investigations/>. Acesso em 10 de junho de 2020.

⁴² Disponível em: <https://blog.fcpatracker.com/2020/01/fcpa-investigations-year-in-review-2019/>. Acesso em 10 de junho de 2020.

Com efeito, a corrupção prejudica o crescimento econômico e o desenvolvimento social na medida em que gera a alocação ineficiente dos recursos e impede que valores sejam investidos em áreas essenciais, como saúde, educação, segurança e infraestrutura. Corrupção também compromete o bom funcionamento da democracia e do livre e justo mercado.

De mais a mais, empresas corruptas não são boas para a economia, pois enfraquecem o livre mercado ao permitirem que empresas ganhem ou mantenham negócios de forma artificial sem ofertar os melhores preços, qualidade e serviços.

Vimos, portanto, que corrupção é um tópico importante e atual. Sendo o tema dos Monitores algo novo no Brasil, complexo e diretamente relacionado à discussão sobre formas de se combater a corrupção. Portanto, o seu estudo é necessário e contemporâneo.

2. O PLEA BARGAINING ESTADUNIDENSE E TRANSPLANTES JURÍDICOS

A legislação estadunidense e esforços no âmbito de organizações internacionais, como a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) e a Organização das Nações Unidas (“ONU”), impulsionaram mudanças na legislação local e de outros países. Essas mudanças influenciaram a edição de leis, bem como a forma como juízes, promotores, partes e instituições funcionam hoje em dia.

Essa influência é mais clara quando analisamos a importação para diversos países que adotam o “Sistema de Civil Law”, como o Brasil, dos chamados “plea bargaining”, incluindo os acordos de leniência, de delação premiada e de colaboração premiada. Tratam-se de mecanismos de “justiça negociada” que, como veremos em detalhes, não fazem parte da tradição do Sistema Inquisitorial, predominante no “Sistema de Civil Law”.

O “plea bargaining”⁴³ estadunidense é um mecanismo processual por meio do qual a acusação e a defesa podem alcançar um acordo com relação ao caso em disputa, sujeito à aprovação judicial⁴⁴.

O acordo pode se materializar de diversas formas, mas na maioria dos casos este acordo consiste em um reconhecimento de culpa por parte do acusado com relação a uma ou mais violações da lei.

Em troca, a acusação desiste de determinadas acusações, aceita o reconhecimento de culpa por uma violação mais leve e solicita ou não se opõe que determinada sentença mais branda seja imposta pelo juiz.

⁴³ “Em um primeiro momento, a análise do instituto deve começar pelo escopo da tradução, já que se trata de uma palavra de origem inglesa. O referido mecanismo processual é definido por um conjunto de duas palavras, a primeira delas é “Plea” que em uma tradução interpretativa, ad intentio, significa declaração e a segunda é “Bargain” ou “Bargaining” significando barganha, negócio. Portanto, de plano, já podemos identificar que há uma ideia, no Plea Bargaining, de uma declaração que resulta em uma barganha, uma negociação ou acordo (...)” (CAVALHEIRO, LUCAS. Plea bargain: o que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico brasileiro pode implementá-lo? Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72872>. Acesso em 30 de abril de 2020).

⁴⁴ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 35.

Ao analisar o tema, Fábio Capela (2020) destaca o seguinte:

Nos EUA, os processos criminais são resolvidos quase todos pelo ‘plea bargaining’, sendo que retirá-lo de lá seria praticamente declarar a falência do Poder Judiciário, pois não comportaria ter que instruir e julgar todos estes casos. Conforme relata o atualmente aposentado juiz do Tribunal de Recurso de Massachusetts, Phillip Rapoza, 94% dos processos criminais que tramitam nas Justiças Estaduais estadunidenses são resolvidos por meio do ‘plea bargaining’. E quando se olha para a Justiça Federal estadunidense esses números são ainda mais assustadores: 97% dos processos criminais em trâmite nesta Justiça se resolvem pela barganha processual entre acusação e réu⁴⁵.

Por meio deste acordo, o investigado se dispõe a esclarecer a conduta (*e.g.* o esquema de corrupção), apontar os demais envolvidos e apresentar elementos de prova dos ilícitos praticados, em troca de benefícios. Sobre o tema:

Em uma explanação técnica, o “plea bargaining” consiste em uma negociação entre acusador e acusado dentro do processo-crime, no qual o órgão de acusação oferece uma proposta de acordo que pode reduzir a pena pleiteada, modificar o tipo de crime ou mesmo reduzir o número de crimes imputados na denúncia (“charge bargaining”), bem como a possibilidade de negociar aspectos ligados diretamente a uma sentença a ser recomendada ao juiz - como o tipo de pena a ser aplicada, atenuantes a serem reconhecidas e local da pena a ser cumprida – ou de não se opor ao requerimento de sentença feito pela defesa (“sentence bargaining”), com a condição de que o acusado se declare culpado, seja por meio da confissão da prática do crime (“guilty plea”), seja pela não contestação da ação penal (“plea of nolo” ou ‘nolo contedere’)⁴⁶.

Esse tipo de acordo, próprio de um “Sistema de Common Law”, bem como a solução de casos por meio da “justiça negociada”, foram incorporados em diversos sistemas jurídicos pelo mundo, incluindo sistemas que adotam o “Sistema de Civil Law”, como o brasileiro. Como veremos, esses acordos, até mais recentemente, não existiam na maioria dos países que adotam o “Sistema de Civil Law”.

⁴⁵ CAPELA, FÁBIO. Plea bargaining: o projeto de “negociata penal” de Sérgio Moro: Revista: Justificando mentes inquietas pensam Direito, Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/05/29/plea-bargaining-o-projeto-de-negociata-penal-de-sergio-moro/>. Acesso em 30 de abril de 2020).

⁴⁶ CAVALHEIRO, Lucas. Plea bargain: o que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico brasileiro pode implementá-lo? Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72872>. Acesso em 30 de abril de 2020.

Ou seja, institutos e práticas tradicionais do “Sistema de Common Law”, no qual prevalece o Sistema Adversarial, foram importados para jurisdições que adotam o “Sistema de Civil Law” de forma predominante, no qual o Sistema Inquisitorial prevalece.

É verdade que, quando adotados em uma jurisdição específica de forma prática (*i.e.*, fora da perspectiva teórica de sistemas ideais), como no Brasil, esses sistemas sofrem mudanças de modo a absorverem o que no outro sistema em tese funciona melhor à luz da sociedade e o tempo em que são aplicados. Portanto, são raros, senão inexistentes, os sistemas puros⁴⁷, ou seja, que não contenham elementos próprios do outro tipo de sistema⁴⁸.

Nada obstante, Máximo Langer⁴⁹ destaca que não deve ser ignorado o fato de que o Sistema Inquisitorial e o Sistema Adversarial são, do ponto de vista teórico, paradigmas distintos de tipos ideais do processo decisório no âmbito de um processo e refletem profundas tradições relacionadas à expectativa da função do Direito. Essas distinções, como veremos, abarcam ainda aspectos como a divisão de poderes e responsabilidades entre o julgador (juiz ou júri), promotor e defesa e cultura processual sobre como ações criminais devem ser instauradas, investigadas e julgadas.

De fato, as distinções entre o Sistema Adversarial, existente de forma predominante nos EUA, e do Sistema Inquisitorial, parte da tradição predominante no Brasil (e em outros países de tradição “Civil Law” como Alemanha, Argentina, Itália e França) são profundas.

Nas jurisdições que adotam o “Sistema de Common Law”, de origem anglo-saxônica, como os EUA, os procedimentos e práticas jurídicas são construídas a partir dos precedentes dos Tribunais. Já nos sistemas no qual prevalece o “Sistema de Civil Law”, de origem romano-

⁴⁷ Nos EUA, por exemplo, que possuem uma tradição de Sistema Adversarial, em casos envolvendo audiências sobre invalidez para fins de recebimento de benefício da Seguridade Social, o governo não possui representação no processo e um juiz de Direito Administrativo é responsável pela condução do caso. O juiz é responsável por identificar e desenvolver as causas e assessorar o requerente do benefício, mesmo que ele esteja representado por advogado.

⁴⁸ JACOBS, Laverne. SASHA. Baglay. KWOK. Melissa. MAVRIKKOU, Maria. TAY. Ki, The Nature of Inquisitorial Processes in Administrative Regimes: Global Perspectives Research Workshop Report (November 1, 2011). Canadian Journal of Administrative Law and Practice, Vol. 24, pp. 261-283, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2117826>.

⁴⁹ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004.

germânica, como o Brasil, os procedimentos estão previstos em legislações escritas, uma vez que nesses sistemas a fonte primária do Direito é a Lei.

O Sistema Adversarial e o Sistema Inquisitorial podem ser considerados como duas estruturas distintas de interpretação e sentido, por meio dos quais os atores de um sistema jurídico atuam. Portanto, termos técnicos jurídicos possuem sentido distinto e a tradução literal de normas de um Sistema Adversarial para um Sistema Inquisitorial costuma ser imprecisa.

Máximo Langer considera que a principal e mais relevante distinção entre estes sistemas diz respeito ao fato de o Sistema Adversarial atribuir ao processo sancionador a função de governar uma disputa entre a acusação e a defesa perante um julgador passivo (juiz ou júri), enquanto o Sistema Inquisitorial considera o processo sancionador como uma investigação oficial, conduzida por agentes imparciais do Estado com vistas a determinar a “verdade real”⁵⁰.

Com efeito, juízes participam com menos frequência e com menos intensidade do interrogatório de testemunhas no Sistema Adversarial. Sua participação deve ser passiva, o que não ocorre no Sistema Inquisitorial, de tradição “Civil Law”, no qual o juiz pode e costuma questionar as testemunhas em busca da “verdade real”⁵¹.

Ou seja, pode-se afirmar que, no Sistema Inquisitorial, o juiz também é um investigador da verdade e possui mais poderes para atingir este objetivo, ao passo que no Sistema Adversarial ele administra uma disputa entre acusação e defesa. Sobre o tema, Aury Lopes Jr. (2016. pp. 146/147) afirma que:

A principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo de decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à

⁵⁰ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 1.

⁵¹ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 9.

atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (por meio da inquisição) um gravíssimo erro⁵².

Ao seu turno, o acusador, ou o “prosecutor”, representa, no Sistema Adversarial, uma parte na disputa com um interesse específico com relação ao desfecho do caso, o qual é oposto ao da defesa⁵³. Já no Sistema Inquisitorial, o “prosecutor”, ou o promotor de justiça nos moldes do Direito brasileiro, é um agente do Estado cuja função é investigar a verdade⁵⁴.

Se compararmos os poderes do “prosecutor” em relação aos do juiz no Sistema Adversarial e fizermos o mesmo com relação aos poderes do “promotor” em relação aos do juiz no Sistema Inquisitorial, a conclusão será que o promotor possui menos poderes no Sistema Inquisitorial, no qual o juiz possui mais poderes, inclusive alguns de natureza investigatória⁵⁵.

O “prosecutor” do “Sistema de Common Law”, como uma das partes e “dona” da ação, possui ampla discricionariedade para considerar que não há controvérsia ou que a controvérsia não justificaria a sequência do processo.

Em decorrência dos postulados do sistema, em proporção inversa à inatividade do juiz no processo está a atividade das partes. Frente à imposta inércia do julgador, produz-se um significativo aumento da responsabilidade das partes, já que têm o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos. Isso exige maior responsabilidade e grau técnico dos profissionais do Direito que atuam no processo penal (LOPES, 2016, p. 147)⁵⁶.

⁵² LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 146/147.

⁵³ Como mencionamos, são raros ou inexistentes os “Sistemas Puros” e há aspectos do Sistema Adversarial em sistemas nos quais prevalece o Sistema Inquisitorial e vice-versa. Sobre o tema, e de forma ilustrativa, o “prosecutor” estadunidense possui a obrigação de informar fatos materiais que sabe que podem beneficiar o acusado (“exculpatory evidence”), sob a chamada “Brady Rule”, originada no caso Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963).

⁵⁴ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 10.

⁵⁵ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 13.

⁵⁶ LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 147

Infere-se, assim, que, no Sistema Adversarial, há uma separação mais clara entre as funções de investigar e acusar. A função do juiz e promotor em cada sistema reflete qual o tipo de “verdade processual” que cada sistema considera ideal e a prioridade que se dá à eficiência e economia processual.

Por conta dessa diferença no que se espera do processo em termos de “verdade” e “justiça”, no Sistema Adversarial, regras rígidas sobre a produção de provas, procedimentos e ética são desenhadas para manter uma disputa justa entre as partes, assim como o distanciamento do julgador para que não haja parcialidade e preferências.

No Sistema Adversarial, verdade (“truth”) significa o objetivo do “prosecutor” de demonstrar que determinados eventos ocorreram e a participação do acusado nos mesmos. Já a defesa apresenta o seu caso e busca questionar isso apresentando a sua versão da “verdade”. Não seria uma “verdade real”, mas processual. A defesa, inclusive, pode realizar a sua própria investigação formal e mais ampla do que em um Sistema Inquisitorial para sustentar a sua a defesa. Ou seja, no modelo adversarial há predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção e ordem de apresentação das provas⁵⁷.

Assim, a “verdade” é mais relativa e consensual no Sistema Adversarial e, caso as partes cheguem a um acordo com relação aos fatos, a maneira específica como os eventos ocorreram é secundária. Já no Sistema Inquisitorial, a verdade que se busca é absoluta e é fundamental que se determine o que realmente ocorreu, pois se espera que o juiz busque a verdade por traz das alegações de ambas as partes e rejeite acordos que não reflitam o que se considera “justo”⁵⁸. A verdade, assim, não poder ser negociada ou comprometida. Acordos, ao seu turno, não podem gerar impunidade no Sistema Inquisitorial, pois a justiça, que não está disponível para negociação, resultaria da aplicação da sanção prevista em lei.

Por este motivo, “é correto dizer que a busca da verdade no processo criminal estadunidense, em regra, afasta-se bastante da verdade real utilizada em nosso ordenamento

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, 1999.

⁵⁸ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 10.

jurídico pátrio que é imposta às partes e ao juiz no curso da demanda criminal” (CAVALHEIRO, 2020)⁵⁹.

Ao analisar o tema, Máximo Langer também destaca que existem algumas ideias e conceitos que estão presentes de uma forma em um desses sistemas jurídicos e que inexistem no outro. No Sistema Adversarial, por exemplo, o conceito de “confession” significa a admissão de culpa perante a polícia e “guilty plea” a confissão de culpa perante uma corte judicial que, se aceita, encerra a fase processual na qual se determina se o acusado é culpado ou inocente.

No Sistema Inquisitorial, contudo, apenas o conceito de “confissão” faz parte tradicionalmente da estrutura processual e, mesmo assim, o juiz pode considerar que a confissão, apesar de relevante, pode não ser suficiente para a condenação do acusado⁶⁰. O “guilty plea” faz parte do “Sistema de Common Law”, pois tanto a acusação quanto a defesa podem considerar que a outra parte está correta e encerrar a disputa sobre a existência de culpa.

Outro fator considerado relevante por Máximo Langer (2004, p.11) se refere à forma como as partes e os atores do processo criminal internalizam as disposições legais de cada sistema. Isso acaba se refletindo como parte da “cultura” local jurídica que é criada ou reforçada pela educação e prática jurídica local e molda comportamentos e expectativas das partes e das autoridades judiciais. Esse elemento interfere profundamente na forma de “incorporação” de elementos de direito alienígena no direito local, inclusive com relação à resistência ou apoio que cada instituto jurídico novo recebe.

É de se destacar, portanto, que essas características fazem com que a solução negociada entre acusação e defesa seja um mecanismo tradicional do Sistema Adversarial, também

⁵⁹ CAVALHEIRO, Lucas. Plea bargain: o que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico brasileiro pode implementá-lo? Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72872>. Acesso em 30 de abril de 2020.

⁶⁰ LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 11.

chamado por Máximo Langer de sistema da “disputa”⁶¹. Neste sentido, o “plea bargaining” seria um dos elementos mais característicos do Sistema Adversarial estadunidense de disputa (LANGER, 2004, p.35)⁶².

Em particular, no Sistema Adversarial, o distanciamento do juiz, a discricionariedade do promotor para não iniciar ou desistir do caso, somada ao poder que a defesa tem de optar por usar o “guilty plea” como barganha antes da determinação da culpa, fazem com que haja mais interesse e flexibilidade para que um acordo seja alcançado.

É ainda de se destacar que o processo de “discovery”, existente no “Sistema de Common Law”, faz com que as partes consigam prever melhor as suas chances de derrota caso determinadas provas que possuem, mas que a outra parte não possui, sejam apresentadas de forma compulsória no processo.

O processo de “discovery”, previsto em casos criminais (assim como em casos cíveis), envolve a fase de investigação das provas que cada uma das partes pretende produzir. Este processo permite que uma parte requirite a apresentação de determinadas provas detidas pela outra parte (*e.g.*, provas não protegidas pelo sigilo advogado-cliente)⁶³.

De mais a mais, a forma de produção de provas no “Sistema de Common Law” prioriza a coleta de depoimentos em audiência e o chamado “cross-examination”. Há enorme preocupação com a falta de credibilidade de provas e as testemunhas podem ser examinadas, reexaminadas e ter a sua credibilidade atacada pela outra parte.

Muitas provas materiais são excluídas por possuírem elementos que geram dúvidas substanciais sobre possível adulteração ou impossibilidade de verificação, como as provas consideradas “hearsay”⁶⁴. Há, portanto, mais um incentivo para um acordo, pois há substancial

⁶¹ LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p.35.

⁶² LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004.

⁶³ Disponível em: <https://www.justia.com/criminal/procedure/discovery-in-criminal-cases/>.

⁶⁴ “Hearsay” são declarações (“statements”) feitos fora de uma corte judicial e que buscam provar a veracidade do assunto alegado. Caso uma exceção ao “hearsay” não esteja presente, a prova não é admitida no processo. Vide “Federal Rule of Criminal and Civil Procedure”.

risco processual de que provas materiais, mesmo que não obtidas de forma ilícita, não sejam consideradas ou que sejam agressivamente desconstruídas durante o julgamento.

Já no modelo chamado por Máximo Langer (2004, p.35) de “investigação oficial” (“official investigation”), próprio do Sistema Inquisitorial, o objetivo da atuação do “promotor”, como agente público, é determinar se houve crime e se o acusado foi quem o cometeu, independentemente de qualquer outro elemento, inclusive a confissão da defesa.

Por este motivo, o “promotor” é obrigado a iniciar determinadas investigações e o caso só poderá ser descartado quando não existirem provas de que um crime ocorreu ou de que o acusado o cometeu. O sistema jurídico brasileiro possui, por exemplo, esse elemento com relação às ações penais de iniciativa pública incondicionada, para as quais prevalece o princípio da obrigatoriedade.

Além disso, o próprio ato de negociar é considerado questionável no Sistema Inquisitorial. Neste sistema, as partes não estão no mesmo nível e apenas a defesa possui um interesse próprio na ação já que o promotor precisa descobrir a verdade para poder aplicar a lei. Há, ainda, a percepção de que acordos geram impunidade, pois a pena prevista em lei não é aplicada.

Com efeito, no Sistema Adversarial existem duas partes que negociam e que podem alcançar um acordo não apenas envolvendo as acusações específicas, mas também com relação aos próprios fatos estabelecidos do caso.

Isso porque o promotor do Sistema Inquisitorial não é uma parte no processo do ponto de vista de titularizar os direitos da ação, pois, assim como o juiz, o acusador deve determinar o que realmente ocorreu. Não pode, assim, comprometer a “verdade real” para alcançar um acordo e, de todo modo, o julgador tem a última palavra com relação às conclusões da investigação. Sobre o tema (LOPES JR., 2016, p. 147):

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios

básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.⁶⁵

Assim, elementos que diferenciam os dois modelos estão relacionados com a habilidade do “juiz” de: (i) iniciar o processo ou a aplicação da decisão “ex officio”; (ii) obter provas; e (iii) determinar a ordem e natureza dos processos ou procedimentos. Em linhas gerais, no processo adversarial as partes que determinam essas questões no âmbito do processo⁶⁶.

O quadro abaixo destaca as principais distinções elencadas acima entre os dois sistemas:

Tabela 2 - Quadro comparativo entre “Common Law” e “Civil Law”

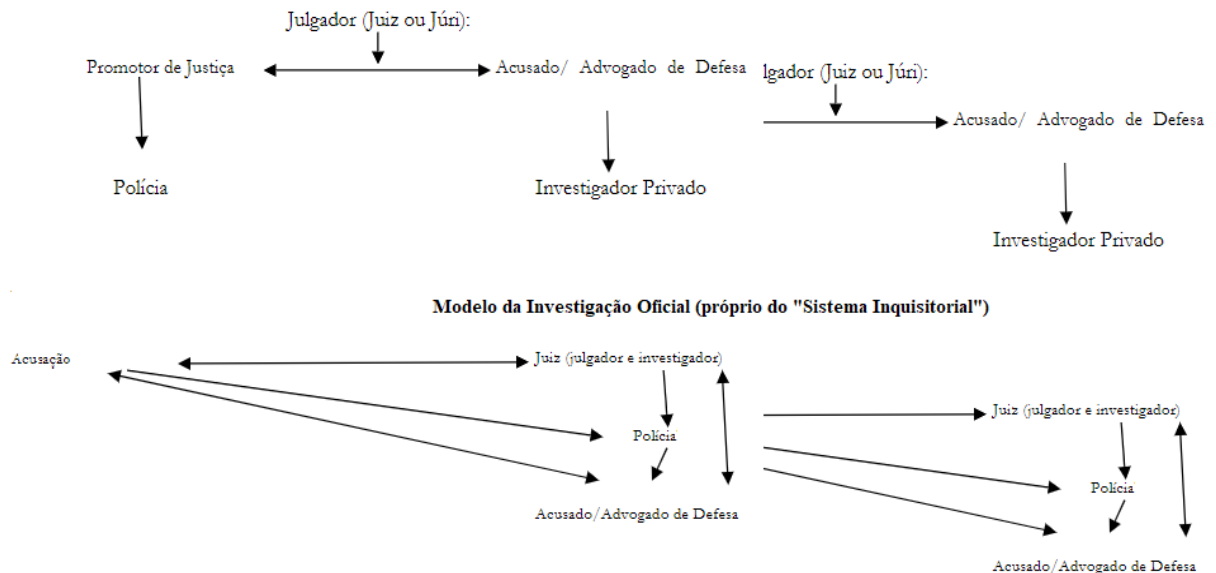
Elemento	Common Law - Sistema Adversarial	Civil Law - Sistema Inquisitório
Investigação	Cada parte (defesa e acusação) realiza uma investigação independente	Apenas uma investigação oficial antes do julgamento
Casos apresentados	Dois casos são apresentados, o da defesa e o da acusação	Existe apenas um caso, o da corte
Ordem das provas	As partes negociam e decidem a ordem das provas	O juiz decide a ordem da apresentação das provas
Testemunhas e “experts”	As testemunhas e “experts” são das partes	As testemunhas e “experts” apresentam informações destinadas ao juiz
Interrogatórios	As partes decidem sobre os interrogatórios	Os interrogatórios são iniciados e dirigidos pela corte e não pelas partes

⁶⁵ LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 147.

⁶⁶ “In adversarial model, the parties are responsible for initiating and conducting the litigation. They gather all the evidence and present it orally, in open court, subjecting witnesses to examination and cross-examination, and the court serves as a neutral umpire, deciding the questions of fact and law raised by the parties. In addition, the parties bear primary responsibility for determining the sequence and manner in which evidence is presented and legal issues are argued”. (KESSLER. Amalia. NT 16. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=RzerCwAAQBAJ&pg=PT385&lpg=PT385&dq=how+regulatory+agencies+inquisitorial+adversarial&source=bl&ots=ctKidCnN0b&sig=ACfU3U005V9vVk-es_QhEJ2Zs24UYT4cJw&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjbp7fk98zpAhV9H7kGHdy-BkMQ6AEwAXoECAsQAQ#v=onepage&q=how%20regulatory%20agencies%20inquisitorial%20adversarial&f=false. Acesso em 11 de julho de 2020.

Já o gráfico abaixo, retirado e ajustado da obra de Máximo Langer (2004, p.35), apresenta uma ilustração da disposição de cada um dos atores de uma investigação nos diferentes modelos⁶⁷:

Figura 1- Modelo de Disputa próprio do Sistema Adversarial



A nossa conclusão sobre o tema é que, no geral, o Sistema Inquisitorial é mais propício a encontrar a verdade “real”, pois o julgador possui maiores poderes para conduzir o caso, não permitindo que um acordo retire unilateralmente do juiz a possibilidade de descobrir a “verdade real”⁶⁸. Seria também, consequentemente, o mais “justo” no sentido de priorizar a imposição da pena prevista em lei quando não houver dúvida sobre a culpa do acusado.

⁶⁷ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 23.

⁶⁸ “As for the criterion of accuracy, Asimow maintains that a process in which a judge is responsible for finding the truth has a higher potential to deliver accurate results than an adversarial process, which is catered to delivering the right result to the client (often by confusing issues or obscuring the facts) rather than finding the truth” (JACOBS, Laverne. SASHA. Baglay. KWOK. Melissa. MAVRIKKOU, Maria. TAY. Ki, The Nature of Inquisitorial Processes in Administrative Regimes: Global Perspectives Research Workshop Report (November 1, 2011). Canadian Journal of Administrative Law and Practice, Vol. 24, pp. 261-283, 2011. p. 267).

Por outro lado, o Sistema Adversarial possui mais oportunidade de contraditório e liberdade para as partes negociarem uma solução que, dentro das condições do processo, pode ser a mais aceitável e vantajosa para ambas. É, sem dúvidas, mais eficiente e econômico ao priorizar acordos, a disponibilização de mais direitos processuais e ser menos formal (*e.g.*, possuir um procedimento que permite mais oralidade).

Deve-se reconhecer, assim, que cada um desses sistemas possui vantagens e desvantagens intrínsecas e, apesar de buscarem proteger a liberdade, justiça, contraditório, ampla defesa, segurança jurídica, eficiência e economia processual, buscam esses objetivos de forma distinta, tanto no que se refere à forma, quanto à prioridade que atribuem a esses valores.

É à luz dessas e outras características de cada um desses sistemas que surgiram os sistemas híbridos e as ferramentas para otimizar os sistemas, como a possibilidade de acordos. É por este motivo que “existe um amplo consenso no sentido de que os sistemas romano-germânico e anglo-saxônico vêm convergindo gradualmente com o tempo, reduzindo-se as diferenças que eram indiscutivelmente mais nítidas no passado” (PARGENDLER, 2017, p. 800)⁶⁹.

Todos esses aspectos influenciam a possibilidade jurídica e requisitos para que um acordo seja celebrado, o que é fundamental estudarmos considerando que a imposição de um Monitor não é expressamente prevista como sanção em nenhuma lei brasileira e que a nomeação de Monitores no Brasil sempre se deu, até o momento, via acordo.

É interessante, assim, analisarmos quais são esses pontos que justificam ajustes quando do “transplante”⁷⁰ do sistema estadunidense de acordo e identificar como isso deve ocorrer no Brasil.

⁶⁹ PARGENDLER, Mariana. O Direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. In. Revista Direito GV. V. 13. n.º 3. set/dez. 2017. p. 800.

⁷⁰ Usaremos os termos “transplante jurídico” e “importação” ou “tradução” de conceitos jurídicos estrangeiros de forma indistinta. Máximo Langer, ao seu turno, prefere usar o termo “legal translation” em detrimento de “legal transplant”, por conta da necessária adaptação quando da incorporação de institutos estrangeiros no ordenamento jurídico local (Vide LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 5).

3. AJUSTES PÓS TRANSPLANTES JURÍDICOS: CONSIDERAÇÕES GERAIS E EXEMPLOS EM OUTROS PAÍSES

Como vimos acima, o “plea bargaining” seria um dos elementos mais característicos do Sistema Adversarial estadunidense de disputa entre acusação e defesa que, perante um juiz passivo, podem negociar a solução do caso com grande flexibilidade e nenhum ou pouca interferência de um julgador oficial⁷¹.

Por outro lado, poucos instrumentos são mais incompatíveis, do ponto de vista teórico, com o Sistema Inquisitorial da investigação oficial do que o sistema de “plea bargaining”. De fato, o próprio conceito de “guilty plea” era até recentemente inexistente no sistema jurídico brasileiro.

A despeito dessas incompatibilidades, uma série de jurisdições que adotam o “Sistema de Civil Law”, incluindo o Brasil, importaram o “plea bargaining” para os seus ordenamentos jurídicos sob a justificativa de priorizar a eficiência nas investigações e permitir que mais provas sejam obtidas, inclusive com relação a esquemas que provavelmente jamais seriam descobertos sem a ampla colaboração, inclusive por meio da entrega de provas, de quem celebra o acordo.

Quando falamos da importação de institutos jurídicos de uma jurisdição por outra, como no caso da luta contra a corrupção utilizando-se de institutos como o “plea bargaining” e o Monitor, costuma-se identificar três possíveis processos de “importação” (ou de transplantes jurídicos). Esses processos podem ocorrer em paralelo e de forma distinta para cada instituto, instituição, princípio, etc. que incorporam o instituto alienígena.

A primeira seria a abordagem da tradução literal (“strict literalism”) do texto original a ser importado por outra jurisdição. A segunda, por sua vez, seria a abordagem chamada de “faithful but autonomous restatement”, na qual a tradução da norma estrangeira busca ser fidedigna, mas contém ajustes para manter o texto igualmente adequado e poderoso na jurisdição na qual será introduzido. Já a terceira abordagem seria a da “recriação substancial”, na qual há menos ou nenhum compromisso com a fidedignidade do texto original e o objetivo

⁷¹ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 35.

é criar uma texto que seja poderoso e atrativo no sistema que o importou (STEINER, 1998, p. 266)⁷².

Nada obstante, analisadas as principais distinções teóricas entre os dois sistemas, vale lembrar, mais uma vez, que, do ponto de vista prático, várias jurisdições que adotam o “Sistema de Common Law” passaram a incorporar elementos do “Sistema de Civil Law” e vice-versa.

Consequentemente, vários aspectos do Sistema Adversarial foram incorporados em jurisdições que adotam tradicionalmente o Sistema Inquisitorial, como a brasileira, incluindo mecanismos de justiça negociada aos moldes do “plea bargaining” estadunidense. Segundo Luciene Angélica Mendes (2014, p.18), essas inovações tem “o intuito de chegar a uma Justiça Penal mais célere e mais efetiva, em atendimento aos anseios da comunidade”⁷³.

Máximo Langer defende que, a despeito da inegável influência do sistema estadunidense nessas jurisdições, alguns países não reproduziram de forma integral o modelo estadunidense de “plea bargaining”. Máximo Langer analisou essa situação na Alemanha, Argentina, Itália e França. Neste trabalho, levaremos em conta o estudo desse autor nessas jurisdições, faremos complementações e expandiremos a sua pesquisa para o Brasil.

Cada um desses países adotou uma forma de “plea bargain” peculiar que se diferencia em alguns aspectos importantes do sistema estadunidense e também entre si. Essas mudanças surgiram por conta de questões estruturais de cada sistema jurídico em relação ao sistema estadunidense e das mudanças processuais necessárias para se adequar algo do “Sistema de Common Law” para o “Sistema de Civil Law”, em particular no que se refere às distinções entre o Sistema Adversarial, próprio do “Sistema de Common Law”, e o Sistema Inquisitorial, próprio do “Sistema de Civil Law”.

Por conta disso, Máximo Langer (2004, p. 4) sustenta que, após a importação do sistema de forma abrupta dos EUA para países que adotam o “Sistema de Civil Law”, a

⁷² STEINER. George. After Babel: Aspects of Language and Translation. 3d ed. 1998. p. 266.

⁷³ MENDES, Luciene Angélica. O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos. Revista jurídica Consulex, v. 18, n.º 407, jan. 2014. p. 18. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/acordo%20vontades.pdf Acesso em: 30 de abril de 2020.

tendência é que um processo de profunda adaptação surja. Ou seja, não é possível fazer uma “cópia integral” do sistema inicialmente transplantado como se poderia inicialmente crer⁷⁴.

Máximo Langer considera que a importação do “plea bargaining” estadunidense para jurisdições que adotam o “Sistema de Civil Law” pode representar uma tentativa de americanização do Sistema Inquisitorial⁷⁵. Contudo, com o passar do tempo e surgidas novas reflexões e questionamentos, ocorre um aprofundamento da distinção entre os sistemas de “plea bargain” entre os países analisados, em oposição à “americanização” dos sistemas de tradição no “Sistema Civil Law”.

Portanto, e diferentemente da ideia defendida por Alan Watson (FELL; WATSON, 1985)⁷⁶, falar em “transplante jurídico” é impreciso, motivo pelo qual Máximo Langer prefere usar o termo “legal translation” em detrimento de “legal transplant”⁷⁷.

Máximo Langer alerta que, se países que adotam o “Sistema de Civil Law” importarem o mecanismo de “plea bargaining” de forma integral e sem ajustes relevantes, a tendência é que promotores passem a considerar que são partes do processo na concepção do Sistema Adversarial, o que também obrigará juízes a figurarem como agentes passivos das investigações e não como investigadores da verdade⁷⁸.

⁷⁴ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 4.

⁷⁵ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 35.

⁷⁶ FELL. A. London; WATSON. Alan. The Evolution of Law. Baltimore: Johns Hopkins University Press. 1985.

⁷⁷ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 5.

⁷⁸ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 35.

A importação do sistema de “plea bargaining” seria, como define Máximo Langer, um “cavalo de Tróia”⁷⁹ que pode trazer a lógica do Sistema Adversarial para o Sistema Inquisitorial. Essa mudança, como vimos, pode ser revolucionária e, independentemente de ser considerada positiva ou negativa para o sistema jurídico como um todo, requer mudanças profundas nas instituições, recursos, técnicas de gerenciamento de casos, etc.

Para autoridades e partes que negociam um acordo prevendo a imposição de um Monitor, bem como para um juiz que terá que analisar a legalidade desses acordos, é crucial ter clareza nos pontos de atrito entre o sistema de “justiça negociada” e a tradição brasileira, pois todos esses pontos podem gerar impactos jurídicos relevantes para a legalidade e conveniência de um eventual acordo prevendo um Monitor.

Portanto, apresentaremos abaixo alguns exemplos de jurisdições que, a despeito de possuírem sistemas jurídicos de origem no “Sistema de Civil Law”, adotaram o sistema de “plea bargaining” estadunidense e analisaremos como esse processo de adaptação ocorreu.

Usamos como base principal de análise a obra já citada de Máximo Langer⁸⁰ em relação à Alemanha, Argentina, Itália e França. Nada obstante, realizamos pesquisas adicionais sobre o tema com vistas a complementar a análise desse autor, bem como para atualizá-la, tendo em vista que a obra citada é de 2004.

3.1. Alemanha

O Direito alemão, que tanto influenciou o Direito brasileiro⁸¹, adota, historicamente, o modelo de investigação oficial, aos moldes do “Sistema de Civil Law”. A possibilidade de negociação com o acusado era inexistente neste sistema até os anos 70.

⁷⁹ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 38.

⁸⁰ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004.

⁸¹ Essa influência é particularmente forte no campo do Direito Civil, sendo o Código Civil alemão de 1900 (BGB) o núcleo dessa influência.

Em artigo de 1979, John H. Langbein chegou a afirmar que a Alemanha não possui nenhum tipo de “plea bargaining”, pois eles não precisam disso, em particular pelo fato de o processo penal alemão ser descomplicado e célere⁸².

Contudo, uma série de fatores, muitos desses de natureza prática (*e.g.*, descontentamento com a complexidade, duração e custo do processo), fizeram com que juízes, promotores e defensores alemães passassem a celebrar acordos em casos específicos. Esses acordos são denominados de “Absprachen”⁸³ e surgiram mais da prática jurídica alemã do que de mudanças legislativas formais do Código de Processo Penal Alemão que tornassem a possibilidade desses acordos consistente com o sistema alemão como um todo.

Esses acordos se aproximam de uma confissão do Direito estadunidense, e não do “guilty plea”⁸⁴. Ou seja, o acordo não substitui o julgamento por completo, apesar de poder encurtá-lo ao facilitar a comprovação dos fatos sob investigação.

Máximo Langer (2004, p. 44) conta que o tema da justiça negociada era tão polêmico à época, e contrário às bases dogmáticas do Direito alemão, que o artigo científico⁸⁵ que trouxe à tona a discussão local sobre esses acordos foi publicado sob um pseudônimo. Isso foi feito para blindar o autor de críticas dos juristas da época. Nada obstante, e a despeito das duras críticas de diversos doutrinadores alemães, cortes cancelaram esses acordos desde que determinados parâmetros fossem observados⁸⁶.

No geral, esses acordos, que podem ser iniciados por qualquer uma das partes (acusação ou defesa) ou pelo juiz (a figura com maior poder dentro do processo), permitem que o acusado confesse determinadas práticas e coopere com a investigação em troca de

⁸² LANGBEIN. John H. Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It. *Michigan Law Review*. Vol. 78, No. 2 (Dec., 1979), pp. 204-225.

⁸³ HERRMANN. Joachim. Bargaining Justice - A Bargain for German Criminal Justice? 53 U. Pitt. L. Rev., 755-57 (1992).

⁸⁴ Máximo Langer reconhece, contudo, que existe uma tendência de que confissões que sejam produto de acordo sejam interpretadas como algo equivalente ao “guilty plea” estadunidense (vide LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 44).

⁸⁵ Detlef Deal, *Der Strafprozessuale Vergleich*, 2 STRAFVERTEIDIGER 545 (1982).

⁸⁶ SWENSON. Thomas. The German “Plea Bargaining” Debate, 7 Pace Int’l L Rev. 373 (1995).

benefícios. Esses acordos podem ser negociados e celebrados tanto na fase de instrução quanto na de julgamento. Podem, ainda, ser celebrados mesmo sem o aval da promotoria⁸⁷.

Assim como ocorre no Brasil, e diferentemente do que ocorre nos EUA⁸⁸, a Alemanha prevê um sistema no qual a defesa possui acesso integral ou quase integral a todos os documentos que sustentam a acusação. Como consequência, a defesa tem um alto conhecimento sobre a “força” do caso e isso, obviamente, interfere nos incentivos para um acordo. O processo também prioriza as manifestações por escrito.

De mais a mais, o juiz costuma ser um agente ativo na negociação e celebração de acordos entre acusação e defesa no processo criminal alemão. Apenas o juiz pode garantir que a sentença ou o acordo respeitarão certos limites e apenas o magistrado tem o poder de aceitar a desistência da acusação caso o promotor assim queira.

Com efeito, a Corte Constitucional Federal da Alemanha decidiu, ainda em 1987, que esses acordos só são válidos se respeitarem a noção de “Rechtsstaat” (ou “rule of law”), bem como uma série de outros princípios substantivos e processuais do Direito alemão, incluindo os da culpabilidade e da igualdade⁸⁹. Ademais, o juiz deve fazer sua própria investigação para descobrir a verdade “real” dos fatos (vide Código de Processo Criminal Alemão (StPo), seção 155 n.º 2 e 244 n.º 2). Esse entendimento, como destacaremos mais adiante, está em linha com o que se esperaria de um acordo semelhante no Brasil (*i.e.*, que os acordos precisam observar determinadas normas e princípios).

De mais a mais, a Corte Constitucional Federal da Alemanha decidiu⁹⁰ que a validade dos acordos de “plea bargaining” estará comprometida quando houver violação da obrigação do juiz de determinar os verdadeiros fatos. Isso significa que o juiz não pode basear uma condenação apenas em uma confissão e precisa de provas com credibilidade que sustentem uma condenação. Ou seja, a confissão deve estar acompanhada de outros elementos de prova com credibilidade para suportar uma condenação em uma análise holística, não como um

⁸⁷ SWENSON. Thomas. The German “Plea Bargaining” Debate, 7 Pace Int’l L Rev. 373 (1995). p. 378.

⁸⁸ A Suprema Corte dos EUA entende que a acusação não possui uma obrigação constitucional de divulgar ou dar acesso à defesa sobre bases para questionamentos ou defesas afirmativas sobre as provas existentes antes da celebração de um “plea guilty” (vide *United States v. Ruiz*, 536 U.S. 622 (2002)).

⁸⁹ Bundesverfassungsgericht [BverfGE] [Corte Constitucional Alemã] (julgamento em 27 de janeiro de 1987).

⁹⁰ BGHSr 43, 195 (F.R.G.).

atalho para tornar o processo mais célere. Esse é outro ponto semelhante com o que o ordenamento jurídico brasileiro exige para que esses acordos sejam válidos juridicamente, como veremos mais adiante.

Em 2013, a Corte Constitucional Alemã validou a constitucionalidade dos acordos de “plea bargaining” na Alemanha, afirmando que o sistema de “justiça negocial” atende aos princípios de justiça e legalidade segundo a Constituição da Alemanha.

Assim, nota-se que a incorporação pelo Direito alemão do “plea bargain” não representou a total “americanização” do Direito criminal alemão. Essa ferramenta foi incorporada por uma combinação de fatores, muitos deles de natureza prática relacionadas com a eficiência do processo criminal, e muitos dos elementos próprios do Sistema Adversarial não foram implementados na Alemanha.

Ajustes esses que, como veremos, indicam pontos importantes que podem ser questionados com relação à legalidade de acordos de “plea bargaining” ou de decisões no Brasil, incluindo quando preverem um Monitor.

3.2. Argentina

O sistema de “plea bargaining” argentino possui profunda inspiração no sistema de “plea bargaining” estadunidense e representa mais um elemento do sistema jurídico argentino que foi introduzido para aproximá-lo do Sistema Adversarial.

Desde 1997, o Código Federal de Processo Criminal Argentino prevê a possibilidade do “procedimento abreviado”, por meio do qual acusação e defesa podem chegar a um acordo sobre a sentença do indiciamento até a data de designação do julgamento⁹¹.

A sentença negociada precisa respeitar certos limites (*e.g.*, não ser superior a seis anos de prisão) e o acusado deve reconhecer a violação e sua participação conforme descrito no

⁹¹ Código de Processo Penal Argentino, art. 431.

indiciamento. O juiz pode não aceitar absolver o acusado, mas, neste caso, a sentença não pode ser maior do que o acordado entre as partes⁹².

Como se vê, a acusação e a defesa possuem participação ativa e determinante na solução do caso e o juiz exerce uma posição de controle formal do quanto negociado. De mais a mais, o juiz deve respeitar o limite máximo acordado pelas partes⁹³.

Máximo Langer (2004, p.44) destaca, por exemplo, que existe clara distinção institucional entre a promotoria e a magistratura na Argentina. As funções de cada um desses atores são distintas dentro do processo a permitir que o sistema de disputa se desenvolva mais aos moldes adversariais⁹⁴.

Nada obstante, a estrutura de interpretação e sentido, aspectos culturais locais⁹⁵ e a estrutura de poderes processuais nos moldes do Sistema Inquisitorial seguem predominantes na Argentina⁹⁶.

De fato, existem diferenças entre o sistema de “plea bargaining” argentino e o estadunidense. Com efeito, o acordo não é admitido para todas as violações, em especial para as mais graves, e, como descrito abaixo, só pode ser alcançado durante certa fase do processo. Ou seja, trata-se de um processo mais rígido do que o existente nos EUA no âmbito do “plea bargaining”.

Mencionamos ainda que o juiz pode absolver o acusado a despeito de qualquer acordo. Ou seja, a admissão é considerada como uma confissão de culpa que, sozinha, pode ser insuficiente para que o acusado seja condenado.

⁹² Código de Processo Penal Argentino, art. 431.

⁹³ Essa limitação nem sempre se aplica nos EUA a despeito de muitos juízes respeitar esses limites na prática.

⁹⁴ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 57.

⁹⁵ Ou “individual dispositions”.

⁹⁶ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 54.

Vemos, assim, que o Direito argentino espera que a investigação criminal tenha o seu desfecho levando em conta a obrigação de se descobrir a chamada “verdade real”, não bastando a concordância das partes para que determinada sentença seja aplicada.

Outro ponto relevante é que, existindo mais de um acusado, todos devem aceitar o acordo para que ele seja válido⁹⁷. Este é um ponto interessante que demonstra que o acordo não deve ser usado apenas para fins investigativos ao incentivar que um acusado apresente provas contra o outro, mas sim com o objetivo principal de alcançar a justiça.

De mais a mais, o juiz argentino ainda possui um papel ativo na fase da investigação do processo criminal. Além disso, é o juiz quem decide quais e como as provas serão apresentadas na fase de julgamento e pode ainda interrogar testemunhas e “experts”⁹⁸.

Conclui-se, portanto, que o sistema argentino de “plea bargaining” absorveu importantes aspectos do modelo adversarial, mas o Sistema Inquisitorial segue predominante na prática e aspectos importantes do Sistema Adversarial do “procedimento abreviado” são neutralizados pelos traços ainda presentes do Sistema Inquisitorial no ordenamento jurídico argentino.

3.3. Itália

Na análise de Máximo Langer (2004, p.47), nenhum país de origem no “Sistema de Civil Law” se aproximou mais do Sistema Adversarial estadunidense do que o italiano⁹⁹. Isso não significa que aspectos do Sistema Inquisitorial tenham sido integralmente eliminados do sistema italiano, mas sim que houve particular entusiasmo por parte dos legisladores locais com relação ao sistema de “plea bargaining”.

Diferentemente do que ocorreu na Alemanha, a incorporação do sistema de “plea bargaining” no sistema italiano ocorreu como parte de um processo mais amplo de reformas

⁹⁷ Código de Processo Penal Argentino, artigo 431 bis 8.

⁹⁸ Idem, artigo 26, 356 e 389.

⁹⁹ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 47.

institucionais e legais, o que permitiu que maior consistência tenha sido alcançada em relação ao sistema de “plea bargaining” e o ordenamento jurídico italiano como um todo.

Essas reformas buscaram importar elementos de oralidade ao processo, reduzindo a importância das provas obtidas na fase pré-julgamento e introduzindo novas regras sobre a produção e admissão de provas mais em linha com o que dispõe o sistema jurídico estadunidense.

O instituto “giudizio abbreviato” prevê que, havendo acordo entre o acusado e a promotoria, o juiz, na audiência preliminar, proferirá decisão de mérito, com base nas provas colhidas nas investigações preliminares, diminuindo a pena em um terço em caso de condenação.

Ao seu turno, o instituto do “giudizio su richiesta delle parti” prevê a possibilidade de acordo entre a parte e a promotoria com relação à pena a ser imposta.

De mais a mais, alterações foram introduzidas para aproximar o sistema italiano do adversarial (sistema de disputa), eliminando a investigação preliminar pelo juiz e atribuindo apenas às partes (acusação e defesa) essa função.

Também se introduziu o procedimento no qual existe um caso da acusação e outro da defesa, como ocorre no sistema estadunidense, em detrimento do Sistema Inquisitorial (como ocorre no Brasil), no qual existe apenas um caso a ser conduzido pelo juiz.

Alterações também foram implementadas para evitar que o juiz possa, fora de situações excepcionais, ordenar a produção de provas “ex officio”¹⁰⁰. Ou seja, e a despeito da decisão da Corte Constitucional Italiana no sentido de que o papel do juiz não é meramente formal nesses acordos e que o julgador deve assegurar que o acordo leve em conta a gravidade da prática¹⁰¹, o juiz italiano é mais passivo do que um magistrado tradicional no Sistema Inquisitorial e, neste sentido, que o juiz brasileiro, o qual segue ativo nas investigações, como veremos mais adiante.

¹⁰⁰ Código de Processo Penal Italiano, artigo 190, 493.1, 495.1, 507.

¹⁰¹ Decisão 313/1990 da Corte Constitucional Italiana.

Reformas também foram introduzidas para facilitar a solução negocial dos casos por meio de negociações diretas entre acusação e defesa (*i.e.*, “patteggiamento”), sob o argumento da eficiência e economia processual¹⁰².

Esses acordos permitem que a acusação e a defesa cheguem a um acordo com relação à sentença e depois requeiram aprovação do judicial. O juiz irá então analisar os autos e as provas e, caso não haja motivo para absolver o acusado e a pena for considerada proporcional, o juiz irá aprovar o acordo.

Verifica-se, portanto, um aspecto de Direito inquisitorial no que se refere à preocupação do juiz com a verdade “real”, proporcionalidade do acordo e adequação das provas.

De mais a mais, o “plea bargaining” estadunidense é mais amplo e flexível do que o “patteggiamento” italiano. Por exemplo, o “patteggiamento” não se aplica a todos os tipos de violações. Inicialmente este acordo só podia ser celebrado com relação a crimes cuja sanção é menor do que cinco anos de prisão após a redução e o desconto da pena não pode ser superior a $\frac{1}{3}$ da pena prevista em lei¹⁰³. Esses acordos foram posteriormente estendidos para outras violações, inclusive para aquelas mais sérias, por meio de alterações legislativas, mas ainda assim seguem com limitações¹⁰⁴.

Ademais, o acordo foi inicialmente concebido para se relacionar à sentença e não alterar as acusações, a despeito de cortes já terem aceitado a alteração das acusações¹⁰⁵.

Outro elemento interessante é que o “patteggiamento” não envolve reconhecimento explícito de culpa, mas apenas exige que o acusado abra mão do seu direito a um julgamento com contraditório e ampla defesa. O juiz pode, contudo, absolver o acusado e não aceitar o

¹⁰² Código de Processo Penal Italiano, artigo 438-64.

¹⁰³ Código de Processo Penal Italiano, artigo 444.1.

¹⁰⁴ *Idem*, artigo 444.1.

¹⁰⁵ Vide Cass. pen., sez. cin., ott. 1998, n.º 12743.

acordo. Isso demonstra que o Direito italiano dá grande valor à presunção de inocência, o que lhe aproxima do Direito brasileiro.

Se não bastasse, o acusado pode receber o benefício de um acordo mesmo que o promotor não tenha aceitado o acordo. Para tanto, o acusado pode pedir ao juiz que analise, após o julgamento, os motivos dados pelo promotor para não celebrar o acordo e, caso esses sejam considerados inadequados pelo juiz, a redução da pena pode ser aplicada mesmo assim. O acordo é visto como mais do que o resultado de uma negociação entre acusação e defesa, mas como um benefício que o juiz pode ou não conceder ao acusado.

Por fim, a sentença produzida no âmbito deste acordo não gera quaisquer efeitos na esfera civil ou administrativa, o que é mais próximo ao acordo “*nolo contendere*” estadunidense do que do “*plea bargaining*”.

Por outro lado, o juiz e o promotor seguem com a função de desvendar a “verdade real”, e o promotor não é mera parte do processo com interesses próprios que possam justificar que a verdade “real” não seja buscada.

Assim, parece que, a despeito da existência de diferenças relevantes entre o sistema de “*plea bargaining*” italiano e estadunidense, a incorporação de elementos do sistema de “*plea bargaining*” na Itália torna-o mais próximo do sistema estadunidense do que o sistema de “*plea bargaining*” alemão.

Isso não significa, contudo, que ajustes tenham sido necessários para tornar esse instituto mais compatível com o sistema jurídico italiano e que elementos do Sistema Inquisitorial não tenham sobrevivido às reformas ocorridas neste país.

3.4. França

O sistema jurídico francês é o que, à época da análise de Máximo Langer, possuía menos similaridade com o sistema estadunidense de “*plea bargaining*”¹⁰⁶. Mais do que uma

¹⁰⁶ “French ‘plea bargaining’ or composition hardly resembles the American model”. LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 58.

forma de encerrar investigações criminais, esses acordos alteravam a forma de persecução para a esfera não criminal.

Nada obstante, muito foi alterado no ordenamento jurídico francês desde a análise realizada por Máximo Langer, pois, como indicado pelo próprio autor, havia um projeto de Lei (“Perben Bill”) em análise à época de sua obra com vistas a introduzir um sistema de “plea bargaining” no ordenamento jurídico francês.

É interessante notar que alguns dos pontos desse projeto de lei foram alterados por serem considerados incompatíveis com a Constituição Federal Francesa. A título de exemplo, o dispositivo que autorizava a celebração do “plea bargaining” sem a presença de um juiz foi considerado incompatível e retirado do projeto.

Surgiram, também, questionamentos com relação à possibilidade de utilização desses acordos para determinadas violações não envolvendo crime organizado, com relação aos quais a vulnerabilidade dos acusados daria um poder extraordinário à acusação, capaz de ofender o contraditório, ampla defesa e presunção de inocência.

Nada obstante essas críticas, o Código Penal Francês autoriza a celebração de “plea bargaining” em investigações envolvendo ofensas menos graves (*i.e.*, aquelas infrações com penas previstas não superiores a dez anos) e não podem incluir prisão do acusado por mais de um ano. Podem, contudo, incluir multa de forma cumulativa à pena de prisão.

Investigações envolvendo certas violações, mesmo que dentro do critério acima, não podem ser resolvidas via “plea bargaining”. Incluem-se, nas hipóteses excluídas desses acordos, aqueles que envolvem debate sobre culpa (*i.e.*, homicídio culposo) e outros crimes cujo procedimento de investigação e sanção são disciplinados por lei própria (*i.e.*, crimes políticos).

Segundo os arts. 495-7 a 495-16 do Código de Processo Civil Francês, promotores e defesa podem negociar uma sentença nesses casos. O juiz não pode iniciar negociações de “plea bargaining”, cabendo apenas à acusação e defesa a iniciativa do acordo penal. Nada obstante, cabe ao juiz homologar ou não o acordo negociado entre as partes.

Durante a audiência de homologação do acordo, o juiz analisará que as acusações, fatos e confissão são coerentes entre si. Nesta análise, o juiz verificará a proporcionalidade da

sentença negociada entre as partes. Em um traço adversarial, não é possível que o juiz ajuste o acordo, mas apenas que o aceite ou rejeite. Como veremos mais adiante, o magistrado brasileiro pode, em determinadas hipóteses, ajustar o acordo celebrado entre as partes.

Percebemos, assim, que o “plea bargaining” francês é menos flexível do que o estadunidense, a despeito de ser previsto na legislação local e refletir um aspecto de absorção de uma ferramenta típica do Sistema Adversarial em uma jurisdição de profunda tradição “Civil Law”, como a francesa.

4. ABSORÇÃO PELO BRASIL DE ASPECTOS DO SISTEMA ADVERSARIAL

O Brasil, que possui um ordenamento jurídico de origem no “Sistema de Civil Law”, contém atualmente determinadas características que seriam tradicionalmente identificadas como semelhantes às práticas adotadas em um Sistema Adversarial, predominante em jurisdições que adotam o “Sistema de Common Law”.

Há quem diga, até mesmo, que a “Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório [ou adversarial]. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional” (colchetes nossos) (BARROSO, 2014). Sobre o tema:

Ementa: Resolução n.º 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. (...) A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. (...) Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução n.º 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. (...) (ADI 5104 MC, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2014).¹⁰⁷

Há, por exemplo, o princípio da inércia no ordenamento jurídico pátrio. Este princípio determina que o juiz não deve atuar sem ser provocado pelas partes. Há, também, o princípio da imparcialidade, que determina que o juiz deve considerar todas as manifestações e provas de acusação e defesa com os mesmos critérios e atuar em todas as partes do processo de forma neutra, sem preferências entre as partes.

Esses princípios, apesar de também presentes atualmente em jurisdições de origem no “Sistema de Civil Law”, remetem-nos ao Sistema Adversarial. As decisões abaixo ilustram bem a aplicação desses princípios no ordenamento jurídico brasileiro:

¹⁰⁷ No mesmo sentido: “Com o advento da Constituição da República de 1988, o sistema processual penal nacional deixou para trás o então Sistema Inquisitorial e fez clara opção pelo sistema acusatório” (Nota Técnica 2ª Câmara de Coordenação e Revisão/MPF n.º 004 /2019 do MPF, datado de 15 de abril de 2019).

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL, DE ADITAMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO, AOS PRINCÍPIOS DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO E DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos expressos termos do art. 395, inc. I, do Código de Processo Penal - CPP, a denúncia será rejeitada quando for manifestamente inepta. No caso concreto, o Tribunal de origem efetivamente reconheceu a inépcia da denúncia, salientando que a peça acusatória não procedeu à devida individualização das condutas supostamente criminosas. Todavia, deixou de promover o trancamento da ação, determinando, de ofício, o aditamento da peça acusatória pelo “Parquet”, sem mesmo indicar as razões por que entendia ser esse o procedimento mais adequado. Como se sabe, constitui alicerce do processo penal brasileiro o sistema acusatório, no qual, em oposição à modalidade inquisitorial, impõe-se uma clara divisão de atribuições entre os sujeitos processuais responsáveis por acusação, defesa e julgamento na persecução criminal. Tal sistema traz como corolários os princípios da inércia e da imparcialidade do órgão jurisdicional - inclusive, e especialmente, no tocante à impossibilidade de que o julgador substitua iniciativa que seja de atribuição exclusiva da parte. (STJ. HC 347.748/AP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 5ª Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016).

É também interessante analisarmos a figura do MP e sua função institucional no ordenamento jurídico pátrio, em particular a partir da volta da democracia no Brasil, no final dos anos 80.

Reformas estruturais foram feitas para garantir a independência do MP em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Além disso, o MP se organizou de forma altamente descentralizada e cada promotor possui grande autonomia e discricionariedade na sua atuação. A título de exemplo dessa autonomia, podemos citar os recentes conflitos entre a Força Tarefa da Lava-Jato e a Procuradoria Geral da República decorrentes da descentralização e independência incorporada nas forças tarefas do MP¹⁰⁸.

Segundo a Constituição Federal, cabe ao MP a promoção privativa da ação penal pública, na forma da lei. O MP possui, portanto, titularidade ativa para iniciar a ação penal pública¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Sobre o tema: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/07/01/em-conflito-com-lava-jato-pgr-diz-que-modelo-de-forcas-tarefa-e-incompativel.htm>. Acesso em 10 de junho de 2020.

¹⁰⁹ “O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do ‘opinio delicti’, separando a função de acusar daquela de julgar. (...)”. (RHC 120379, Relator: Min. Luiz Fux,

Ao tratar a questão, o art. 129 da Constituição Federal atribuiu, de forma privativa ao MP, a promoção da ação penal pública, na forma da lei, ao passo que o inc. VIII, do mesmo artigo da Constituição Federal, permite ao MP requisitar diligências investigatórias e instaurar inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Se não bastasse, argumenta-se que:

Se o Ministério Público detém o monopólio da ação penal pública (art. 129, I, CF), também possui o poder discricionário de negociar ajustes em troca da não deflagração da ação penal ou de sua desistência, sendo a autoridade do Estado responsável pela negociação dos acordos penais, que será submetido ao crivo do Poder Judiciário. Além disso, o sistema acusatório impõe restrição à atividade jurisdicional de ofício, de sorte que o dever de imparcialidade e de inércia do juiz deve nortear a regulamentação que ora se pretende realizar. O sistema acusatório é modelo vigente no País e adotado pelo Projeto de Lei n.º 8.045/2010, que institui o novo Código de Processo Penal¹¹⁰.

Nada obstante, e como se verá, o sistema jurídico brasileiro segue com aspectos claros do Sistema Inquisitorial, de modo que podemos caracterizá-lo como um sistema híbrido, cuja origem e tradição se remetem ao Sistema Inquisitorial.

O juiz brasileiro, por exemplo, costuma ter um papel ativo em investigações, podendo inquirir testemunhas, decidir a ordem e provas a serem utilizadas e tem a última palavra com relação à homologação ou não de acordos em processos judiciais. Pode, inclusive, rejeitar denúncia considerada inepta, independentemente de manifestação da defesa, nos termos do art. 395, inc. I, do Código de Processo Penal, mesmo que haja confissão do acusado.

Ademais, e em uma posição de possível superioridade em relação à defesa, e a despeito de o regramento processual penal impor a necessidade de as partes atuarem com paridade de armas, o art. 5º da Constituição Federal prevê que o MP poderá requisitar diligências investigatórias e instaurar inquérito policial. Sobre o tema:

Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado. (RE 593727, Repercussão

Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 23-10-2014 PUBLIC 24-10-2014).

¹¹⁰ Nota Técnica 2ª Câmara de Coordenação e Revisão /MPF n.º 004 /2019 do MPF, datado de 15 de abril de 2019.

Geral, Relator: Min. C  zar Peluso, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14/5/2015, publica  o em 08/9/2015).

De mais a mais, o MP possui o controle sobre a atua  o da polícia em investiga  o no âmbito criminal e, defendendo a amplitude da sua competência investigativa, considera que os arts. 5  , incs. LIV e LV, 129, incs. III e VIII, e 144, inc. IV,   4  , da Constitui  o Federal, “não tornam a investiga  o criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investiga  o do Ministério Público” (STF. RE: 593727, Minas Gerais. Relator Min. Cezar Peluso, DJe. 14/05/2015).

Há, ainda, no ordenamento jurídico pátrio, regras sobre a discricionariedade do MP de processar acusados em determinados casos. O regramento jurídico prevê o princípio da obrigatoriedade em rela  o às a  o  s públicas incondicionais. Sobre a matéria:

Significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investiga  o, a faculdade de investigar e buscar a puni  o do autor da infra  o penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infra  o penal, ensejadora de a  o penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investig  -la e, em seguida, havendo elementos,    obrigatório que o promotor apresente den  ncia¹¹¹.

[O princípio da obrigatoriedade   ] aquele que obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a a  o penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante a  o penal pública” (colchetes nossos)¹¹².

Estar obrigado    promo  o da a  o penal significa dizer que não se reserva ao “Parquet” qualquer juízo de discricionariedade, isto   , não se atribui a ele qualquer liberdade de op  o acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condi  o  s da a  o penal (OLIVEIRA, 2009, p. 114-115)¹¹³.

Ou seja, o MP tem o dever legal de promover a persegui  o penal, não podendo empregar quaisquer critérios de conveniência ou oportunidade no exercício da a  o. Este princípio também impede que o MP venha a desistir da a  o penal depois de iniciada. Neste

¹¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 2   ed. São Paulo: Atlas, 1993.

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8   ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹¹³ OLIVEIRA, Eug  nio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 11   ed. Rio de Janeiro: 2009.

sentido, “a regra insculpida no art. 42 do Código de Processo Penal não deixa margem para dúvidas, “*verbis*”: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”¹¹⁴.

Mencionamos acima que o conceito de “justiça negociada” esta, em sua origem, mais relacionado ao Sistema Adversarial. Vimos, também, que o Brasil, de origem no “Sistema de Civil Law”, possui um ordenamento cuja origem é inspirada no Sistema Inquisitorial.

Nada obstante, o sistema jurídico pátrio conta atualmente com uma série de acordos, incluindo em temas de corrupção, o que representa a absorção pelo sistema jurídico local de institutos característicos do Sistema Adversarial. Esses acordos serão analisados nesta seção.

No âmbito administrativo¹¹⁵, a Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) prevê o acordo de leniência no contexto da prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Segundo Gesner Oliveira e João Grandino Rosas, o acordo de leniência é “uma transação entre o Estado e o delator que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal”¹¹⁶.

Segundo o MPF (2020):

O acordo de leniência é espécie de ato jurídico convencional, com natureza dúplice: correlaciona uma técnica especial de investigação e um meio de defesa. Funda-se no reconhecimento e na confissão qualificada de práticas lesivas pela pessoa jurídica que delas se beneficiou, bem como na sua cooperação voluntária. Cuida-se de modo de confissão qualificado, porque não se esgota na admissão dos fatos nem com ela se confunde, estando profundamente ligado à cooperação ativa e plena no âmbito da atividade de procedimentos sancionadores, destacadamente moldado pelas obrigações assumidas na negociação e atinentes à revelação ampla e efetiva de fatos

¹¹⁴ Voto-Vista da Ministra Rosa Weber da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal na “Questão de Ordem da Ação Penal 905 Minas Gerais, de 23/02/2016.

¹¹⁵ Apesar de não relacionada com corrupção, e sim com a persecução administrativa de infrações à ordem econômica, a Lei Antitruste prevê a possibilidade de acordo de leniência.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Renovar. 2004, pp. 41–42. Vale destacar que essa definição foi dada com relação ao acordo de leniência da Lei Antitruste, mas que nos parece em linha com a definição apropriada para o caso do Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção.

ilícitos, com seus respectivos elementos de provas, bem como a indicação de pessoas físicas e jurídicas envolvidas.

Fundamentalmente, a colaboração permite obter novas informações relevantes e provas, com a correlata identificação de materialidade e autoria, atinentes a atos ilícitos cometidos. Em contrapartida, o infrator - pessoa jurídica corruptora -, recebe benefícios legais pela colaboração, submetendo-se, em acordo, a uma singular modalidade de sancionamento por seus atos ilícitos, o que indica a imprescindibilidade da observância da boa-fé, confiança e expectativa legítima, tornando de rigor o comprometimento do colaborador no desvendamento dos ilícitos e do Estado, na flexibilização de sua ação sancionadora¹¹⁷.

A Lei Anticorrupção prevê uma série de possíveis legitimados para firmar o acordo no âmbito da lei, no caso definidas como “a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública” afetada pela prática (art. 16 da Lei n.º 12.846/2013)¹¹⁸.

A Lei exige que haja colaboração efetiva da pessoa jurídica com as investigações. O processo administrativo e a colaboração precisa resultar na identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16, incs. I e II, da Lei n.º 12.846/2013).

Atualmente, nota-se que as autoridades entendem colaboração como sinônimo de disponibilização de informações e documentos sobre a prática. Nada obstante, colaboração pode ser vista de forma mais ampla e incluir, também, a disposição de aceitar e colaborar com os trabalhos de um Monitor, caso este seja incluído em um acordo firmado com a Administração Pública. Isso porque a monitoria exigirá ampla cooperação e a nomeação de um Monitor é apenas o começo de um longo período de cooperação por parte da empresa.

O acordo possui uma série de requisitos, os quais devem ser preenchidos de forma cumulativa, a saber: (i) a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (ii) a pessoa jurídica deve cessar completamente

¹¹⁷ Nota Técnica n.º 1/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF, p. 5. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

¹¹⁸ “A Lei n.º 12846 (...) entregou poderes inéditos aos organismos de controle interno do Estado (Controladorias e Corregedorias), sendo eles os únicos legitimados a celebrar tais acordos com as empresas envolvidas em corrupção que se disponham a admitir responsabilidades, colaborar e ressarcir danos” (Vide Nota do Movimento do Ministério Público Democrático, associação civil sem fins econômicos nem corporativos de caráter nacional, integrada por membros do MP da ativa e aposentados de todo o país vem se manifestar publicamente a favor dos termos do PL 105/2015 que propõe importante mudança na Lei Anticorrupção (12846/13)”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mar-17/mp-ouvido-antes-acordos-leniencia-associacao>. Acesso em 11 de julho de 2020.

seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (iii) a pessoa jurídica deve admitir sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e no âmbito do processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (art. 16, §1º, da Lei n.º 12.846/2013).

Uma vez celebrado o acordo, o signatário ficará isento das sanções previstas no inc. II do art. 6º e no inc. IV¹¹⁹ do art. 19 da Lei Anticorrupção e reduzirá, em até 2/3 (dois terços), o valor da multa aplicável. As sanções do art. 19¹²⁰ são bastante graves e devem ser requeridas perante o judiciário. Podem incluir, ainda, a suspensão ou interdição parcial de suas atividades ou a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Existe, também, uma série de acordos previstos no âmbito criminal¹²¹. O primeiro acordo previsto em matéria penal foi para indivíduos acusados de ofensas criminais menos graves (Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, D.O.U. de 26 de julho de 1990). Ao longo dos anos, e em especial em 2013¹²², a possibilidade de acordos em matéria criminal foi expandida e hoje abarca inclusive o acordo em casos envolvendo corrupção.

¹¹⁹ Ou seja, da obrigação de publicação extraordinária da decisão condenatória.

¹²⁰ Artigo 19. Em razão da prática de atos previstos no artigo 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o MP, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. § 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. § 2º (VETADO). § 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. § 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no artigo 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

¹²¹ Para fins de completude, menciona-se que acordos em âmbito penal também são previstos para outras violações não relacionados com corrupção, como a delação premiada incluída na Lei n.º 8.137/1990 (Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária), artigo 16, parágrafo único, a Lei n.º 8.072/1990, artigo 8º, parágrafo único (crimes hediondos) e a Lei n.º 9.605/1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente).

¹²² Lei n.º. 12.850, de 02 de agosto de 2013, D.O.U. de 08 de maio de 2013.

Como a análise de acordos em matéria penal para crimes mais leves (ou seja, não apenas para corrupção) é importante para entendermos a evolução desses acordos e como a “justiça negociada” evolui no Brasil, analisaremos abaixo acordos em matéria penal que, em determinados casos, podem envolver acordos em investigações envolvendo condutas relacionadas à prática de corrupção.

Um deles é a possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo nas infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 60 da Lei n.º 9.099/1995). Essa Lei define “infrações penais de menor potencial ofensivo”, para os efeitos da própria lei, como “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa” (art. 61 da Lei n.º 9.099/1995). Por ser a primeira lei brasileira envolvendo acordo em matéria penal, esta lei inaugurou um novo modelo de justiça criminal no Brasil denominado de “justiça penal consensual”.

A Lei n.º 9.099/1995 prevê que os processos envolvendo “infrações de menor potencial ofensivo”¹²³ serão orientados pelos critérios da “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade”. Além disso, a conciliação, ou a transação, serão buscadas sempre que possível (art. 2º da Lei n.º 9.099/1995).

Como se pode notar, essa Lei traz traços claros do Sistema Adversarial, como a oralidade, simplicidade, informalidade e incentivo à “justiça negociada”. A questão da economia processual e celeridade também estão relacionadas com a visão mais utilitarista do processo, marcante no Sistema Adversarial.

A transação poderá ser oferecida na audiência preliminar. A lei dispõe que, nesta oportunidade, e na presença do MP, do autor do fato e da vítima e, se possível, do responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade” (art. 72 da Lei n.º 9.099/1995).

Segundo Aras (2017, p. 270-206):

¹²³ Artigo 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

A transação penal (art. 76 da Lei n.º 9.099/1995) é instrumento de Justiça criminal pactuada, não conflitiva, de intervenção mínima, tendente a estabelecer consenso para composição de litígios, mediante acordo entre as partes processuais, com mediação judicial. É instituto bilateral, de natureza processual e penal, por meio do qual o Ministério Público negocia o não exercício do direito em troca de conformidade por parte do autor do fato nas contravenções penais e nos crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos. Cumprido o acordo, que não implica confissão, o “Parquet” deixa de propor a ação penal¹²⁴.

O processo prevê que a conciliação ocorrerá perante o juiz ou por conciliador, sob a sua orientação e em um momento específico do processo, o que demonstra se tratar de um acordo com aspectos formais mais rígidos do que um “plea bargaining” estadunidense.

Já a suspensão condicional do processo, instituto negocial de cunho processual assim como a transação penal, poderá ser proposta pelo MP nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por essa Lei (art. 89 da Lei n.º 9.099/1995).

Neste caso, e havendo concordância da acusação e defesa, bem como do juiz, o processo poderá ser suspenso “por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena” (art. 89, caput e §1º da Lei n.º 9.099/1995).

Segundo Aras, “embora sem confissão do acusado, este assume o compromisso de cumprir certas condições que não são sanções penais e compromete-se a reparar o dano causado à vítima. Cumpridas as condições, há extinção da punibilidade”¹²⁵.

Como manifestações claras do Sistema Inquisitorial, é interessante notar que o juiz brasileiro poderá, independentemente de concordância do MP, “especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado” (art. 89, caput e §2º da Lei n.º 9.099/1995). Pode, ainda, recusar a denúncia considerada inepta, mesmo que tenha havido confissão pelo réu.

¹²⁴ ARAS, Vladimir. "Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado". In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. "Acordo de não persecução penal – Resolução 181/2017 do CNMP", 336 p., vários autores – Salvador: Juspodivm, 2017, p. 270-276.

¹²⁵ Ibidem.

O microssistema anticorrupção brasileiro também dispõe de previsão expressa de acordo de colaboração premiada na esfera criminal (Lei n.º 9.613/1998; Lei n.º 9.807/1999; e Lei n.º 12.850/2013¹²⁶). Esses acordos envolvem investigações em face de indivíduos, mas, como destacaremos abaixo, podem gerar consequências para acordos que podem incluir pessoas jurídicas e, portanto, envolver discussões sobre a imposição de Monitores.

A Lei n.º 9.613/1998 dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, além de outras providências, como a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

O art. 1º dessa Lei prevê a redução da pena e alteração do regime de cumprimento da pena em caso de colaboração efetiva e espontânea com as autoridades. Isso deve se dar por meio do fornecimento de informações e documentos que auxiliem de forma efetiva com a apuração dos fatos e identificação dos envolvidos¹²⁷. O art. 1º não faz referência à necessidade de participação ou anuência do MP para que esse benefício seja aplicado, em um elemento característico do Sistema Inquisitorial.

Já a Lei n.º 9.807/1999 estabelece, entre outras providências, sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Como manifestação clara do Sistema Inquisitorial, a lei prevê, em seu art. 13, que o magistrado poderá, de ofício ou a requerimento das partes, “conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal”.

¹²⁶ Essa Lei foi alterada recentemente pela Lei n.º 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”.

¹²⁷ Artigo 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (...), § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

A colaboração, para dar ensejo a este benefício, deve resultar na (i) identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; (ii) localização da vítima com a sua integridade física preservada; e (iii) recuperação total ou parcial do produto do crime.

Ao seu turno, o art. 14 desta lei prevê que, havendo a colaboração voluntária do indiciado ou acusado para que os demais coautores e partícipes sejam identificados e o produto do crime seja recuperado, haverá a redução da pena de um a dois terços¹²⁸.

De mais a mais, a Lei n.º 12.850/2013 que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, prevê acordos de colaboração premiada¹²⁹. Esse regramento foi alterado pela Lei n.º 13.964/2019.

Acordos de colaboração premiada foram amplamente utilizados no âmbito da Operação Lava-Jato e forneceram informações e documentos que serviram como provas importantes contra outros envolvidos e, conseqüentemente, geraram reflexos em processos que atingiram pessoas jurídicas como investigadas (*i.e.*, em processos com base na Lei Anticorrupção, Lei Concorrencial, Ações Cíveis Públicas e Ações de Improbidade Administrativa).

Segundo Aras, a adoção da colaboração premiada tem “conteúdo de pactuação, resulta da praxe forense, iniciada no caso Banestado, no Paraná, com base na Lei n.º 9.807/1999 e na Lei n.º 10.406/2002”¹³⁰.

O acordo de colaboração premiada são negócios processuais bilaterais mais flexíveis com relação ao momento de sua celebração (*i.e.*, podem ser celebrados em qualquer fase da

¹²⁸ Apesar de menos relevante para a questão dos crimes de corrupção, este artigo também prevê benefício para o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a localização da vítima do crime com vida, *in verbis*: “na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”.

¹²⁹ Essa lei também revogou a Lei n.º 9.034/1995 sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

¹³⁰ ARAS, Vladimir. "Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado". In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. "Acordo de não persecução penal – Resolução 181/2017 do CNMP", 336 p., vários autores – Salvador: Juspodivm, 2017, p. 270-276.

persecução penal¹³¹). Mais do que um instrumento para pôr fim ao processo, o acordo é uma ferramenta de obtenção de prova.

Na nossa visão, essa característica faz referência à obrigação de o juiz e de o MP buscar a verdade dos fatos, e não apenas uma “verdade processual” relativa. Além disso, a Lei n.º 12.850/2013 diz que o acordo pressupõe utilidade e interesse público, ou seja, não basta o MP ou a defesa querer firmar o acordo.

O juiz pode não homologar o acordo se instrução complementar for necessária para a identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público (art. 3º-B, §4, 12.850/2013).

É, ainda, responsabilidade do juiz fazer uma criteriosa análise da legalidade do acordo antes da sua homologação. Esta verificação deve levar em conta aspectos como a regularidade e legalidade do acordo, adequação dos benefícios pactuados, adequação dos resultados da colaboração e voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Com vistas a evitar que o acordo ofenda princípios como o contraditório e ampla defesa, presunção de inocência, entre outros, nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público capaz de resguardar os direitos do celebrante (art. 3º-C, § 1 e 2, 12.850/2013).

Por outro lado, o art. 4º desta Lei possui um elemento que nos parece bastante próprio do Sistema Adversarial, que é a exigência de que haja requerimento das partes para que juiz possa “conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal” desde que determinados resultados sejam advindos da colaboração¹³².

¹³¹ Vide artigo 3º da Lei n.º 12.850/2013.

¹³² A saber: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Outros dois aspectos do Sistema Adversarial parecem presentes no art. 4º desta Lei. O primeiro deles é que o MP tem a opção de não oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se à infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador não for o líder da conduta e for o primeiro a prestar efetiva colaboração. O segundo é a determinação de que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração (vide §6º do art. 4º da 12.850/2013). Ou seja, o juiz deve se manter distante das negociações que devem ser lideradas pelas partes, com mínima ou nenhuma interferência do juiz.

Por outro lado, interessante notar que, segundo essa Lei, conforme alterada pela Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, determina que “são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória” (Art. 3º-C, §7º-B), o que poderia ser considerado como algo mais semelhante ao que se esperaria em um Sistema Inquisitorial, no qual o conceito de “justiça negocial” é visto com mais cautela.

O MP também editou resoluções prevendo a possibilidade e procedimentos a serem adotados com relação a soluções de justiça negociada em temas que podem envolver corrupção quando houver legitimidade do MP para atuar. Essas resoluções apresentam regramentos que devem ser observados pelos membros do MP quando forem atuar em acordos descritos acima, bem como em outros acordos que, mesmo sem previsão legal, o MP entende que pode celebrar por ser o titular da ação.

A Resolução n.º 118/2014, do Conselho Nacional do MP (“CNMP”) (Resolução CNMP n.º 118/2014), estabelece a “Política Nacional de Incentivo à Autocomposição” no âmbito do MP e prevê a “justiça restaurativa”¹³³ como uma tendência mundial que gera maior proteção e efetivação de direitos.

¹³³ Segundo Aras, trata-se de a “justiça restaurativa, forma de autocomposição, tem encontrado algum espaço no Brasil desde 2014, com o Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e com a Resolução 118/2014 do CNMP, fruto da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição instituída no âmbito do Ministério Público” (ARAS, Vladimir. "Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado". In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. "Acordo de não persecução penal – Resolução 181/2017 do CNMP", 336 p., vários autores – Salvador: Juspodivm, 2017, p. 270-276).

A resolução menciona a importância da pacificação de conflitos, o que indica uma visão mais alinhada com o Sistema Adversarial do que com o Sistema Inquisitorial no qual a justiça é o objetivo da aplicação da lei. Segundo Aras (2017, p. 270-206):

A justiça restaurativa, forma de autocomposição, tem encontrado algum espaço no Brasil desde 2014, com o Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e com a Resolução 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, fruto da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição instituída no âmbito do Ministério Público.

Segundo a Resolução CNMP n.º 118/2014, “a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas e que a sua apropriada utilização em programas já implementados no Ministério Público têm reduzido a excessiva judicialização e têm levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, a não reincidência e ao empoderamento”.

A Resolução CNMP n.º 118/2014 menciona disposições legais que conferem legitimidade ao MP para a construção de soluções auto compositivas, como o art. 585, inc. II, do Código de Processo Civil (“CPC”); art. 57, parágrafo único, da Lei n.º 9.099/1995; art. 5º, §6º, da Lei n.º 7.347/1985, dentre outras providências.

Esta resolução determina que a negociação é recomendada para “as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988)” (art. 8).

Por sua vez, a Resolução n.º 181/2017, do CNMP, conforme alterada pela Resolução CNMP n.º 183/2017, dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do MP. Esta resolução introduziu o “acordo de não-persecução penal”, o qual se encontra em pleno funcionamento no Brasil.

Segundo referida resolução (art. 18), e não sendo o caso de arquivamento do processo, o MP poderá propor ao investigado “acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática”. Para tanto, as seguintes condições devem estar preenchidas: (i) reparar o dano ou restituir a coisa à

vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (ii) renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo MP como instrumentos, produto ou proveito do crime; (iii) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo MP; (iv) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo MP, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e (v) cumprir outra condição estipulada pelo MP, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Segundo a resolução, cabe ao juiz analisar se as condições do acordo são adequadas e suficientes antes de sua homologação.

A Resolução n.º 181/2017 do CNMP, com as modificações trazidas pela Resolução n.º 183/2018 do CNMP, fez surgir, no âmbito do MPF, a Orientação Conjunta n.º 3/2018. Segundo esta orientação, as 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão, no exercício das atribuições conferidas pelo art. 62, inc. I, da Lei Complementar n.º 75/1993, orientam os membros da instituição a observarem os seguintes critérios com relação à celebração de acordos de não persecução penal (acordos penais pré-processuais):

- 1) Pena mínima abstrata inferior a quatro anos;
- 2) Crime cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa;
- 3) Não cabimento da transação penal (art. 76 da Lei n.º 9099/966);
- 4) Dano causado igual ou inferior a 60 salários mínimos ou valor superior quando assegurada integral reparação do dano;
- 5) O investigado não incorrer em nenhuma das hipóteses do art. 76, §2º, da Lei n.º 9.099/1995;
- 6) Inexistência de risco de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em razão do aguardo do cumprimento integral do acordo;
- 7) O delito não ser hediondo ou equiparado;
- 8) Não ser o caso de incidência da Lei n.º 11.340/2006 (Violência doméstica);
- 9) A celebração do acordo ser suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Como se pode notar, a hipótese de acordo de não persecução não é admitida para diversos crimes graves contra a vida, mas é admitida, por exemplo, nos casos de corrupção passiva e ativa, hipótese em que a pena mínima é de reclusão de dois anos segundo os arts. 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa) do Código Penal. Dados da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (Criminal) mostram que diversos acordos foram firmados em casos envolvendo corrupção entre 11/5/2018 e 11/2/2019.

Tabela 3 – Acordos penais realizados pelo MPF entre 11/5/2018 e 11/2/2019

Crimes Envolvendo Corrupção Objeto de Acordo¹³⁴	Quantidade de Acordos Realizados pelo MPF
Falsificação/ Corrupção/ Adulteração/ Alteração de Produto para Fins Terapêuticos.	8
Corrupção Passiva.	1
Corrupção Praticada por Prefeitos e Vereadores.	1
Fonte: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (Criminal)	

Sobre o tema, o MPF elenca como vantagem para a solução negociada o fato de que “poupa-se tempo e os altos custos de um processo judicial. O acusado sabe, desde logo, a pena a qual será submetido, sem a incerteza de esperar as delongas do processo judicial e o provimento final. A promotoria economiza recursos materiais e humanos que poderão ser direcionados em investigações que envolvam crimes mais graves e complexos”¹³⁵.

O MPF elenca os seguintes requisitos para a validade de um acordo: (i) controle adequado do caso por um juiz; (ii) acompanhamento da defesa técnica em todos os atos de negociação; e (iii) necessidade do reconhecimento da culpabilidade do acusado ser voluntária e livre de qualquer pressão”¹³⁶.

¹³⁴ Outros crimes que podem estar relacionados com corrupção foram considerados em categorias distintas pelo MPF, como crimes contra a ordem tributária, falsificação de documento público, outras fraudes, crimes contra a ordem econômica, entre outros.

¹³⁵ Nota Técnica 2ª Câmara de Coordenação e Revisão /MPF n.º 004 /2019 do MPF, datado de 15 de abril de 2019, p. 65.

¹³⁶ Nota Técnica 2ª Câmara de Coordenação e Revisão /MPF n.º 004 /2019 do MPF, datado de 15 de abril de 2019, p. 65.

Com efeito, crimes associados à prática de corrupção, ao contrário dos crimes clássicos, como roubo ou homicídio, ocorrem de forma oculta e cuidadosamente planejada. Esses esquemas complexos envolvem a participação de empresas de fachada, instituições financeiras no exterior, lavagem de dinheiro, falsificação de documentos, etc.

Acordos também evitam que a garantia constitucional da razoável duração do processo seja desrespeitada, pois evita a duração indevidamente longa dos processos.

Vale, ainda, destacar que, no âmbito da improbidade administrativa, a Lei n.º 8.429/1992 não é dotada de dispositivos que contemplem a figura do “acordo”. Nada obstante, o CNMP editou a Resolução CNMP n.º 179/2017, que regulamenta o §6º do art. 5º da Lei n.º 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do MP, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta.

Segundo o §2º do art. 1º, é cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado.

Sobre a questão, o MP entende que, “a partir do microssistema anticorrupção, é possível extrair a autorização normativa para se celebrarem acordos de colaboração no âmbito da improbidade administrativa, mas a ausência de norma expressa acaba inibindo o reporte espontâneo do investigado e diminuindo substancialmente o número de acordos celebrados nessa esfera de responsabilidade”¹³⁷.

Por fim, vale destacar que a Lei n.º 13.105/2015, que institui o novo CPC, fomenta a resolução consensual dos litígios, inclusive como forma de priorizar a economia processual e duração razoável do processo. O CPC, além de prever que o Estado deverá incentivar a solução consensual dos conflitos, determina expressamente que juízes, promotores e defensores (públicos e privados) devem buscar formas consensuais para encerrar os conflitos.

¹³⁷ Nota Técnica 2ª Câmara de Coordenação e Revisão /MPF n.º 004 /2019 do MPF, datado de 15 de abril de 2019, p. 72.

Assim, sem que haja a colaboração por parte de um dos criminosos participantes, seria praticamente impossível que alguns esquemas fossem descobertos e, quando descobertos, que uma condenação fosse possível.

Percebe-se, assim, que o ordenamento jurídico pátrio, de origem na tradição “Civil Law”, caracteriza-se hoje como um sistema híbrido, no qual aspectos importantes do Sistema Adversarial foram incorporados ao sistema brasileiro.

5. O MODELO FCPA¹³⁸/OCDE E A SUA PROPAGAÇÃO PELO MUNDO

O sistema estadunidense influenciou reformas no sistema jurídico de outros países, incluindo no Brasil, tanto diretamente, quanto por meio da influência dos EUA no âmbito de organizações internacionais, como a OCDE e ONU.

Isso porque, o sistema jurídico estadunidense passou a ser considerado por muitos estudiosos como o regime mais influente do mundo com o final da Guerra Fria em 1991¹³⁹. Essa influência se refletiu de diversas formas, incluindo no modo como cortes locais e autoridades administrativas aplicam o Direito e como determinadas áreas do Direito se desenvolveram no Brasil.

De fato, muitos aspectos que influenciam a maneira como decisões judiciais e administrativas são proferidas, ou como normas jurídicas são elaboradas no Brasil, levam em conta elementos de algum modo importados do sistema jurídico estadunidense. Essas influências são notadas, por exemplo, quando se prioriza uma abordagem realista e pragmática do Direito ou quando aspectos do chamado “Law and Economics” são levados em conta quando da aplicação do Direito¹⁴⁰.

Além dessa influência do ponto de vista legal e institucional, deve ser notado que existe uma relação entre o aumento de investigações de corrupção transnacional no exterior e o aumento de casos no Brasil.

Com efeito, segundo dados de 2017 do “FCPA Blog”, de 104 empresas que divulgaram estarem sendo investigadas nos EUA por potenciais práticas de corrupção no

¹³⁸ O Foreign Corrupt Practices Act (“FCPA”). Destacamos que é também comum a utilização de FCPA no feminino, por ser uma lei. Nada obstante, e para fins de consistência, usaremos este termo ao longo desta tese sempre no masculino por conta do termo “act”, que pode também ser traduzido como estatuto.

¹³⁹ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 1.

¹⁴⁰ Vide voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, quando do julgamento do REsp 1.163.283/RS: “a análise econômica do direito não pretende, por óbvio, esclarecer seus estudiosos, submeter às normas jurídicas à economia, mesmo porque o Direito não existe para atender exclusivamente aos anseios econômicos. Por outro lado, visa à aproximação das normas jurídicas à realidade econômica, por meio do conhecimento de institutos econômicos e do funcionamento dos mercados”.

exterior, 30 empresas mencionaram o Brasil como um território afetado¹⁴¹. Já segundo dados de 2018 do “FCPA Blog”, o Brasil foi mencionado em 36 investigações de um total de 138 divulgadas em 2018¹⁴². Segundo o “FCPA Blog”, o Brasil seguiu como a jurisdição mais mencionada em 2019¹⁴³.

Nesses casos, decisões proferidas por autoridades estadunidenses podem impactar como investigações no Brasil são concluídas, como vimos com relação aos casos da Odebrecht e Braskem, nos quais houve a imposição de Monitores.

Por esses motivos, e considerando que a legislação estadunidense e a persecução da corrupção nos EUA influenciaram e influenciam o sistema global (incluindo o brasileiro) de combate à corrupção, apresentaremos abaixo uma análise detalhada do FCPA.

A partir de 1970, diversas legislações passaram a ampliar as sanções para práticas de corrupção considerando as particularidades de cada país, sob a perspectiva de um problema econômico. Havia uma percepção difundida nos EUA e na Europa de que corrupção era parte de fazer negócios no exterior, em particular em países menos desenvolvidos¹⁴⁴.

O Brasil, por exemplo, seria uma dessas jurisdições periféricas na qual seria praticamente impossível atuar localmente sem pagar suborno para os agentes públicos.

Com a intensificação das relações internacionais entre os países e agentes econômicos, e o avanço da globalização, o problema dos crimes transnacionais se tornou um tema de interesse de diversos países, tendo atingido o seu ápice nos anos 90. O Brasil, em particular, possui relações com um número amplo de outros países com vistas a fomentar a cooperação e a prevenção à criminalidade, em particular a cometida contra a Administração Pública por meio de atos de corrupção.

¹⁴¹ Disponível em: <https://fcpablog.com/2017/05/19/thirty-companies-name-brazil-in-connection-with-fcpa-related/>. Acesso em 10 de junho de 2020.

¹⁴² Disponível em: <https://fcpablog.com/2018/04/26/brazil-china-most-mentioned-in-fcpa-related-investigations/>. Acesso em 10 de junho de 2020.

¹⁴³ Disponível em: <https://blog.fcpatracker.com/2020/01/fcpa-investigations-year-in-review-2019/>. Acesso em 10 de junho de 2020.

¹⁴⁴ GRECO. Vicente. O Combate à Corrupção e Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013). Revista Jurídica - ESMP-SP, V.9, 2016: 15-30. p. 18.

Em resposta à falta de integridade existente em outros países nos quais empresas estadunidenses e empresas estrangeiras que atuam nos EUA operavam, os EUA editaram, em 1977, o FCPA prevendo que as empresas estadunidenses ou empresas estrangeiras com atuação nos EUA não poderiam praticar atos de suborno de funcionários públicos estrangeiros. O objetivo foi, portanto, “nivelar o jogo”, evitando que apenas as empresas estadunidenses precisassem seguir normas mais rígidas e, assim fiquem em desvantagem em relação aos seus concorrentes.

O FCPA é uma Lei Federal estadunidense datada de 1977¹⁴⁵, e modificado em 1998¹⁴⁶, que visa, entre outras finalidades, combater práticas de corrupção no estrangeiro por meio de dois tipos de normas, regras antissuborno (“anti-bribery provisions”) e regras sobre registros contábeis (as chamadas “accounting provisions”).

5.1. Regras antissuborno

As regras antissuborno proíbem (i) indivíduos e empresas estadunidenses (“Preocupações Domésticas”); (ii) empresas estadunidenses e estrangeiras – abertas na bolsa dos EUA ou empresas que são obrigadas a submeter relatórios periódicos perante a SEC (“Emissores”); e (iii) indivíduos e empresas estrangeiras fazendo negócios nos EUA de realizarem pagamentos de propina a autoridades públicas estrangeiras com o intuito de ganharem ou manterem negócios de forma artificial¹⁴⁷.

¹⁴⁵ O Congresso estadunidense promulgou o FCPA em 1977, após a revelação de um amplo esquema de corrupção global, envolvendo mais de 400 empresas estadunidenses em um período próximo ao escândalo político “Watergate” que levou à queda do então Presidente estadunidense Richard Nixon.

¹⁴⁶ As disposições anticorrupção do FCPA se aplicam a todos os “U.S. persons” e determinados emissores estrangeiros de valores mobiliários. Com as modificações de 1998, esses dispositivos também passaram a se aplicar para empresas estrangeiras e indivíduos que, direta ou por meio de agentes, estão envolvidos em corrupção.

¹⁴⁷ O FCPA se aplica a certos cidadãos estrangeiros ou entidades que não sejam emissores ou interesses domésticos se aquele estrangeiro ou entidade estrangeira diretamente ou através de um agente se envolver em qualquer ato em prol de um pagamento corrupto enquanto estiver no território dos EUA, independente do uso dos correios dos EUA ou uma forma ou instrumento de comércio entre estados estadunidenses. Os executivos, conselheiros, funcionários e agentes de tais entidades também podem estar sujeitos à mesma proibição do FCPA se eles participarem conscientemente de sua realização. Por exemplo, um cidadão estrangeiro que compareça a uma reunião nos EUA que promova um esquema de corrupção internacional pode estar sujeito a um processo judicial, como qualquer outro indivíduo associado à conduta criminosa.

Estas disposições se aplicam também aos agentes de Emissores e “Preocupações Domésticas” agindo em nome desses, bem como à “qualquer pessoa” que viole o FCPA enquanto estiver no território dos EUA¹⁴⁸.

O termo “Emissor” abrange qualquer entidade empresarial que tenha valores mobiliários listados em uma bolsa de valores dos EUA ou em qualquer empresa que tenha ações cotadas no mercado aberto e seja obrigada a protocolar relatórios periódicos junto à SEC.¹⁴⁹

O termo “interesse doméstico”, por sua vez, inclui qualquer cidadão, nacional ou residente dos EUA, bem como qualquer entidade empresarial organizada de acordo com as leis de um Estado dos EUA ou que tenha seu principal local de negócios nos EUA.¹⁵⁰ O termo “Pessoa” abrange cidadãos estrangeiros e entidades que violem o FCPA enquanto estiverem no território dos EUA.¹⁵¹

Segundo o FCPA, a oferta ou fornecimento de dinheiro ou qualquer item de valor para corromper funcionários públicos estrangeiros ou partidos políticos estrangeiros, com a intenção de se obter ou garantir a manutenção de negócios, é uma violação.

Isso pode se dar por meio de trocas ou ofertas de pagamento de “qualquer coisa de valor”, por exemplo, qualquer coisa que beneficie um “Agente do Governo”, incluindo, entre outras coisas, importâncias em dinheiro, a compra ou venda de bens ou serviços a preços inflados ou com descontos, hospitalidade, carros, joias, reformas de residência, viagens, empréstimos, garantias a empréstimos e ações. Uma coisa de valor pode também incluir benefícios intangíveis, tais como informações privilegiadas, dicas sobre ações, ou ajuda em uma transação comercial ou obtenção de outras vantagens.

A responsabilidade segundo o FCPA existe se um estrangeiro ou empresa estrangeira se associar, cooperar ou agir como agente de um emissor ou um interesse doméstico,

¹⁴⁸ Ou os “meios de comércio dos EUA” – tais como serviço postal, telefônico, sistema bancário ou de internet estadunidenses.

¹⁴⁹ Vide 15 U.S.C. § 78dd-1.

¹⁵⁰ Vide 15 U.S.C. § 78dd-2.

¹⁵¹ Vide 15 U.S.C. § 78dd-3.

independentemente de a conduta indevida, cometida pela pessoa ou empresa estrangeira, ter ocorrido nos EUA.¹⁵² Uma empresa ou indivíduo estrangeiro pode ser responsabilizado por ter se associado ou cooperado na violação do FCPA, mesmo que a empresa ou indivíduo estrangeiro não tenha agido em benefício do pagamento corrupto enquanto estava no território dos EUA.¹⁵³

Como consequência, empresas de nacionalidade brasileira, com determinadas atividades nos EUA, podem ser processadas naquele país caso estejam envolvidas em corrupção, mesmo que fora dos EUA (*e.g.*, envolvimento em corrupção no Brasil por empresa com determinados negócios nos EUA).

Por outro lado, empresas estrangeiras com atividades no Brasil podem ser afetadas pelo FCPA caso estejam envolvidas em corrupção no Brasil ou no exterior. Por conseguinte, a legislação anticorrupção estadunidense pode ser aplicável a empresas envolvidas em corrupção no Brasil caso essas empresas desenvolvam certos tipos de atividades nos EUA. É por isso que o grande volume de investigações de FCPA com menções ao Brasil tende a gerar um aumento de investigações no Brasil (vide dados acima do “FCPA Blog”).

Em casos envolvendo empresas brasileiras com atividades nos EUA, é possível que as autoridades estadunidenses interajam com as autoridades brasileiras, em particular com o MPF. Por conta disso, é possível que surjam acordos envolvendo autoridades em diferentes jurisdições e a coordenação dos remédios a serem impostos.

Isso ocorreu, por exemplo, nos acordos firmados nos EUA nas investigações envolvendo a Braskem e a Odebrecht¹⁵⁴, empresas sediadas no Brasil. Contatos também devem ter ocorrido entre autoridades brasileiras e estadunidenses no âmbito das investigações de corrupção envolvendo a J&F, empresa controladora da JBS¹⁵⁵, pois o DOJ e a SEC também

¹⁵² Vide Crim. Div., U.S. DOJ & Enforcement Div., U.S. SEC, Guia de Referência para o FCPA.

¹⁵³ Vide Guia de Referência, item 34 e 18 U.S.C. § 371.

¹⁵⁴ Autoridades estadunidenses, brasileiras e suíças estiveram envolvidas nesse caso. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>. Acesso em 11 de julho de 2020.

¹⁵⁵ A J&F possuía à época participação na empresa estadunidense Pilgrim's Pride Corporation. Disponível em: <http://fcpa.stanford.edu/investigation.html?id=372>. Sobre o caso: COSTA CARVALHO, Isabel. SZMID, Rafael. J&F Investimentos' Record-Breaking Fine Highlights Brazil's Commitment to Fighting Corruption. Vol.

instauraram uma investigação sobre o tema. Por esse motivo, o estudo das leis anticorrupção brasileira e estadunidense em paralelo é necessário.

De acordo com a jurisprudência estadunidense sobre “atos em associação criminosa”, a jurisdição nos EUA pode existir em relação a todos os partícipes da conduta quando pelo menos um partícipe é um emissor, interesse doméstico ou cometeu um ato razoavelmente previsível dentro do território dos EUA¹⁵⁶. Como resultado, o DOJ já usou o conceito de “ato de associação ou cooperação” em violações ao FCPA para processar entidades (*e.g.*, não emissores ou interesses domésticos) sobre as quais não teria jurisdição de outro modo.¹⁵⁷

Além disso, o FCPA proíbe o envolvimento consciente em conduta proibida mesmo que indiretamente (*i.e.*, por meio de um terceiro) tal como um consultor, contratado, sócio de “joint venture” ou outro parceiro comercial. Neste sentido, o FCPA aplica-se expressamente a atos praticados por meio de “qualquer pessoa, que tenha conhecimento que todo ou parte de tal valor será oferecido, dado ou prometido, direta ou indiretamente” a qualquer agente do governo para uma finalidade ilícita.

Nos termos do FCPA, uma pessoa tem conhecimento da existência de “grande probabilidade” de que a conduta ilícita ocorrerá poderá ser processada. Ademais, a “negligência consciente”, “cegueira deliberada”, ou “ignorância intencional” (conceitos determinados na jurisprudência estadunidense) de uma pessoa a respeito de conduta repreensível ou circunstâncias suspeitas podem ser utilizadas para corroborar uma violação do FCPA.

6, No. 12, June 12, 2017. Disponível em: <https://www.anti-corruption.com/article/2573>. Acesso em 11 de julho de 2020.

¹⁵⁶ Vide *United States v. MacAllister*, 160 F.3d 1304, 1307 (11th Cir. 1998).

¹⁵⁷ Vide, *e.g.* *United States v. Jeffrey Tessler and Wjciech Chodan*, Cr. No. H-09-098 (S.D. Tex. Filed Feb. 19, 2009) (acusação de dois indivíduos britânicos por formação de organização criminosa para violar o FCPA e auxílio e instigação por serem considerados agentes de interesse nacional que agiam em prol de pagamentos indevidos ainda que não estivessem fisicamente nos EUA).

O DOJ já apresentou denúncia contra empresas estrangeiras por associação criminosa relacionada a violações do FCPA por um interesse doméstico, apesar do fato de que as empresas estrangeiras não participarem de nenhuma ação dentro dos EUA.¹⁵⁸

Um indivíduo ou empresa estrangeira que não realizou nenhuma ação nos EUA também pode estar sujeito ao FCPA no caso do cometimento de crimes razoavelmente previsíveis por um partícipe em prol de uma organização criminosa a qual o réu faz parte¹⁵⁹.

O governo estadunidense também já considerou que mesmo o contato transitório com os EUA (*e.g.*, via transferências bancárias em moeda estadunidense, e-mails em servidores com sede nos EUA, telefonemas ou transações bancárias correspondentes) pode constituir um nexo suficiente local para determinar a aplicação extraterritorial do FCPA sobre entidades e indivíduos por condutas fora dos EUA.¹⁶⁰

De acordo com o FCPA, um Agente do Governo inclui funcionários de todos os níveis do governo - federal, estadual, provincial, municipal e semelhante. A definição de Agente do Governo é ampla e inclui as seguintes categorias: (i) funcionário, gerente ou representante de, ou qualquer pessoa que (a) esteja atuando em caráter oficial por ou em nome de; (b) um governo nacional, uma subdivisão política de tal governo ou uma jurisdição do mesmo; (c) um órgão, conselho, comissão, tribunal ou agência, quer civil ou militar, de qualquer das entidades acima mencionadas, independentemente de sua constituição; (d) uma associação, organização ou empresa de propriedade do governo/controlada pelo governo; ou (e) um partido político (no conjunto, uma “Autoridade Governamental”); (ii) um funcionário que atue nos órgãos legislativo, administrativo ou judicial, quer tenha sido eleito ou nomeado; (iii) um gerente ou indivíduo que ocupe um cargo em um partido político; (iv) um candidato a cargo político; (v) um gerente ou funcionário de uma organização supranacional (*e.g.*, funcionário do Banco Mundial, ONU, Fundo Monetário Internacional, OCDE, CAF);) ou (vi)

¹⁵⁸ Vide, *e.g.* United States v. Marubeni Corp., No. 12-cr-22 (S.D. Tex. Jan. 17, 2012); U.S. v. JGC Corp., No. 11-cr-260 (S.D. Tex. Apr. 6, 2011).

¹⁵⁹ Vide “Pinkerton vs. United States, 328 US 640, 647-48 (1946)”.

¹⁶⁰ Vide SEC v. Straub (Magyar Telekom), 921 F. Supp. 2d 244, 263-265 (S.D.N.Y. 2013) (sustentou que o uso de e-mails roteados por meio de um servidor estadunidense com a intenção de dar continuidade ao alegado esquema de corrupção era o suficiente para que houvesse jurisdição dos EUA, inobstante os réus não estivessem fisicamente nos EUA). Ver também United States v. JGC Corp., No. 11-cr-260, (S.D. Tex. Apr. 6, 2011) (sugerindo que transferências eletrônicas efetuadas por contas bancárias de correspondentes nos EUA em prol de um esquema de corrupção podem ser suficientes para satisfazer o critério de jurisdição territorial).

qualquer outra pessoa pessoalmente ligada ou associada, inclusive por parentesco direto, com quaisquer das categorias acima.

5.2. Regras sobre registros contábeis

As regras sobre registros contábeis exigem que os Emissores registrem e mantenham de forma correta os seus livros e registros e que elaborem e mantenham um sistema adequado de controles contábeis internos. Os registros devem ser precisos de modo a refletir de maneira completa e transparente as transações comerciais e atividades de pagamento, inclusive o propósito e a natureza da transação ou atividade.

O FCPA atribui competência para que o DOJ e a SEC¹⁶¹ possam realizar a persecução de práticas de corrupção ocorridas dentro ou fora dos EUA por empresas que realizam certas atividades nos EUA.

O DOJ possui competência para realizar a persecução criminal de violações do FCPA com relação a “Emissores” e seus diretores, executivos, empregados, agentes e acionistas agindo em nome da empresa. Possui também competência para atuar na esfera criminal e civil com relação a violações às disposições anticorrupção do FCPA relacionadas a “preocupações domésticas” (vide acima).

A SEC é, entre outras coisas, responsável pela persecução civil do FCPA com relação a Emissores e seus diretores, executivos, empregados, agentes e acionistas agindo em nome da empresa. A SEC possui uma divisão especializada em FCPA.

Como mencionado acima, os EUA influenciaram o combate à corrupção global e impulsionaram a elaboração de tratados e convenções internacionais em matéria de combate à corrupção.

Analisaremos, assim, alguns tratados e convenções internacionais sobre a matéria. Como nota introdutória para essa discussão, é importante esclarecer que a internacionalização

¹⁶¹ O DOJ e a SEC também trabalham com diversas outras autoridades/agências na investigação e persecução de violações ao FCPA. O “Federal Bureau of Investigation” (FBI) e o “Departments of Commerce and State” são exemplos de importantes parceiros do DOJ e SEC na persecução de violações ao FCPA.

de convenções internacionais no ordenamento jurídico é medida fundamental para que essas regras sejam consideradas vinculantes no que diz respeito ao tratamento do tema corrupção.

Há, por outro lado, outros atos “como resoluções e decisões emanadas em organizações internacionais, de natureza não obrigatória (“soft law”), cuja combinação acaba estabelecendo princípios orientadores a serem seguidos pelos Estados, acarretando mudanças em seus ordenamentos”¹⁶².

Especificamente em matéria de combate à corrupção na condução de negócios internacionais, o Brasil já ratificou inúmeros tratados que preveem a cooperação internacional nessa área, quais sejam: (i) a Convenção Interamericana contra a Corrupção; (ii) a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transacional (“Convenção de Palermo”); (iii) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (“Convenção de Mérida”)¹⁶³; (iv) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE; (v) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OCDE.

O suborno de funcionários públicos estrangeiros foi um tema inicialmente tratado pelo Grupo de Trabalho da OCDE sobre Suborno em Transações Comerciais Internacionais. A atuação desse Grupo resultou, em 1994, no primeiro acordo multilateral relacionado ao combate do suborno de servidores estrangeiros, que foi firmado em 1997 pelos Estados membros da OCDE, aos quais se somaram outros países como o Brasil, Argentina e Chile, tendo entrado em vigor em 1999. No Brasil, essa convenção foi ratificada em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000.

O principal objetivo dessa convenção é prevenir e combater o delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera de transações comerciais internacionais. De acordo com a OCDE, após a entrada em vigor da Convenção, houve um incremento no número

¹⁶² GRECO. Vicente. GRECO. Vicente. O Combate à Corrupção e Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013). Revista Jurídica - ESMP-SP, V.9, 2016: 15-30. p. 22.

¹⁶³ A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi assinada em 09/12/2003, na cidade de Mérida, no México; aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil pelo Decreto Legislativo 348, de 18/05/2005, e promulgada pelo Decreto Executivo 5687, de 31/01/2006.

de investigações e condenações nos Estados Partes pelo cometimento de atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros.

A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais trata, majoritariamente, da adequação da legislação dos Estados signatários às medidas necessárias à prevenção e combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros no contexto do comércio internacional.

Neste sentido, por meio da Convenção da OCDE, os “Estados Partes” acordaram que, para os fins da convenção, são considerados funcionários públicos estrangeiros qualquer pessoa que ocupe cargo nos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário de um país estrangeiro, independentemente de ser essa pessoa nomeada ou eleita; ou, ainda, qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro. A este rol se somam os funcionários ou representantes de organizações públicas internacionais.

Além de abarcar todos os três Poderes dos Estados signatários, essa convenção considera que na expressão “país estrangeiro” incluem-se todos os níveis e subdivisões de governo, do federal ao municipal.

A convenção da OCDE ainda prevê uma série de medidas que devem ser adotadas pelos países como medidas de combate à corrupção, a saber:

- 1) **CONTABILIDADE:** A Convenção da OCDE prevê regras que dispõem que os países devem possuir regras para vedar o “caixa dois” e “operações inadequadamente explicitadas” ou que visem ocultar atos de corrupção por meio do registro adequado de despesas etc. A Convenção estabelece que cada Estado Parte deve cominar penalidades civis, penais e administrativas pelas omissões e falsificações em livros e registros contábeis, contas e declarações financeiras.
- 2) **LAVAGEM DE DINHEIRO:** A Convenção prevê que o Estado signatário deve criminalizar a corrupção de seus funcionários públicos e também dos funcionários públicos estrangeiros, independentemente do local da ocorrência do fato. No caso de países que possuem um rol de crimes antecedentes ao crime da lavagem de dinheiro, a convenção

requer a inserção do crime de corrupção de funcionário público estrangeiro como crime antecedente, nos mesmos moldes da corrupção ocorrida em território nacional.

3) RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS: A Convenção dispõe e determina a responsabilização das pessoas jurídicas, inclusive pela corrupção de funcionário público estrangeiro. Segundo a convenção o suborno de funcionário público estrangeiro deverá ser reprimido “por meio da cominação de penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas, compatíveis com as penas aplicadas aos delitos de corrupção doméstica”. Quando os ordenamentos jurídicos dos países não permitirem a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas por esse tipo de conduta, como ocorre no Brasil, os Estados Partes deverão assegurar que estas estejam sujeitas a sanções não-criminais, incluindo sanções de natureza pecuniária.

Em 2002, também foi firmada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo.

A Convenção de Palermo foi construída sobre as fundações lançadas pela Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de entorpecentes, de 1988, aumentando as medidas de cooperação nela previstas, bem como ampliando o alcance de cooperação em matéria penal. Referida Convenção entrou em vigor, internacionalmente, em 29 de março de 2003 e, no Brasil, passou a vigorar na data de 12 de março de 2004, por meio do Decreto n.º 5.015/2004.

Importante mencionar que outras convenções e protocolos adicionais, firmados sob a égide da ONU, contemplam a cooperação internacional em matéria penal, tais como: (i) a Convenção para a Repressão aos Atos ilícitos contra a segurança da aviação civil, promulgada pelo Decreto n.º 72.383/1973; (ii) a Convenção sobre a proteção física do material nuclear, promulgada pelo Decreto n.º 95/1991; (iii) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais,

promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 3.678/2000; (iv) a Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas, promulgada pelo Decreto n.º 4.394/2002; (v) o Protocolo facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição e à pornografia infantil, promulgado pelo Decreto n.º 5.007/2004; (vi) a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, promulgada pelo Decreto n.º 5.640/2005; (vii) Convenção Interamericana contra o Terrorismo, promulgada pelo Decreto n.º 5.639/2005; e (viii) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto n.º 5.687/2006, entre outras.

A Organização das Nações Unidas assevera que “todos os Estados e entidades devem cooperar por meio das Nações Unidas ou de qualquer outra forma na prevenção e controle do crime como um elemento indispensável para a promoção da paz e segurança da humanidade (...)”. Para o Brasil, o dever de cooperar internacionalmente é um princípio fundamental que rege a sua atuação nas relações internacionais, como determina do art. 4º, IX, da Constituição Federal de 1988.

6. MONITORES ANTICORRUPÇÃO

Como nota introdutória deste capítulo, vale destacar que não há no Brasil quase nada escrito sobre o assunto dos Monitores. Por este motivo, este capítulo foi elaborado utilizando-se da literatura estrangeira, normas e documentos estrangeiros sobre o tema, em particular dos EUA, e informações obtidas por meio de entrevistas¹⁶⁴ realizadas com Monitores e autoridades públicas sobre as suas experiências e percepções como partes envolvidas em acordos prevendo a monitoria.

6.1. Origem e definição

O instituto do Monitor, nos moldes aqui discutidos, foi e é difundido pelos EUA como parte da sua política de combate à corrupção transnacional. A utilização deste mecanismo por autoridades governamentais cresceu nos últimos 10 anos, em particular nos EUA e no Reino Unido¹⁶⁵, mas foi objeto de críticas e retração pela atual administração estadunidense por conta dos altos custos e disrupção que a adoção desta ferramenta causa na empresa monitorada¹⁶⁶.

Apesar de o uso de Monitores ter sido, até o momento, restrito a casos de corrupção no Brasil, o uso de Monitores nos EUA ocorre em uma gama ampla de casos, incluindo litígios criminais, civis e administrativos de diferentes naturezas. Nos casos cíveis, o Monitoramento decorre de acordos negociados entre as partes de uma disputa e, na maioria dos casos, com a aprovação e supervisão do Poder Judiciário. Ademais, Monitores também são previstos como

¹⁶⁴ Entrevistamos membros ou ex-membros do MPF, a AGU, CADE, monitores e profissionais que trabalharam em casos envolvendo monitoramento. Como informado, esses profissionais pediram para não serem identificados.

¹⁶⁵ O uso de Monitores se acentuou na Inglaterra após a entrada em vigor da nova legislação de combate à corrupção no Reino Unido, em 2013.

¹⁶⁶ Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/insider/2018/10/15/rethinking-corporate-Monitors-doj-tells-companies-to-mind-their-own-business/#4c17b7745b41>. Acesso em 11 de julho de 2020.

parte de acordos entre empresas e agências governamentais ou órgãos internacionais, como o Banco Mundial¹⁶⁷.

Por ser um instituto pouco difundido no Brasil e bastante controverso pelo mundo, parece-nos importante conceituar o que é um Monitor. As considerações abaixo levam em conta a forma como o monitoramento ocorre na prática à luz de investigações de corrupção transnacional, o que determinou a forma como os monitoramentos foram implementados no Brasil nos casos analisados neste trabalho.

É de se destacar, mais uma vez, que não há legislação específica sobre a questão no Brasil a regular o processo de utilização, seleção, nomeação e atuação do Monitor, o que é, inclusive, uma crítica nossa relacionada à tese aqui defendida.

Em sua concepção tradicional, o Monitor é um especialista em temas de conformidade anticorrupção que, após a indicação da empresa e concordância das autoridades, é nomeado para monitorar, de forma independente, uma empresa para que ele ateste o cumprimento das obrigações assumidas no âmbito do acordo firmado em um processo de corrupção. Há controvérsia sobre a matéria, mas discutiremos também a possibilidade e conveniência de um Monitor ser imposto de forma unilateral pela autoridade pública¹⁶⁸.

Essas obrigações incluem, em regra, o dever de sugerir correções às falhas que levaram a empresa a cometer o ilícito e que a empresa adote medidas para que as práticas não se repitam futuramente, o que ocorre por meio de recomendações de aprimoramento do programa de integridade e controles internos da empresa.

Nada obstante, de um ponto de vista corporativo, a responsabilidade de elaborar e implementar um programa de conformidade e controles internos segue sendo da empresa monitorada, cabendo ao Monitor comentar, avaliar e fornecer recomendações sobre o tema.

Em outras palavras, o Monitor não atua como o “Diretor de Conformidade” da empresa ou como um assessor externo que é contratado para desenvolver um programa de

¹⁶⁷World Bank Sanctions Procs. § 9.03 (15 de abril de 2012). Disponível em: http://siteresources.worldbank.org/EXTOFFEVASUS/Resources/WBGSanctions_Procedures_April2012_Final.pdf. Acesso em 11 de julho de 2020.

¹⁶⁸ A título de exemplo, o “ABA Standards for Monitors”, da “American Bar Association”, prevê a possibilidade de que Monitores sejam impostos de forma unilateral (e não como parte de um acordo).

conformidade conforme os anseios da empresa. Deverá, contudo, atestar se os compromissos de aprimoramento do programa de conformidade e controles internos foram realizados conforme previsto em decisão governamental ou no acordo firmado com as autoridades públicas.

Segundo o “ABA¹⁶⁹ Standards for Monitors”, elaborado pela “American Bar Association”, Monitor se define como a pessoa ou entidade que (i) é contratado pela empresa monitorada nos termos de uma decisão judicial ou por um acordo e carta de contratação; (ii) cuja atuação deve ser independente do governo e da empresa monitorada; (iii) que a seleção é aprovada pela autoridade pública ou por decisão judicial; (iv) cujas responsabilidades e autoridades são estabelecidas por uma decisão judicial ou nos termos de um acordo e carta de contratação.

A nomeação do Monitor ocorre para que as seguintes duas funções precípua sejam atingidas. Primeiro, implementar ou fortalecer o programa de conformidade¹⁷⁰ e controles internos da empresa monitorada para evitar que as práticas identificadas ocorram novamente. Segundo, atestar, perante as autoridades governamentais, que a empresa está cumprindo suas obrigações e que está conduzindo os seus negócios em conformidade com a legislação aplicável.

Para tanto, cabe ao Monitor avaliar e, quando necessário, propor aprimoramentos nos controles internos e nos programas de conformidade da empresa. Ou seja, caso uma empresa deseje indicar voluntariamente um especialista para “monitorar” as suas práticas da forma como desejar, ou se submeter voluntariamente a uma auditoria externa, não estaremos falando do mesmo tipo de monitoramento a que esta tese se refere, pois faltam os elementos de independência de modo a evitar qualquer ingerência da empresa em relação às análises, bem como as obrigações de reporte ao governo e definição do escopo dos trabalhos por uma autoridade pública.

¹⁶⁹ ABA significa “American Bar Association”.

¹⁷⁰ “De modo mais geral, pode-se entender o ‘compliance’ não apenas como observância de comandos legais e regulatórios, mas também com o cumprimento de outras exigências, tais como normas éticas, padrões de conduta fixados no selo das organizações e expectativas do ‘stakeholders’” (CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 54).

O Monitor pode ser caracterizado como um profissional investido de poderes para levar as posições da autoridade de combate à corrupção para dentro da empresa e trazer o Estado à realidade da empresa. É uma expressão da situação na qual uma empresa precisa recuperar a sua integridade, mas as autoridades públicas entendem que ela não conseguirá fazer isso sozinha. Discutiremos esse ponto mais adiante, mas os receios de que a empresa volte a se envolver corrupção pode fazer com que o “mercado” (*i.e.*, investidores, acionistas, clientes, etc.) também percam a confiança na empresa, de modo que a imposição de um Monitor pode auxiliar a empresa a recuperar a sua credibilidade. Isso, como se pode notar, é fundamental para que a empresa siga apta a seguir operando no mercado e, assim, atinja a sua função social.

Há, assim, algo que é raro no Brasil, que é a possibilidade de que um particular (*i.e.*, o Monitor) exerça um papel de liderança na defesa de um interesse público junto a um particular. Por este motivo, a presença do Monitor pode ser vista não apenas como uma obrigação, mas também e, principalmente, como uma garantia de que obrigações impostas a uma empresa serão cumpridas.

Dada a complexidade, volume e responsabilidade do trabalho do Monitor, a imposição deste mecanismo é uma das formas mais intrusivas e custosas¹⁷¹ para se combater a corrupção no ambiente empresarial¹⁷². Vale lembrar, ainda, que a imposição de Monitores costuma ocorrer em adição à imposição de multas que, em determinados casos, podem chegar a valores astronômicos, inclusive na casa dos bilhões¹⁷³.

¹⁷¹ A despeito do custo final do monitoramento ser impactado por uma série de fatores, como o escopo, duração, complexidade e o mercado e indústria de atuação da empresa monitorada, o custo de um monitoramento pode ser muito alto (milhões de dólares), apesar de muito inferior às potenciais multas que poderiam ser aplicadas caso um acordo prevendo o monitoramento não fosse celebrado (Vide Jason T. Wright, *The Corporate Compliance Monitor’s Role in Regulatory Settlement Agreements*, SRR (Spring 2014), www.srr.com/article/corporate-compliance-monitors-role-regulatory-settlement-agreements (‘More often than not, however, this cost is far less than what the company would otherwise pay in fines, possible debarment, or legal fees in defending an enforcement action through trial.’); Patricia M. Sulzbach, *Independent Corporate Monitors: A Company’s Friend or Foe?*, ABA White Collar Crime Comm. Newsletter (18 de abril de 2013). Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/12/12/bilfinger-dpa.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

¹⁷² David A. Ring and Matthew Cvercko, *The Compliance Monitor Dilemma*, New York Law Journal (April 3, 2017). Disponível em: <https://www.law.com/newyorklawjournal/almID/1202782627850/>. Acesso em 11 de julho de 2020.

¹⁷³ Vide, por exemplo, as multas impostas à Odebrecht superiores a US\$ 2,5 bilhões de forma cumulativa com a imposição do monitoramento. Como parte do acordo, a Odebrecht confessou a prática e concordou em pagar a

Por outro lado, e como adiantado acima, esta é uma obrigação que pode também gerar benefícios secundários à empresa monitorada. Além da necessidade de ter o Monitor como alguém que reporta para as autoridades o cumprimento de obrigações e auxilia no aprimoramento do programa de conformidade e de controles internos da empresa, ter um Monitor é um elemento que atribui maior segurança para investidores que desejam investir em uma empresa que uma vez esteve envolvida em corrupção.

A razão para isso é que, no geral, empresas sob monitoramento costumam representar um risco atual reduzido de se envolverem em corrupção, pois estão sendo constantemente supervisionadas de forma independente.

Com efeito, no caso de empresas que se envolveram de forma profunda em corrupção, a crise de credibilidade é um dos principais prejuízos existentes após a conclusão do caso. Por este motivo, “aceitar” um Monitor como parte de um acordo é, ao mesmo tempo, um ônus e um bônus. Pode, inclusive, ajudar a reduzir os impactos causados pela crise de reputação e tornar uma empresa não íntegra particularmente segura de ser investir em ambientes de corrupção disseminada e sistêmica. Além disso, funcionários de todos os níveis que desejam trabalhar de forma íntegra se sentem mais protegidos quando há um Monitor avaliando a atuação do dia-a-dia da empresa.

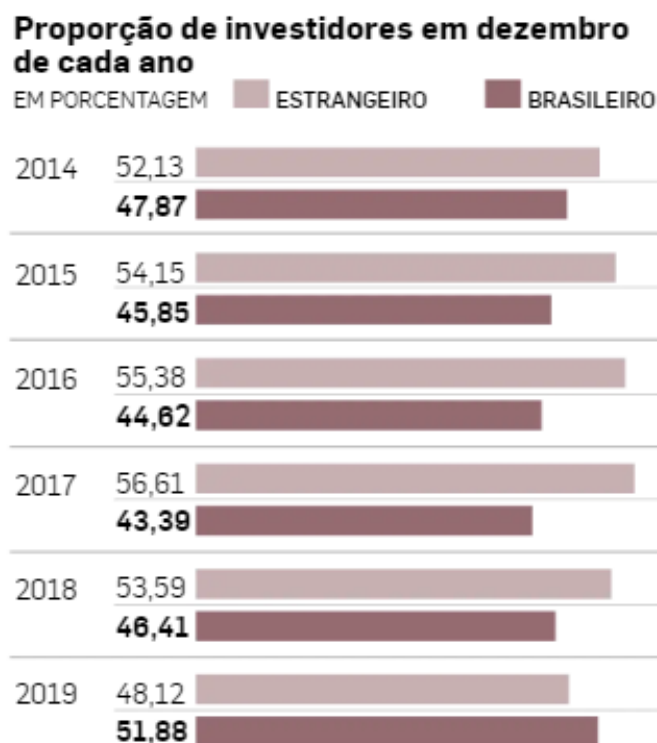
Isso é particularmente relevante no Brasil e em outros países que dependem de capital externo para se capitalizarem, pois investidores estrangeiros são particularmente cuidadosos ao investirem em empresas em países nos quais há alto grau de corrupção e há alta dependência de capital externo no Brasil.

A captação desse investimento estrangeiro pode se dar, por exemplo, por meio do investimento direto de investidores estrangeiros nas bolsas de valores locais ou por meio da emissão de títulos por empresas locais em mercados estrangeiros. Empresas como a Vale do Rio Doce, o Banco Itaú Unibanco, a Petrobras, a Ambev S.A., a Companhia Siderúrgica Nacional, a Eletrobrás e várias outras possuem papéis (“American Depositary Receipt”) negociados nos EUA.

multa criminal no valor de US\$ 4,5 bilhões (no mínimo US\$ 2,6 bilhões), sendo o valor acordado sujeito à comprovação da capacidade financeira da empresa de pagar a dívida

Os gráficos abaixo ilustram bem a relevância do investimento estrangeiro na Bolsa de Valores de São Paulo (B3).

Figura 2 – Dados sobre investimento estrangeiro no Brasil



Fonte: Jornal o Estado de São Paulo¹⁷⁴.

O ponto é, portanto, que investidores estrangeiros são mais voláteis e tendem a retirar os investimentos em empresas estrangeiras envolvidas em corrupção e só retornar quando se sentirem seguros de que a empresa passou a operar de forma íntegra¹⁷⁵. A existência de um Monitor, em muitos casos, atribui essa maior segurança exigida por investidores estrangeiros.

6.2. Escopo do monitoramento

Considerando que o pagamento de propina e a participação em esquemas de corrupção

¹⁷⁴ Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pela-1-vez-desde-2014-ha-mais-dinheiro-brasileiro-do-que-estrangeiro-na-bolsa,70003184221>.

¹⁷⁵ Vide, por exemplo, a situação da Petrobras pós Lava-Jato. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/mercados/noticia/2014/12/acoes-da-petrobras-tem-queda-de-37-no-ano.html>.

depende do envolvimento de diversas setores de uma empresa, o Monitor costuma possuir um mandato amplo para analisar e interferir em todas as áreas de risco relacionadas, direta ou indiretamente, com a prática ilícita identificada, nos termos da decisão ou acordo que impôs o monitoramento.

Assim, e dentro do escopo do seu trabalho, o Monitor deve ter amplo acesso a todos os ambientes empresariais necessários para avaliar as atividades da empresa, incluindo suas práticas financeiras e de contabilidade, de contratação e seu relacionamento com terceiros, sejam esses terceiros entidades privadas ou públicas.

Além disso, o Monitor analisa contratos, estudos e outros documentos, realiza entrevistas com executivos e funcionários da empresa, parceiros de negócios e outros indivíduos ou entidades relevantes e visita (de forma anunciada e não anunciada) escritórios, fábricas etc. da empresa monitorada.

Em regra, o Monitor pode tirar cópia de documentos, realizar entrevistas, tirar fotos de “coisas” relevantes, etc.¹⁷⁶. É possível, e legítimo, que a empresa monitorada tenha os seus próprios advogados assessorando no processo de monitoria, especificamente nas interações com o Monitor. Isso é feito, por exemplo, para que a empresa possa identificar preocupações específicas do Monitor e apoiar na correção de eventuais falhas existentes.

Não cabe ao Monitor, contudo, e ao menos prioritariamente, fazer uma ampla investigação interna¹⁷⁷ para identificar quaisquer práticas de corrupção, sem prejuízo que tenha que analisar e dar um encaminhamento adequado para eventuais práticas que venham a ser identificadas durante o monitoramento¹⁷⁸. Neste particular, há um aspecto de fidúcia no seu trabalho.

¹⁷⁶ Surge, então, o questionamento sobre quais informações e documentos a empresa poderia deixar de fornecer e se o Monitor poderia proibir a participação de advogados durante suas inspeções e entrevistas. Como não há regulamentação específica sobre o tema no Brasil, vale informar que o “ABA Standards” e o “UK Code” sugerem que a empresa pode não apresentar materiais protegidos pelo sigilo advogado-cliente ou outros documentos cuja divulgação implique a violação da legislação aplicável. ABA Standards for Monitors § 24-4.2(1)(a)–(2)(a) e See Section 7.14 of the Code.

¹⁷⁷ É possível, contudo, que um acordo específico que impôs o monitoramento também atribua ao Monitor realizar uma investigação interna.

¹⁷⁸ É importante esclarecer que uma investigação interna é uma tarefa que pode ser necessária no âmbito de uma empresa que está sendo monitorada, mas isso não se trata de forma ordinária do que é a essência do trabalho do Monitor. Investigação interna, no sentido empregado, diz respeito ao procedimento de coleta, processamento e

Nessa esteira, o Monitor atua dentro da pessoa jurídica, pago pela própria empresa, mas se reporta de forma independente às autoridades que especificamente participaram do acordo¹⁷⁹ com vistas a atestar que nenhuma prática de corrupção relacionada ao acordo está sendo levada a efeito por quaisquer dos funcionários da entidade monitorada, bem como que medidas de conformidade anticorrupção e controles internos estão sendo devidamente implementadas.

Deve, contudo, interagir com os órgãos de governança corporativa como parte do seu trabalho, incluindo por meio da participação em reuniões do Conselho de Administração e das Diretorias. Pode, neste sentido, ser um importante intermediário quando houver discussões entre o Departamento de Conformidade e outros órgãos da empresa.

Espera-se, também, que o Monitor respeite os advogados da empresa e não os trate como partes adversas, agindo sempre de forma profissional, leal, transparente e respeitosa com os advogados e que tratamento recíproco seja dado ao Monitor. Isso, obviamente, sem que nenhuma das obrigações profissionais do Monitor ou dos advogados sejam descumpridas, inclusive em relação à confidencialidade.

Se, por exemplo, os advogados estiverem atrapalhando a monitoria¹⁸⁰, o Monitor deve poder tomar as medidas necessárias e adequadas para que consiga desenvolver o seu trabalho, inclusive proibindo que eles acompanhem determinadas atividades do Monitor.

Por outro lado, o Monitor não deve, sem justificativa, ocultar informações, agir de forma desleal ou restringir que os advogados assessorem os seus clientes. O ponto é que se espera razoabilidade de todas as partes envolvidas.

Como parte deste trabalho, o Monitor avalia a empresa para identificar os problemas e se há espaço para aprimoramento ou implementação de novos procedimentos para tornar a

análise de informações e documentos por meio da análise documental, entrevistas, testes de transações e outros procedimentos com vistas a obter informações sobre determinada prática.

¹⁷⁹ Ou seja, o Monitor não reporta ao governo de um país como um todo, mas apenas à autoridade ou às autoridades indicadas no acordo relacionado com a sua nomeação. Ou seja, caso o Monitor tenha sido imposto por uma corte federal estadunidense, o Monitor irá reportar apenas a esta autoridade, e não ao DOJ.

¹⁸⁰ Por exemplo, evitando que o Monitor entreviste determinados funcionários ou acesse determinados documentos relevantes não privilegiados ou criando estratégias para retardar o trabalho do Monitor e fomentando a não cooperação.

empresa mais íntegra e menos suscetível a participar de futuros esquemas de corrupção.

Em outras palavras, o Monitor vai além de certificar que a empresa não está fazendo nada errado; deve, sem se subordinar à empresa ou ao governo, atuar para que ela adote as melhores soluções disponíveis para que as práticas não ocorram novamente. A partir disso, o Monitor elabora um “plano de trabalho” que será o guia utilizado para a implementação do monitoramento.

O “plano de trabalho” do Monitor deve ser discutido com a empresa e com o governo antes do início do monitoramento para que as expectativas, procedimentos e objetivos estejam alinhados entre os envolvidos. Este plano deve detalhar qual será a função do Monitor e quais serão os objetivos do monitoramento, quais políticas, procedimentos e outros documentos e informações serão avaliados e quais indivíduos da empresa serão entrevistados¹⁸¹.

Tudo isso deve ser feito levando em conta o cronograma do monitoramento. Outras questões, como custos estimados e forma de reporte, costumam estar incluídas e são relevantes nesta discussão.

Note-se, contudo, que a própria natureza e duração do monitoramento exige que ajustes sejam feitos ao longo do processo de monitoramento de modo a alcançar os objetivos pretendidos o que, em alguns casos, poderá exigir que sejam realizadas discussões adicionais e periódicas com a autoridade que participou do acordo ou que emitiu a decisão e a empresa monitorada.

Pelos motivos indicados acima, o Monitor deve compreender o modelo de negócio da empresa monitorada. A partir dessa compreensão é que se pode avaliar adequadamente os mecanismos que estão sendo criados e efetuar as recomendações cabíveis. O produto final do trabalho do Monitor deve conter recomendações ou atestar que o programa de controles internos e conformidade é robusto e capaz de efetivamente impedir que as violações

¹⁸¹ A realização de entrevistas deve seguir regras específicas de modo a não violar direitos dos funcionários, direito à privacidade e direito de participar de entrevistas acompanhado de um advogado. Para evitar questionamentos por parte da autoridade, é importante que o acordo preveja que a autoridade não considerará o monitoramento “incompleto” quando a habilidade de coletar determinadas informações esbarra em limitações legais.

identificadas voltem a ocorrer, bem como que as obrigações assumidas com o governo foram devidamente cumpridas.

Com efeito, os relatórios do Monitor são, em última análise, reflexos da sua percepção individual e podem estar desalinhados com as visões da empresa ou com as percepções do governo. O relatório deve ser claro, preciso e objetivo. Deve conter análises completas, detalhadas e atuais, assim como recomendações adequadas e razoáveis. Todas as ponderações devem levar em conta o custo benefício de cada medida de modo a não permitir que falhas importantes não sejam corrigidas, mas sem desconsiderar os custos e a real necessidade de cada recomendação.

Caso a empresa ou o governo não concordem com a opinião do Monitor, eles podem discutir o tema com o próprio Monitor, mas a independência do Monitor permite que ele tenha a última palavra sobre qual será a conclusão do seu relatório. Isso não significa, contudo, que a autoridade pública e a empresa podem, de forma acordada, substituir o Monitor.

Deve estar claro, assim, que o Monitor não trabalha para a empresa monitorada ou para as autoridades, mas é um terceiro independente com um mandato específico e independência funcional com obrigação de reporte para à autoridade que participou do acordo ou decisão que impôs o monitoramento.

Custos substanciais para cumprir com as recomendações do Monitor podem, por exemplo, justificar a não concordância da empresa com as recomendações oferecidas¹⁸² desde que isso esteja previsto no acordo ou decisão que impôs o monitoramento. Vale reiterar, contudo, que obrigações injustificadas e recomendações caprichosas ou arbitrárias podem e devem ser questionadas pela empresa e pela autoridade pública.

A autoridade pública deve, assim, ter clareza que o Monitoramento não visa penalizar¹⁸³, mas sim garantir o cumprimento das obrigações de modo a permitir que a empresa siga operando. O insucesso do monitoramento é o insucesso do acordo e, portanto, representa um fracasso compartilhado entre a empresa, a autoridade e o Monitor. Por outro

¹⁸² Neste caso, a empresa deverá justificar sua discordância e demonstrar formas alternativas e igualmente eficientes para alcançar os mesmos resultados com custos menores.

¹⁸³ A penalização se dá por meio da imposição de multas e outras obrigações.

lado, o sucesso do monitoramento tende a gerar uma empresa com um programa de conformidade mais estruturada e apta a atuar de forma mais íntegra.

6.3. Qualificações do monitor

As características exigidas do Monitor para cada monitoramento variam de caso para caso mas, em linhas gerais, pode se dizer que o Monitor deve ser selecionado com base na sua capacidade efetiva de atender os objetivos específicos da monitoria¹⁸⁴. Como estes objetivos podem alterar ao longo da monitoria, é possível que um Monitor seja apto em parte da monitoria, mas não ao longo de todo o seu desenvolvimento.

Com efeito, não é preciso ser advogado para ser um Monitor. Especialistas em conformidade com outras formações e com conhecimentos técnicos podem exercer essa função. Nada obstante, a maioria dos Monitores, no Brasil e fora, é composta de advogados¹⁸⁵. Nos casos citados da Embraer, Odebrecht, Braskem, Rodonorte e J&F, os Monitores no Brasil e no exterior são todos advogados. A lista completa de Monitores ativos em casos de FCPA perante o DOJ indica esta tendência¹⁸⁶, bem como denota um esforço para aumentar a transparência com relação a quais profissionais estão atuando nesta capacidade.

Por outro lado, não basta ser advogado para estar apto a ser um Monitor. Conhecimentos específicos em temas de conformidade, anticorrupção, governança corporativa, bem como no mercado específico de atuação da empresa monitorada costumam

¹⁸⁴ Veja, sobre o tema, “Morford Memorandum”, nota 11, p. 3.

¹⁸⁵ No caso dos EUA, muitos deles são advogados que foram funcionários do DOJ. Vide Alison Frankel, DOJ Should End Secret Selection Process for Corporate Watchdogs, Reuters Blog (14 de julho de 2014). Disponível em: <http://blogs.reuters.com/alison-frankel/2014/07/14/doj-should-end-secret-selection-process-for-corporate-watchdogs/>. Acesso em 11 de julho de 2020; Steven Davidoff Solomon, In Corporate Monitor, a Well-Paying Job But Unknown Results, The NY Times: Dealbook (15 de abril de 2014). Disponível em: http://dealbook.nytimes.com/2014/04/15/in-corporate-Monitor-a-well-paying-job-but-unknown-results/?_r=0. Acesso em 11 de julho de 2020.

¹⁸⁶ Nota-se que a consulta dos currículos de alguns desses profissionais indica que alguns não são advogados (e.g., Frances McLeod, Monitor da IAV GmbH). Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/strategy-policy-and-training-unit/Monitorships>. Acesso em 02 de junho de 2019.

ser os elementos que mais pesam na avaliação da aptidão de um profissional para atuar como Monitor.

É preciso, contudo, reiterar um ponto importante: o Monitor não é advogado da empresa monitorada em nenhum aspecto. Não deve protegê-la do governo, ser parcial ou ter expectativa de que os seus relatórios serão considerados como protegidos pelo sigilo cliente-advogado.

Por outro lado, não é um “agente inquisitorial” que deve partir do pressuposto que a empresa monitorada é a “parte contrária” de um processo. Ou seja, o Monitor deve, como falamos, agir como um profissional independente, isento, neutro, ético e técnico que avalia situações, sugere melhorias e reporta suas conclusões de forma precisa, imparcial e razoável.

Interessante notar que, em regra, não há definição sobre quem será o Monitor quando o acordo é celebrado, mas apenas que haverá um Monitor e o processo de indicação e aprovação que deverá ser observado. Também é comum que a remoção do Monitor só possa ocorrer quando houver aprovação do governo. Por isso, é possível que a empresa possa ter que conviver com um Monitor que passe a não desejar caso surjam atritos ao longo do processo de monitoria entre a empresa e o Monitor.

Trata-se, portanto, de uma posição de grande responsabilidade e que exige qualificações pessoais e profissionais específicas. O problema atual, contudo, é que no Brasil a existência dessas qualidades e virtudes depende, integralmente, de características pessoais do Monitor, pois não existe um protocolo sobre como deve ser a sua atuação¹⁸⁷.

Do ponto de vista pessoal (ou subjetivo), o Monitor precisa ser alguém que tenha ética profissional e consiga disseminar isso no ambiente empresarial. Ou seja, precisa ser alguém que aplique a ética empresarial em sua acepção ampla¹⁸⁸ e que atue levando em conta a função social da empresa.

¹⁸⁷ Nos EUA, por exemplo, existe uma série de documentos que apresentam princípios a serem seguidos pelos Monitores, como analisados mais adiante neste capítulo.

¹⁸⁸ Nas palavras do Professor Newton De Lucca, a ética empresarial exige que a empresa não se restrinja a agir de acordo com os princípios morais prevalentes. A empresa deve “agir em prol do bem-estar de toda a coletividade no âmbito da qual essa atividade empresarial se insere” (DE LUCCA. Newton. Da Ética Geral à Ética Empresarial, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 389).

Do ponto de vista técnico (ou objetivo), precisa ser alguém com conhecimentos sofisticados sobre as áreas críticas da entidade monitora, incluindo conhecimentos sobre finanças, formas de contratação e de interação com clientes, fornecedores e autoridades, conhecimento de legislação e o que mais for necessário para o bom desempenho da função.

Cabe ao Monitor, por exemplo, monitorar indivíduos que confessaram praticar corrupção, mas que seguem na empresa¹⁸⁹, e também analisar sobre quem precisa ser imediatamente afastado da empresa ou de determinada área de atuação.¹⁹⁰ Além disso, a habilidade para mediar conflitos e navegar entre os diversos departamentos de uma empresa monitorada é fundamental.

Todas essas características são imprescindíveis para que o Monitor consiga o respeito e a cooperação da empresa monitorada, o que é determinante para que o monitoramento seja desenvolvido de forma bem-sucedida. Há, assim, importância na reputação do profissional que será Monitor¹⁹¹. Há quem diga, inclusive, que sem cooperação da empresa o monitoramento não é possível, de modo que a sua imposição unilateral seria, além de vedado pela legislação pátria, sem utilidade¹⁹².

Sobre o tema, o DOJ e a SEC afirmam que os monitoramentos mais bem-sucedidos são aqueles nos quais a empresa aceita com entusiasmo o monitor e, caso a empresa adote com seriedade as recomendações do Monitor, a empresa pode sair fortalecida do monitoramento, com um programa de conformidade e controles internos que serão eficazes no longo prazo¹⁹³.

¹⁸⁹ Isso é particularmente relevante no Brasil, onde há uma predominância de empresas familiares que mantêm o controle da empresa e cargos mesmo após a conclusão de investigações de corrupção.

¹⁹⁰ No caso da Odebrecht, por exemplo, mais de um terço dos executivos que fecharam acordo de leniência seguiram na empresa.

¹⁹¹ VERÍSSIMO. Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo, SaraivaJur, 2018. P. 339.

¹⁹² Esse comentário foi feito por dois profissionais entrevistados pelo autor, um deles do MPF e outro da Advocacia-Geral da União (“AGU”). Como informado, esses profissionais pediram para não serem identificados.

¹⁹³ Vide Criminal Division of the U.S. Department of Justice and The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices Act. p.74. 2020.

É aceitável, contudo, que o Monitor¹⁹⁴ se utilize de apoio de outros profissionais para desenvolver suas funções, como empresas de investigação forense para mapear e rastrear operações financeiras, e inclua terceiros como parte do time de monitoramento.

6.4. Duração

A duração do monitoramento pode variar bastante (inclusive no número de anos), e dependerá de uma série de fatores relacionados à violação ocorrida, como a gravidade da conduta, sua forma e duração, a participação ou cumplicidade da alta administração da empresa, o histórico da empresa, o nível do programa de conformidade existente, etc.

Em muitos casos, sua duração pode ser estendida caso os objetivos não sejam atingidos no prazo inicialmente estabelecido. Por outro lado, o monitoramento pode, em regra, ser encerrado antes se o oposto ocorrer.

A título de exemplo, os prazos originais de monitoramento nos casos da Embraer, Braskem e Odebrecht foram inicialmente estipulados em três anos pelas autoridades estadunidenses. Já no Brasil, o monitoramento estipulado foi de dois anos. O monitoramento da Braskem, ao menos nos termos do acordo firmado com o MPF, já foi encerrado¹⁹⁵, mas o

¹⁹⁴ O Monitor pode ser um profissional, uma entidade, uma empresa. Nada obstante, em todos os casos envolvendo o Brasil temos um profissional específico responsável e considerado como o Monitor de forma individual.

¹⁹⁵ “A matéria indica que “a companhia permanece no aguardo da certificação de efetividade do programa de conformidade da Braskem também pelo Departamento de Justiça dos EUA e pela SEC, o órgão regulador do mercado de capitais americano”. “MPF reconhece avanços da Braskem e põe fim a Monitoria”. Disponível em: <https://www.braskem.com.br/detalhe-noticia/mpf-reconhece-avancos-da-braskem-e-poe-fim-a-Monitoria>. Acesso em 11 de julho de 2020.

da Odebrecht ainda não¹⁹⁶. Já o da Rodonorte, iniciado em 2019, terá duração de trinta e dois meses¹⁹⁷.

Para que o Monitor possa realizar o seu trabalho, ele espera que a empresa atue de forma cooperativa, transparente e em conformidade com a lei em todos os aspectos. É esperado, também, que as suas solicitações sejam atendidas de forma rápida e completa e que lhe seja dado amplo acesso a tudo o que for necessário para a realização do monitoramento, salvo o que for protegido pelo sigilo advogado-cliente.

É preciso esclarecer, neste particular, que o sigilo advogado-cliente se refere a documentos e comunicações entre a empresa e seus advogados no contexto da prestação de serviços jurídicos, e não a comunicações envolvendo o Monitor e a empresa.

6.5. Termos do monitoramento

Os termos de um acordo que impõe o monitoramento podem variar, a depender de quem está envolvido em sua celebração e, em particular, das especificidades do caso. Muitos desses acordos são confidenciais e a obtenção de informações é difícil e, muitas vezes, inexistente.

De todo modo, e com base nas entrevistas realizadas¹⁹⁸ e acordos analisados, existem algumas cláusulas que costumam estar presentes nesses acordos, quais sejam:

- 1) Cronograma de trabalho e condições para o encerramento prematuro do monitoramento ou sua extensão;

¹⁹⁶ Segundo reportagem do Jornal O Globo, a Odebrecht deixou de pagar os Monitores em junho de 2019, quando apresentou pedido de recuperação judicial. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/02/04/eua-do-prazo-de-9-meses-para-odebrecht-cumprir-acordo-e-pagar-Monitores.ghtml>. Acesso em 11 de julho de 2020.

¹⁹⁷ Para fornecer alguns parâmetros em casos envolvendo autoridades estadunidenses, no caso do monitoramento da empresa alemã Siemens, o monitoramento foi de 4 (quatro anos). Já no caso do monitoramento da Avon, o monitoramento ocorreu por 18 meses.

¹⁹⁸ Conforme informado, realizamos entrevistas com membros do MPF, advogados de anticorrupção do Brasil e dos EUA e com Monitores.

- 2) Cláusulas sobre a forma de remuneração do Monitor;
- 3) Cláusulas sobre quais empresas estarão sob o monitoramento (*e.g.*, apenas determinada divisão de negócios de um grupo sob monitoramento);
- 4) Cláusulas com obrigações específicas da empresa monitorada como, por exemplo, realizar treinamentos¹⁹⁹, exigir a assinatura dos seus funcionários e executivos de que estão cientes das obrigações de conformidade, aperfeiçoar suas políticas e procedimentos de conformidade, etc.;
- 5) Cláusulas obrigando que a empresa cesse por completo as práticas sob investigação, não se envolva em outras violações relacionadas às práticas identificadas e reporte qualquer descumprimento com relação ao tema;
- 6) Cláusulas sobre a forma do reporte do Monitor à autoridade pública e sua periodicidade;
- 7) Cláusulas sobre as qualificações exigidas do Monitor;
- 8) Cláusulas sobre o escopo do monitoramento (*i.e.*, o que será analisado), custos estimados, poderes do Monitor (*e.g.*, realizar entrevistas de funcionários) e como deve ser sua atuação (*i.e.*, aspectos de profissionalismo, ética e qualidade esperados);
- 9) Cláusulas sobre outros especialistas que poderão ou deverão apoiar o Monitor em temas específicos (*i.e.*, auditores, especialistas, escritórios de advocacia etc.);

¹⁹⁹ Com a definição de quais membros da empresa serão treinados. Em regra, as autoridades buscam treinar um grupo amplo de funcionários, incluindo (i) a alta administração (CEOs, VPs, Diretores etc.); (ii) comercial; (iii) Pesquisa e Desenvolvimento; (iv) departamento financeiro; (v) departamento de logística; (vi) área de compras; (vii) departamento de marketing; (viii) departamento jurídico; (ix) departamento de compliance; (x) novos funcionários.

- 10) Cláusula permitindo que a empresa restabeleça suas operações mediante o cumprimento de determinadas obrigações e previsão de prosseguimento da investigação e sanções em caso de descumprimento do acordo;
- 11) Cláusulas sobre o tipo de tratamento que deverá ser dado aos relatórios produzidos em termos de confidencialidade, utilização e destinatários,
- 12) Cláusula sobre os resultados esperados do monitoramento e, em particular, sobre a obrigação de aperfeiçoamento das políticas e procedimentos de conformidade;
- 13) Cláusulas para resolver conflitos entre o Monitor e empresa ou entre o Monitor e governo;
- 14) Cláusulas sobre a substituição ou remoção de um Monitor.

6.6. Adequação da sua utilização

A despeito de a presença de um Monitor corporativo ter o potencial de ajudar a mudar a cultura da empresa e a forma como os seus controles internos e sistema de conformidade funcionam, essa não pode ser a única justificativa para a sua utilização. Em outras palavras, a sua imposição, quando decorrente de uma investigação governamental, precisa ocorrer em estrita observância às regras e princípios legais locais.

Com efeito, a decisão de exigir um Monitor traz consigo mensagem muito dura para a empresa: as autoridades não confiam no programa de conformidade e nos controles internos

existentes²⁰⁰ e tampouco consideram que as práticas de corrupção cessariam sem o apoio externo de um Monitor.

O monitoramento é necessário, pois um acordo apenas com compromissos por parte da empresa no sentido de reestruturar o seu programa de conformidade e controles internos não é considerado suficiente, pois a empresa carece de credibilidade ou habilidade para fazer o que precisa ser feito sem um apoio independente e externo.

Por esse motivo, investimentos preventivos efetivos em conformidade são fundamentais para evitar que práticas de corrupção ocorram e que, caso identificadas, a despeito dos melhores esforços, a empresa esteja apta a remediar adequadamente a situação de modo que o monitoramento não seria necessário.

Um ponto importante é que, em regra, a imposição de um Monitor é vista mais como uma necessidade do que como uma sanção ou penalidade²⁰¹.

Ou seja, a adequação de um Monitor leva em conta a estrutura de conformidade e controles internos atual da empresa, e não da época das violações. Essa questão é particularmente relevante no Brasil tendo em vista o anacronismo da justiça brasileira, na qual processos são, em muitos casos, julgados após vários anos da ocorrência das violações.

6.7. Monitoramento duplo e monitoramento conjunto

Se o monitoramento por um especialista já pode ser extremamente custoso e inconveniente²⁰² para as empresas, o monitoramento por dois ou mais Monitores é ainda pior.

²⁰⁰ Considerando as demandas da Lei Anticorrupção e as melhores práticas internacionais, as empresas devem adotar mecanismos que garantam a manutenção de controles internos robustos, com constante monitoramento. Isso implica (i) contratação de mão-de-obra qualificada; (ii) manutenção de documentação precisa; (iii) implementação de revisões periódicas; (iv) o estabelecimento de mecanismos de supervisão e controle.

²⁰¹ MEMORANDUM FROM BRIAN A. BENCZKOWSKI, Assistant Attorney General, U.S. Dep't of Justice, to All Criminal Division Personnel, Selection of Monitors in Criminal Division Matters (Oct. 11, 2018) (“Benczkowski Memo”). Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1100366/download>. Acesso em 11 de julho de 2020.

²⁰² Um Monitor interfere e fiscaliza nas atividades de uma empresa. Suas solicitações e até a sua presença podem, por motivos óbvios, incomodar executivos e empregados da empresa, pois alguém externo para a estar “dando

Nada obstante, o monitoramento múltiplo pode ocorrer, pois muitas investigações de corrupção tocam em mais de uma jurisdição. Nestes casos, será necessária a indicação de mais de um Monitor caso não haja coordenação e concordância pelas autoridades de que determinado candidato a Monitor preenche os requisitos das diferentes autoridades envolvidas. Isso ocorreu, por exemplo, com a Odebrecht e com a Braskem, que possuem Monitores no Brasil e nos EUA.

Para evitar que isso ocorra, as empresas devem advogar, sempre que possível, por um monitoramento conjunto, em oposição a um monitoramento múltiplo²⁰³. Para isso é fundamental que as empresas cooperem com as autoridades envolvidas e indiquem de boa-fé candidatos que detenham capacidade técnica e prática para atuar em múltiplas jurisdições sem conflito de interesses, que sejam dotados da experiência requerida em conformidade e que possuam o respeito e a confiança das diferentes autoridades públicas interessadas.

Isso ocorreu, por exemplo, no caso Embraer²⁰⁴ que, no âmbito de investigação envolvendo acusações de pagamento de propinas na República Dominicana, Arábia Saudita e Moçambique, bem como irregularidades em registros contábeis na Índia, celebrou um acordo se comprometendo a contratar um único Monitor que iria compartilhar seus relatórios com as autoridades brasileiras e estadunidenses interessadas²⁰⁵.

As autoridades públicas também devem ter claro a vantagem de evitar múltiplos Monitores, pois os trabalhos tendem a ser mais céleres, efetivos e econômicos para todas as partes envolvidas, pois se evitam sobreposições e possíveis disputas.

pitacos” em áreas diversas. Trata-se, na perspectiva de alguns, de um intruso investido de poderes extraordinários.

²⁰³ Apesar de praticamente inexistente no Brasil, o conceito de monitoramento conjunto ao invés de duplo é enfrentado pelas autoridades governamentais de outros países há muitos anos. Em 2010, o DOJ e o “United Kingdom’s Serious Fraud Office” (“SFO”) chegaram a um acordo com relação a um monitoramento no âmbito do acordo global firmado com a empresa Innospec Ltd.

²⁰⁴ A Embraer estava (e está) sujeita à jurisdição estadunidense, pois possui papéis (“American depository receipts” – “ADRs”) negociados na Bolsa de Valores Mobiliários de Nova Iorque (“New York Stock Exchange – NYSE”).

²⁰⁵ Nos EUA o caso envolveu o U.S. DOJ e a U.S. SEC e no Brasil o MPF e a CVM.

Vale destacar que o DOJ e a SEC costumam coordenar os requisitos do monitoramento exigido por cada uma das autoridades de modo a permitir que apenas um Monitor atenda as exigências de ambas as autoridades, evitando que haja multiplicidade de Monitores²⁰⁶.

6.8. Documentos estadunidenses sobre monitores

Como não existem regras específicas sobre o tema no Brasil, como indicamos acima, apresentaremos os critérios utilizados pelo DOJ para avaliar a necessidade de um Monitor. O ponto central da análise da necessidade será a verificação, ou não verificação, da capacidade e disposição de a empresa remediar os problemas existentes sem ajuda externa do Monitor.

Essa análise levará em conta diversos fatores, como:

- a) A gravidade da conduta;
- b) A penetração corporativa da prática de corrupção detectada (*i.e.*, quem eram os envolvidos e em que medida a alta administração da empresa estava envolvida);
- c) A duração da prática ilícita;
- d) Se houve falha na supervisão das atividades da empresa ou na implementação de medidas de conformidade e controles internos²⁰⁷;
- e) A forma de remediação e reporte após a prática ter sido identificada.

Sobre o tema, o documento intitulado “A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices”, elaborado pela “Criminal Division” do DOJ e pela “Enforcement Division” da SEC, listam os fatores levados em conta para decidir se a adoção de um Monitor independente é apropriada, como: (i) o potencial benefício que a indicação de um Monitor pode gerar à empresa e à sociedade; e (ii) os custos do monitoramento e o seu impacto para a operação da empresa. Além disso, avalia-se os potenciais benefícios do monitoramento à luz dos seguintes

²⁰⁶ Vide Criminal Division of the U.S. Department of Justice and The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices Act. p.74. 2020.

²⁰⁷ See Is a Corporate Monitor Necessary?, Corp. Crime Rep. (8 May 2013), www.corporatecrimereporter.com/news/200/isaMonitornecessary05082013/. Acesso em 10 de junho de 2020.

fatores: (a) se a conduta investigada envolveu a manipulação de livros contábeis e registros ou se houve aproveitamento das falhas do programa de conformidade ou de controles internos inadequados; (b) em que medida a prática investigada envolveu diversas áreas da empresa ou se envolveu a participação ou aprovação da alta direção; (c) se a empresa realizou investimentos substanciais e melhoras no seu programa de conformidade e controles internos; (d) em que medidas as remediações e aperfeiçoamentos feitos no programa de conformidade e controles internos foram testados de modo a demonstrar que irão prevenir e detectar condutas similares no futuro²⁰⁸.

Nos EUA, existe uma série de princípios que devem orientar a seleção de um Monitor pelas autoridades públicas com vistas a reduzir conflito de interesses, falta de transparência, pessoalidade, falta de diversidade de gênero e raça e outros problemas que uma decisão discricionária pode criar²⁰⁹.

Sobre a seleção do Monitor, o DOJ tem elaborado, desde 2008, documentos sobre o procedimento a ser seguido para a seleção do Monitor e atuação do Monitor, os quais serão detalhados abaixo. Esses documentos podem ser considerados parâmetros que podem ser observados, de forma não vinculante, por autoridades brasileiras na ausência de regras específicas sobre o tema.

Analisaremos, agora, o primeiro deles: o guia “Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations” (conhecido como “Morford Memorandum²¹⁰), de março de 2008, de autoria do Advogado-Geral Adjunto (“Deputy Attorney General”) Craig Morford.

²⁰⁸ Vide Criminal Division of the U.S. Department of Justice and The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices Act. p.74. 2020.

²⁰⁹ Este tema ganhou maior atenção em 2007, quando o então “US Attorney for the District of New Jersey” (Chris Christie) aprovou, sem qualquer processo competitivo, um contrato no valor de dezenas de milhões de dólares (alegadamente entre US\$ 28 e US\$ 52 milhões) por meio do qual o seu ex-chefe John Ashcroft (então Attorney General) atuaria como Monitor para a empresa de dispositivos médicos Zimmer Holdings.

²¹⁰ Memorandum from Craig S. Morford, Deputy Att’y Gen., to All Component Heads and US Att’ys, Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements (7 March 2008) (the Morford Memorandum); Disponível em: <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-163-selection-and-use-Monitors>. Acesso em 11 de julho de 2020.

Este documento lista nove princípios que devem ser observados para a nomeação do Monitor. Segundo este documento, o objetivo da autoridade é selecionar alguém que seja qualificado, respeitado e livre de conflitos de interesse²¹¹.

Essas características são importantes para a integridade do monitoramento, pois o Monitor possui, em situações limítrofes, discricionariedade para decidir se uma nova e não reportada conduta deve ser informada ou não diretamente ao governo ou apenas discutida internamente. Essa análise, obviamente, deve ser feita com base no que dispõe o acordo.

Ao mesmo tempo em que há o reconhecimento das autoridades estadunidenses de que a seleção e adoção de um Monitor deve ser feita com base no caso concreto, existem procedimentos que devem ser seguidos em todas as situações, como a análise detalhada das qualificações do Monitor e a indicação, pela empresa, de um número mínimo de Monitores qualificados para que a autoridade possa selecionar um deles ou, rejeitando todos, solicitar mais nomes²¹².

A despeito de a regra prevista no “Morford Memorandum” dispor que o governo indique três candidatos e a empresa escolha um, a palavra final sobre a decisão é da autoridade, no caso o DOJ²¹³. Como veremos mais adiante, a existência de empresas públicas e de economia mista envolvidas em corrupção no Brasil pode tornar necessários ajustes específicos no procedimento de seleção de Monitores no Brasil à luz de princípios e normas de Direito Público aplicáveis a essas entidades.

O “Morford Memorandum” estabelece que o DOJ deve possuir comitês com formação plural para avaliar os candidatos a Monitores. Promotores do DOJ não podem aceitar ou vetar unilateralmente candidatos e o “Office of the Attorney General” precisa aprovar o Monitor. É comum que os acordos também prevejam cláusulas que impeçam a empresa de contratar o

²¹¹ Memorandum from Craig S. Morford, Deputy Att’y Gen., to All Component Heads and US Att’ys, Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements (7 March 2008) (the Morford Memorandum). Disponível em: <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-163-selection-and-use-Monitors>. Acesso em 11 de julho de 2020.

²¹² Morford Memorandum, “supra note” 11, p. 4.

²¹³ Idem. Este procedimento difere do adotado no Reino Unido, no qual a empresa informa ao “Serious Fraud Office” (“SFO”) e ao judiciário pormenores sobre 3 potenciais Monitores, incluindo suas qualificações, custos estimados e outras informações relevantes, com a indicação justificada de qual seria o seu preferido (vide “Sections 7.15-7.17 of the DPA Code of Practice”).

Monitor por determinado período após o fim do monitoramento com vistas a evitar que o Monitor seja “capturado” pela empresa (*i.e.*, conflitos de interesse com base na perspectiva futura de ter a empresa monitorada como cliente).

O documento também prevê que o Monitor não é um agente do governo ou da empresa. Ele possui, portanto, discricionariedade para se comunicar com o governo, bem como com a empresa monitorada, diretamente e quando considerar conveniente²¹⁴.

Apenas como um paralelo, a “Black-letter standards for Monitors” (“ABA Standards”), elaborado pela “American Bar Association”, sugere que a empresa e o governo devem ter participação relevante na escolha e indica critérios que devem ser levados em conta durante este processo²¹⁵.

Já o segundo documento das autoridades estadunidenses sobre a seleção de um Monitor foi elaborado pelo “Assistant Attorney General” Lanny Breuer, em junho de 2009. Intitulado de “Selection of Monitors in Criminal Division Matters” (“Breuer Memorandum”²¹⁶), este documento foi preparado a partir do “Morford Memorandum”²¹⁷.

Este documento prevê a utilização de um “Standing Committee on the Selection of Monitors”, indica critérios a serem usados pela “Criminal Division” quando da avaliação dos potenciais Monitores²¹⁸ e estabelece um processo de múltiplas fases que deve ocorrer para a seleção e aprovação de Monitores pelo DOJ.²¹⁹

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ ABA Standards for Monitors §§ 24–2.1; 24–2.4.; 24–2.4(3)–(4).

²¹⁶ Memorandum from Lanny A. Breuer, Assistant Att’y Gen., to All Criminal Div. Personnel, Selection of Monitors in Criminal Division Matters (24 June 2009).

²¹⁷ Lissack, et al, *supra* note 3; *see also* Memorandum from Lanny A. Breuer, Assistant Att’y Gen., to All Criminal Div. Personnel, Selection of Monitors in Criminal Division Matters (June 24, 2009) (“the Breuer Memorandum”), Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/response3-suppl-appx-3.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2020.

²¹⁸ The Breuer Memorandum, *supra* note 9.

²¹⁹ Ibidem.

O terceiro documento, de março de 2010, foi elaborado pelo “Acting Deputy Attorney General Gary Grindler” e contém uma lista com princípios a serem considerados pelos promotores do DOJ na elaboração dos acordos envolvendo monitoramento (“Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations” ou “The Grindler Memorandum”)²²⁰.

Um dos princípios deste documento é que os promotores devem explicar no acordo o papel do DOJ na solução de disputas eventualmente surgidas entre o Monitor e a empresa monitorada, inclusive no que se refere a recomendações do Monitor que a companhia pode considerar inviáveis ou demasiadamente custosas²²¹. Ou seja, este documento prevê, de forma expressa, como as empresas podem rejeitar recomendações dos Monitores quando essas não forem razoáveis.

De fato, existem ações judiciais envolvendo Monitores e empresas monitoradas nas quais se discute sobre o escopo, custos e poderes do Monitor, bem como a confidencialidade dos relatórios do monitoramento²²².

O acordo celebrado no final de 2016 envolvendo a Odebrecht é um bom exemplo da aplicação concreta dos princípios do DOJ na seleção de Monitores. Segundo os termos do acordo, os candidatos a Monitor deveriam preencher, no mínimo, os seguintes critérios: 1) Experiência demonstrada em temas de FCPA e com relação a outras leis anticorrupção, incluindo por meio do aconselhamento jurídico em matéria de FCPA; 2) Experiência na

²²⁰ Memorandum from Gary G. Grindler, Deputy Att’y Gen., Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations (May 25, 2010) (“the Grindler Memorandum”), Disponível em: <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-166-additional-guidance-use-Monitors-dpas-and-npas>.

²²¹ Memorandum from Gary G. Grindler, Deputy Att’y Gen., Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations (May 25, 2010) (“the Grindler Memorandum”), Disponível em: <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-166-additional-guidance-use-Monitors-dpas-and-npas>.

²²² Vale mencionar que, na Inglaterra, o relatório do Monitor é, em regra, tratado como confidencial e a sua divulgação é restrita à empresa, a autoridade governamental e a corte encarregada de decidir sobre o caso. A despeito dessa mesma expectativa de confidencialidade existir nos EUA, há casos em que a justiça determinou a divulgação do relatório sob certas circunstâncias. Por isso, e em linha com o “ABA Standard 24-4.3(4)” considera-se adequado que o governo e a empresa incluam regras específicas sobre a confidencialidade dos relatórios no acordo firmado entre as partes. Marieke Breijer, ABA London: Keep Monitor Reports Private, Global Investigations Rev. (13 October 2015). Disponível em: <http://globalinvestigationsreview.com/article/1024106/aba-london-Monitor-reports-private>. Acesso em 11 de julho de 2020.

elaboração e/ou revisão de políticas, procedimentos e controles internos de conformidade corporativo, incluindo relacionadas ao FCPA e combate à corrupção; 3) Habilidade de acessar e disponibilizar recursos conforme necessário para cumprir as obrigações do monitoramento, conforme descrito no acordo; e 4) Independência da empresa a ser monitorada para assegurar o efetivo e imparcial desenvolvimento das funções de Monitor, conforme descrito no acordo²²³.

A “American Bar Association” também divulgou, em agosto de 2015, o documento “Black-letter standards for Monitors” (“ABA Standards”)²²⁴ que trata sobre diversos assuntos, incluindo o processo de seleção do Monitor.

Este documento contém considerações importantes sobre o tema. Uma delas é que se menciona a possibilidade de imposição de Monitores de forma unilateral, ou seja, fora de um acordo, como algo possível nos EUA²²⁵. O documento ainda traz casos nos quais determinados candidatos não devem ser selecionados como Monitor com vistas a evitar conflitos de interesse. O documento ainda menciona que a decisão de remoção do Monitor deve estar apenas a cargo do governo.

Mais recentemente, em 11 de outubro de 2018, o DOJ publicou novas orientações sobre a utilização de Monitores independentes no âmbito de investigações envolvendo a sua Divisão Criminal²²⁶. Este documento indica que a imposição de Monitores deve ser excepcional, e só deve ocorrer quando existir a necessidade comprovada e a expectativa de que o monitoramento gere aprimoramentos no programa de conformidade da empresa, *vis-à-vis* os custos e impactos gerados pela medida.

²²³ Odebrecht Plea Agreement, p. 30, *United States v. Odebrecht S.A.*, No. 16-643, Dkt. 10 (Dec. 21, 2016).

²²⁴ ABA Standards for Monitors (4th ed.). Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/MonitorsStandards/. Acesso em 11 de julho de 2020.

²²⁵ “In most instances, a Monitor is installed by agreement between a company or other public or private entity (referred to in these standards as the Host Organization) and a state or federal government department or agency (The Government) (...) “In some cases, the Monitor may be imposed by a court as a condition of probation or as part of a civil remedial action or settlement”. (ABA Standards for Monitors (4th ed.). Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/MonitorsStandards/. Acesso em 11 de julho de 2020.

²²⁶ Memorandum from Brian A. Benczkowski, Assistant Attorney General, U.S. Dep’t of Justice, to All Criminal Division Personnel, Selection of Monitors in Criminal Division Matters (Oct. 11, 2018) (“Benczkowski Memo”). Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1100366/download>. Acesso em 11 de julho de 2020.

De forma exemplificativa, o DOJ enumera elementos que devem ser considerados para se decidir se a utilização de Monitor é apropriada. Um Monitor tende a ser recomendável quando (i) a conduta tenha envolvido fraude nos livros e registros contábeis ou os responsáveis tenham se aproveitado de falhas nos controles internos ou conformidade da empresa; e (ii) houve aprovação ou facilitação por parte da alta administração da empresa ou a prática ocorria de forma difundida no âmbito empresarial.

Por outro lado, a imposição de um Monitor não será considerada como provável se (i) a empresa possui no momento um programa de conformidade e controles internos robustos; (ii) as melhorias do programa de conformidade e dos controles internos foram testadas e claramente irão prevenir e detectar condutas similares no futuro; e (iii) houve uma efetiva alteração na liderança e na cultura da empresa.

Discutidos estes aspectos gerais sobre a figura do Monitor, esclarece-se que considerações específicas sobre a análise sobre o procedimento e necessidade do Monitor no Brasil serão analisadas em capítulo próprio mais adiante.

6.9. Casos envolvendo o monitoramento de empresas brasileiras

Como vimos, Monitores já foram utilizados, a partir de 2016, no contexto de grandes investigações de corrupção no Brasil envolvendo empresas brasileiras, como nos casos das investigações em face da Embraer, Odebrecht e Braskem, todos em 2016. Há, ainda, o caso da J&F, firmado em junho de 2017. Um quarto caso, envolvendo a empresa Rodonorte, também foi firmado mais recentemente, em março de 2019. Esses casos serão analisados abaixo.

6.9.1. Caso Embraer

No caso Embraer, as práticas investigadas foram de pagamento de propina para agentes públicos na República Dominicana, Arábia Saudita e Moçambique, bem como irregularidades em registros contábeis na Índia que permitiram o pagamento de milhões em

propina. Esses pagamentos teriam sido feitos para garantir o fechamento de contratos para a venda de aeronaves para governos estrangeiros.

Ou seja, não houve qualquer acusação formal da prática de corrupção dentro do território brasileiro na investigação estadunidense em face da Embraer. Também não se trata de um caso relacionado à Operação Lava-Jato, como ocorre com os acordos envolvendo a Braskem, Odebrecht e Rodonorte.

O caso Embraer foi solucionado por meio de um acordo firmado em paralelo com a SEC, o DOJ e autoridades brasileiras (MPF e Comissão de Valores Mobiliário [“CVM”]), em outubro de 2016. No caso, a Embraer celebrou um “deferred prosecution agreement” (“DPA”)²²⁷, com duração de três anos, com as autoridades estadunidenses e um “Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta”²²⁸, com as autoridades brasileiras, o qual, após a sua subscrição pelos representantes dos órgãos foi homologado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do MPF²²⁹ e pelo Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ e aprovado pelo Colegiado da CVM.

Para que este acordo fosse celebrado, as autoridades estadunidenses e brasileiras levaram em conta uma série de fatores. Entre os fatores que pesaram contra a empresa, destaca-se a falta de reporte voluntários das violações pela Embraer e de remediação completa, ao passo que a cooperação e a remediação ocorrida (mesmo que parcial), contaram de forma positiva.

Como parte destes acordos, a Embraer admitiu que alguns de seus executivos e funcionários pagaram propina para agentes públicos estrangeiros e falsificaram registros contábeis relacionados à venda de aeronaves nos países mencionados.

²²⁷ DPA é um mecanismo de resolução de casos envolvendo um acordo. O DPA permite que o governo acuse formalmente uma empresa, mas suspende as acusações em troca de determinadas obrigações assumidas pela empresa investigada. Caso o acordo seja cumprido, a autoridade irá encerrar o caso. Caso contrário, retomará a investigação.

²²⁸ Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/corruptcao-internacional-mpf-e-cvm-fecham-acordo-com-embraer>. Acesso em 11 de julho de 2020.

²²⁹ A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do MP tem a atribuição de promover a integração e coordenação da atividade dos Membros do MPF, no campo temático de suas atribuições legais, que se concentra na formulação e execução de políticas e diretrizes institucionais no enfrentamento da corrupção.

Em particular, a Embraer confessou que, em 2008, pagou US\$ 3,52 milhões para um agente público da República Dominicana via um acordo falso de agência para garantir a venda à Força Aérea da República Dominicana oito aviões militares por, aproximadamente, US\$ 92 milhões. A Embraer também confessou que pagou, neste mesmo ano, US\$ 800 mil via um falso acordo de agência com um intermediário designado por um agente público vinculado a uma empresa pública de Moçambique para assegurar contratos para a compra de duas aeronaves da Embraer, por cerca de US\$ 65 milhões. Adicionalmente, a Embraer assumiu que, em 2009, pagou US\$ 5,76 milhões por meio de um acordo fraudulento firmado com uma empresa de fachada para assegurar a venda à força aérea indiana de três aeronaves por, aproximadamente, US\$ 208 milhões. Já em 2010, a Embraer reconheceu ter pagado US\$ 1,65 milhão para um agente público que atuava em uma empresa pública por meio de um acordo falso de agência para garantir contratos relacionados com a compra de três aeronaves da Embraer por, aproximadamente, US\$ 93 milhões. Segundo o DOJ, a Embraer lucrou, aproximadamente, US\$ 84 milhões com essas vendas fraudulentas.

Além disso, a empresa confessou que deixou, intencionalmente, de implementar um sistema de controles internos adequados que poderia ter evitado ou mitigado os impactos causados pelas condutas investigadas de corrupção.

No que se refere às demais obrigações assumidas pela Embraer no âmbito dos acordos, a empresa concordou em pagar US\$ 107 milhões ao DOJ (multa penal), US\$ 98,2 milhões à SEC (US\$ 83,8 milhões em “disgorgement” – equivalente a “devolver o ganho” – e US\$ 14,4 milhões em “prejudgment interest” – equivalente a taxa de juros do dia da violação até a sentença – e ressarcimento de US\$ 20 milhões (ou R\$ 64 milhões segundo a taxa de câmbio utilizada à época) para as autoridades brasileiras (MPF e CVM).

Além disso, a Embraer se comprometeu a cooperar com as autoridades públicas nas investigações por meio das seguintes ações:

- (a) exposição pormenorizada da investigação interna conduzida pela companhia ao MPF e à CVM, com acesso integral aos elementos obtidos nessa investigação e a todos os elementos em poder da companhia que as autoridades brasileiras entenderem úteis ao exercício de suas atribuições, sem se limitar ao que tiver sido ou for entregue às autoridades estrangeiras;
- (b) indicação, pela companhia, de duas pessoas para prestar depoimento, como testemunhas, em quaisquer processos ou procedimentos de atribuição do MPF ou da CVM, capazes de confirmar os fatos descritos no termo de

compromisso e ajustamento de conduta, sem prejuízo de as autoridades brasileiras tomarem o testemunho de quaisquer outras pessoas;

(c) apresentação às autoridades brasileiras de todos os relatórios e informações que vierem a ser apresentados em programa de monitoramento a que a companhia tenha de se submeter por força de acordos com autoridades estrangeiras.

(d) O termo prevê, ainda, a possibilidade de que a Embraer apresente ao MPF empregados e contratados seus que tenham participado com menor importância dos fatos e desejem tornar-se colaboradores²³⁰.

De mais a mais, a empresa se comprometeu a fortalecer o seu programa de conformidade e sistema de controles internos.

Especificamente sobre a questão do Monitor, houve uma distinção importante entre o acordo firmado perante as autoridades estadunidenses e brasileiras. Segundo o acordo firmado com as autoridades nos EUA, a empresa se comprometeu a contratar um Monitor pelo prazo de três anos, ao passo que no Brasil há apenas a obrigação de que os relatórios de monitoramento sejam apresentados. Ou seja, o caso da Embraer não pode ser considerado como o primeiro caso de imposição de um Monitor por meio de um acordo firmado por autoridades brasileiras.

6.9.2. Caso Odebrecht e Braskem

Também em 2016, a Odebrecht e a sua então subsidiária Braskem celebraram acordos com as autoridades nos EUA (DOJ e SEC), suíça (“Office of the Attorney General”) e Brasil (MPF)²³¹. À época, este acordo foi descrito pelo DOJ como o maior caso de FCPA da história e considerado um modelo a ser seguido em futuros casos²³². Dessa vez, as práticas envolveram

²³⁰ Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/corruptao-internacional-mpf-e-cvm-fecham-acordo-com-embraer>. Acesso em 11 de julho de 2020.

²³¹ Informa-se, para fins de completude, que os acordos celebrados pela Odebrecht e Braskem também envolveram autoridades suíças.

²³² “Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$ 3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History”. Source: “<https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>”. Esta multa foi posteriormente reduzida pelo DOJ, por conta da situação financeira da Odebrecht.

corrupção fora e dentro do território brasileiro e geraram a inclusão da obrigação de monitoramento nos acordos firmados pelas autoridades brasileiras.

Como parte do acordo, a Odebrecht confessou a prática e concordou em pagar uma multa criminal no valor de US\$ 4,5 bilhões (no mínimo US\$ 2,6 bilhões), sendo o valor acordado sujeito à comprovação da capacidade financeira da empresa de pagar a dívida²³³, bem como assumiu uma série de obrigações, incluindo a de contratar, com a aprovação das autoridades governamentais envolvidas no acordo, um Monitor no Brasil e outro nos EUA.

Segundo as investigações conduzidas pelas autoridades estadunidenses e brasileiras, a Odebrecht e a Braskem se utilizaram de uma unidade de negócios oculta (*i.e.*, “Department of Bribery”, segundo o DOJ) que pagou, de forma sistemática, milhões de dólares para funcionários públicos corruptos em mais de três continentes. O sofisticado esquema também teria se utilizado de instituições financeiras globais, as quais realizaram transações passando pelo sistema bancário estadunidense e uma série de empresas de fachada para dificultar a identificação dos remetentes e beneficiários.

A Odebrecht confessou ter participado, a partir de 2001, desse “massivo e sem precedentes” esquema de corrupção e cartel em licitações por mais de uma década. Durante o período, a Odebrecht teria pagado cerca de US\$ 788 milhões em propina para agentes públicos, seus representantes e partidos políticos em diversos países. O esquema de corrupção teria envolvido a alta direção da empresa.

Já a Braskem assumiu sua participação no esquema de corrupção liderado pela Odebrecht e confessou que, entre 2006 e 2014, realizou a transferência de, aproximadamente, US\$ 250 milhões para o sistema de pagamento de propinas da Odebrecht. A Braskem concordou em pagar cerca de US\$ 957 milhões e também a cooperar e a contratar um Monitor.

Como parte das obrigações assumidas nos EUA, a Odebrecht e a Braskem acordaram em contratar Monitores pelo período de três anos, sujeito à extensão ou encerramento antecipado por decisão da autoridade pública. Já no Brasil, os acordos previram a imposição

²³³ Interessante notar que a Odebrecht ajuizou, em conjunto com suas sociedades controladoras e certas controladas, pedido de recuperação judicial em 17/06/2019. A empresa interrompeu os pagamentos aos Monitores, o que gerou a interrupção dos trabalhos de monitoria. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/02/04/eua-do-prazo-de-9-meses-para-odebrecht-cumprir-acordo-e-pagar-Monitores.ghtml>. Acesso em 11 de julho de 2020.

de um Monitor pelo período de dois anos, sujeito à extensão ou encerramento antecipado por decisão da autoridade.

O monitoramento da Odebrecht ainda não foi encerrado no Brasil e nos EUA, ao passo que o monitoramento da Braskem já foi concluído no Brasil, mas ainda não foi formalmente encerrado perante as autoridades estadunidenses.

Houve, portanto, a imposição do monitoramento como parte dos acordos de um monitoramento duplo, sendo que ambos os Monitores atuaram simultaneamente perante autoridades no Brasil e nos EUA. Esses casos são paradigmáticos, pois representam a primeira vez na qual um Monitor local foi indicado no âmbito de um acordo relacionado com corrupção ocorrida no território brasileiro.

Segundo a nota emitida pelo DOJ em relação ao caso, diversos fatores foram levados em conta para que o valor da multa e demais obrigações, incluindo o monitoramento, fossem incluídas no acordo, a saber:

1. Ausência de reporte voluntário da conduta que deu ensejo à investigação;
2. Natureza e gravidade das práticas à luz de fatores como duração da prática, envolvimento da alta administração, amplitude geográfica (vários países) e sofisticação do esquema;
3. Ausência de um efetivo programa de conformidade e ética à época das práticas e quando da celebração do acordo.

Por outro lado, as autoridades atribuíram créditos pela cooperação das empresas, adoção de medidas remediais (*e.g.*, demissão de funcionários, instauração de processos disciplinares e aprimoramento do sistema de conformidade).

6.9.3. Caso J&F

O caso da J&F, envolvendo acordo firmado em 05 de junho de 2017, foi homologado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do MPF em 24 de agosto de 2017 e prevê pagamento de R\$ 10,3 bilhões de multa e ressarcimento, além de outras obrigações, como a contratação de um Monitor.

O acordo previu que instituições que realizaram apurações administrativas e internas que tenham como alvo empresas do grupo possam aderir ao acordo. Incluem-se nessas entidades que podem aderir ao acordo a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (“PREVIC”), Tribunal de Contas da União (“TCU”), CGU, CVM, Receita Federal e Petrobrás, Caixa Econômica Federal e fundos de pensão.

O acordo prevê, em sua Cláusula 21, a possibilidade de “auditoria externa” e foi firmado pelo MPF com relação à fatos investigados no âmbito das Operações Greenfield, Sépsis, Cui Bono (Lava-Jato), Carne Fraca e/ou que estejam descritos em anexos confidenciais do acordo²³⁴. Trata-se de um acompanhamento amplo realizado pela monitoria, incluindo acompanhamento das obrigações assumidas no âmbito do acordo, com enfoque no aprimoramento do programa de conformidade e controles internos, bem como o controle sobre a execução dos projetos sociais desenvolvidos pela empresa²³⁵.

6.9.4. Caso Rodonorte

Já no caso mais recente, envolvendo a Rodonorte, a empresa celebrou um acordo de leniência com o MPF²³⁶, o qual foi homologado, em 28 de março de 2019, pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do MPF. Este foi o primeiro caso envolvendo um Monitor no Brasil como parte de um acordo firmado apenas com autoridades brasileiras.

Como parte do acordo, a Rodonorte se comprometeu a cumprir com as seguintes obrigações: (i) pagar o valor de R\$ 35 milhões a título de multa prevista na Lei de Improbidade; (ii) arcar com R\$ 350 milhões a título de redução de trinta por cento da tarifa de pedágio em favor dos usuários de todas as praças de pedágio por ela operadas por, pelo menos, doze meses; (iii) executar obras nas rodovias por ela operadas no valor total de R\$ 365

²³⁴ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/acordo-leniencia>. Acesso em 11 de julho de 2020.

²³⁵ Vide Despacho Complementar explicando o acordo do MPF. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/leniencia-despacho-complementar>. Acesso em 11 de julho de 2020.

²³⁶ Acordo, sem os anexos confidenciais, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/rodonorte.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

milhões; e (iv) se submeter a um processo de monitoria externa de conformidade. No caso, o monitoramento deverá ocorrer por trinta e dois meses.

O Acordo de Leniência, celebrado no âmbito do Processo Administrativo n.º 1.25.000.004899/2018-42, investigou práticas de corrupção, fraudes tributárias e lavagem de dinheiro relacionadas, direta ou indiretamente, ao contrato de concessão de obras públicas de n.º 75/97, firmado entre o Estado do Paraná, o DER/PR, o DNER, o Ministério dos Transportes e a concessionária Rodonorte, seus aditivos, suas alterações por atos administrativos e sua fiscalização.

Uma vez analisada a figura dos Monitores e os casos públicos envolvendo Monitores no Brasil, analisaremos como o Brasil pune corrupção.

7. REGRAMENTO SOBRE A UTILIZAÇÃO DE MONITORES NO BRASIL

7.1. Como o Brasil pune corrupção

Para que possamos discutir o regramento sobre a utilização de Monitores no Brasil, precisamos entender, primeiramente, como o Brasil pune corrupção. Assim, neste capítulo, iremos analisar e descrever o chamado “microsistema anticorrupção” brasileiro que é formado por inúmeros dispositivos constantes na Constituição, em normas internacionais devidamente internalizadas e em leis infraconstitucionais de natureza criminal, administrativa e cível.

Como consideração inicial, e que deve ser levada em conta ao longo de todo o trabalho, apresentaremos argumentos e análises com base em princípios e normas de Direito criminal que, na nossa visão, são relevantes e podem ser arguidos no âmbito administrativo sancionador anticorrupção, dada a repercussão multifacetada de atos de corrupção no Brasil e a não separação²³⁷ das esferas de responsabilização. Sobre o tema:

Na esfera do direito sancionador anticorrupção, é certa a repercussão criminal dos fatos tipificados no art. 5º e inc. da LAC, na descrição tipológica das condutas lesivas. Os atos lesivos relacionados, praticados em prejuízo da Administração Pública nacional ou estrangeira, não deixarão de configurar, também e invariavelmente, ilícitos penais, cuja titularidade exclusiva para persecução penal é do Ministério Público, mediante o devido processo judicial²³⁸.

Essa ligação indissociável está presente em procedimentos sobre a celebração de acordos de leniência pelo MPF que, em sua Orientação 7ª/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), dispõe que, na hipótese de haver interesse de pessoas naturais na celebração de acordo de colaboração premiada, “o início das negociações do

²³⁷ “Esta indissolúvel associação entre responsabilização da Lei n.º 12.846/2013 e responsabilização penal, torna insustentável e inadmissível que Ministério Público e Poder Judiciário sejam postos à margem das fases de detecção e seleção de casos atribuídos e submetidos a seu exercício funcional típico”. Disponível em: Nota Técnica n.º 1/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF, p. 17. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

²³⁸ Nota Técnica n.º 1/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF, p. 17. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

acordo de leniência deve se dar concomitante ou posteriormente à negociação do acordo de colaboração premiada, no âmbito criminal”²³⁹.

Apesar da análise abaixo ser eminentemente descritiva no que se refere à legislação relevante sobre o tema, ela é fundamental para a temática dos Monitores que se pretende tratar, pois, como se verá, nenhuma das leis analisadas possui, de forma específica, a possibilidade da imposição de um Monitor de forma unilateral por uma autoridade brasileira.

Ou seja, o estudo dessa legislação é fundamental para que possamos identificar se há possibilidade jurídica de se impor um Monitor como “sanção”²⁴⁰ ou em um acordo no Brasil, quem poderia participar da negociação desse processo e quais requisitos precisam estar preenchidos.

Vale ainda destacar que, inexistindo a possibilidade da imposição de um Monitor como “sanção”, há reflexos direto no que se refere aos incentivos para um acordo, pois nenhuma empresa celebrará um acordo que imponha uma obrigação mais custosa do que a própria sanção possível, em particular quando há inúmeras oportunidades para se questionar a legalidade da imposição de uma sanção por meio de manobras judiciais.

Em outras palavras, a pena máxima prevista em lei sempre será comparada com os custos, vantagens e desvantagens de um Monitor quando uma empresa for decidir aceitar ou não um acordo prevendo um Monitor ou litigar até o final.

Antes que adentremos na análise específica dessas normas, vale destacar que, segundo Ronaldo Pinheiro de Queiroz, o “microssistema anticorrupção” é composto dos seguintes dispositivos legais: Código Penal (Título XI); Lei n.º 1079/50 (Crimes de Responsabilidade); Lei n.º 4717/65 (Ação Popular); Lei n.º 4737/65 (Código Eleitoral), Decreto-Lei n.º 201/67 (Crimes de Prefeitos); Lei n.º 8112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais);

²³⁹ Vide item 2) da Orientação n.º 07/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ORIENTAO7_2017.pdf. Acesso em 17 de julho de 2020.

²⁴⁰ O termo “sanção” está entre aspas, pois fazemos referência à impossibilidade de sua imposição de forma unilateral, e não no sentido de ser aplicado apenas para “punir” a empresa. Como veremos, Monitores não costumam ser utilizados de forma a penalizar, mas sim por necessidade e conveniência, dentro dos limites legais. Sobre o tema, “a monitor should never be imposed for punitive purposes”. Vide Criminal Division of the U.S. Department of Justice and The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices Act. p.74. 2020.

Lei Complementar n.º 64/90 (Inelegibilidades); Lei n.º 8429/92 (Improbidade); Lei n.º 8666/93 (Licitações); Lei n.º 9613/98 (Lavagem de Dinheiro); Lei n.º 9840/99 (Compra de Votos); Lei Complementar n.º 101/2000 (Responsabilidade Fiscal); Lei Complementar n.º 135/2010 (Ficha Limpa); Lei n.º 12527/2011 (Acesso à Informação); Lei n.º 12846/2013 (“Lei Anticorrupção”)²⁴¹.

Nesta seção, contudo, e reconhecendo a relevância de todos os dispositivos acima, bem como de outros dispositivos que também evitam corrupção de forma reflexa, como a Lei n.º 12.529/2011 (“Lei Antitruste”) que sanciona cartéis em licitações²⁴², muitos deles envolvendo corrupção, focaremos nos aspectos criminais previstos no Código Penal, nas ações de proteção dos direitos coletivos, em particular a Ação Civil Pública e a Ação de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. Essas leis abarcam aspectos administrativos, cíveis e criminais da luta contra a corrupção.

Obviamente, empresas são criações jurídicas e só participam de corrupção quando uma pessoa física comete o ato em seu nome. Por este motivo, o sistema jurídico brasileiro, originalmente, desenvolveu-se para punir o indivíduo envolvido na prática do ponto de vista criminal. Nada obstante, e como veremos a seguir, isso não foi considerado a forma mais efetiva de se combater a prática de corrupção no ambiente corporativo, de modo que novas leis foram criadas para sancionar a pessoa jurídica diretamente.

Feito esse esclarecimento, iniciaremos com a análise dos dispositivos penais sobre o combate à corrupção no Brasil.

No Código Penal, existem duas categorias principais de corrupção, a passiva e a ativa (arts. 317 e 333, respectivamente). Na corrupção passiva, o agente público solicita ou recebe o benefício indevido em troca de uma ação ou omissão no desempenho de sua função. Já a corrupção ativa envolve o oferecimento, por um particular, do pagamento de um benefício indevido para um agente público em troca de uma ação ou omissão em sua atuação.

²⁴¹ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. “Responsabilização Judicial da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção”. In “Lei Anticorrupção”. Organizadores: Jorge Munhós Souza e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. 1ª ed. Jus Podivm – Salvador: Jus Podivm, p. 285/286.

²⁴² No caso de cartéis em licitações envolvendo esquemas de corrupção, por exemplo. Diversos acordos de leniência foram firmados no CADE no âmbito da Operação Lava-Jato. O link a seguir indica que ao menos sete acordos já foram firmados neste contexto. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-cartel-em-licitacoes-de-estadios-da-copa-do-mundo-de-2014>. Acesso em 11 de julho de 2020.

Quando falamos de lei penal aplicável a atos de corrupção, fazemos referência à proteção da “Administração Pública” como bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Para tanto, é fundamental estabelecermos, antes, o que “Administração Pública” significa para este ramo do Direito.

Diferentemente do que ocorre no Direito Administrativo²⁴³, em que o conceito de Administração Pública tem sentido mais restrito, o Direito Penal atribui um conceito amplo de “Administração Pública”. Sobre o tema, o Professor Régis Prado sustenta que:

[...] a Administração Pública engloba toda a atividade estatal, tanto no sentido subjetivo, que significa os órgãos instituídos pelo Estado para a concreção dos seus fins, como no sentido objetivo, consistente na realização de toda atividade estatal visando à satisfação do bem comum²⁴⁴.

De maneira similar, Paulo José da Costa Júnior enfatiza o seguinte:

O Código Penal não entende por Administração Pública apenas a atividade administrativa em sentido estrito, distinta da atividade legislativa ou jurisdicional. Muito ao contrário, o Código Penal leva em consideração toda a atividade estatal, num sentido subjetivo e noutro objetivo. Sob a angulação subjetiva, a Administração Pública é entendida como o conjunto de entes que desempenham funções públicas. Sob o aspecto objetivo, considera-se como Administração Pública toda e qualquer atividade desenvolvida para satisfação do bem comum²⁴⁵.

Nota-se, portanto, que o Direito Penal se desenvolveu para tutelar todas as funções exercidas pelos poderes com vistas a proteger a atividade funcional do Estado. Por esse motivo, o Código Penal, no seu Título XI, estabelece que a Administração Pública deve ser considerada de forma ampla. Ou seja, “os crimes contra a Administração Pública não se

²⁴³ No campo do Direito Administrativo, a “Administração Pública” seria algo limitado à atuação do Estado nos quadros da divisão de poderes (legislativo, judiciário e executivo). Em definição ainda mais restrita, Administração Pública pode ser vinculada apenas ao Poder Executivo. Para fins de completude, apresenta-se uma definição própria do Direito Constitucional: Nas palavras de José Afonso da Silva: “Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder Político; em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder Político e as operações, as atividades administrativas” (DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 635).

²⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2018

²⁴⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José; PAGLIARO, Antônio. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 16.

limitam tão-somente a condutas delituosas praticadas contra a atividade do Poder Executivo, ou no interior dos quadros onde este atua”²⁴⁶.

Desse modo, o conceito de Administração Pública, para o Direito Penal, deve ser tomado em um sentido amplo, compreendendo não só o sentido subjetivo (*i.e.*, órgãos, agentes e pessoas jurídicas em quaisquer dos Poderes que estejam a desempenhar a função administrativa), mas também o sentido objetivo, consubstanciado na consecução da atividade administrativa propriamente dita²⁴⁷. Em outras palavras: para o Direito Penal, Administração Pública equivale tanto ao “sujeito-administração” quanto a atividade administrativa.

Portanto, tornou-se impossível conceituar a Administração Pública tão somente utilizando o aspecto formal, ou seja, identificando os entes pertencentes ao organograma estatal. Deve, portanto, ser conceituada considerando as atividades desenvolvidas em favor do interesse público. Assim, o bem jurídico tutelado de forma reflexa seria o “interesse público” que deve ser perseguido pela “Administração Pública”. Nesse sentido:

[...] crimes contra a Administração Pública têm como característica comum aquela de ofender a atividade funcional do Estado ou de outros entes públicos. O modo específico da ofensa pode apresentar-se, contudo, diverso entre um crime e outro. Consequentemente, a propósito de cada figura criminosa, será necessário especificar qual o objeto específico da tutela penal” (...) De todo modo, resta claro que o bem jurídico tutelado nos crimes contra a Administração Pública, diz com questões atreladas principalmente à “normalidade funcional, à probidade, ao prestígio e ao decoro da Administração Pública”²⁴⁸.

Analisando-se por este prisma, o bem jurídico penalmente tutelado englobaria os interesses dos entes públicos pertencentes ao organograma estatal, bem como as funções públicas desempenhadas em nome do interesse público. Contudo, qualquer que seja a dimensão conferida ao bem jurídico tutelado nos crimes contra a Administração Pública, não se pode fugir dos ensinamentos de Magalhães Noronha, segundo o qual o objetivo dessa

²⁴⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José; PAGLIARO, Antônio. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 16.

²⁴⁷ SANCTIS, Fausto Martins. In *Código Penal Comentado*, organizado por GRECO FILHO, Vicente; JALIL, Maurício Schaun Barueri: Manole, 2016, p. 789.

²⁴⁸ *Ibidem*. p.18.

legislação seria proteger o “desenvolvimento regular da atividade do Estado, dentro de regras da dignidade, probidade e eficiência”²⁴⁹.

Eis o contexto em que está inserida, na Constituição Federal, a Administração Pública como bem jurídico tutelado. A Administração Pública, tem expressa referência constitucional no art. 37, em especial no inc. XXI, que especificamente prevê a necessidade de procedimento licitatório para realização de obras, serviços, compras e alienações, além do art. 22, inc. XXVII, que prevê a competência da União para dispor sobre normas referentes à licitação e a contratações pela Administração Pública.

Além disso, no §4º do art. 37 do texto constitucional, há o reconhecimento de que atos de improbidade administrativa, objeto de norma própria que analisaremos mais adiante, importam suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Vale dizer: o legislador constituinte indica que os atos de improbidade administrativa podem ser sancionados na esfera penal, civil e administrativa.

Sobre a matéria:

A Constituição Federal de 1988, fundada em um modelo de Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que limita o poder por meio de vasta carta de direitos fundamentais, permitindo o controle da atuação estatal por várias instâncias públicas e privadas, confere elevado tratamento à proteção devida à Administração Pública, dedicando-lhe capítulo próprio, com dispositivos específicos, versando sobre o regime jurídico administrativo e apontando alguns instrumentos centrais para a consecução de suas finalidades. Além da clássica repressão penal às práticas de corrupção, a Constituição da República destaca, dentre outras medidas, as sanções pela prática de improbidade administrativa, a imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao patrimônio público, a extensão das consequências político-penais de desvios de mandatários, chegando a alçar a moralidade administrativa à condição de princípio constitucional autônomo da Administração Pública²⁵⁰.

²⁴⁹ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4, p. 195.

²⁵⁰ Nota Técnica n.º 1/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

Portanto, deve-se considerar que a Administração Pública, enquanto pessoa jurídica, pode ser atingida por diversos tipos de atos ilícitos. Assim, segundo o legislador penal, alguns desses danos se destacam como merecedores de resposta penal. Nesse sentido, assevera Luis Regis Prado:

A Administração Pública está sujeita a diferentes tipos de lesão e, dada à variabilidade histórica e contingencial das atividades por ela exercidas, as condutas que se destacam como merecedoras de resposta penal caracterizam delitos específicos, capazes de afetar múltiplos bens jurídicos²⁵¹.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988, para a solidez e coerência do Estado Democrático de Direito, positivou como valores da Administração Pública a probidade, a lisura e a proteção do patrimônio público.

A questão que se coloca, no entanto, é que a Administração Pública passou a adotar um padrão de descentralização das atividades estatais, por meio de criação de entidades autônomas, órgãos paraestatais, celebração de convênios e parcerias, concessão de serviços, entre outras modalidades.

Dessa forma, o Direito Penal ao tutelar como bem jurídico a Administração Pública não está protegendo apenas a Administração Pública em si, seu prestígio ou dignidade, mas também toda a atividade prestada por terceiros destinada à satisfação de interesses públicos.

Nesse sentido, o Direito Penal deve-se empenhar na busca de diretivas (realistas e eficazes) – sobretudo diante de uma experiência legislativa pouco favorável – para uma racional concretização e individualização dos interesses merecedores de proteção²⁵². Obviamente a Administração Pública é um bem jurídico relevante que merece amplo e efetivo cuidado, inclusive via Direito Penal, a saber:

O regular funcionamento da Administração Pública é, indubitavelmente, bem jurídico de dignidade penal que, diante das formas de agressão mais incisivas, não prescinde da intervenção direta desse ramo do ordenamento jurídico²⁵³.

²⁵¹ PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.7, 2017.

²⁵² PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico penal e Constituição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 20.

²⁵³ PRADO, Luiz Regis. Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações. Revista dos Tribunais 2015 RT vol.957. Julho 2015.

Foi nessa linha que o legislador entendeu por bem criminalizar comportamentos em nome da proteção dos bens jurídicos de titularidade coletiva ou difusa, denominados bens jurídicos supra individuais. Trata-se de uma tendência dominante da legislação penal moderna, marcada pela inserção de novos tipos penais, agravamento dos já existentes, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, numa clara expansão da aplicação do Direito Penal²⁵⁴.

A fim de se garantir a proteção desses bens de titularidade difusa, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro uma série de novos tipos penais, cujas características diferem substancialmente daqueles tipos tradicionalmente presentes nesses sistemas. Através dessas novas formas de criminalizações, não se protegeria apenas a vida ou a liberdade do indivíduo, mas também interesses difusos e coletivos, tais como a Administração Pública.

A exemplo de diversas leis editadas no Brasil nas últimas décadas, tais como a Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n.º 7.492/1986), a Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo (Lei n.º 8.137/1998), a Lei de Crimes contra o Meio Ambiente (Lei n.º 9.605/1998) e a Lei Contra Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/1998), verifica-se na atualidade uma proteção penal cada vez mais difusa. Como se pode notar, trata-se cada vez menos da proteção de interesses individuais, e cada vez mais de interesses coletivos, isto é, de interesses do próprio sistema social²⁵⁵.

Esse movimento, caracterizado pelo advento de interesses difusos e supra individuais no âmbito do funcionamento do Direito Penal, é conhecido como “desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico”. Nele evidencia-se uma crescente criação estatal e artificial de bens jurídicos, que passam a ser cada vez mais identificados com a ideia de fim estatal, afastando-se qualquer referência à materialidade pré-positivista²⁵⁶.

²⁵⁴ SILVA SANCHEZ, José Maria. A expansão do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.21.

²⁵⁵ LUZ, Yuri Corrêa da. Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do Direito Penal contemporâneo. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 81.

²⁵⁶ LUZ, Yuri Corrêa da. Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do Direito Penal contemporâneo. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 81.

O Direito Penal viu o passar do individualismo para o coletivismo moderno, impondo-se novas metas, sendo que uma delas passa a ser a necessária limitação do Estado, como também à submissão ao Direito Constitucional na prestação material das garantias constitucionais.

A “objetividade jurídica genérica”, verificada nos delitos contra a Administração Pública, consubstancia-se na finalidade de preservar os princípios essenciais que regem a Administração Pública, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade publicidade e probidade administrativa.

A transição do modelo de “delito de lesão de bens individuais” ao modelo de “delito de perigo (presumido) para bens supra individuais”, em face de contextos cada vez mais genéricos, conduz o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de cunho estrutural, global ou sistêmico, numa clara atividade de gestão punitiva dos riscos gerais, que o torna “administrativizado”²⁵⁷.

Melhor dizendo, transferem-se à ingerência penal aqueles fatos que deveriam ser monopólio do Direito Administrativo sancionador, em virtude da ausência de elementos de lesividade e periculosidade geral, quando praticados isoladamente. Nessa perspectiva, ao Direito Penal moderno cabe não somente regular comportamentos lesivos aos bens jurídicos, mas especialmente comportamentos de perigo à ordenação de setores da atividade²⁵⁸.

Nesse contexto, e no âmbito infraconstitucional, a tutela penal da Administração Pública, como bem jurídico, está positivada no Código Penal Brasileiro, de 1940, Título XI ‘Dos crimes contra a Administração Pública’, arts. 312 a 327 (i.e., crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral), arts. 328 a 337 (i.e., crimes praticados por particular contra a Administração em geral) e arts. 338 a 359 (i.e., crimes praticados contra a Administração da Justiça). Esse título XI prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e dos outros entes públicos. Trata-se, portanto, de um rol abrangente, compreendendo os crimes do funcionário público, os crimes

²⁵⁷ SILVA SANCHEZ, José Maria. A expansão do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.114.

²⁵⁸ GRACIA MARTÍN, Luís. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. Revista eletrônica de ciência penal y criminología. Pp.100-101. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acesso em 17.03.2018. Acesso em 11 de julho de 2020.

do particular contra a administração, tendo destaque, igualmente, os delitos contra a administração da justiça.

Ademais, quanto às condutas tipificadas na esfera penal, cumpre registrar que o Título XI da Parte Especial do Código Penal não esgota toda a proteção jurídica dos crimes perpetrados contra a Administração Pública, valendo-se citar de forma não exaustiva outros normativos, como o Decreto Lei n.º 201/67, sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, a Lei n.º 4.898/1995, sobre abuso de autoridade, e a Lei n.º 8.666/1993 (Lei de licitações), que também versam sobre o tema²⁵⁹.

Ocorre, contudo, que punir apenas o indivíduo por corrupção do ponto de vista criminal não se mostrou o instrumento mais efetivo, pois muitas vezes o esquema de corrupção gera receitas adicionais à empresa e a pessoa física, na maioria das vezes, não possui patrimônio para pagar substanciais multas ou ressarcir pelos prejuízos causados.

Além disso, existe uma dificuldade de responsabilização individual em razão da diluição e parcialidade de responsabilidades dentro de uma empresa²⁶⁰. Viu-se, assim, a necessidade de sancionar diretamente a pessoa jurídica para que a própria empresa crie ou reestruture seu sistema de conformidade e controles internos.

Nessa linha, a Lei n.º 7.347, de 1985 (“Lei da Ação Civil Pública”) e a Lei n.º 8.429/1992 (“Lei de Improbidade Administrativa”) são instrumentos importantes na luta contra a corrupção por meio da proteção dos interesses da coletividade que podem atingir a pessoa jurídica diretamente.

Nota-se, assim, que a despeito de a Lei de Improbidade Administrativa ter como finalidade precípua dispor sobre “sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”, essa Lei também se aplica, “no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a

²⁵⁹ SANCTIS, Fausto Martins. In *Código Penal Comentado*, organizado por GRECO FILHO, Vicente; JALIL, Maurício Schaun Barueri: Manole, 2016, p. 794.

²⁶⁰ Sobre o tema, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu em agosto de 2013, no RE 548.181 de relatoria da Ministra Rosa Weber, decidiu que é possível uma certa relativização da Teoria da Dupla Imputação e admitiu a dificuldade de responsabilização individual, em razão da diluição e parcialidade das responsabilidades dos agentes da empresa.

prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”²⁶¹. Pode, assim, também atingir a pessoa jurídica. A Odebrecht, por exemplo, foi alvo de ações dessa natureza por eventos relacionados com a Operação Lava-Jato e o acordo firmado com o MPF, o qual impôs o monitoramento, fez referência específica à Lei de Improbidade Administrativa²⁶².

A Lei de Improbidade Administrativa prevê, basicamente, três tipos de atos de improbidade, com diferentes sanções: (i) os que importam enriquecimento ilícito; (ii) os que causam danos ao Erário; (iii) e aqueles que atentam contra princípios da Administração Pública. A legitimação ativa dessa ação é expressa no art. 17 da Lei n.º 8.429/92, que dispõe que a “ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”.

A ação de improbidade foi usada, por exemplo, no âmbito da Operação Lava-Jato para exigir, entre outras medidas, que as empresas devolvessem aos cofres públicos valores pagos como propina em razão de contratos firmados com o poder público, além de multa civil, pagamento de danos morais coletivos e proibição de contratação com o Poder Público, bem como de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios²⁶³.

Ao seu turno, a Lei da Ação Civil Pública tem como principal objetivo viabilizar a reparação do dano. Essa ação pode ser proposta pelo MP, pela Defensoria Pública, pela União, os estados, municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações interessadas, desde que constituídas há pelo menos um ano. A ação civil pública também é regida, subsidiariamente, pelo CPC, mas somente naquilo que não contrarie a própria Lei da Ação Civil Pública.

O rito da Lei da Ação Civil Pública será utilizado para as ações de responsabilização judicial com base em violações à Lei Anticorrupção. Por ter um objeto

²⁶¹ Artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa.

²⁶² A título de exemplo, a Cláusula 8º, inc. I, alínea “d” menciona que o MP não irá propor ação de improbidade administrativa pelos fatos ou condutas reveladas em decorrência do acordo firmado. A íntegra do acordo está disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf>.

²⁶³ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/forca-tarefa-da-operacao-lava-jato-propoe-acao-de-improbidade-contra-a-odebrecht>. Acesso em 11 de julho de 2020.

amplo, é possível também que seja ajuizada Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa.

Com os escândalos de corrupção no âmbito da Operação Lava-Jato, ganhou força a ideia de que havia a necessidade de se criar mecanismos adicionais para se punir a própria empresa por corrupção e desenvolver incentivos para a sua cooperação e futura atuação em conformidade com a lei.

Como o sistema jurídico pátrio não admitia tradicionalmente a pessoa jurídica como autor de crime, e há, ainda, controvérsia com relação a sua admissão hoje, exceto no caso de crimes ambientais (vide art. 225, §3º, da Constituição Federal), criou-se, após anos de debate²⁶⁴, a Lei Anticorrupção, aplicável apenas à pessoa jurídica e sem prever sanções criminais. Ou seja, a Lei Anticorrupção não possui sanções de natureza criminal.

A Lei Anticorrupção, profundamente influenciada pelo FCPA, estabelece que são ilícitos os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, que atentem contra o patrimônio público (nacional ou estrangeiro), contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A lei se aplica a sociedades empresárias e sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

A Lei Anticorrupção apresenta grupos de atos que considera serem lesivos à Administração Pública. O primeiro grupo dispõe sobre anticorrupção, o segundo trata de atos ilícitos que afetam ou interferem em licitações ou contratos públicos, e o terceiro dispõe sobre interferência na fiscalização do sistema financeiro nacional.

Segundo este diploma, o pagamento, direto ou indireto, de suborno a agentes públicos brasileiros ou estrangeiros (ou terceiros relacionados ao agente), ou sua tentativa, é um ilícito. A lei entende que os seguintes atos são ilícitos e lesivos à Administração Pública: (a) prometer,

²⁶⁴ Esta lei foi originada do Projeto de Lei – PL 6.826/10. O projeto, de autoria do Poder Executivo, foi aprovado em 04/07/13 e a lei foi sancionada pela Presidência da República em 01/08/13 com 180 dias para entrar em vigor (ou seja, em 29/01/14). Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>. Acesso em 11 de julho de 2020.

oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; (b) financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta lei; ou (c) utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

A Lei Anticorrupção é inovadora ao tipificar, especificamente, uma série de atos que são lesivos ou constituem fraude ou interferência indevida em processos licitatórios ou em contratos administrativos. Tais atos incluem: (a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; (c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; (d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; (e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; (f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; (g) ou manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração Pública.

Devido à grande presença do Estado na economia, a Lei Anticorrupção coloca ênfase no combate à fraude em licitações e na execução de contratos com o setor público. Este tema é fundamental para o combate à corrupção, pois cartel em licitações cumulado com corrupção foi uma prática bastante presente no âmbito da Operação Lava-Jato, bem como de outras investigações (*e.g.*, cartel no mercado de órteses, próteses e materiais médicos especiais²⁶⁵).

A Lei Anticorrupção também estabelece ser um ato ilícito dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

No que se refere às sanções, a Lei Anticorrupção prevê, em seu art. 6º, que, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações, serão

²⁶⁵ Processo Administrativo n.º 08700.003699/2017-31.

aplicadas à pessoa jurídica, isolada ou cumulativamente, as seguintes sanções no âmbito administrativo: (i) multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível fazer uma estimativa; e (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória.

Vale notar que a aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção não exclui a obrigação da reparação integral do dano causado, tampouco afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

A Lei Anticorrupção ainda prevê, em seu art. 19, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o MP, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras pela violação da Lei Anticorrupção: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica²⁶⁶; (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um ano e máximo de cinco anos.

O Decreto n.º 8.420/2015, de 18 de março de 2015, regulamentou a responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, de que trata a Lei n.º 12.846/2013.

Este decreto regulamenta disposições relevantes da Lei Anticorrupção, tais como regras relacionadas ao cômputo da multa, regras para avaliação de programas

²⁶⁶ Segundo o § 1º desse artigo, a “dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”.

de conformidade²⁶⁷ e disposições sobre os cadastros nacionais de empresas punidas²⁶⁸. Ademais, o decreto possui regras adicionais em relação ao Capítulo V da Lei Anticorrupção que trata sobre o acordo de leniência. Segundo o decreto, a CGU²⁶⁹ possui competência exclusiva para instaurar, apurar e julgar atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira, bem como para avocar processos para exame de regularidade ou correção de andamento.

Com relação ao cômputo da multa, o decreto determina que a punição ao ato lesivo não poderá ser inferior ao valor da vantagem auferida e deverá levar em conta o resultado da soma e subtração de percentuais incidentes sobre o faturamento bruto da empresa, tendo como parâmetro as variáveis listadas no art. 7º da Lei n.º 12.846. Os limites são de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos. Caso não seja possível utilizar o faturamento bruto da empresa, o valor da multa será limitado entre R\$ 6 mil e R\$ 60 milhões. Assim como a Lei Anticorrupção, o regulamento não prevê a pena de imposição de um Monitor corporativo pela prática de corrupção.

O Decreto n.º 8.420/2015 também definiu o que seriam programas de integridades para os fins da lei²⁷⁰ e prevê que os programas de integridade devem ser estruturados, aplicados e atualizados à luz das características e riscos específicos e atuais das atividades de

²⁶⁷ “Conformidade”, no sentido como empregado nesta tese, representa um conjunto de regras e procedimentos que buscam prevenir que violações às leis ocorram por ato de um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores. Para o presente trabalho, o relevante é relacionar como esses programas podem evitar a prática de cartel e impedir que um Monitor corporativo seja considerado como necessário pelas autoridades governamentais. Os programas de compliance visam prevenir riscos de violações às leis, permitem a identificação e remediação de problemas e melhoram a capacidade de que a empresa reconheça quando parceiros, concorrentes, fornecedores, funcionários etc., estão envolvidos em ilicitudes. Além disso, geram um benefício reputacional e facilitam que investidores se interessem pela empresa.

²⁶⁸ Os cadastros nacionais de Empresas Punidas (Cnep) e de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis), formados por dados fornecidos pelos órgãos e entidades do Judiciário, Legislativo e Executivo nas esferas municipal, estadual e federal, serão geridos pela CGU e reunirão informações sobre pessoas jurídicas que sofreram sanções com base na Lei Anticorrupção e em outras legislações, como a Lei de Licitações e Contratos.

²⁶⁹ A CGU atua no âmbito federal na defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

²⁷⁰ Artigo 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

cada pessoa jurídica. Estes programas também devem ser revistos e aprimorados periodicamente para garantir a sua efetividade.

Ao passo que o Decreto n.º 8.420 define o que consiste um programa de integridade para os fins da legislação anticorrupção pátria e como e quando a sua existência pode ser utilizada como elemento de defesa e para fins de dosimetria de pena, a Portaria CGU n.º 909/2015, de 07 de abril de 2015, dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas.

A Portaria CGU n.º 910/2015, também editada em 07 de abril de 2015, define os procedimentos para a apuração da responsabilidade administrativa e para a celebração do acordo de leniência de que trata a Lei Anticorrupção. Com relação às disposições sobre o acordo de leniência, elas foram revogadas pela Portaria Interministerial CGU/AGU n.º 2.278, de 15 de dezembro de 2016. O processo para apurar a responsabilidade administrativa de pessoa jurídica, segundo a Lei Anticorrupção, ocorre por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR.

Por fim, vale ainda lembrar que os tribunais de conta possuem competência para apurar e sancionar atos que lesem o patrimônio público. No âmbito Federal, por exemplo, o TCU é competente para buscar a responsabilização por atos que lesem o patrimônio público da União, na forma dos arts. 46 e 58, da Lei n.º 8.443/92.

Vale esclarecer que a Lei Anticorrupção, assim como outros dispositivos de natureza criminal e administrativo, preveem acordos no âmbito de investigações de corrupção. Esses acordos foram analisados em seção própria, já apresentada, pois estão intimamente relacionados com a incorporação de aspectos do Sistema Adversarial no ordenamento jurídico pátrio.

7.2. Regramento a ser utilizado para a nomeação de monitores

7.2.1. Esfera administrativa

Tendo como objetivo possuir um processo justo, eficiente, efetivo e que observe o sistema jurídico do País²⁷¹, as autoridades administrativas possuem processos e procedimentos

²⁷¹ JACOBS, Laverne. SASHA. Baglay. KWOK. Melissa. MAVRIKKOU, Maria. TAY. Ki, The Nature of Inquisitorial Processes in Administrative Regimes: Global Perspectives Research Workshop Report (November 1, 2011). Canadian Journal of Administrative Law and Practice, Vol. 24, pp. 261-283, 2011.

que podem gerar a imposição de sanções em temas relacionados à corrupção. Por outro lado, a Administração Pública deve seguir princípios jurídicos que regem sua atuação que tendem a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado²⁷².

No Brasil, essas sanções só podem gerar consequências cíveis e administrativas. De todo modo, o processo perante uma autoridade administrativa pode gerar impactos criminais, em particular quando há confissão de culpa, apresentação de provas, etc. que podem ser levados em conta em um processo criminal perante o Poder Judiciário.

Como se pode observar da legislação anticorrupção, a imposição de Monitor não é uma “sanção”²⁷³ prevista em lei. Por outro lado, a Administração Pública não pode aplicar uma sanção diferente ou superior ao máximo previsto em lei, à luz do princípio da legalidade.

Nada obstante, precisamos analisar se as leis de combate à corrupção que podem sancionar pessoas jurídicas possuem dispositivos que permitem a imposição de algo como “outras medidas necessárias” ou algo similar que permita que um Monitor seja determinado de forma unilateral como decorrência de decisão administrativa.

Ao analisarmos a Lei Anticorrupção, de natureza administrativa e cível, notamos que ela não abre espaço para que um Monitor seja imposto fora de um acordo. Ela não contém, por exemplo, a previsão para que “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos” seja imposto como sanção, como a Lei Antitruste prevê em relação a sanções por violações à ordem econômica. Ou seja, um Monitor não poderia ser imposto de forma unilateral do ponto de vista administrativo.

Notamos, aqui, uma incongruência no sistema jurídico pátrio, pois a autoridade concorrencial poderia, em tese, impor um Monitor no caso de violação à Lei Antitruste, também aplicando uma lei de natureza administrativa, mas a autoridade de combate à corrupção não poderia impor um Monitor no caso de violação à Lei Anticorrupção. Essa falta de coerência fica evidente quando comparamos a relevância dos bens jurídicos tutelados

²⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

²⁷³ Vide nota 237 acima sobre o tema.

segundo cada uma das leis (Lei Anticorrupção e Lei Antitruste) dentro do sistema jurídico pátrio.

Para ilustrar melhor a questão, devemos considerar que a prática de cartel (por meio de acordo entre concorrentes²⁷⁴) é, segundo o art. 4º, II da Lei n.º 8.137/1990 (Lei que sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), um ilícito criminal e a sua pena é reclusão de dois a cinco anos e multa. Ao seu turno, os crimes de “corrupção ativa” (art. 333 do Código Penal) e “corrupção passiva” (art. 317 do Código Penal) possuem penas de dois a doze anos e multa, além de agravantes específicas. Ou seja, o Código Penal trata corrupção como mais grave do que cartel.

Outro argumento para indicar a prioridade que o sistema jurídico brasileiro atribui ao combate à corrupção em relação à persecução aos cartéis é que toda corrupção é crime, mas nem todo cartel é crime. Um cartel não será crime quando existir troca de informações entre concorrentes sem que um “acordo, convênio, ajuste ou aliança” entre os concorrentes tenha sido realizado. Nesses casos, o CADE considera a troca de informações entre concorrentes como um cartel do ponto de vista administrativo, mas a prática não será passível de enquadramento como um ilícito penal.

Esta distinção também é importante quando levamos em conta os impactos que essa distinção gera para a questão do prazo prescricional para práticas de cartel que são ilícitos administrativos, mas não penais²⁷⁵.

²⁷⁴ Um cartel não será crime quando existir troca de informações entre concorrentes sem que um “acordo, convênio, ajuste ou aliança” entre os concorrentes tenha sido realizado. Nesses casos, o CADE considera a troca de informações entre concorrentes como um cartel do ponto de vista administrativo, mas a prática não será enquadrável como um ilícito penal. Sobre o tema: “Ainda que os players de um mercado não fixem um preço ou dividam um mercado expressamente, há certos tipos de informações que, uma vez compartilhadas, têm o mesmo efeito de um cartel, sendo essa, inclusive, a racionalidade por trás da troca. Por exemplo, numa cotação eletrônica de preços, conhecer o valor piso de um concorrente bem como qual a sua posição almejada (para efeitos da quantidade a ser fornecida) impacta diretamente na decisão da outra empresa dos lances/propostas que irá apresentar, prejudicando, sem sombras de dúvidas, a concorrência. Não deixa, pois, de ser um ajuste, uma manipulação do mercado, entre concorrentes, na medida em que as informações deste tipo são compartilhadas justamente para que possam adequar seus lances/propostas aos interesses ilícitos comuns” (Vide Voto do Conselheiro João Paulo nos autos do Processo n.º 08012.001395/2011-00, datado de 30/01/2019 [cartel internacional de unidades de discos ópticos]).

²⁷⁵ A questão sobre o prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, vem disposta na Lei n.º 9.873/9931 que, assim dispõe: Artigo 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. § 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante

De mais a mais, vale mencionar que corrupção atinge um bem jurídico que recebe especial proteção no sistema jurídico brasileiro, qual seja a integridade da administração pública e dos agentes públicos. Cartel, ao seu turno, pode envolver apenas particulares e não contaminar a probidade de agentes públicos.

É verdade que, no caso de cartel em licitação envolvendo corrupção, o CADE poderia então impor um Monitor que acabaria servindo como ferramenta de redução da corrupção no âmbito da empresa monitorada. Não seria difícil, neste contexto, justificar que a corrupção (*i.e.*, o pagamento de propina) foi parte do esquema para reduzir a concorrência e, portanto, o Monitor precisaria estabelecer mecanismos para evitar essa prática.

Com efeito, no caso do Brasil, é comum que tenhamos casos de cartel e corrupção como parte do mesmo esquema ilícito. Em particular, o CADE firmou 31 acordos de leniência em investigações relacionadas com a Operação Lava-Jato entre 2015 e 2019²⁷⁶. Ou seja, há, de um lado, colusão entre concorrentes para dividir mercado, fixar preços, condições e outras questões comercialmente relevantes.

Por outro lado, parte do ganho supra competitivo é repassado para agentes públicos²⁷⁷ que facilitaram a perpetração do arranjo anticompetitivo por meio de uma série de práticas como, por exemplo, o direcionamento de licitações. Direcionamento esse que pode se iniciar já na elaboração do edital, mas que pode ser identificado ao longo de todo o certame, inclusive quando da eliminação ilícita de candidatos ao longo do processo.

No caso acima, é como se a corrupção complementasse o esquema montado pelo cartel. Em adição a essa possível “complementaridade criminosa”, existem elementos que

requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso. § 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal”.

²⁷⁶ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/grafico-acordos-de-leniencia-assinados-lava-jato-2020.png/view>. Acesso em 11 de julho de 2020.

²⁷⁷ O agente público é todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, que exerce funções públicas, no sentido mais amplo possível dessa expressão, significando qualquer atividade pública. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992) conceitua agente público como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”. Trata-se, pois, de um gênero.

mostram que ambas as práticas geram efeitos negativos similares e também são reprimidos de forma equivalente sob diversos pontos de vista.

Esta relação foi observada e bem pontuada pelo MPF quando apresentou suas “Razões de Apelação” na ação penal proposta em face de determinados executivos da Odebrecht, nos autos do Processo n.º 5021365-32.2017.4.04.7000:

In casu, é evidente que o motivo dos crimes constituiu o desejo de obtenção de lucro fácil, seja pelo recebimento de propina, seja pela facilidade encontrada em licitações da PETROBRAS. No entanto, não se pode desconsiderar que os crimes de corrupção e lavagem de capitais possuíam a motivação, também, de manutenção de funcionamento do esquema delituoso, tanto no que tange à atuação do cartel, no âmbito da PETROBRAS, quanto em relação à governabilidade e perpetuação no poder do partido governista, possibilitada por meio da distribuição de cargos entre partidos políticos objetivando a formação da base aliada e a arrecadação de fundos para campanhas políticas. Funcionamento este não só em favor dos acusados, mas também em detrimento da Estatal. Os crimes se retroalimentavam, com motivações cíclicas: a corrupção era importante para que a base aliada existisse e fundos fossem arrecadados para campanhas políticas das próprias agremiações partidárias responsáveis pela manutenção dos funcionários do alto escalão da PETROBRAS em seus cargos, responsáveis por permitir a existência do cartel; o cartel era importante para conseguir recursos para pagar a propina. Os motivos dos crimes, umbilicalmente ligados à manutenção do esquema ilícito, devem, portanto, ser valorados negativamente.

É interessante notar, neste particular, que o combate ao cartel em licitações (que muitas vezes envolve corrupção) é uma prioridade das autoridades no Brasil²⁷⁸. A título de exemplo, a Superintendência-Geral do CADE possui uma divisão dedicada a lidar com cartéis em licitações. Segundo relatório da OCDE (2020, p.13):

[...] esta linha de persecução concorrencial se intensificou com a alteração no programa de leniência, que estende a imunidade para casos de cartel em licitação investigados sob a Lei de Licitações, e com a assinatura de acordos de cooperação com diversas autoridades responsáveis pela persecução penal e promotorias a nível Federal e Estadual. Desde 2015, diversas atividades do Cade destinadas ao combate à fraude em licitações têm sido direcionadas à

²⁷⁸ Vale mencionar que esse também é o caso nos EUA. A “Antitrust Division” do DOJ priorizou em abril de 2019 a investigação e persecução de violações antitruste ocorridas em licitações públicas. Em conferência sobre “white collar crimes” realizada na American Bar Association, Richard Powers, o “Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement” do DOJ, disse que casos de compras públicas são prioridades para a autoridade. Como exemplo, o DOJ investiga um caso envolvendo cartel e fraude em contratos com o “Department of Defense” de fornecimento de combustível para bases militares estadunidenses na Coreia do Sul”.

Operação Lava-Jato, em que a instituição tem tido papel importante na investigação do maior esquema de corrupção e cartel já visto no Brasil²⁷⁹.

Ou seja, há uma relação direta e de interdependência entre anticorrupção e antitruste e como as medidas de conformidade são aplicáveis para prevenir ambas as práticas.

Nada obstante, fica claro que o Monitor teria o combate à corrupção como algo indireto e a sua utilização não seria possível em casos que não envolvem prática anticompetitiva. Por conta disso, ele precisará ter “expertise” em Direito concorrencial, além de ser um especialista em temas de conformidade.

Assim, e tendo em vista que a Lei Anticorrupção não permite a imposição de um Monitor como sanção administrativa, precisamos analisar se essa Lei permite que um Monitor seja incluído como parte de um acordo no âmbito administrativo.

Dito isso, e como argumento inicial, poder-se-ia alegar que a inclusão de um Monitor seria possível, pois a Lei Anticorrupção fala, em seu art. 16, §4º, que o “acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo” e, neste sentido, um Monitor seria necessário para alcançar esses fins. Por outro lado, seria possível argumentar que a inclusão de um Monitor seria parte da obrigação de cooperação mais ampla da empresa no âmbito de um acordo.

Nada obstante, o fato de que um Monitor pode ser incluído em um acordo de leniência não significa, de forma nenhuma, que ele pode ser incluído por capricho, arbitrariedade e sem observar uma série de princípios constitucionais e administrativos que devem ser observados por autoridades públicas. Vale ser esclarecido, em relação a este tema, que nunca houve a celebração de um acordo administrativo no Brasil envolvendo a imposição de um Monitor.

Apesar de os acordos administrativos estarem relacionados com a lógica do consenso, negociação e multilateralidade, atinentes ao novo contratualismo administrativo, um acordo administrativo sem limites e que impõe algo fora do previsto em lei remonta à lógica da autoridade, imposição e unilateralidade que se distancia do Direito Administrativo contemporâneo.

²⁷⁹ Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência, 2019. Disponível: <http://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia-brasil-2019-web.pdf>, p. 13. Acesso em 11 de julho de 2020.

Em particular, vimos acima que a “justiça negociada” tem a sua origem no Sistema Adversarial, e não por mera coincidência. A ampla e flexível possibilidade de acordo no Sistema Adversarial está relacionada com o distanciamento que o julgador tem em relação às partes, os instrumentos que as partes possuem para “fazer” o seu caso, as técnicas de interrogação e produção e provas, etc.

Nada obstante, nada nos parece mais “inquisitorial” do que a possibilidade de uma autoridade administrativa, como a CGU ou o CADE, ser capaz de investigar, inclusive “ex officio”, e julgar um caso, determinar diligências, ouvir testemunhas, decidir admissão de provas, etc. É, inclusive, a própria autoridade investigadora e julgadora que decide quem será admitido como parte, como interessado ou quem não poderá participar do processo.

É verdade que existem “órgãos” distintos dentro dessas autoridades que instruem e julgam os processos, bem como que esta situação se repete nos EUA e em outros países. Nada obstante, todos os elementos estão presentes para que haja um alinhamento entre a investigação e o julgador ou julgadores no âmbito de autoridades que concentram tantos poderes.

Por este motivo, acordos envolvendo autoridades que atuam de forma “inquisitorial” devem ser analisados com ainda mais cautela e rigor, sob pena de os mais diferentes abusos e ilegalidades ocorrerem, incluindo a confissão de inocentes, a celebração de acordos em desrespeito à autonomia da vontade (pois são frutos de violação à ampla defesa e contraditório) e, inclusive, corrupção e captura das autoridades públicas.

Caso a autoridade administrativa não se atente a esses pontos, o princípio da inafastabilidade da jurisdição torna imperioso que a empresa acusada possa questionar essa violação perante o Poder Judiciário. Por outro lado, e caso a empresa decida não questionar a questão perante o Poder Judiciário por conveniência, não podemos fazer com que a sujeição de um particular a uma decisão ou acordo ilegal possa tornar o desrespeito ao ordenamento jurídico pátrio como algo trivial.

Assim, nesta seção buscaremos analisar a legalidade dos acordos que impõem a utilização de um Monitor corporativo à luz do Direito Administrativo brasileiro. Em particular, analisaremos quais são os reflexos do princípio da legalidade estrita aplicável à Administração Pública com relação à celebração destes acordos.

Esses são elementos limitadores à análise de conveniência e oportunidade que a Administração Pública pode fazer quando existem duas possibilidades legais a serem adotadas, pois não há discricionariedade para não se observar o regramento jurídico no âmbito de um processo sancionar.

A negociação do acordo que exige a imposição do Monitor deve permitir, portanto, o controle da tomada de decisões com a observância plena dos princípios que regem a atuação da Administração Pública.

Com efeito, a Constituição Federal dispõe, em seu art. 37, que a “Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Sem isso, não há legitimidade na atuação da Administração Pública.

Ao seu turno, o art. 2º da Lei de Processos Administrativos no âmbito da Administração Pública Federal determina que a “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Em particular, o art. 2º, parágrafo único, inc. VII dessa Lei 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.

Vale ainda destacar que algumas leis que regulam o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual possuem disposições semelhantes à lei que regula Processos Administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, como no caso das leis dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

Ou seja, para fins deste trabalho, consideramos que as autoridades máximas de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário que forem aplicar à Lei Anticorrupção em nível federal, estadual, distrital ou municipal deverão observar, no mínimo, os princípios elencados acima de forma estrita.

Surge, assim, uma discussão importante sobre a força jurídica de um princípio no ordenamento jurídico pátrio e, em particular, se haveria uma hierarquia entre princípio, regra jurídica e política²⁸⁰.

Ao analisar a temática, o Professor Newton De Lucca, trazendo a lição de Ronald Dworkin, descreve princípio como a fonte de orientações gerais que estão relacionadas com exigências de equidade, de justiça ou de moralidade. Ao seu turno, regras produzem automaticamente consequências jurídicas das condições previstas na hipótese. Por fim, políticas (também conceituadas como princípios em sentido lato) seriam padrões a serem observados como exigência econômica, política ou social desejável²⁸¹.

Sobre o tema (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 913):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de seus comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, ao ofendê-lo abatem-se as vigas que o sustém e alui-se toda estrutura nele esforçada²⁸².

Ao seu turno, Miguel Reale descreve os princípios gerais do Direito como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”²⁸³. Nas palavras do Professor Newton De Lucca, esses princípios gerais do Direito

²⁸⁰ Como destacado pelo Professor Newton De Lucca, a discussão sobre a “teoria dos princípios constitui objeto de estudo à parte” e, portanto, será analisada de maneira abreviada neste trabalho. Uma visão geral sobre a discussão sobre o tema, com detalhes sobre as principais referências nacionais e estrangeiras, pode ser encontrada em DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet - uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares. In: Newton De Lucca; Adalberto Simão Filho; Cíntia Rosa Pereira de Lima. (Org.). Direito & Internet III - Tomo I: Marco Civil da internet (Lei n.º 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. Tomo I, p. 35 e 36.

²⁸¹ DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet - uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares. In: Newton De Lucca; Adalberto Simão Filho; Cíntia Rosa Pereira de Lima. (Org.). Direito & Internet III - Tomo I: Marco Civil da internet (Lei n.º 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. Tomo I, p. 39.

²⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 913.

²⁸³ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, São Paulo: José Bushatsky, 1974, pp. 229 e 300.

“não são assimiláveis, ontologicamente, às regras de direito, como certamente terá prevalecido, tanto em termos legislativos quanto em sede doutrinária”²⁸⁴.

De maneira distinta, Eros Roberto Grau, que passou a considerar que seria uma “tolice” afirmar que é mais grave violar um princípio do que uma norma²⁸⁵, ensina que princípios podem ser conceituados como pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível. Os princípios não seriam, em si mesmos, suscetíveis de aplicação como se fossem regras, vez que não possuem o caráter formal de proposição jurídica, mas indicam a direção na qual está situada a regra que cumpre encontrar²⁸⁶.

De uma forma ou de outra, já que “tudo o que existe no mundo jurídico – sejam princípios, sejam simplesmente regras – constituem, em última análise, normas”²⁸⁷, esses princípios possuem uma relevância e repercussão específica quando relacionados com acordos que prevejam a nomeação de um Monitor a ser firmado por uma autoridade pública em um processo administrativo sancionador visando punir corrupção.

Por exemplo, a Constituição Federal determina que, 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”²⁸⁸. Obviamente, esses princípios obrigam a administração a franquear ampla oportunidade para que a empresa acusada possa se manifestar, defender-se, recorrer, etc. de forma adequada e eficaz.

²⁸⁴ DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet - uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares. In: Newton De Lucca; Adalberto Simão Filho; Cíntia Rosa Pereira de Lima. (Org.). Direito & Internet III - Tomo I: Marco Civil da internet (Lei n.º 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. Tomo I, p. 35 e 36.

²⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

²⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo, Malheiros, 4ª ed., 1998.

²⁸⁷ DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet - uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares. In: Newton De Lucca; Adalberto Simão Filho; Cíntia Rosa Pereira de Lima. (Org.). Direito & Internet III - Tomo I: Marco Civil da internet (Lei n.º 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. Tomo I, p. 43.

²⁸⁸ Vide Artigo 5º, inc. LV da Constituição Federal.

É verdade que há quem argumente que, em um acordo, o acusado não está renunciando ao direito de defesa, mas o exercendo, segundo a sua autonomia de vontade optando por um benefício previamente ajustado.

Contudo, essa possibilidade de optar por um acordo só será admitida pelo sistema jurídico pátrio quando a escolha for entre um acordo legal e justo ou um processo legal e justo. Isso porque a autonomia da vontade do acusado pode não ser exercida caso a autoridade pública se valha de mecanismos ilícitos para forçar uma pena maior em abstrato para conseguir um acordo melhor em concreto.

Consequentemente, a autoridade não pode aplicar a lógica “da cenoura e do porrete”²⁸⁹ de forma ilimitada, de modo a atropelar esses princípios e forçar a todo custo um acordo que imponha um Monitor.

É fundamental, neste sentido, que o juiz se atente à necessidade de que direitos não sejam desrespeitados em caso de questionamento do acordo perante o Poder Judiciário. Vale ainda lembrar que o fato de a acusada estar representada por advogado, mesmo que por advogado sofisticado, não justifica que direitos sejam desrespeitados.

Essas normas são notoriamente cogentes e limitam, não só a liberdade de contratar das partes²⁹⁰, como disciplinam como a autoridade deve agir no âmbito da negociação.

Sobre o tema, e como reconhecido pelo próprio MPF, “o acordo de leniência, como negócio jurídico consensual integrado à atividade sancionadora estatal pressupõe, além da espontaneidade e voluntariedade na adesão pelo infrator, obrigações recíprocas, constituídas

²⁸⁹ Essa lógica se refere à estratégia de prestigiar e premiar a cooperação e retalhar de forma agressiva a falta de cooperação.

²⁹⁰ “Embora a tradição romano-germânica reconheça a existência de contratos atípicos, essa categorização permanece relevante. Isso porque, se um contrato é típico – e, como o nome sugere, a maioria dos contratos correntemente celebrados é típica –, as normas cogentes e dispositivas previstas no Código ou na legislação esparsa a ele se aplicam. A presença de tais normas, por sua vez, é significativa, por diferentes razões. Algumas dessas normas são notoriamente cogentes e, portanto, representam claramente uma limitação imposta pelo Estado à liberdade contratual” (PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. In. Revista Direito GV. V. 13. n.º 3. set/dez. 2017. p. 803).

sob a égide da proporcionalidade na consideração adequada do interesse público na celebração de seus termos”²⁹¹.

Pelo fato de um Monitor não ser uma hipótese de “sanção” prevista em Lei, o princípio da legalidade faz com que o administrado tenha uma oportunidade importante de barganha quando a autoridade atribui muita importância à nomeação de um Monitor, pois caso não haja acordo, a Administração Pública não poderá se utilizar dessa ferramenta.

Ao tratar do assunto, Odete Medauar sintetiza o ponto ao afirmar que “a processualidade está associada ao exercício do poder. O poder é, por si próprio, autoritário”²⁹². Dessa forma, a atividade administrativa deve ser “canalizada”, obrigatoriamente, por parâmetros determinados para ser qualificada como legítima. Isso significa que a Administração Pública deve se submeter a todas as leis e princípios aplicáveis à sua atuação, prévios e conhecidos ritos processuais, bem como a observar as limitações substanciais aplicáveis²⁹³.

A importância de se observar o sistema jurídico pátrio como um todo se torna ainda mais evidente levando em conta que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, permite que qualquer descumprimento de norma jurídica por parte da autoridade pública administrativa seja questionado perante o Poder Judiciário.

Ou seja, mesmo que o processo administrativo tenda a ser mais flexível e informal do que um processo perante o Poder Judiciário, em particular quando a autoridade administrativa não possui poderes para impor sanções de natureza criminal, como no Brasil, é importante que a autoridade administrativa adote procedimentos que sejam considerados aceitáveis (legais) pelo Poder Judiciário, sob pena de o processo ou acordo ser anulado. Isso porque a

²⁹¹ Nota Técnica n.º 1/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF, p. 5. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

²⁹² MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 163.

²⁹³ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 163.

análise que o juiz deve fazer não é meramente formal, como veremos quando analisarmos a utilização de Monitores no contexto de processos judiciais mais adiante.

Ao seu turno, o princípio da impessoalidade também exerce papel importante na discussão e gera efeitos que se desdobram em dois aspectos distintos. Primeiro, a administração não pode tratar administrados em situações similares de forma distinta. Isso significa que cada vez que um Monitor for imposto, ou não imposto, como parte de um acordo isso deve influenciar como futuros acordos são celebrados.

Por outro lado, o processo de nomeação do Monitor também deve respeitar de forma integral o princípio da impessoalidade. Isso significa que o Monitor, que será remunerado como decorrência do acordo, não pode ser alguém escolhido pela autoridade pública sem que seja observado um procedimento que assegure amplo e isonômico acesso aos candidatos a Monitor.

Há, inclusive, críticas duras ao conflito de interesses com relação à indicação de Monitores por autoridades estadunidenses e, obviamente, não é desejado (e nem lícito) que isso se repita no Brasil²⁹⁴. Um sistema sem regras claras sobre a nomeação de Monitores pode, até mesmo, gerar problemas de nepotismo²⁹⁵ e descrédito da luta governamental contra a corrupção.

Nos casos envolvendo a nomeação de um Monitor em uma empresa de economia mista ou pública, a realização de algo similar a um processo licitatório ou algo que garanta, no mínimo, a observância dos princípios da isonomia, publicidade, legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa é exigido por lei.

²⁹⁴ “As the frequency of Monitorships has increased, so too has their level of scrutiny. One of the most controversial aspects of Monitorships has been Monitor selection. The issue received considerable attention in 2007 when Chris Christie – then the US Attorney for the District of New Jersey – approved, without a bidding process, a contract for a consulting firm founded by his former boss, Attorney General John Ashcroft, to serve as the Monitor for medical device company Zimmer Holdings (a contract reportedly worth between US\$ 28 million and US\$ 52 million in Monitor fees). Concerns of cronyism, transparency and conflicts of interest led the US Congress to hold an investigative hearing to better understand the appointment”. Disponível em: <https://globalinvestigationsreview.com/chapter/1179179/Monitorships>. Acesso em 11 de julho de 2020.

²⁹⁵ Pode-se afirmar que o privilégio em favor de parentes, ao criar uma desigualdade entre os cidadãos, não se coaduna com a ideia republicana, constituindo-se em um verdadeiro desrespeito ao princípio da isonomia (vide ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo Esquematizado*. 1ª ed. São Paulo: Editora Método. 2015).

É com vistas a evitar problemas de falta de moralidade, pessoalidade e conflitos de interesses que a “American Bar Association” sugere que haja uma lista estabelecida e atualizada regularmente com indivíduos ou entidades pré-qualificadas para exercerem a monitoria em determinados casos²⁹⁶.

De mais a mais, no caso de não observância do princípio da impessoalidade surge a ofensa aos princípios da segurança jurídica e motivação, pois o administrado será surpreendido pela aplicação assimétrica da Lei sem que haja uma justificativa adequada.

Se não bastasse, 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).

Segundo Tourinho Filho, o princípio do devido processo legal cria uma série de direitos que devem ser respeitados em um processo, como a presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões que comportem recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, juiz natural, imparcialidade do julgador, vedação às provas ilícitas, motivação das decisões, dignidade humana, integridade física, liberdade e igualdade entre as partes²⁹⁷.

Vale ainda lembrar que o não respeito ao princípio da impessoalidade, motivação e da segurança jurídica pode dar ensejo ao descumprimento do princípio da moralidade que também deve nortear a atuação das autoridades públicas, pois a não observância desses princípios dá margem a condutas que podem estar associadas à corrupção (*i.e.*, tratamento “especial” para determinados administrados mediante o oferecimento de vantagem indevida). Isso, por sua vez, ofenderia o princípio do interesse público.

²⁹⁶ABA Standards for Monitors (4th ed.). Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/MonitorsStandards/. Acesso em 11 de julho de 2020.

²⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

Se não bastasse, as autoridades públicas administrativas também devem observar o princípio da proporcionalidade e razoabilidade²⁹⁸. Isso nos remete ao quanto informado acima, no sentido de que um Monitor não pode ser indicado por capricho ou arbitrariedade, mesmo que isso seja fruto de um acordo com a empresa.

Consequentemente, a autoridade deve analisar de forma completa e específica se a inclusão do Monitor é proporcional e razoável no caso específico. Nesta análise, e considerando que a imposição de um Monitor não é uma sanção, a proporcionalidade e razoabilidade deve levar em conta a necessidade de um Monitor e não a gravidade da conduta, a qual deve impactar apenas o valor da contribuição financeira da empresa e eventuais outras penas.

Na análise da necessidade, e pelo fato de o monitoramento não se justificar apenas como sanção, a autoridade deve observar o sistema de conformidade da empresa atual, e não o da época da conduta, para ver se um Monitor é necessário. À luz dos princípios discutidos acima, essa análise precisa ser objetiva, com base em critérios públicos, transparentes e adequados. A título de exemplo, e para os processos envolvendo apenas corrupção, os guias sobre programas de conformidade devem ser observados.

Em outras palavras, existe uma relação entre a robustez de programas de conformidade e a necessidade de um Monitor corporativo. Portanto, é preciso analisar o que constitui um programa de conformidade eficiente nos termos da legislação pátria²⁹⁹.

²⁹⁸ Vide considerações no capítulo anterior sobre a distinção entre princípio, regra e política. Há, em particular, distinção sobre se proporcionalidade e razoabilidade seriam princípios ou regras jurídicas. Segundo Eros Roberto Grau, razoabilidade e proporcionalidade não se traduzem em princípios constitucionais e sim postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito (GRAU. Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016). Nada obstante, abstenho-nos de tomar partido nesta complexa controvérsia, pois, como discutido acima, “tudo o que existe no mundo jurídico – sejam princípios, sejam simplesmente regras – constituem, em última análise, normas” e, portanto, devem ser observadas (vide DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet - uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares. In: Newton De Lucca; Adalberto Simão Filho; Cíntia Rosa Pereira de Lima. (Org.). Direito & Internet III - Tomo I: Marco Civil da internet (Lei n.º 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. Tomo I, p. 43).

²⁹⁹ Como exemplo, a Lei Anticorrupção brasileira (Lei n.º 12.846/2013) e a Orientação n.º 07/2017 do MPF que dispõe que, como parte de um acordo de leniência, as autoridades brasileiras podem exigir o compromisso de implementar programa de conformidade (conformidade ou integridade) ou equivalente e de se submeter à auditoria externa, às suas expensas, se for o caso.

Para que se avalie a necessidade de um Monitor corporativo é fundamental analisar se a empresa possui programa de conformidade e controles internos eficientes e robustos e, em que medida, a adoção de um Monitor é proporcional e razoável tendo em vista as circunstâncias concretas do caso³⁰⁰, em particular se a alta administração da empresa está envolvida em corrupção e se esses mesmos indivíduos seguem liderando a empresa, bem como se a empresa optou por reportar de forma voluntária as violações identificadas.

Para além do seu caráter punitivo, e como vimos acima, a Lei Anticorrupção atribui especial relevância às medidas anticorrupção adotadas por uma empresa. O conjunto dessas medidas constitui o chamado “Programa de Integridade” e pode ser reconhecida como fator atenuante em um eventual processo de responsabilização.

Estes guias são parâmetros que o Monitor corporativo independente deve observar para saber se a empresa está ou não com um sistema de conformidade e controles internos que atende o que as autoridades públicas esperam.

Os parâmetros base para a análise de um bom programa de conformidade anticorrupção no Brasil são os guias elaborados pelas autoridades brasileiras, em particular os da CGU, incluindo o guia “Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas” e outros documentos da Coleção Programa de Integridade da CGU³⁰¹. A existência desses guias atribui maior transparência e previsibilidade para os administrados, que podem usá-los como parâmetros quando forem elaborar os seus programas de conformidade.

Ressalta-se que, embora a Lei Anticorrupção e o Decreto n.º 8.420/2015 não imponham a implementação de programa de integridade como medida obrigatória, a adoção de um sistema robusto é um dos fatores determinantes na avaliação das autoridades quando

³⁰⁰ Section 7.11 of the DPA Code of Practice.

³⁰¹ Essa coleção inclui as seguintes obras: (i) Guia Prático de Gestão de Riscos para a Integridade; (ii) Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR; (iii) Guia Prático de Implementação de Programa de Integridade Pública; (iv) Manual para Implementação de Programas de Integridade; (v) Guia de Integridade Pública; (vi) Guia de Implantação de Programa de Integridade em Empresas Estatais; (vii) Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas; (viii) Cartilha – Integridade para Pequenos Negócios; (ix) Cartilha – Proteja sua Empresa contra a Corrupção; (x) Cartilha – Empresas Brasileiras no Exterior. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>. Acesso em 11 de julho de 2020.

se trata da aplicação de eventuais sanções por atos de corrupção, na imposição de Monitores e pode gerar impactos diretos na responsabilização dos administradores da empresa³⁰².

Adicionalmente, operar de forma íntegra tem sido usado como uma “marca” das grandes empresas e adotar os mais altos parâmetros de conformidade gera impactos diretos na percepção que os investidores, clientes e parceiros possuem das empresas.

Assim, de acordo com essas diretrizes, os elementos considerados básicos em um programa de integridade robusto são: (i) comprometimento da alta direção; (ii) existência de padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade aplicáveis a todos os empregados, administradores e terceiros; (iii) diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros; (iv) treinamentos periódicos; (v) análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; (vi) controles internos e registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica³⁰³; (vii) procedimentos de prevenção à fraude e à prática de atos ilícitos em licitações e contratos administrativos; (viii) independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento, com procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; (ix) mecanismos de denúncia; (x) previsão de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; (xi) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades

³⁰² Artigo 7º, inc. VIII, da Lei Anticorrupção.

³⁰³ A legislação pátria, assim como a legislação estadunidense, exige que as empresas mantenham registros contábeis precisos e completos. Vale notar que a falha no “record keeping” é uma violação “per se” da legislação estadunidense, independentemente de existir prática de corrupção atrelada à falha. Já no Brasil, o Decreto elenca dois elementos relativos à qualidade dos registros contábeis como parâmetros utilizados para avaliar a eficácia dos programas de conformidade: (i) “registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica” e (ii) “controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica”. De acordo com a Lei Anticorrupção e as melhores práticas internacionais, a manutenção de registros contábeis adequados e precisos é fundamental para um programa de integridade robusto, uma vez que se trata de um mecanismo indispensável para a identificação de impropriedades. O FCPA, por exemplo, trata a falha de controles internos com o mesmo rigor com que trata práticas de corrupção. A CGU estabelece que, nos casos de registros que envolvam situações de risco à integridade, espera-se que a empresa estabeleça regras de controle que garantam que os registros contábeis sejam suficientemente detalhados, ou seja, analíticos e com histórico elaborado. Procedimentos robustos trazem, por exemplo, justificativas relacionadas à necessidade de contratação de serviços, informações sobre o preço contratado e preço de mercado, justificativa por eventual pagamento de valores acima do valor de mercado, informações sobre a entrega do produto ou serviço e comentários sobre a qualidade do serviço prestado em comparação ao valor pago.

nas pessoas jurídicas envolvidas; e (xii) monitoramento contínuo do programa de integridade, com vistas a aperfeiçoar a prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos.

A CGU reuniu esses elementos no documento intitulado “Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas”, de setembro de 2015, que esclarece o conceito de “Programa de Integridade”, em consonância com a Lei n.º 12.846/2013 e sua regulamentação pelo Decreto n.º 8.420/2015.

Segundo este documento, um Programa de Integridade, para ser considerado adequado segundo a Lei Anticorrupção, deve possuir cinco pilares para seu desenvolvimento e implementação, quais sejam:

(i) Comprometimento e apoio da alta direção:

Trata-se de condição indispensável e permanente para fomentar uma cultura de ética e conformidade com a legislação e a aplicação efetiva do programa de conformidade. O comprometimento da alta direção é considerado um pilar fundamental de uma cultura organizacional em que funcionários e terceiros efetivamente prezam por uma conduta ética.

O comprometimento da alta direção deve ser visto como um trabalho contínuo por meio de iniciativas claras que enfatizem o comprometimento da alta direção, como: (i) inclusão de assuntos relacionados à integridade em comunicações corporativas, de forma a demonstrar que os funcionários têm conhecimento dos valores éticos pelos quais a empresa se pauta e as políticas que são aplicadas; (ii) verificação contínua e permanente da efetividade das ações de integridade em reuniões com gerentes e outros integrantes da média direção da empresa; (iii) destinação de recursos adequados para a implementação do programa de integridade; e (iv) boa conduta pessoal dos representantes.

(ii) Instância responsável:

As diretrizes da CGU recomendam que as empresas adotem todas as medidas necessárias para definir uma instância interna responsável por desenvolver, aplicar e monitorar o programa de integridade da empresa. A instância deve possuir autonomia, independência, imparcialidade, recursos financeiros, materiais e humanos e acesso à alta administração da entidade.

Embora não haja uma recomendação direta no sentido de que essa instância deve se configurar como um departamento autônomo, a CGU aponta como essencial que se disponha de autonomia profissional e de recursos financeiros, materiais e humanos suficientes para o exercício de atividades de integridade. Dessa forma, caso essa instância esteja incorporada em alguma outra área, é fundamental que se garanta a existência desses recursos (materiais, financeiros e de força de trabalho) de forma apartada das demais atividades.

A estruturação de um departamento de conformidade deve considerar que não há um padrão que funcione para todas as empresas, pois cada estrutura deve ser desenhada de acordo com as necessidades de cada organização, observando-se os seus próprios riscos e desafios³⁰⁴. No caso de empresas de grande porte, há uma recomendação mais clara para que haja um profissional ou uma equipe que esteja integralmente dedicada às questões de conformidade, a fim de se garantir que essas questões não sejam tratadas de forma secundária em relação às atribuições diárias de algum funcionário ou setor.

Ressalta-se que, além das diretrizes gerais, não há orientação específica no que tange à hierarquia e a alocação do departamento de conformidade. Nada obstante, é mais comum que as empresas optem por alocar o departamento de conformidade em subordinação ao departamento jurídico (também como forma de conferir sigilo profissional do advogado às discussões de conformidade, o que é extremamente relevante no caso de investigações internas de corrupção) ou por estruturar um departamento independente, subordinado diretamente ao conselho de administração da companhia.

(iii) Análise de perfil e riscos:

Reflete-se por meio do conhecimento dos processos e estrutura corporativa, identificação das principais áreas de risco e parceiros. De acordo com as diretrizes da CGU, aspectos como estrutura organizacional, quantidade de funcionários, questões fiscais e jurídicas e, principalmente, nível de interação com o poder público, devem ser considerados em uma avaliação da empresa nas interações com terceiros.

Esses fatores devem ser considerados como indicadores acessórios da avaliação de riscos, que deve focar em características como cultura local, nível de regulação estatal e

³⁰⁴ A recomendação do FCPA, por exemplo, é de que o responsável pelo programa de integridade seja um indivíduo que goze de uma autoridade gerencial que lhe permita acessar a alta direção da empresa.

histórico de corrupção, uma vez que o objetivo de tal análise é mapear situações ou fatores que possam facilitar, camuflar ou contribuir para prática de atos lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

A partir das diretrizes da Lei Anticorrupção e das melhores práticas, entende-se que a matriz de risco de uma organização deve ser definida a partir da avaliação de parâmetros como (i) a sua 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 ou representantes comerciais; (iv) o setor do mercado em que atua; (v) os países em que atua, direta ou indiretamente; (v) o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; e (vi) a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico. Esses parâmetros devem ser utilizados não apenas para a avaliação da exposição de risco de empresa, mas também para avaliação dos terceiros com quem a empresa interage. Assim, da mesma forma que uma empresa que atua diretamente com o setor público deve ter um sistema conformidade mais rígido, a contratação de um terceiro que atua diretamente com o setor público também exige uma avaliação mais criteriosa. Dessa forma, os parâmetros da “due diligence” de avaliação de terceiro variam de acordo com a exposição de risco do potencial contratado.

(iv) Estruturação das regras e instrumentos:

À luz da plena compreensão do perfil e riscos da empresa, devem ser criadas regras (*e.g.*, Código de Conduta³⁰⁵), políticas e procedimentos de prevenção, detecção e reporte de irregularidade. Devem ser previstas medidas disciplinares aos violadores dessas normas. O programa deve ser divulgado e contemplar treinamentos para os diferentes profissionais que atuem em áreas de risco da empresa.

³⁰⁵ Nesse contexto, deve-se considerar que um código de ética deve ser, sobretudo, fonte de consulta para o público interno e para parceiros de negócio da empresa sobre como se agir no caso concreto quando existirem dúvidas sobre questões de integridade. Dessa forma, além de ser escrito de forma clara e concisa, é importante que o código de conduta também seja um guia prático, que traga exemplo de condutas e orientações sobre como agir em casos específicos. Nesse sentido, as diretrizes da CGU sobre programas de integridade de empresas privadas propõem como possibilidade a existência de dois documentos complementares: um que trate de valores e princípios da empresa (código de ética) e outro que explicita a conduta a ser seguida pelos membros da empresa (código de conduta).

A Lei Anticorrupção, a CGU e as autoridades internacionais consideram que a adoção de medidas disciplinares é fundamental para comunicar a seriedade do programa de integridade, garantindo que não se trata de um “mero programa no papel”. Ademais, a existência que essas medidas garantem que o programa de conformidade seja efetivo, ao inibir violações.

É importante que a empresa mantenha regras escritas que especifiquem quais são as medidas disciplinares previstas e os casos em que se aplicam. É necessário esclarecer, também, quais são os procedimentos adotados e qual área possui a atribuição de apuração dos fatos e das responsabilidades.

Ademais, as punições devem ser proporcionais ao tipo de violação e ao nível de responsabilidade dos envolvidos. Deve existir também possibilidade de adoção de medidas cautelares, como o afastamento preventivo de dirigentes e funcionários que possam atrapalhar ou influenciar o adequado transcurso da apuração da denúncia.

Para que o programa de integridade tenha credibilidade, é fundamental que se garanta que nenhum dirigente ou funcionário deixará de sofrer sanções disciplinares na empresa, independentemente de sua posição.

O investimento contínuo em comunicação e treinamento é essencial para que o programa de integridade de qualquer empresa seja efetivo. Assim, é importante que as empresas forneçam a sua política a todos os seus empregados e terceiros, deixando-as facilmente acessíveis em meios físicos e eletrônicos.

No que tange aos treinamentos, as empresas devem manter um plano de capacitação com o objetivo de treinar seus empregados sobre o conteúdo e aspectos práticos das orientações e políticas de integridade, além de oferecer treinamentos direcionados, destinados às áreas que tenham contato com questões muito específicas ou expostas a alto risco.

Para que sejam mais eficazes, sugere-se que os treinamentos periódicos incluam situações práticas, estudos de caso e orientações sobre como resolver eventuais dilemas. Ademais, é importante que a empresa mantenha o registro dos treinamentos realizados e as respectivas listas de presença, a fim de gerar “provas positivas”, caso seja necessário que a empresa comprove os seus esforços na implementação do programa de integridade.

(v) Estratégias de monitoramento contínuo:

A falhas devem ser identificadas no menor tempo possível e gerar o imediato aperfeiçoamento do programa. A área de conformidade deve atuar de forma integrada e contínua com a rotina da empresa.

Sugere-se que as empresas mantenham canais de comunicação de violação de conduta, disponíveis por meio de “website” próprio, números de telefone, endereço de “e-mail” e endereço físico para envio de correspondências. Além de garantir a confidencialidade, a proteção à retaliação e a garantia ao anonimato, é importante que a empresa forneça ou siga fornecendo, conforme o caso, meios para que o denunciante acompanhe o andamento da denúncia, uma vez que a transparência do processo de apuração confere maior credibilidade ao sistema, assim como a aplicação de medidas corretivas.

Nos termos do Decreto n.º 8.420/2015, “Programa de Integridade” é, no âmbito de uma pessoa jurídica, “o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira” (art. 41).

Ou seja, trata-se de medidas anticorrupção adotadas pela empresa para prevenir, detectar e remediar atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira previstos na Lei n.º 12.846/2013.

Para que isso seja possível, as empresas precisam estar atentas às situações de risco nas quais o oferecimento de vantagem indevida a agente público ou a fraude em licitações ou contratos públicos é mais provável. Essa análise se insere dentro do pilar “análise de perfil e riscos”.

O guia “Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas” da CGU lista de forma exemplificativa os seguintes pontos de atenção:

- (i) Participação em licitações³⁰⁶;
- (ii) Obtenção de licenças, autorizações e permissões;
- (iii) Contato com agente público ao submeter-se a fiscalização;
- (iv) Contratação de agentes públicos³⁰⁷;
- (v) Contratação de ex-agentes públicos³⁰⁸;
- (vi) Oferecimento de hospitalidades, brindes e presentes a agentes públicos;
- (vii) Estabelecimento de metas inatingíveis e outras formas de pressão;
- (viii) Oferecimento de patrocínios e doações³⁰⁹;
- (ix) Contratação de terceiros³¹⁰; e

³⁰⁶É óbvio que a participação em licitações representa um risco do cometimento de violações à Lei Anticorrupção Participação em licitações. O artigo 5º da Lei Anticorrupção Brasileira apresenta uma série de atos lesivos à administração pública no âmbito de licitações.

³⁰⁷ O guia “Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas” da CGU dispõe o seguinte: “Ao contratar agentes públicos, a empresa deve ter especial diligência para verificar se a escolha foi feita em razão do acúmulo de conhecimento do agente público e com o intuito de prover aconselhamento técnico às decisões da empresa. Caso contrário pode haver a impressão de que a contratação tem como objetivo possibilitar um acesso facilitado a órgãos ou autoridades ou obter informação privilegiada. Procedimentos adicionais podem ser estipulados para verificar se a remuneração estabelecida está condizente com a qualidade e relevância do serviço prestado pelo agente público, de forma a evitar que algum pagamento indevido esteja sendo dissimulado como prestação de serviço. Além disso, a contratação de pessoas ligadas a agentes públicos (familiares, sócios etc.) pode acobertar o pagamento de uma vantagem indevida. A empresa deve também verificar se o agente público pode, de fato, ser contratado, de acordo com a regulação de conflito de interesses” (p. 12).

³⁰⁸ Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas” da CGU dispõe o seguinte: “Na eventual contratação de ex-agente público, a empresa deve verificar se ele não está obrigado a cumprir um período de afastamento do setor em que atuava quando era servidor ou empregado público (quarentena). Procedimentos adicionais podem ser estipulados para verificar se a remuneração estabelecida está condizente com a qualidade e relevância do serviço prestado, de forma a evitar que uma promessa anterior de vantagem indevida – feita enquanto o agente estava em exercício – esteja sendo dissimulada como prestação de serviço” (p. 12).

³⁰⁹ O guia “Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas” da CGU dispõe o seguinte: “O oferecimento de cortesias a agente público ou pessoas a ele relacionadas pode ser caracterizado como pagamento de vantagem indevida. Se a empresa efetua relações comerciais com outros países ou pretender ingressar no mercado internacional, ela deve ter atenção redobrada nesse assunto, sob pena de se caracterizar o suborno transnacional. Recomenda-se muita cautela com a oferta e o pagamento de hospitalidades, brindes e presentes a agentes públicos estrangeiros, pois podem ser entendidos, a depender da situação, como uma vantagem indevida, não somente pela Lei n.º 12.846/2013, mas também por outras legislações como, por exemplo, o FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) e o UK Bribery Act” (p. 12/13).

³¹⁰ O guia “Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas” da CGU dispõe o seguinte: “A utilização de terceiros nas relações entre a empresa e o setor público é fonte de grande risco para sua integridade, pois eles representam o interesse da empresa, ainda que não façam parte dos seus quadros ou não estejam diretamente subordinados a ela. De acordo com a Lei n.º 12.846/2013, as empresas podem ser responsabilizadas por todos os atos lesivos praticados em seu interesse. Desta forma, contínuo monitoramento deve ser voltado para o controle das ações daqueles que podem praticar atos em benefício ou interesse da empresa, pouco importando a natureza de seu vínculo” (p. 13). A definição de “Terceiros” engloba, mas não se limita, a prestadores de serviços, empregados terceirizados, consultores, autônomos, despachantes, subcontratados, agentes comerciais, quaisquer outras pessoas físicas ou jurídicas que representem ou atuem em nome da empresa e demais parceiros comerciais. A contratação de Terceiros deve ser realizada após a realização de “due diligence” que consiga mapear indicadores de potenciais problemas do Terceiro, ou seja, uma característica ou evento que, potencialmente, indica existirem problemas que podem impactar negativamente o valor da empresa.

(x) Fusões, aquisições e reestruturações societárias³¹¹.

Outros guias, em particular os elaborados por autoridades públicas estrangeiras com grande prestígio perante as autoridades locais, como os elaborados pelo DOJ, SFO britânico e OCDE, também servem como um parâmetro a ser, ao menos, observado nesta análise. O recente guia do DOJ, “Evaluation of Corporate Compliance Programs”³¹², por exemplo, detalha os fatores a serem considerados por promotores do DOJ para avaliar programas de conformidade na data das condutas e sua efetividade quando da imposição da sanção ou acordo no caso.

A análise desses materiais é importante, pois, mesmo quando não diretamente sujeitas às legislações internacionais, há uma tendência global de que as empresas se adequem a essas regras a fim de se tornarem mais atrativas e facilitar negociações com o mercado internacional, além de serem considerados como “modelos” no que tange ao combate à corrupção.

De todo modo, é reconhecido que, devido aos fatos e circunstâncias de cada caso, qualquer guia sobre a adoção de Monitores deve ser prático e flexível. O documento intitulado “A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices”, elaborado pela “Criminal Division” do DOJ e pela “Enforcement Division”, da SEC, também traz um mapa bastante completo sobre o FCPA e a utilização de Monitores.

Neste sentido, o DOJ e a SEC levam em conta diversos fatores para decidir se a adoção de um Monitor independente é apropriada, como: (i) o potencial benefício que a indicação de um Monitor pode ter para a empresa e para a sociedade; e (ii) os custos do monitoramento e o seu impacto para a operação da empresa. Além disso, avalia-se os potenciais benefícios do monitoramento à luz dos seguintes fatores: (a) se a conduta investigada envolveu a manipulação de livros contábeis e registros ou se aproveitou de um programa de conformidade ou de controles internos inadequados; (b) em que medida a prática investigada envolveu

³¹¹ O guia “Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas” da CGU dispõe o seguinte: “As fusões, aquisições e reestruturações societárias podem representar situações de risco, pois há possibilidade de a empresa herdar passivos de atos ilícitos praticados anteriormente à operação. Dessa forma, é importante que a empresa que não contribuiu para a ocorrência desses ilícitos esteja atenta a esse risco e adote bons procedimentos de verificação prévia” (p. 13).

³¹² Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Referido guia foi atualizado em junho de 2020.

diversas áreas da empresa ou se envolveu a participação ou aprovação da alta direção; (c) se a empresa realizou investimentos substanciais e melhoras no seu programa de conformidade e controles internos; (d) em que medidas as remediações e aperfeiçoamentos feitos no programa de conformidade e controles internos foram testados de modo a demonstrar que irão prevenir e detectar condutas similares no futuro³¹³.

Já para os processos envolvendo o CADE, situação na qual o Monitor buscaria garantir que não há corrupção como forma de viabilizar uma prática anticompetitiva, outros critérios precisam ser analisados.

O CADE editou, em 2016, um documento intitulado “Guia – Programas de Compliance: Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial” (“Guia do CADE”). Assim como na maioria dos guias de conformidade, esse documento não é vinculante e tem como premissa a ideia de que os programas de conformidade devem ser elaborados e implementados à luz das características e desafios específicos de cada empresa e mercado.

O guia busca sugerir medidas para reduzir as chances de que empresas cometam práticas anticompetitivas, tais como (i) condutas envolvendo empresas que concorrem entre si (práticas horizontais); (ii) condutas praticadas por agentes que atuam em níveis diferentes de uma mesma cadeia de produção (práticas verticais); ou (iii) condutas praticadas por agentes com posição dominante (unilaterais).

Além disso, o guia busca sugerir mecanismos de detecção e remediação dessas práticas. Nada obstante, o foco primordial são as práticas horizontais, tendo em vista que cartel é a prática anticompetitiva considerada mais negativa ao ambiente concorrencial³¹⁴.

Ao mesmo tempo em que o guia reconhece que um programa efetivo de conformidade deve contemplar o respeito a todas as regras aplicáveis e assegurar que haja uma cultura de respeito à integridade, o guia recomenda a adoção de material próprio e específico sobre temas

³¹³ Vide Criminal Division of the U.S. Department of Justice and The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices Act. p.74. 2020.

³¹⁴ Fonte: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-publica-guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao>.

de antitruste. Ou seja, o ideal é um programa que integre todas as exigências, sem deixar de cumprir com as peculiaridades de cada lei aplicável.

O Guia do CADE ainda reconhece, de forma louvável, que o programa não deve impactar os negócios de forma injustificada e a ideia é que ele se torne parte orgânica da empresa. Por outro lado, o guia deixa claro que programas de “fachada” não evitarão práticas anticompetitivas e também não garantirão desconto na aplicação de multa.

Segundo o Guia do CADE, alguns pontos principais são fundamentais para que um programa seja robusto. Esses pontos podem ser implementados de formas distintas e a substância é muito mais importante do que a forma. Listaremos abaixo esses pontos:

(i) Comprometimento:

Este ponto é considerado à “base de sustentação” de qualquer programa de conformidade bem-sucedido. Este comprometimento se dá por meio dos seguintes atributos: (i) envolvimento da alta direção; (ii) disponibilização de recursos adequados; e (iii) autonomia e independência do gestor do programa.

O envolvimento da alta direção pode se refletir de uma série de formas. O guia exemplifica algumas delas, como a inclusão de assuntos de conformidade antitruste na agenda fixa dos órgãos da empresa, a inclusão do tema como prioridade estratégica em apresentações institucionais, comunicações internas etc. e a disseminação de que, ao mesmo tempo em que a empresa busca bons resultados, isso não pode ser feito em desrespeito às leis antitruste.

Sobre recursos adequados, a ideia é que a empresa invista no desenvolvimento, implementação e acompanhamento do programa de conformidade antitruste tendo em vista as características específicas da empresa e do seu mercado de atuação. O guia é claro ao falar que o conceito de “recursos adequados” não significa, obrigatoriamente, recursos elevados. Ou seja, os recursos devem ser investidos de forma eficiente e proporcional ao risco.

Já a questão da autonomia e independência está, segundo o Guia do CADE, também relacionada com a competência do “time de compliance” e a relevância da sua posição dentro da estrutura corporativa. Contudo, o ponto principal é que o líder de conformidade tenha autonomia e independência suficientes para que possa, quando necessário, adotar medidas contrárias à convicção até mesmo da alta direção. Este ponto, na nossa visão, é um dos mais

sensíveis, pois é comum que a alta direção e o Diretor de Conformidade tenham discordâncias relevantes sobre temas sensíveis.

(ii) Análise periódica de riscos:

Apesar de óbvio, o Guia do CADE pontua que “programas bem estruturados são normalmente precedidos e acompanhados da realização de uma análise aprofundada dos riscos aos quais a entidade está exposta em suas atividades” (p. 19).

Além de questões já mencionadas (*i.e.*, porte da empresa, mercado, quantidade de empregados, etc.), outros temas devem ser analisados. O Guia do CADE indica, como exemplo, que “uma empresa que detém participação de mercado de 60% e atua em ambiente de rivalidade extrema com seus concorrentes está menos sujeita a riscos de práticas colusivas do que empresas que atuam em mercados de produtos homogêneos, têm estrutura de custos semelhantes e interagem de maneira frequente com concorrentes”.

Como parte da análise de risco, os riscos individualizados devem ser classificados e categorizados de modo que as medidas de conformidade possam ser empregadas com relação a elas. O CADE se utiliza da definição da “International Chamber of Commerce – ICC” para detalhar o que seria uma análise de risco e afirma que “analisar riscos implica tomar os já citados fatores externos a que uma organização está exposta e conjugá-los com dois outros aspectos: a probabilidade de que os eventos a que se está sujeito verifiquem-se na prática e o impacto que tais eventos teriam caso viessem a ser observados” (p. 20). O guia ainda indica que o ônus da prova de que um programa é eficiente recai sobre a própria empresa, de modo que é sugerido que o cálculo do risco seja pormenorizado e claro.

O guia ainda sugere caminhos para que os riscos sejam mapeados, como (i) a realização de entrevistas com funcionários de diversas áreas e níveis hierárquicos; (ii) visitas às unidades de negócio da empresa e ao mercado; (iii) abertura constante à revisão das estratégias adotadas e dos riscos já identificados; e (iv) canal de comunicação aberto com os colaboradores mais expostos aos riscos concorrenciais etc. Muitas dessas técnicas parecem ser similares ao que um Monitor corporativo faz como parte do seu trabalho.

(iii) Mitigação de riscos:

Nessa seção do guia, o CADE lista alternativas de mitigação de riscos decorrentes do cometimento de violações à legislação antitruste à luz das áreas identificadas como mais sensíveis do ponto de vista antitruste.

O guia lista (i) treinamentos de conformidade e comunicação interna; (ii) monitoramento do programa; (iii) registro das iniciativas, análises e processos relacionados à conformidade; e (iv) regime de consequências (punições internas).

(iv) Revisão periódica do programa:

O programa deve ser dinâmico e, portanto, revisto e adaptado periodicamente levando em conta as mudanças na organização, no mercado e, inclusive, na legislação e aplicação concreta da Lei Antitruste pelas autoridades.

(vi) Especificidades do caso concreto:

Este ponto diz respeito aos riscos particulares e específicos de cada organização e mercado. Empresas que participam de licitações, por exemplo, precisam de regras e procedimentos específicos sobre o tema.

(vii) Foco no combate a cartéis:

Como vimos, cartel é considerado pelas autoridades públicas como a pior das violações à ordem econômica e, portanto, devem receber preocupação particular³¹⁵.

Portanto, Os materiais, comunicações e treinamentos devem priorizar a prevenção aos cartéis institucionalizados. O guia ainda sugere que medidas específicas para o combate a cartéis em licitações sejam adotadas.

(viii) Regras relacionadas à participação em associações, sindicatos e “Standard Setting Organizations”:

Ao mesmo tempo em que o Guia do CADE reconhece a legalidade e a importância dessas organizações, o CADE inclui recomendações específicas de modo a destacar a

³¹⁵ Segundo a OCDE, cartéis geram um sobre preço estimado entre 10 e 20% se comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-publica-guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao>.

importância de que esses espaços não se tornem ambientes para a troca de informações concorrencialmente sensíveis e coordenação entre concorrentes.

(ix) Regras sobre como prevenir condutas unilaterais e restrições verticais:

Essas regras são particularmente relevantes para empresas com poder de mercado. A ideia é que, empresas dominantes, não podem adotar práticas não necessárias e desproporcionais com o objetivo de elevar os custos dos concorrentes ou excluí-los do mercado sem que possuam justificativas econômicas cujos benefícios econômicos superem os danos causados pela prática.

O Guia do CADE menciona, ainda, que, “para fins de estruturação de programas eficientes de conformidade, é importante que as entidades criem estruturas que, em primeiro lugar, garantam que os programas ou práticas de mercado sejam validados pela área responsável antes de serem implementados (p. 37)”.

Ademais, o guia do CADE indica que a existência de um programa de conformidade antitruste pode gerar redução das penalidades administrativas, bem como facilitar e antecipar a detecção da prática de modo a viabilizar a celebração de um acordo de leniência ou um Termo de Compromisso de Cessação com o CADE.

Como se pode notar, acordos administrativos impondo a nomeação de um Monitor precisam observar parâmetros claros. Princípios e normas aplicáveis ao tema devem moldar a decisão de se incluir um Monitor no acordo, o seu processo de nomeação, atuação, reporte, etc.

7.2.2. Esfera judicial

Diferentemente do que ocorre na esfera administrativa, há exemplos concretos da inclusão de Monitor no âmbito de acordo judicial no Brasil. Os casos da Braskem, Odebrecht, J&F e Rodonorte são exemplos disso.

No caso da Odebrecht, por exemplo, o acordo foi assinado em 1º de dezembro de 2016 e foi fundamentado nos seguintes textos normativos: art. 129, inc. I, da Constituição Federal; arts. 13 a 15 da Lei n.º 9.807/99; art. 1º, §5º, da Lei n.º 9.613/98; art. 5º, §6º, da Lei

n.º 7.347/85; art. 26 da Convenção de Palermo; e no art. 37 da Convenção de Mérida; nos arts. 4º a 8º da Lei n.º 12.850/2013; arts. 3º, §2º e §3º, 485, VI e 487, III, “b” e “c”, do CPC, arts. 840 e 932, III, do Código Civil, arts. 16 a 21 da Lei no n.º 12.846/2013; arts. 86 e 87, da Lei n.º 12.529/2011 e nos princípios de composição consensual, previstos no art. 2º da Lei n.º 13.140/2015. Os textos legais dos dispositivos mencionados são apresentados no Anexo I para facilidade de referência.

Mencionada a base legal utilizada para a celebração desse acordo, quatro questões devem ser esclarecidas como ponto de partida da discussão sobre a possibilidade, como um todo, da imposição de um Monitor por corrupção no âmbito judicial.

A primeira é que, assim como ocorre com relação às leis administrativas, a possibilidade de um Monitor não é prevista de forma específica como “sanção”. Obviamente, um juiz não pode aplicar uma sanção superior ao máximo previsto em lei à luz do princípio da legalidade.

A segunda é que as leis penais que aplicam sanções aos indivíduos não são aptas a impor um Monitor com relação a uma pessoa jurídica. Por isso, precisamos analisar se a Lei de Improbidade Administrativa ou a Lei da Ação Civil Pública, que dão ensejo a processos perante o Poder Judiciário e que podem incluir pessoa jurídica como ré, permite a imposição de algo como “outras medidas necessárias”, ou algo similar, que permita que um Monitor seja determinado como sanção. Pela nossa leitura das leis, essa possibilidade não existe. Reconhecemos, contudo, que juízes menos formalistas podem considerar que podem “criar” remédios para evitar a repetição ou a cessação da prática. Nada obstante, como estudamos ao longo deste trabalho, a imposição unilateral de um Monitor impõe desafios relacionados com sua legalidade e efetividade³¹⁶.

Terceiro, todos os princípios e normas que discutimos acima e que sejam aplicáveis aos litigantes em processo judicial, em particular o direito à ampla defesa e contraditório, são igualmente relevantes no âmbito judicial. A diferença aqui, contudo, é que o ordenamento jurídico pátrio exige igualdade de direitos e poderes entre acusação e defesa e,

³¹⁶ Aqui fazemos referência ao quanto discutido anteriormente no sentido de que um Monitor costuma não ser entendido como sanção e a falta de cooperação da empresa monitorada compromete muito a sua efetividade e, eventualmente, viabilidade.

do ponto de vista legal, exige-se, além de imparcialidade do julgador, a sua equidistância em relação às partes.

Quarto, tudo o que discutimos acima sobre o Sistema Adversarial e Sistema Inquisitorial é importante aqui. Ou seja, um acordo lícito deve fazer parte de um arcabouço legislativo e institucional amplo, de modo que toda a vez que a acusação em um processo judicial possuir poderes de caráter inquisitorial, um acordo estará mais distante do ideal de justiça e legalidade.

Feitos esses esclarecimentos preliminares, temos que responder se poderia, então, haver um acordo judicial em temas relacionados com a corrupção e, em particular, prevendo a inclusão de um Monitor?

A resposta, como vimos, parece ser positiva do ponto de vista teórico, mas sua legalidade depende de uma série de fatores. Por exemplo, o acusado deve optar de forma livre a celebrar o acordo mesmo dispondo de todos os direitos que um litigante ou acusado devem possuir em um processo judicial.

Como vimos, isso inclui amplo direito ao contraditório, ampla defesa e respeito ao princípio do juiz natural e imparcial. Ou seja, as características do Sistema Adversarial analisadas acima, em especial no que tange à igualdade de força entre acusação e defesa existente, distanciamento do juiz, direito de produzir provas, etc., devem ser respeitados para que um acordo possa ser considerado lícito. Caso contrário, o acordo será uma ilegal manifestação de um pacto de sujeição decorrente da desproporcionalidade de força entre acusação e defesa.

Além disso, não deve ser esquecido que a função dos acordos está relacionada, no sistema brasileiro, com a elucidação dos fatos reais, de modo que um acordo não pode ser firmado apenas como uma forma de encurtar o processo. Em outras palavras, os princípios da eficiência e o da economia processual, que são utilizados para justificar uma solução negociada, não podem fazer com que se ignore a necessidade de quem um acordo seja precedido do cumprimento das exigências legais para a sua celebração.

Neste particular, é fundamental que a defesa tenha clareza de que o MP é parte do processo e não julgador e que não poderá impor qualquer sanção, mas apenas requerer que o

Juiz aplique uma sanção ou homologue um acordo que atenda aos requisitos exigidos pela lei. Cabe, portanto, ao juiz a decisão final e excessos e ilegalidades não devem ser aceitos. Vimos, neste particular, como outros países impuseram limites aos poderes da acusação quando isso poderia ofender o ordenamento jurídico pátrio.

Por ser o MP, CGU e os demais legitimados para ajuizar ações sancionadoras por corrupção partes do processo, haveria maior discricionariedade para que essas partes possam requerer a imposição de uma sanção dura caso um acordo não seja celebrado, mas cabe ao juiz assegurar que a sanção respeitará as leis aplicáveis e a jurisprudência sobre o tema.

Em caso de acordo, por exemplo, deveria o juiz verificar o preenchimento dos requisitos legais e, ao mesmo tempo, respeitar a autonomia das partes para transacionar desde que o processo de barganha tenha sido justo.

Vale ainda lembrar que a Lei Anticorrupção, em seu art. 19º, prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o MP, poderão ajuizar ação de responsabilização judicial, sob o rito previsto na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um ano e máximo de cinco anos. Ou seja, a aceitação de um Monitor no âmbito de um acordo pode ser do melhor interesse da defesa, mas deve ser considerada em comparação apenas com outras soluções lícitas.

A partir da análise dessas questões, cabe à defesa lutar pelo respeito aos direitos do acusado e exigir que o juiz não aceite violações a esses direitos, inclusive se utilizando dos recursos cabíveis. Caso opte por celebrar um acordo, incluindo com a nomeação de um Monitor, que isso seja feito respeitando-se seu livre arbítrio, presunção de inocência, ampla defesa e contraditório.

8. PONTOS CRÍTICOS SOBRE A UTILIZAÇÃO DE MONITORES NO BRASIL

Analisamos, acima, quais são os pontos que devem ser observados quando da celebração de acordos envolvendo a imposição de Monitores no âmbito de acordos celebrados perante autoridades administrativas e perante o Poder Judiciário.

Portanto, resta-nos analisar algumas características particulares existentes no Brasil que demandam análises específicas sobre a conveniência e efetividade da utilização dos Monitores no Brasil.

Não tratamos mais, portanto, apenas da legalidade e possibilidade da utilização dos Monitores, mas sobre a sua adequação, conveniência e efetividade tendo em vista aspectos únicos relacionados ao Brasil de natureza normativa, cultural, econômica e social.

8.1. Indisponibilidade da utilização de um monitor em determinados casos

Como vimos ao longo deste trabalho, inexistente previsão legal para a imposição de Monitores de forma unilateral (*i.e.*, como “sanção”) no Brasil. Ou seja, os Monitores, quando impostos no contexto de investigações governamentais, foram sempre objeto de um acordo firmado entre a empresa investigada e as autoridades governamentais.

De fato, a única referência mais direta com relação a algo similar a um Monitor está presente em procedimentos do MPF sobre a celebração de acordos de leniência que, em sua Orientação 7ª/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), faz breve referência à “auditoria externa” (ou seja, pode inclusive ser algo diferente ou mais amplo do que um Monitor) como parte das obrigações assumidas pela empresa que assina o acordo³¹⁷.

Por outro lado, há referência no art. 37, do Decreto n.º 8.420/2015, de que a avaliação da efetividade de um programa de conformidade pode ocorrer durante o cumprimento de um

³¹⁷ Vide item 2) da Orientação n.º 07/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do MPF.

acordo de leniência cuja obrigação é a implementação ou melhoria do programa de conformidade. Essa função, em tese, poderia ser realizada por um Monitor³¹⁸.

Ocorre que, sem a previsão expressa da imposição de um Monitor como “sanção” (ou seja, de forma unilateral), a sua imposição é absolutamente ilegal exatamente nos casos em que isso pode ser mais recomendável (*i.e.*, nos casos em que a empresa acusada opta por litigar até o final e não reconhece a sua culpa).

Essa questão se torna mais sensível no Brasil, pois, além da insegurança jurídica que existe com relação ao tema, e questões sobre a prescrição, presunção de inocência e momento do cumprimento da pena que analisaremos abaixo, todas as decisões das autoridades administrativas podem ser questionadas perante o Poder Judiciário. Ou seja, há um incentivo adicional à não celebração de acordos no Brasil.

Por este motivo, o presente trabalho também propõe mudanças legislativas no sentido da inclusão da possibilidade da imposição de Monitores como resultado possível de um processo sancionar para a prática de corrupção, mesmo que de forma unilateral. Além de permitir a utilização de um Monitor nos quais a empresa opta por litigar até o final e não reconhece culpa, essa mudança criará um incentivo adicional à celebração de acordos prevendo um Monitor, pois a empresa, não possuindo um programa de conformidade e controles internos adequados, sabe que poderá ter um Monitor imposto mesmo que não celebre um acordo.

Além disso, e ao invés da possibilidade de dissolução da empresa, a lei deveria obrigar a “transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade” quando a alta administração se envolver em corrupção de forma reincidente dentro de determinado período após um monitoramento (*e.g.*, cinco anos). Ou seja, uma empresa que comete corrupção é condenada, passa por um monitoramento e volta a cometer as mesmas infrações precisa mudar definitivamente de mãos e de gerenciamento.

Outra deficiência do sistema pátrio é que a Lei de Improbidade Administrativa não dispõe de um acordo próprio, previsto expressamente em lei. Essa situação produz uma incoerência no sistema, pois “um mesmo fato pode gerar consequências sancionadoras nas

³¹⁸ VERÍSSIMO. Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo, SaraivaJur, 2018. P. 339.

diversas instâncias, o que pode gerar certo temor ao potencial colaborador de entregar provas em troca de benefício numa instância e se auto incriminar em outra instância em troca de nenhum prêmio”³¹⁹.

A conveniência de se prever expressamente a possibilidade da nomeação de um Monitor está relacionada com a origem do ordenamento jurídico brasileiro que, como vimos, adota o “Sistema de Civil Law”.

Assim, diferentemente dos EUA, localidade na qual as decisões judiciais são vinculantes e fonte da lei, o Brasil necessita de previsão legal para que determinadas sanções sejam impostas por autoridades públicas administrativas e também no âmbito judicial.

8.2. Aspectos normativos e culturais

Analisamos em detalhes a questão do Sistema Inquisitorial, tradicionalmente utilizado no Brasil, comparando-o ao Sistema Adversarial, de origem no “Sistema de Common Law”. Vimos as inúmeras distinções existentes entre os dois sistemas e os seus reflexos para o tema dos acordos em matéria de corrupção.

Cabe-nos, agora, pontuar como as características de cada sistema refletem objetivos próprios do processo e, de maneira mais ampla, do que se espera da justiça. Neste particular, a cultura de “Civil Law”, predominante na América Latina, tem a “justiça” como o principal objetivo do processo. A “paz social” e a eficiência processual, tão priorizadas na “Common Law”, não geram em todos os casos justiça, pois não resultam, obrigatoriamente, na aplicação da sanção prevista ao violador. No caso de um acordo, essa percepção de injustiça fica ainda mais clara, pois ocorre o abrandamento da pena prevista em lei.

Assim, podemos falar que um acordo é visto como uma possível fonte de impunidade no Sistema Inquisitorial de modo que, ao celebrarem acordos, autoridades públicas podem perder o prestígio junto à sociedade e magnificar a sensação de impunidade que já prevalece no Brasil.

³¹⁹ Trecho “Justificativas” do MPF em relação ao Projeto de Lei das “Medidas Anticorrupção”. Disponível em http://www.mpf.mp.br/pgt/copy_of_pdfs/medidas-anticorrupcao.pdf. Acesso em 11 de julho de 2020.

Isso não é pouca coisa, pois, como veremos, a sensação de impunidade fomenta um ambiente no qual a corrupção disseminada e sistêmica prevalece, o que gera impactos para a efetividade de um Monitor e a manutenção de um “equilíbrio de corrupção”.

Com vistas a evitar essas questões, há, neste contexto, um objetivo específico de um acordo no Brasil. Em particular, apesar de se reconhecer que um acordo possa ser relevante como elemento para demonstrar culpa, um acordo, por si só, pode não fornecer todos os casos elementos suficientes para uma condenação, cabendo ao juiz analisar todos os elementos disponíveis³²⁰.

Também não se trata de uma análise só de conveniência e oportunidade, pois parâmetros legais claros devem ser observados e o interesse público deve ser atingido, respeitando-se todos os direitos do acusado.

Essa questão se torna mais delicada quando multas são pagas por empresas envolvidas em corrupção em valores que, apesar de altos, parecem inferiores à vantagem auferida ao longo de anos ou décadas de atuação corrupta.

A título de exemplo, mesmo uma multa de alguns bilhões por uma prática que dura décadas pode ser irrisória quando a comparamos com o faturamento anual estimado dessas grandes empresas, como a J&F, com faturamento anual que pode chegar a cerca de R\$ 170 bilhões³²¹. Ou seja, surge a percepção de que o crime compensa, o que gera problemas de efetividade e credibilidade da adoção da “justiça negociada”.

8.3. Alegação de ilegalidade da “justiça negociada”

Vimos acima que diversas normas e princípios precisam ser observados quando falamos de acordos em temas de corrupção envolvendo a nomeação de um Monitor. Nada obstante, e como será detalhado a seguir, existem argumentos jurídicos teóricos no sentido de

³²⁰ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 22.

³²¹ http://www.eldoradobrasil.com.br/img/perfil_news.pdf;

que esses acordos seriam ilícitos sempre, por serem incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro.

Apesar de não considerarmos que esses acordos seriam vedados no sistema jurídico pátrio em todos casos, desde que respeitadas as normas analisadas acima, é importante que consideremos argumentos contrários a esse entendimento para que haja mais rigor e cuidado quando um acordo envolver essas questões.

Os que argumentam contra esses acordos em matéria penal, envolvendo ou não corrupção, e de forma direta (processo criminal) ou reflexa (impactos gerados no âmbito penal por um processo administrativo), dizem que esses acordos têm origem em países do sistema de “Common Law”, o que não seria o caso do Brasil. Este argumento, na nossa visão, não seria suficiente para demonstrar a sua ilegalidade no Brasil, mas apenas que determinados ajustes podem ser necessários quando esse instituto é importado para um sistema de tradição no “Civil Law”, como o brasileiro.

Contudo, há quem diga que nenhum ajuste seria capaz de tornar a contratualização do Direito Penal lícita no Brasil, pois esses acordos representam ofensa ao contraditório, ampla defesa e a própria sistemática processual, em particular no que se refere ao princípio do juiz natural³²² e inafastabilidade do Poder Judiciário quando autoridades administrativas celebram acordos que proíbem que o acusado recorra ou questione o processo perante o Poder Judiciário³²³. Sobre o tema (CAPELA, 2020):

Diversos direitos dos réus são sacrificados no “plea bargaining”, dentre eles a presunção de inocência (pois caberia ao Ministério Público ter que provar a existência e autoria do crime); o direito à produção de provas; o direito à confrontação das provas produzidas contra si; o direito ao silêncio; o direito a ser julgado por um órgão imparcial; o direito a poder recorrer de uma

³²² De acordo com Vladimir Aras, o direito ao juiz natural não é vulnerado pelo acordo penal, pois “a atividade negocial ou de barganha não é a sua competência, mas sim atribuição do Ministério Público, de (não) exercício da ação penal, função que é estranha aos juízes, à luz do artigo 129, I, da Constituição”. Além disso, “o juiz natural participará necessariamente do procedimento negocial, uma vez que (...) cabe-lhe homologar o ajuste entre o Ministério Público e o investigado” (ARAS, Vladimir. “Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução penal – Resolução 181/2017 do CNMP, 336 p., vários autores – Salvador: Juspodivm, 2017, p. 292).

³²³ Vide, sobre o tema, que “são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória” (Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013, Art. 3º-C, §7º-B, conforme alterada pela Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019).

decisão. Existem várias razões para reconhecer a inconstitucionalidade do referido projeto, tais como:

(a) o fato de a liberdade, enquanto direito fundamental (Constituição da República, art. 5º, caput, LIV), ser um bem jurídico indisponível, impede que possa ser transacionada, portanto;

(b) a participação do Judiciário no atuar meramente homologatório não satisfaz a reserva de jurisdição no que toca à prisão “aceita” pelo réu, pois a Constituição prevê em seu art. 5º, LXI que, com exceção da prisão em flagrante e das prisões por crimes militares próprios, alguém somente pode ser preso se houver uma ordem escrita e fundamentada emanada de uma autoridade judiciária competente. Ou seja, o Judiciário deve construir o raciocínio jurídico de forma fundamentada quando se trata de ordenar a prisão de um cidadão, não bastando apenas “homologar” um documento produzido pelas partes³²⁴.

Há, ainda, o argumento de que esses acordos podem permitir a aplicação imediata da pena, o que poderia gerar um incentivo à utilização desmedida desse mecanismo e a priorização da eficiência e economia processual em detrimento da busca da verdade real. Esse último objetivo seria um valor superior aos demais indicados no sistema pátrio e, portanto, não poderia ser preterido por conta desses acordos.

De mais a mais, poder-se-ia argumentar que, caso ajustes no sistema pátrio sejam suficientes para tornar o acordo em matéria de corrupção lícito no Brasil, essas mudanças não foram feitas até o momento de maneira adequada. Em particular, existem regras extravagantes e poderes extraordinários para o órgão de acusação, ou seja, para o MP, ou para a autoridade administrativa, e o juiz segue com uma atuação bastante ativa, inclusive determinando medidas investigativas.

Por conta disso, imaginar “que o réu (em boa parte das vezes preso) está em igualdade de condições com o Ministério Público para negociar parte de sua vida, ou seja, sua liberdade, é pura ingenuidade” (CAPELA, 2020)³²⁵. Ademais, a possibilidade de negociar a liberdade, com a condição de confessar ou acusar um terceiro, sob a ameaça de permanecer preso ou de

³²⁴ CAPELA, Fabio. Plea bargaining: o projeto de “negociata penal” de Sérgio Moro: Revista: Justificando mentes inquietas pensam Direito, Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/05/29/plea-bargaining-o-projeto-de-negociata-penal-de-sergio-moro/>. Acesso em 30 de abril de 2020.

³²⁵ Ibidem.

futura condenação a uma pena superior à ofertada, cria todas as condições para que um inocente seja acusado ou mesmo que “confesse” sua culpa³²⁶.

Determinadas técnicas de investigação podem criar o problema ainda mais e tornar a barganha do acordo afetada, como quando a polícia ou o MP finge ter provas da culpa de uma pessoa para encorajá-la a confessar.

Há, ainda, outro paradoxo com relação ao tema. Em um sistema como o brasileiro, no qual o “promotor” não pode escolher se irá processar ou não o acusado em todas as situações, por conta do princípio da obrigatoriedade da ação penal, permitir que o processo seja encerrado com um acordo é uma forma de flexibilizar a rigidez do Sistema Inquisitorial, o que gera questionamentos sobre a legalidade desse instituto.

Uma forma, contudo, de minimizar o risco de que a situação acima ocorra é exigir que haja inegável corroboração de todas as informações por meio da apresentação de outros elementos de prova, não valendo o depoimento em si como meio de prova e a possibilidade de rescisão do acordo em casos de manipulação da verdade ou má-fé.

8.4. Impunidade

Os elementos tradicionais da “barganha” no sistema estadunidense são absolutamente distintos dos existentes em uma negociação no Brasil tendo em vista elementos como a presunção de inocência, o momento da prisão e os regimes de prescrição que são causas recorrentes de impunidade no Brasil.

É fundamental destacarmos, contudo, que, a despeito de a Lei Anticorrupção envolver sanções cíveis e administrativas, e o Direito Penal possuir princípios e normas próprias que aumentam a possibilidade de impunidade na esfera criminal, entendemos que existe uma direta relação entre a persecução criminal e administrativa quando falamos de corrupção, em particular quando falamos em acordos de leniência.

³²⁶ CAPELA, Fabio. Plea bargaining: o projeto de “negociata penal” de Sérgio Moro: Revista: Justificando mentes inquietas pensam Direito, Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/05/29/plea-bargaining-o-projeto-de-negociata-penal-de-sergio-moro/>. Acesso em 30 de abril de 2020.

Com efeito, a efetivação física e concreta dos ilícitos, no mundo material, em benefício da pessoa jurídica, ocorre com a imprescindível atuação de pessoas físicas, como acionistas, executivos, empregados, prepostos ou contratados, os quais igualmente detêm conhecimento de detalhes e informações em função da prática concreta dos atos ilícitos”³²⁷.

Assim, “a extensão subjetiva da negociação às pessoas físicas, para incluí-las nas tratativas acertadas com a pessoa jurídica, envolvida ou beneficiada pelas práticas ilícitas e qualificada para a colaboração, mostra-se relevante e útil, conforme o caso. Embora possa integrar estratégia adotada pela(s) parte(s) em cada caso, tal elastecimento move-se por razões de ordem prática e jurídica” (MPF, 2020)³²⁸.

Como amplamente reconhecido pelas autoridades governamentais, e até como algo intuitivo, o medo da prisão é um dos principais instrumentos para que executivos tenham receio de descumprir a lei e que, quando descumpram, aceitem fazer acordos. Ou seja, na análise da relação entre custo e benefício da prática da corrupção, ser preso nunca compensa quando falamos de alto executivos.

No Brasil, contudo, a prisão costuma ser uma possibilidade remota em termos de possibilidade e momento. O Código de Processo Penal brasileiro, em seu art. 283, determina que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

A prisão temporária, prevista na Lei n.º 7.960 de 1989, ou preventiva, prevista no art. 282 do Código de Processo Penal, são, portanto, hipóteses excepcionais e, segundo a lei, só podem ser aplicadas quando e enquanto requisitos específicos estiverem presentes.

A título de exemplo, o Código de Processo Penal prevê, em seu art. 282, §6º, que “a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por

³²⁷Nota Técnica n.º 1/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF, p. 13. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

³²⁸ Nota Técnica n.º 1/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF, p. 13. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”.

Ao seu turno, o art. 1º da Lei n.º 7.960 de 1989 prevê o seguinte:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu §2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§1º e 2º);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas;

o) crimes contra o sistema financeiro

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

A possibilidade da execução provisória da pena é um tema bastante relevante no que se refere aos incentivos de uma parte em celebrar um acordo no Brasil. Esse raciocínio vale tanto para processos judiciais, nos quais o tempo médio é de quase cinco anos³²⁹ (e muito maior para os processos de alta complexidade envolvendo corrupção), quanto para processos administrativos de menor duração, pois decisões administrativas também podem ser questionadas perante o Poder Judiciário com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

³²⁹Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/julgamento-dos-processos-mais-antigos-reduz-tempo-medio-do-acervo/>. Acesso em 11 de julho de 2020.

Neste sentido, a possibilidade da aplicação da sanção antes do trânsito em julgado é considerada como uma importante forma de efetivação do processo e, de forma mais ampla, da justiça.

Existem decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo esse entendimento³³⁰, bem como do Supremo Tribunal Federal:

O Plenário, em recente julgamento do HC 126.292/SP, relatoria do Min. Teori Zavascki (Ata n.º 2, DJe 19.2.2016), firmou entendimento no sentido de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. Logo, uma decisão condenatória de segunda instância poderia ser executada na pendência do recurso. Precedentes. (ARE n.º 737.305 no AgR/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10/08/2016).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente pronunciamento, reiterou o entendimento no sentido da possibilidade de execução provisória da pena. Refiro-me às medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, da relatoria do Min. Marco Aurélio. (HC n.º 137.716/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 07/11/2016; no mesmo sentido: HC n.º 137.849/ES, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 25.10.2016; HC n.º 130.709/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 16/06/2016).

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal. (ARE 964.246/SP, de Relatoria do Min. Teori Zavascki – Tema n.º 925, decisão do Plenário Virtual do STF em 11/11/2016).

Nada obstante, no final de 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, salvo no caso de prisão preventiva ou temporária, o cumprimento de pena só deve começar após esgotamento de todos os recursos³³¹.

Ademais, criminosos de colarinho-branco costumam contratar advogados com elevada qualidade técnica, e poderão arcar com os custos envolvidos para que sejam manejados todos os recursos possíveis e imagináveis, bem como outras manobras (*e.g.*, pedido de vistas, oitiva de inúmeras testemunhas, etc.), pois, com base no sistema de prescrição do Código Penal

³³⁰ Corte Especial - QO na AP n.º 675/GO, Rel. Ministra Nancy Andrigui, julgado em 06/04/2016, DJE 26/04/2016.

³³¹ Vide decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1#:~:text=STF%20decide%20que%20cumprimento%20da, Penal%20para%20a%20pris%C3%A3o%20preventiva>. Acesso em 11 de julho de 2020.

brasileiro, postergar pode ser a melhor estratégia para ganhar um caso. Assim, a prescrição é outra válvula de escape da maior parte de criminosos poderosos para furtar a aplicação da lei.

A questão da prescrição é particularmente preocupante quando notamos que crimes associados à corrupção ocorrem por meio de complexos esquemas de ocultação que incluem a participação de empresas de fachada, instituições financeiras no exterior, lavagem de dinheiro, falsificação de documentos, etc. Assim, os agentes públicos precisam de muito mais tempo e provas para conseguir sustentar uma condenação perante um juiz.

Outro elemento interessante de se notar é o fato de que o Monitor é nomeado em investigações envolvendo empresas no polo passivo. Ou seja, a pessoa jurídica, que não pode ser presa, precisa ser parte do processo ou acordo para que um Monitor faça sentido. Ocorre, contudo, que o prazo para configuração da prescrição da pretensão punitiva nos crimes envolvendo pena restritiva de direito é mais exíguo, em razão do tempo de pena fixado, situação que reforça a necessidade de início da execução provisória quando a pessoa jurídica está no polo passivo.

Com efeito, levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) demonstra que, entre 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e atos de improbidade administrativa.

Tendo em vista que “a demora processual desacredita a justiça penal”³³², bem como qualquer outra esfera da justiça, a alta possibilidade de que o acusado se beneficie da prescrição cria um relevante incentivo para que um acordo não seja firmado.

Vale notar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a sentença condenatória interrompe o prazo de prescrição, o que tende a reduzir a ocorrência deste instituto em casos de longa duração³³³.

Outro elemento que pode levar a impunidade é o caráter amplo que se dá ao direito contra autoincriminação do direito brasileiro. Segundo Luiz Flávio Gomes, esse princípio se

³³² GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 2006.

³³³ Vide julgamento do Habeas Corpus (HC 176473), de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, em 28 de abril de 2020.

desdobra em uma série de direitos, como os seguintes: (a) direito ao silêncio; (b) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (c) direito de não declarar contra si mesmo; (d) direito de não confessar; (e) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros; (f) direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica; (g) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa; e (h) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória³³⁴.

Este princípio está expresso no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que estabelecem que toda pessoa acusada de um delito terá direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Esses elementos tornam um acordo menos provável em cenários nos quais a empresa acusada não leva em conta outros elementos, como o risco reputacional da investigação, na hora de avaliar o custo-benefício do acordo.

8.5. Insegurança jurídica

No Brasil, a competência para firmar acordos de leniência é atribuída dispersamente à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, prevendo ainda a competência à CGU no âmbito do Poder Executivo Federal, além da discutida competência do MP e do CADE, que já firmaram acordos na Operação Lava-Jato. Apenas como parâmetro, nos EUA, a competência para firmar os acordos de leniência relacionados com corrupção está centralizada no DOJ e na SEC e, como vimos, há coordenação entre as empresas quando da inclusão de um Monitor em um acordo³³⁵.

Obviamente, é extremamente complexo negociar um acordo em uma grande investigação de corrupção, em particular uma envolvendo a imposição de um Monitor e

³³⁴ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 04-02-2011. Acesso em 11 de julho de 2020.

³³⁵ Vide Criminal Division of the U.S. Department of Justice and The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices Act. p.74. 2020.

quando múltiplas autoridades estão investigando os mesmo fatos, seja no Brasil, seja no exterior.

Ao passo que a negociação de um acordo englobando todas as autoridades não possui previsão legal e gera dificuldades práticas, a celebração de acordos individuais gera riscos diversos, como a possibilidade de que obrigações contraditórias sejam assumidas, valores excessivos sejam pagos e, inclusive, que um consenso sobre a conveniência de se celebrar um acordo seja alcançado.

A decisão de celebrar um acordo leva em conta uma análise de custo benefício. Nenhuma empresa se sente segura em negociar um acordo, particularmente quando isso implica contratação de um Monitor, existindo questionamento sobre a possibilidade e legalidade do acordo, quais são as autoridades legitimadas para firmá-lo e em quais condições um acordo é lícito, etc.

Ao analisar a questão, o MPF destaca que, no âmbito da negociação de um acordo, é necessário que o seguinte seja apresentado ao infrator-colaborador:

os elementos de risco a serem sopesados (em que concorrem as probabilidades de detecção oficial pelas autoridades, a severidade das sanções previstas e o receio de punição efetiva) e aqueles de incentivo (afetos aos benefícios legais, o grau de imunidade passível de ser obtido, a transparência e objetividade das regras relativas aos acordos e espaços limitados de discricionariedade estatal na efetivação das avenças)³³⁶.

A situação se torna particularmente problemática no Brasil, pois um esquema de corrupção pode desencadear investigações de múltiplos órgãos, com competências distintas e possivelmente sobrepostas, com interesses distintos e regras próprias com relação à matéria.

³³⁶ Nota Técnica n.º 1/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF, p. 6. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

Sobre o tema, “quanto maior o número de legitimados, maior será a insegurança jurídica, a alta exposição do investigado sobre os seus ilícitos, a diminuição da vontade de cooperar e a possibilidade de violação do sigilo”³³⁷.

Para solucionar a questão, Justino de Oliveira (2020) propõe a criação de uma Comissão ou Comitê que possua representantes de todos os órgãos competentes e esteja apto para negociar e aprovar esses acordos em matéria de corrupção para superar essa deficiência³³⁸.

Apesar de serem louváveis sugestões para melhorar a questão, é nítido que uma comissão dessa natureza, com tantos membros e uma composição tão heterogênea, teria grandes dificuldades para alcançar consenso e estar particularmente suscetível a vazamentos de informações.

Vale destacar que, mesmo no âmbito do mesmo órgão, há casos de não homologação de acordos negociados por longos períodos, como no caso do acordo de leniência firmado entre autoridades brasileiras, Petrobras, SBM Offshore e SBM Holding. O acordo envolveu, além do MPF no Rio de Janeiro, a CGU e a AGU, e não foi homologado na sessão colegiada da Câmara de Combate à Corrupção do MPF quando da sua primeira submissão em 1º de setembro de 2016³³⁹, sendo homologado futuramente após ajustes.

8.6. Corrupção sistêmica

Como vimos, o Monitor tem a função de assegurar que a empresa monitorada está cumprindo com as obrigações assumidas com o governo e que não voltará a se envolver em

³³⁷ Trecho “Justificativas” do MPF em relação ao Projeto de Lei das “Medidas Anticorrupção”. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/medidas-anticorruptao.pdf. Acesso em 11 de julho de 2020.

³³⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência. Conj. 29 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/259553/a-inseguranca-juridica-das-empresas-e-os-acordos-de-leniencia-na-legislacao-anticorruptao-brasileira>. Acesso em 11 de julho de 2020.

³³⁹ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-nao-homologa-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore>. Acesso em 11 de julho de 2020.

corrupção. Assim, o Monitor é indicado naquela empresa específica que não consegue, sem um auxílio externo e independente, atuar de forma íntegra.

A sua utilização, portanto, pressupõe que as demais empresas do mercado atuam de forma íntegra e a empresa monitorada é uma “fruta podre” em um cesto de “frutas” boas.

Ocorre, contudo, que quando o Monitor é imposto em uma empresa que atua em uma jurisdição na qual há corrupção disseminada e sistêmica, outras considerações devem ser levadas em conta.

Quando falamos em corrupção sistêmica, fazemos referência à existência de ampla corrupção em um ambiente no qual nenhum ator possui incentivos para mudar o sistema, criando um problema coletivo.

Nesta situação, atores atuam de uma forma a reforçar o “equilíbrio da corrupção”, no qual os agentes atuam de forma corrupta e convivem com ou toleram a corrupção, pois consideram ou esperam que todos atuem de forma corrupta de modo a alimentar um ciclo de deterioração da integridade na sociedade³⁴⁰.

Para quem não leva em conta aspectos morais, éticos ou religiosos que condenem a corrupção, a decisão de participar de condutas envolvendo corrupção leva em conta o “custo-benefício” da prática.

Do ponto de vista da empresa corrupta, elementos como o risco e as consequências de ser sancionado, bem como a vantagem oferecida entram no custo, enquanto o ganho do esquema entra no benefício. Do ponto de vista do agente público, o custo é o risco e as consequências de ser pego e o benefício é o ganho indevido que recebe por participar da conduta.

Por este motivo, há um alinhamento de interesses entre empresas corruptas e agentes públicos corruptos para que o “status quo” seja mantido e que todos sejam protegidos e sigam “faturando” com a corrupção.

³⁴⁰ Alina Mungiu-Pippidi, *Contextual Choices In Fighting Corruption: Lessons Learned* (2011); Anna Persson et al., *Why Anticorruption Reforms Fail – Systemic Corruption as a Collective Action Problem*, 26 *Governance* 449 (2013).

São esses agentes, contudo, que costumam estar mais bem posicionados para implementar reformas que aprimorem as instituições e normas jurídicas para que a corrupção seja evitada e reprimida. Consequentemente, há uma tendência para que haja a manutenção da corrupção ou, em outras palavras, um “equilíbrio da corrupção”.

Ademais, em uma sociedade na qual corrupção é comum, poucos irão ousar denunciar isso. Quem denuncia pode ser condenado socialmente e empresários tendem a acreditar que não há opção de não participar da corrupção e seguir no mercado.

Ray Fisman e Miriam A. Golden (2017, p. 6) argumentam que, em uma sociedade na qual corrupção é comum, poucos irão ousar se levantarem contra a corrupção e denunciar ilícitos de forma individual. Pode haver, até mesmo, desaprovação social e risco de ataques físicos contra quem denuncia corrupção³⁴¹.

A teoria “corruption-as-equilibrium”, analisada por estes autores, pode explicar isso. Não é que as pessoas possuem menos ética em países mais corruptos, mas sim que o custo social de não atuar da forma como se opera pode gerar custos muito elevados.

Ray Fisman e Miriam A. Golden explicam, ainda, que “corruption-as-equilibrium” ocorre quando a corrupção ocorre como resultado da interação entre indivíduos e, dadas as opções disponíveis, ninguém se beneficia se qualquer outro curso de ação íntegro for adotado (2017, p. 6)³⁴². A situação de “corruption-as-equilibrium” é útil para explicar o motivo de ser tão difícil reduzir corrupção em ambientes de corrupção disseminada e sistêmica.

Para ilustrar o tema, imaginemos a situação “fictícia” na qual diversas empreiteiras brasileiras atuam de forma não íntegra, pagando propina e fazendo ajustes ilícitos para ganhar contratos públicos. Imaginemos que uma dessas empresas é listada na Bolsa de Nova Iorque e, portanto, esta empresa está sujeita ao FCPA. Consideremos ainda a situação na qual esta empresa é condenada por violações ao FCPA pelas autoridades estadunidenses e passa a ser monitorada. Imaginemos ainda a situação na qual as demais empresas atuam apenas localmente e não estão sujeitas ao FCPA. Por fim, assumamos que nesta jurisdição há

³⁴¹ FISMAN. Ray. GOLDEN. Miriam A. Corruption: What Everyone Needs to Know. Oxford University Press, 2017. p. 6.

³⁴² FISMAN. Ray. GOLDEN. Miriam A. Corruption: What Everyone Needs to Know. Oxford University Press, 2017. p. 4.

corrupção sistemática e o equilíbrio causado pela corrupção faz com que o Poder Judiciário e as autoridades públicas não tenham mecanismos e incentivos para punir corrupção.

Neste cenário “fictício”, mas bastante próximo do que ocorreu com a Odebrecht, como fica a situação dessa empresa quando ela passa a ser a única empresa que segue as regras de conformidade e não aplica o tão conhecido “jeitinho brasileiro” discutido anteriormente³⁴³? Deve ela estar condenada a falir?

É por isso que há uma percepção de que os indivíduos não conseguem vislumbrar a possibilidade de não participar da corrupção em ambientes onde ela é disseminada e sistêmica³⁴⁴. Obviamente não se argumenta que isso justificaria deixar a empresa impune, mas que investigações de corrupção seletivas podem romper o equilíbrio existente em um ou uma série de esquemas de corrupção, mas que não conseguem solucionar a raiz do problema.

Ou seja, escândalos de corrupção geram crise política e econômica, mas, se forem punidos de forma seletiva, não resolvem o problema da corrupção disseminada e sistêmica ao mesmo tempo em que aumentam a pobreza e o caos em jurisdições já fragilizadas do ponto de vista econômico, social e político.

A literatura reconhece a limitação do judiciário para acabar com corrupção disseminada e sistêmica e lista três outras formas que um país pode se livrar desse tipo de corrupção: (i) quando eleitores pedem mudanças e essas são implementadas de forma adequada; (ii) quando atores externos interferem no sistema político e impõem mudanças; (iii) quando os políticos decidem mudar por conta de interesses próprios³⁴⁵.

Por este motivo, a realidade do mercado deve ser levada em conta quando se decide pela imposição de um Monitor e as políticas de combate à corrupção precisam atacar não apenas a empresa que se envolveu em corrupção, mas as estruturas que fazem com que a corrupção seja constante e profunda.

³⁴³ ROSENN. Keith J. “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited.” *Florida International Law Journal*. 1 (1984).

³⁴⁴ “Individuals often see no option but to participate” (FISMAN. Ray. GOLDEN. Miriam A. *Corruption: What Everyone Needs to Know*. Oxford University Press, 2017. p. 6).

³⁴⁵ FISMAN. Ray. GOLDEN. Miriam A. *Corruption: What Everyone Needs to Know*. Oxford University Press, 2017.

8.7. Empresas familiares

A América Latina se desenvolveu de uma forma distinta da América Anglo-saxônica e as fontes tradicionais de poder local geraram grande concentração de poder e riqueza. A soma de fatores histórico e da baixa mobilidade social, somada à carência de recursos no mercado para alavancar negócios, criaram uma liga de empresas familiares com intensa atuação junto ao setor público³⁴⁶. Cite-se, como exemplo, a Odebrecht, OAS, Camargo Corrêa e Andrade Gutierrez.

Essa atuação se dá tanto por meio da prestação de serviços ao governo (financiamento indireto) quanto da utilização de recursos públicos como forma de financiamento (financiamento direto, via, por exemplo, o Banco Nacional do Desenvolvimento).

É intuitivo e correto dizer que não há programa de conformidade que seja capaz de impedir, por completo, a atuação de indivíduos coordenados dispostos a atuar de forma corrupta. É por isso que a melhor prática é afastar os indivíduos envolvidos na corrupção, sejam eles da alta direção ou não.

O que ocorre, contudo, é que quando a empresa é familiar, qualquer hipótese de intervenção que não altere o controle da empresa será, a curto ou longo prazo, potencialmente inócua, a despeito dos melhores esforços do Monitor. Isso porque, o Monitor, como vimos, é um profissional que atua dentro de um escopo limitado e por tempo determinado, não sendo alguém cuja função é “catequizar” empresários corruptos e torná-los honestos.

De mais a mais, no caso de empresas familiares, um acordo dificilmente será firmado por uma pessoa jurídica caso as provas entregues pela empresa sejam a possível base determinante para futura condenação de pessoas físicas, pois é certo que “as provas necessárias ao esclarecimento e punição de atos lesivos estão sempre ligadas a tipos penais

³⁴⁶ Vide FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3ª ed., São Paulo: Globo, 2001.

(corrupção ativa e passiva, e outros tipos correlatos)”³⁴⁷. Vejam, por exemplo, que em regra acordos são firmados para beneficiar as pessoas físicas controladoras, e não o contrário.

Essa situação que se vislumbra quando falamos de grande parte das empresas envolvidas em corrupção no Brasil, sendo o caso da Odebrecht o maior exemplo disso. É por isso que sugerimos que a lei deveria obrigar a “transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade” quando a alta administração se envolver em corrupção de forma reincidente dentro de determinado período após um monitoramento (*e.g.*, 5 anos). Ou seja, uma empresa que comete corrupção é condenada, passa por um monitoramento e volta a cometer as mesmas infrações precisa mudar definitivamente de mãos e de gerenciamento. Isso seria particularmente conveniente no caso de empresas familiares. Vimos que isso seria possível em caso de violações à Lei Antitruste e, obviamente, faria sentido que isso também fosse possível para práticas de corrupção³⁴⁸.

8.8. Participação do Estado na economia

Sob o argumento de garantir a segurança nacional ou um relevante interesse coletivo³⁴⁹, o Estado brasileiro possui ampla atuação na economia e algumas das maiores empresas nacionais são sociedades de economia mista ou empresas públicas, como a Petrobras, o Banco do Brasil, o Banco do Nordeste e a Eletrobrás, que são sociedades de

³⁴⁷ Nota Técnica n.º 1/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF, p. 18. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

³⁴⁸ A Lei Anticorrupção prevê, em seu artigo 19, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o MP, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras pela violação da Lei Anticorrupção: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica³⁴⁸; (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos. Essas soluções não atendem a função social da empresa como a determinação de alienação compulsória sugerida.

³⁴⁹ Vide artigo 173 da Constituição Federal. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

economia mista, e a Caixa Econômica e os Correios, que são empresas públicas. No caso de todas essas empresas, o governo brasileiro possui controle da sociedade.

Uma série de investigações de corrupção deixaram claro que empresas públicas ou de economia mista são particularmente suscetíveis a se envolverem em esquemas de corrupção. Essas empresas compram volumes robustos de produtos e contratam serviços complexos, de modo que podem exercer um papel relevante na viabilização de esquemas de corrupção.

É por este motivo que autoridades no Brasil e no exterior exigiram que a Petrobras melhorasse os seus sistemas de conformidade e controles internos como parte dos acordos firmados no âmbito da Lava-Jato. Em um cenário de corrupção tão profunda como o identificado na Petrobras, no qual diretores e outros funcionários eram parte vital do esquema de corrupção, não seria sem razão que se cogitasse a nomeação de um Monitor³⁵⁰.

Contudo, quando o governo tem o controle sobre uma empresa, nomear um Monitor significa que a autoridade não confia que o governo é apto a aprimorar o programa de conformidade e controles internos sem ajuda externa e independente. Essa questão é mais sensível quando a imposição envolve acordo firmado com autoridades estrangeiras, o que acaba tocando em questões sobre soberania nacional e política externa.

Se não bastasse, empresas públicas podem, potencialmente, mudar de controle a cada eleição e, sempre que isso ocorrer, a maioria dos cargos estratégicos costumam ser nomeados seguindo critérios determinados pelo novo chefe do Executivo. Em um cenário teórico, a mudança de controle gera oportunidade para aprimoramentos e para uma atuação mais íntegra. Nada obstante, em um ambiente de corrupção disseminada e sistêmica, como o descrito anteriormente, a mudança de governo costuma não reduzir a corrupção.

Por este motivo, a nomeação de um Monitor em uma empresa pública ou de economia mista gera questionamentos específicos. Vale destacar que talvez este seja um dos motivos a justificar que um Monitor não tenha sido imposto na Petrobras, a despeito de o DOJ ter

³⁵⁰ Vide: “Embraer terá um Monitor imposto por autoridades americanas. Petrobras, Eletrobrás e Braskem também estão na mira por terem ações negociadas nos Estados Unidos e poderão ganhar espécie de “tornozela eletrônica” corporativa”. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2016/11/embraer-tera-Monitor-nomeado-por-autoridades-americanas.html>. Acesso em 11 de julho de 2020.

afirmado que, em regra, um Monitor teria sido indicado em uma caso similar³⁵¹. Vale ainda lembrar, como forma de corroborar este argumento, que o Monitor imposto na Embraer foi em 2016 e, portanto, após a sua privatização.

³⁵¹ Segundo o NPA celebrado pela Petrobras, um Monitor não foi imposto no caso, pois a empresa estava negociando um outro acordo com autoridades brasileiras e é sujeita à fiscalização de órgãos de controle no Brasil.

9. CONCLUSÃO

O tema dos Monitores anticorrupção é relevante e moderno. Trata-se de uma ferramenta polêmica e custosa, mas muitas vezes efetiva para se combater a corrupção e assegurar o cumprimento das obrigações assumidas com as autoridades de combate à corrupção. Em muitos casos, a imposição do Monitor também serve para dar credibilidade aos esforços de remediação, pois há um terceiro externo supervisionando a empresa.

A discussão é particularmente complexa no Brasil, pois existem inúmeras autoridades públicas que cuidam de temas de corrupção de forma direta no País, no nível Federal, Estadual e municipal, como o MPF, MPE, CGU, Tribunais de Contas, e, de forma reflexa, CADE, CVM³⁵², entre outras, cada uma com competência para aplicar determinadas leis que resultam em sanções de naturezas distintas (*i.e.*, administrativa, penal, civil). Existem, ainda, interações com autoridades estrangeiras, o que adiciona complexidade à discussão.

Além da questão da legalidade, essa questão da diversidade de autoridades e poderes também interfere nos incentivos para que determinadas soluções sejam dadas para os casos, incluindo nessa discussão a questão sobre a nomeação de um Monitor que, até o momento, só ocorreu no Brasil como parte de acordos e perante o Poder Judiciário.

Como vimos acima, corrupção gera danos a bens jurídicos relevantes e, como é de se esperar, a sua prática pode ser sancionada no País por diversos instrumentos jurídicos. Notamos, ao longo deste trabalho, que acordos envolvendo a indicação de Monitores já ocorreram no território nacional. Esses acordos, mais do que envolverem empresas nacionais, contaram com a participação de autoridades locais.

Vimos que, no Brasil, uma série de normas atribuem poderes e regras específicas no que se refere à possibilidade de imposição de sanção e celebração de um acordo em temas de corrupção. Cada uma dessas normas prevê um tipo de procedimento ou processo distinto que exige a observância de determinadas regras e princípios. A multiplicidade de normas jurídicas e de seus conteúdos comprometem a integridade do sistema, sua coerência e previsibilidade.

³⁵² A CVM, por exemplo, instaurou diversos processos para investigar os impactos societários causados pela corrupção no âmbito da Operação Lava-Jato. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xDQAk8WflmwJ:https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/cvm-julgara-em-dezembro-primeiros-casos-sobre-petrobras-decorrentes-da-lava-jato,70003093995+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 11 de julho de 2020.

A adoção de acordos no âmbito cível, administrativo ou penal prevendo a imposição de um Monitor se enquadra no contexto mais amplo de buscar tornar o processo mais eficiente e eficaz. Esses acordos permitem a redução de custos associados à persecução da violação, melhor alocação de recursos (*i.e.*, priorização de casos) e, em especial, permite que alguma consequência decorrente do acordo seja aplicada em casos nos quais a acusação vislumbrava baixa chance de êxito no processo por questões formais. Ademais, esses acordos permitem que outras violações sejam descobertas por conta da colaboração do acusado no que se refere à entrega de novas provas.

Parece-nos, nessa linha de pensamento, que as autoridades, advogados e empresas brasileiras estão ainda aprendendo como, quando e por quais motivos um Monitor deve ser utilizado. Por outro lado, já vemos uma tendência à retração na utilização de Monitores nos EUA, como se pode inferir das políticas sobre a utilização de Monitores de 2018 editadas pelo DOJ.

Vimos, ainda, que a solução de investigações governamentais via acordo não faz parte da cultura brasileira, a despeito de já estar parcialmente incorporada no sistema jurídico pátrio. Contudo, a incorporação de aspectos do direito estadunidense não precisa e não deve seguir o estilo “tudo ou nada” ³⁵³.

Por exemplo, Máximo Langer³⁵⁴ defende que o modelo da investigação oficial pode internalizar os acordos de confissão desde que esses acordos sejam usados como ferramenta para se descobrir a verdade e não como forma de solucionar os casos de forma rápida e barata (2004, p.63).

Consequentemente, propõe-se um sistema adaptado para o Brasil. Ou seja, reconhecemos as vantagens que podem advir de um monitoramento corporativo nos moldes adotados nos EUA, mas não acreditamos que a simples importação de mecanismos do direito

³⁵³ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 63.

³⁵⁴ LANGER. Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004. p. 42.

estadunidense funcione obrigatoriamente no Brasil, seja do ponto de vista legal, seja do ponto de vista prático.

Parece-nos, ainda, que mudanças legislativas poderiam ser implementadas de forma conjunta e integrada de modo a aprimorar a regulamentação do tema no Brasil. Essa regulamentação, para atingir os objetivos almejados, deve incluir regras específicas sobre quando um Monitor deve ser utilizado, como deve ser o processo de nomeação e como a monitoria deve se realizar, à luz do quanto analisado acima. Deve, ainda, levar em conta o regramento específico que deve ser seguido no caso da utilização de Monitores no âmbito judicial e administrativo para que a utilização dessa ferramenta seja lícita e eficiente.

De mais a mais, argumenta-se, ainda, que o sistema jurídico pátrio admite, desde que observadas normas próprias, apenas a nomeação de Monitores no âmbito de acordos administrativos e judiciais, e não de forma unilateral pela autoridade pública administrativa ou pelo juiz. Por esse motivo, o monitoramento, que pode ser absolutamente necessário e conveniente em determinados casos, não pode ser determinado nos casos em que a empresa decide litigar até o final, não reconhece culpa e não aceita melhorar o seu programa de conformidade e controles internos.

Uma legislação específica sobre a matéria é fundamental em uma jurisdição como a brasileira, de tradição no “Sistema de Civil Law”, como forma de se atribuir legitimidade à utilização de Monitores e reduzir a insegurança jurídica que atualmente envolve o tema. Sem isso, esse mecanismo de expressão do interesse público em casos de corrupção não possuirá a importância e adequação necessárias no Brasil.

Além disso, e em vez da possibilidade de dissolução da empresa, a lei deveria obrigar a “transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade” quando a alta administração se envolver em corrupção de forma reincidente dentro de determinado período após um monitoramento (*e.g.*, 5 anos). Ou seja, uma empresa que comete corrupção é condenada, passa por um monitoramento e volta a cometer as mesmas infrações precisa mudar definitivamente de mãos e de gerenciamento. Isso é particularmente no caso de empresas familiares, como analisamos acima.

E esse ponto é crítico, pois quando o governo impõe um Monitor e este atesta que a empresa possui bom programa de conformidade e que não está praticando violações, o

governo passa a ser, indiretamente, “fiador” da integridade da empresa. Assim, cometer uma violação, após um monitoramento adequado que atestou que a empresa possui bom programa de conformidade e controles internos efetivos, significa que o problema está na governança corporativa e, em última análise, nas pessoas e não nos mecanismos de integridade da empresa.

Outro problema que temos no Brasil surge com relação à autoridade governamental que poderá impor o Monitor e como resolver a questão do potencial conflito de competências entre, por exemplo, CGU, MPF, CADE, CVM, etc. Parece-nos claro, desde já, que a nomeação de múltiplos Monitores, com escopos distintos, seria inadequada.

Sobre o tema:

Um mesmo ato de corrupção, praticado para encobrir cartel e com fraude à licitação, pode ser sancionado com multas aplicadas na esfera administrativa pura pelo Tribunal de Contas da União, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pela Controladoria-Geral da União, pelo órgão da Administração Pública com base na Lei de Licitações, pela Administração Tributária para aplicar multa sobre tributos devidos (segundo o princípio “non olet”), assim como pode ser penalizado de modo independente na esfera administrativa-judicial, com um controle dotado de absoluta independência que não pode ser preterido dadas as garantias que revestem a função jurisdicional e o caráter autônomo e constitucional dessa esfera de responsabilização³⁵⁵.

Nota-se, assim, que dúvidas não faltam e ainda precisamos passar por um período de reflexão e ajuste para que a utilização de Monitores seja mais compatível e adequada no Brasil. Não nos resta outra opção além de seguir acompanhando a discussão de forma atenta, na esperança de que os Monitores, quando utilizados, sejam efetivos e o menos custoso possível para as empresas.

Feitos esses esclarecimentos, as principais conclusões dessa pesquisa são as seguintes:

- 1) Existe uma série de normas que regulam o tema de acordos no âmbito judicial e administrativo que são relevantes para que a nomeação de Monitores seja compatível com o ordenamento jurídico pátrio;

³⁵⁵ Nota Técnica n.º 1/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), do MPF, p. 15. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

- 2) Programas de conformidade devem ser customizados e efetivos. Conformidade deve ser visto como meio, e não um fim em si mesmo. Custos com a implementação do monitoramento, do programa de conformidade e os problemas gerados para o negócio devem ser levados em conta para que se evitem excessos gerados pela “onda” da conformidade. Isso não significa, de forma alguma, que conformidade não é importante, mas apenas que os Monitores não devem ser impostos em todos os casos e sem maiores ponderações;
- 3) A adoção de Monitores pode, em determinados casos, ser uma forma eficiente de reduzir a corrupção e práticas anticompetitivas no ambiente empresarial;
- 4) A sofisticação e o rigor dos Monitores adotados nos EUA produzem significativos avanços nos sistemas de conformidade e controles internos das empresas, de modo que pode ser uma importante referência para que empresas brasileiras possam seguir e, assim, implementar medidas que atendam às exigências das autoridades de diferentes países ao mesmo tempo (*i.e.*, um programa que seja considerado bom no Brasil e no exterior). Nada obstante, a imposição do Monitor deve ser amplamente justificada e a sua atuação deve estar relacionada com violações concretas à legislação anticorrupção (ou seja, as autoridades não devem possuir um “cheque em branco” para definir o que incluir em um acordo ou decisão);

10. BIBLIOGRAFIA

ALA'J. Padideh. The Legacy of Geographical Morality and Colonialism: A Historical Assessment of the Current Crusade Against Corruption. *Vanderbilt Journal of Transitional Law*, Vol. 33, n.º 4, October, 2000.

ALDRIGHI, D. M. Risks of Wrongdoing in Public Companies and Ways to Cope with Them: The Case of Brazil. In *International Handbook on the Economics of Corruption*. v. 2, 2011.

ALENCAR, Paulo Wunder de. A lei anticorrupção é “só para inglês ver? Uma breve análise comparativa entre os sistemas brasileiro e norte-americano de combate à corrupção. *Revista do Ministério Público*, n.º 57, p. 193-206, jul. /set. 2015.

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo Esquemático*. 1ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal – Resolução 181/2017 do CNMP*, 336 p., vários autores – Salvador: Juspodivm, 2017.

BERTONCINI, Mateus. “Do acordo de leniência – comentários aos artigos 16 e 17 da Lei Anticorrupção. In “Lei Anticorrupção: comentários à Lei n.º 12846/2013”. Coordenação: Eduardo Cambi e Fábio André Guaragni. Org.: Mateus Bertoncini. 1ª ed. – S. Paulo: Almedina, 2014.

BRONITT, S., D'AMICO, A.. Fighting Cartels and Corporate Corruption - Public Versus Private Enforcement Models: A False Dichotomy? (Special Issue on Laura Guttuso's Public-Private Competition Law Enforcement Model). *University of Queensland Law Journal*, 37(1), 69, 2018.

CAPELA, Fábio. Plea bargaining: o projeto de “negociata penal” de Sérgio Moro: *Revista: Justificando* mentes inquietas pensam Direito, Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/05/29/plea-bargaining-o-projeto-de-negociata-penal-de-sergio-moro/>. Acesso em 30 de abril de 2020.

CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coord.). Manual de compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CAVALHEIRO, Lucas Plea bargain: o que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico brasileiro pode implementá-lo? Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72872>. Acesso em 30 de abril de 2020.

COSTA JÚNIOR, Paulo José; PAGLIARO, Antônio. Dos crimes contra a Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 1999.

COUTINHO, Diogo R. et al. (Coords.). Direito Econômico Atual. São Paulo: Editora Método, 2015.

CRIMINAL DIVISION OF THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE ENFORCEMENT DIVISION OF THE U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices Act, 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download> Acesso em 11 de julho de 2020.

CRIMINAL DIVISION OF THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, Opinion Procedure Release 14-02, Nov. 7, 2014. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminalfraud/legacy/2014/11/14/14-02.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DAVIS, Kevin E.. Between Impunity and Imperialism: The Regulation of Transnational Bribery. Pages 34 to 40 (selected pages from the chapter “The Birth of Modern Transnational Bribery Law” Oxford University Press, 2019.

DE LUCCA, Newton. A Corrupção da Lei. A misericórdia também corrompe? Estado de Direito. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/a-corrupcao-da-lei-a-misericordia-tambem-corrompe/>. Acesso em 11 de julho de 2020.

DE LUCCA, Newton. Da ética geral à ética empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet - uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares. *In* Newton De Lucca; Adalberto Simão Filho; Cíntia Rosa Pereira de Lima. (Org.). Direito & Internet III - Tomo I: Marco Civil da internet (Lei n.º 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. El delito de corrupción privada en el Ámbito de los negocios. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2016.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 3ª ed., São Paulo: Globo, 2001.

FELL. A. London; WATSON. Alan. The Evolution of Law. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1985.

FISMAN. Ray. GOLDEN. Miriam A. Corruption: What Everyone Needs to Know. Oxford University Press, 2017.

FISS, Owen. Against settlement. 93 Yale L.J. 1073, 1984.

FORD, C., HESS, D.. Can corporate Monitorships improve corporate compliance? The Journal of Corporation Law, 34(3), 679, 2009.

FORD, C., HESS, D.. Corporate Monitorships and New Governance Regulation: In Theory, in Practice, and in Context. Law & Policy, 33(4), 509–541, 2011.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GLOBAL INVESTIGATION REVIEW. The Guide To Monitorships. Editors. Anthony S Barkow, Neil M Barofsky and Thomas J Perrelli. Law Business Research Ltd., 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 11 de julho de 2020.

GRANOVETTER, M.. The Social Construction of Corruption. In On Capitalism. Stanford University Press, 2007.

GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1998, 18ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

HANEY, Brian S. Calculating Corporate Compliance & The Foreign Corrupt Practices Act. 19 Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy, 2018-2019.

HERRMANN, Joachim. Bargaining Justice - A Bargain for German Criminal Justice?, 53 U. Pitt. L. Rev., 1992.

ISSACHAROFF, Samuel; KLONOFF, Robert H. The public value of settlement. 78 Fordham Law Review 1177, 2009-2010.

JACOBS, Laverne. SASHA. Baglay. KWOK, Melissa. MAVRIKKOU, Maria. TAY, Ki, The Nature of Inquisitorial Processes in Administrative Regimes: Global Perspectives Research Workshop Report (November 1, 2011). Canadian Journal of Administrative Law and Practice, Vol. 24, pp. 261-283, 2011.

LANGBEIN, John H. Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It. Michigan Law Review. Vol. 78, No. 2 (Dec., 1979), pp. 204-225.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and The Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. Vol. 45. n.º 1, Winter 2004.

LEFF, Nathaniel. Economic Development Through Bureaucratic Corruption. American Behavioral Scientist. Nov., 1964.

LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUZ, Yuri Corrêa da. Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do Direito Penal contemporâneo. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MEMORANDUM FROM BRIAN A. BENCZKOWSKI, Assistant Attorney General, U.S. Dep't of Justice, to All Criminal Division Personnel, Selection of Monitors in Criminal Division Matters (Oct. 11, 2018) ("Benczkowski Memo"). Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1100366/download>. Acesso em 11 de julho de 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OCDE. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em 11 de julho de 2020.

OEA. Convenção interamericana sobre a corrupção. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>. Acesso em 11 de julho de 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A insegurança jurídica das empresas e os acordos

de leniência. Conjur. 29 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/259553/a-inseguranca-juridica-das-empresas-e-os-acordos-de-leniencia-na-legislacao-anticorrupcao-brasileira>. Acesso em 11 de julho de 2020.

ONU. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/convencao.html>. Acesso em 11 de julho de 2020.

PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. In. Revista Direito GV. V. 13. n.º 3. set/dez., 2017.

PEIXOTO, Geovane de Mori. A adoção de sistema de compliance e o novo marco legal de combate à corrupção. Revista Síntese: direito empresarial, v. 8, n.º 43, mar./abr., 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. O acesso à Justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. Boletim Informativo Juruá. vol. 1. p. 11-14, 2013.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2018.

PRADO, Luiz Regis. Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações. Revista dos Tribunais. vol.957, julho 2015.

PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, São Paulo: José Bushatsky, 1974.

ROSE-ACKERMAN, Susan., & Palifka, Bonnie J.. Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013. SANCTIS, Fausto Martins. In Código Penal Comentado, organizado por GRECO FILHO, Vicente; JALIL, Maurício Schaun Barueri: Manole, 2016.

SANCHEZ BADIN. Michelle R. SANCHEZ BADIN. Arthur. Anticorruption in Brazil: From Transnational Legal Order to Disorder. Part of: New Directions in Anticorruption Law. AJIL Unbound. Published online by Cambridge University Press: 14 October, 2019.

SILVA SANCHEZ, José Maria. A expansão do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STEINER. George. After Babel: Aspects of Language and Translation 266, 3^a ed., 1998.

STEVENSON, Drury D. and Wagoner, Nicholas J., FCPA Sanctions: Too Big to Debar? Fordham Law Review, Vol. 80, p. 775. November 1, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1811126>. Acesso em 11 de julho de 2020.

SWENSON. Thomas. The German “Plea Bargaining” Debate, 7 Pace Int’l L Rev. 373, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 11^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

U.S SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2014 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program. Disponível em: <http://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2014.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

UNITED STATES DISTRICT COURT, EASTERN DISTRICT OF NEW YORK. 2012. United States of America v. Garth Peterson Winer, Kenneth. Husician, Gregory. The ‘Knowledge’ Requirement of the FCPA Anti Bribery Provisions: Effectuating or Frustrating Congressional Intent?, White Collar Crime, October 2009. Disponível em: <http://www.foley.com/files/Publication/a1d4aa39-1324-4018-bd8a-cbddd15e02/Presentation/PublicationAttachment/7e8b814e-446b-411d-8722-1e747b29b303/FCPAWinerHusician2009.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2020.

UNITED STATES OF AMERICA V. ALSTOM S.A. - Plea Agreement, Disponível em: http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/pressreleases/attachments/2014/12/22/alstom_sa_plea_agreement.pdf. Acesso em 11 de julho de 2020.

US ATTORNEYS OFFICE. Criminal Resource Manual 166. Morford Memorandum.

Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations. March 7, 2008.

US ATTORNEYS. Criminal Resource Manual. Grindler Memorandum, Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations, May 25, 2010.

VAN ALSTINE, Michael P, 2012. Treaty Double Jeopardy: The OECD Anti-Bribery Convention and the FCPA. Ohio State Law Journal, Vol. 73. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2202177>. Acesso em 11 de julho de 2020.

VERÍSSIMO. Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo, SaraivaJur, 2018.

VOLOSIN. Natalia A. Argentina's Corruption Machine: Towards an Institutional Approach. Corruption in Latin America: How Politicians and Corporations Steal from Citizens, edited by Robert I. Rotberg, 2019.

11. ANEXO I – DISPOSITIVOS USADOS COMO BASE JURÍDICA PARA O ACORDO MPF E ODEBRECHT

Norma	Texto
Art. 129, inc. I, da Constituição Federal	Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.
Arts. 13 a 15 da Lei n.º 9.807/99	<p>Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:</p> <p>I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;</p> <p>II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.</p> <p>Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.</p> <p>Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.</p>
Art. 1º, §5º, da Lei n.º 9.613/98	<p>Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.</p> <p>(...)</p> <p>§5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.</p>

<p>Art. 5º, §6º, da Lei n.º 7.347/85</p>	<p>Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:</p> <p>(...)</p> <p>§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.</p>
<p>Art. 26 da Convenção de Palermo</p>	<p>Art. 26 Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei:</p> <p>1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.</p> <p>2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.</p> <p>3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.</p> <p>4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Art. 24 da presente Convenção.</p> <p>5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Art. se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.</p>

<p>Art. 37 da Convenção de Mérida</p>	<p>Art. 37. Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei</p> <p>1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.</p> <p>2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.</p> <p>3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.</p> <p>4. A proteção dessas pessoas será, mutatis mutandis, a prevista no Art. 32 da presente Convenção.</p> <p>5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Art. se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.</p>
<p>Arts. 4º a 8º da Lei no 12.850/2013</p>	<p>Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:</p> <p>I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;</p> <p>II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;</p>

	<p>III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;</p> <p>IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;</p> <p>V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.</p> <p>§1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.</p> <p>§2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).</p> <p>§3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.</p> <p>§4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:</p> <p>I - não for o líder da organização criminosa;</p> <p>II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.</p> <p>§4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador.</p> <p>§5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.</p> <p>§6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.</p> <p>§7º Realizado o acordo na forma do §6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:</p> <p>I - regularidade e legalidade;</p>
--	---

	<p>II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo §5º deste artigo;</p> <p>III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo;</p> <p>IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.</p> <p>§7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença</p> <p>§7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.</p> <p>§8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.</p> <p>§9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.</p> <p>§10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.</p> <p>§10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.</p> <p>§11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.</p> <p>§12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.</p> <p>§13. O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador.</p> <p>§14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.</p> <p>§15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.</p>
--	---

	<p>§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:</p> <p>I - medidas cautelares reais ou pessoais;</p> <p>II - recebimento de denúncia ou queixa-crime;</p> <p>III - sentença condenatória.</p> <p>§ 17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.</p> <p>§ 18. O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão.</p> <p>Art. 5º São direitos do colaborador:</p> <p>I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;</p> <p>II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;</p> <p>III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;</p> <p>IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;</p> <p>V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;</p> <p>VI - cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.</p> <p>Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:</p> <p>I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;</p> <p>II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;</p> <p>III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;</p> <p>IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;</p> <p>V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.</p>
--	---

	<p>Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.</p> <p>§1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.</p> <p>§2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.</p> <p>§3º O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.</p> <p>Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.</p>
Arts. 3º, §2º e §3º, 485, VI e 487, III, “b” e “c”, do CPC	<p>Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...)</p> <p>§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.</p> <p>§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.</p> <p>Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;</p> <p>Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: (...) b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.</p>
Arts. 840 e 932, III, do Código Civil	<p>Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.</p> <p>Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:</p> <p>(...)</p>

	<p>III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;</p>
Arts. 16 a 21 da Lei no 12.846/2013	<p>Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:</p> <p>I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e</p> <p>II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.</p> <p>§1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:</p> <p>I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;</p> <p>II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;</p> <p>III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.</p> <p>2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.</p> <p>§3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.</p> <p>§4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.</p> <p>§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.</p> <p>§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.</p> <p>§7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.</p> <p>§8º Em caso de descumprimento 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.</p>

	<p>§9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.</p> <p>§10. 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.</p> <p>Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na <u>Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985</u>.</p>
Arts. 86 e 87, da Lei no 12.529/2011	<p>Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a 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 colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:</p> <p>I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e</p> <p>II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.</p> <p>§1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:</p> <p>I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;</p> <p>II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;</p> <p>III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e</p> <p>IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.</p> <p>§2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do §1º deste artigo.</p> <p>§3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.</p> <p>§4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:</p> <p>I - decretar a extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à</p>

	<p>Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou</p> <p>II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.</p> <p>§5º Na hipótese do inciso II do §4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.</p> <p>§6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.</p> <p>§7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.</p> <p>§8º Na hipótese do §7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do §4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.</p> <p>§9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.</p> <p>§10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.</p> <p>§11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.</p> <p>§12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.</p> <p>Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990 , e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.</p> <p>Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.</p>
--	---

<p>Art. 2º da Lei n.º 13.140/2015</p>	<p>Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:</p> <p>I - imparcialidade do mediador;</p> <p>II - isonomia entre as partes;</p> <p>III - oralidade;</p> <p>IV - informalidade;</p> <p>V - autonomia da vontade das partes;</p> <p>VI - busca do consenso;</p> <p>VII - confidencialidade;</p> <p>VIII - boa-fé.</p> <p>§1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.</p> <p>§2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.</p>
---------------------------------------	--