

Igor Sant'Anna Tamasauskas

O ACORDO DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO:
UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA TEORIA DE REDES

TESE DE DOUTORADO

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2020

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna

ACORDO DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO:
UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA TEORIA DE REDES

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2020

AGRADECIMENTOS

A tarefa de escrever uma tese demanda uma dedicação aos estudos que nos retira de uma série de convivências. As familiares são as mais sentidas. Agradeço à minha esposa, Lucimar, e a nossos filhos, Henrique e Isabela, por me permitirem essas ausências.

Aos meus pais, minha gratidão pelos fundamentos que permitiram minha trajetória.

Pierpaolo, companheiro de jornada profissional e grande amigo, obrigado pelo apoio e pela troca de ideias. Estendo o agradecimento aos colegas de escritório, com quem tive a honra de ombrear alguns bons embates de onde saíram alguns estímulos para o presente trabalho. Não poderia deixar de citar a Fátima, incansável no auxílio para localização de livros e textos.

Meu orientador, Sebastião Tojal, renovada parceria acadêmica, profissional, pessoal e cívica, foi uma honra poder contar com seu aconselhamento na minha incursão pelo mestrado e, agora, no doutorado.

Agradeço a meu primo Ciro Souza, pela ajuda na compreensão de gráficos de rede. E a Samuel Cabral e Luiz Guerra, por transformarem meus garranchos em ilustrações.

À Lucimar, minha inspiração, sempre.

Aos nossos filhos, Henrique e Isabela,
esperanças de um mundo melhor.

Um passo à frente,
E você não está mais no mesmo lugar.
(Chico Science)

RESUMO

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *Acordo de leniência anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes*. 265 p. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Esta tese de doutoramento analisa o acordo de leniência anticorrupção brasileiro numa perspectiva da teoria de redes. Isso significa compreender o instituto como um instrumento de enfrentamento do fenômeno da corrupção, aplicado por um conjunto de órgãos e entidades organizados sob um critério não hierárquico. A abordagem da teoria de redes permite compreender essa organização não hierárquica, com os recursos analíticos a ela inerentes, intuindo mecanismos de articulação entre os seus elementos constituintes. Essa articulação deve posicionar os elementos da rede sob um mesmo signo – fenômeno denominado sincronização –, de forma assegurar ao infrator arrependido a fruição efetiva do conjunto de incentivos comportamentais da leniência contratada com o Estado brasileiro.

Palavras-chave: corrupção – acordo de leniência – teoria de rede

ABSTRACT

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *Anticorruption leniency agreement: an analysis from a Network Theory perspective*. 265 p. PhD Thesis – Law School, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

This doctoral thesis analyzes the Brazilian anti-corruption leniency agreement from a network theory perspective. This means understanding the institute as an instrument for confronting the phenomenon of corruption, applied by a set of organs and entities organized under a nonhierarchical criterion. The approach of the network theory allows us to understand this nonhierarchical organization, with its inherent analytical resources, intuiting mechanisms of articulation among its constituent elements. This articulation must position the network elements under the same sign - a phenomenon called synchronization - in order to assure to the repentant offender, the effective entitlement of the set of behavioral incentives of leniency agreed with the Brazilian State.

Keywords: corruption – leniency agreement – network theory

Sumário

1. Introdução.....	19
2. Justificativa e delimitação do objeto do estudo.....	25
3. Metodologia e desenvolvimento do trabalho.....	27
4. Fundamentos para um programa de transação anticorrupção.....	29
4.1. Justificativa jurídico-política.....	47
4.2. Abordagem econômica.....	57
4.3. Contexto internacional.....	67
5. Antecedente legislativo.....	75
5.1. Estrutura da Lei Anticorrupção.....	80
5.2. Inspiração no Direito Antitruste.....	83
6. Multiplicidade de incidências normativas: efetividade na proteção?.....	87
6.1. Sistema multiagências e sua complexidade.....	89
6.2. Justificativa para um sistema multiagências.....	93
6.3. Da coordenação à sincronização.....	100
7. Um sistema em formação?.....	107
7.1. Primeiras iniciativas de transação em matéria anticorrupção.....	133

7.1.1. Cláusulas exorbitantes em acordos de colaboração premiada.....	143
7.1.2. O problema da vedação à transação na redação original da Lei de Improbidade.....	145
7.2. O advento da Lei Anticorrupção e o pioneirismo do Ministério Público Federal.....	149
7.2.1. Compreensão de um microssistema de Direito anticorrupção como pressuposto da derrogação do art. 17, §1º da Lei n. 8.429.92.....	151
7.2.2. Estrutura jurídica dos primeiros acordos: <i>learning by doing</i>	153
7.2.3. Importância de respeito a precedentes.....	156
7.2.4. Acordos em espécie.....	158
7.2.5. Aspectos de relevo.....	166
7.3. Regulamentação da Lei Anticorrupção e o sistema CGU/AGU.....	175
7.3.1. Primeiros passos na Controladoria Geral da União.....	177
7.3.2. Entrada da Advocacia-Geral da União.....	180
7.3.3. Estrutura jurídica.....	182
7.3.4. Acordos em espécie.....	185
7.3.5. Aspectos de relevo.....	187
7.4. Outras soluções negociais utilizadas.....	190

7.4.1. Termo de autocomposição.....	194
7.4.2. Adesão a acordos de outras esferas.....	195
8. Questões críticas no sistema.....	197
8.1. Superação de um modelo de litígio para a negociação.....	204
8.2. O ressarcimento do dano ao patrimônio público.....	207
8.3. Acordos em casos complexos e multifactuais.....	210
8.4. Negociação hostil e <i>arm twisting</i>	211
9. Expansão e consolidação do sistema.....	213
9.1. Metodologia de Harvard como elemento de consolidação.....	218
9.2. Iniciativas do Ministério Público Federal.....	220
10. Análise dos acordos nos primeiros anos após a vigência da Lei Anticorrupção.....	223
10.1. Análise empírica de questionamentos a atores do setor público.....	228
10.2. Análise empírica de questionamentos a atores privados.....	229
11. Delineamentos para o futuro.....	233
12. Conclusões.....	241
13. Referências Bibliográficas.....	247

Relação de Tabelas, Figuras, Anexos e Gráficos

Tabela	Descrição
1	Modelo exploratório de interações da implementação de políticas públicas, regimes de oferta de serviços públicos e prática gerencial (fonte: OSBORNE, 2010)
2	Quadro sintético entre sociedade, Estado e Direito (fonte: MORAND, 1999)
3	Quadro-síntese entre formas de Estado e formas do Direito (fonte: MORAND, 1999)
4	Efetividade das ações por atos de improbidade administrativa (CNJ, 2015)
5	Órgãos que exercem controle da corrupção
6	Tipos de relações estabelecidas entre os órgãos de controle
7	Cumulação de relações entre órgãos de controle
8	Tabela de ligações entre órgãos e entidade de controle
9	Relação de acordos de leniência celebrados com o Ministério Público Federal
10	Resumo dos acordos, destacando cláusulas que materializam relações entre agências, bem como outros pontos de relevo
11	Resumo dos acordos, destacando cláusulas que materializam relações entre agências

Figura	Descrição
1	Esquema com uma agência com poder de identificar e julgar o ilícito
2	Esquema com uma agência com poder de identificar e apontar o ilícito para julgamento pelo judiciário
3	Esquema com múltiplas agências em regime de “co-ompetição”
4	Esquema com múltiplas agências, com a figura do “juiz de garantias”
5	Imagem da rede multiagências de enfrentamento da corrupção
6	Imagem reorganizada da rede multiagências de enfrentamento da corrupção

Anexo	Descrição
I	Acordos MPF
II	Memorando de Entendimentos CGU/AGU
III	Acordos CGU/AGU
IV	Acordos MPSP
V	Acordo de cooperação técnica STF
VI	Questionário

Gráfico	Descrição
1	Respostas por origem do respondente
2	Experiência dos respondentes
3	Capacitação em negociação
4	Identificação da <i>linguagem da negociação</i>
5	Satisfação própria com o resultado do acordo financeiro
6	Percepção de satisfação da contraparte em relação ao acordo financeiro
7	Cumprimento das obrigações por parte das companhias
8	Percepção pública da motivação para uma solução consensual
9	Estrutura de governança para independência das investigações
10	Formato de apresentação do resultado de investigação independente
11	Percepção privada da motivação para uma solução consensual
12	Sistema multiagências
13	Percepção de segurança jurídica decorrente do acordo de leniência

1. Introdução

A agenda anticorrupção no Brasil ganhou corpo com os movimentos populares ocorridos no primeiro semestre de 2013, quando milhares de pessoas tomaram as ruas com pautas difusas, mas com um elemento comum de rechaço à deslegitimação do poder em decorrência de escândalos de corrupção e de mau uso de recursos públicos.

Até que ponto foram elementos espontâneos ou provocados por interferências artificiais trata-se de matéria a esclarecer pelos estudiosos de Ciência Política e de outros fenômenos sociais. O fato é que tais movimentos ocorreram e acerca deles houve reação no plano jurídico.

Como resposta a esses movimentos, o sistema político respondeu com a edição de duas normas importantes para o enfrentamento de atos de corrupção pública: a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013.

A primeira delas, conhecida como Lei Anticorrupção, estabeleceu severa punição a pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos contra a Administração Pública, mediante mecanismo de responsabilização objetiva, ao mesmo tempo em que facultou a adoção de mecanismo consensual para o endereçamento da punição, o acordo de leniência.

A segunda lei tipificou o crime de organização criminosa, e também estabeleceu regramento mais detalhado para a celebração de acordos de colaboração premiada, de natureza criminal, com indivíduos envolvidos em atos ilícitos.

Essas leis somaram-se a outras já existentes para tutela da moralidade, como a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, os processos administrativos sancionadores da legislação de licitações e contratos, e o próprio conjunto de leis criminais.

A despeito da pouca ou nenhuma sistematização por parte do legislador, tanto a Lei Anticorrupção quanto a Lei das Organizações Criminosas foram utilizadas, de forma conjugada, para o enfrentamento, pela esfera judicial, de corrupção política de larga escala, como notório pela atuação da denominada Operação Lava-Jato, que buscou desarticular importantes desvios de recursos no sistema Petrobrás, depois estendidos para outras esferas.

Sem embargo da crítica à atuação do sistema judicial para, de forma exclusiva, tratar da corrupção política, é notório que essas duas leis foram responsáveis por trazer à ordem do dia

a substituição da heteronomia do exercício da autoridade pela autocomposição no estabelecimento de soluções para infrações à legislação de tutela da moralidade administrativa.

A modificação do enfoque da heteronomia para a autocomposição na solução de casos de corrupção tem assento em uma diversidade de motivos.

O primeiro deles reside na necessidade de conferir eficiência à recomposição do erário defraudado por práticas ilícitas e às próprias investigações para desarticular autoridades e outros agentes privados, a partir da incorporação de princípios e métodos organizacionais próprios do mundo privado. Isso decorre de um fenômeno de ressignificação do próprio Direito, que assume progressivamente uma conformação indutora de comportamentos.

A contratualização da punição atenderia, ademais, a um segundo conjunto de motivações, relacionado à esfera econômica, na medida em que permite, pelo lado do Estado, conferir incentivos para conquistar e capturar aliados de um esquema de colusão, trazendo-os para a legalidade. Pelo lado privado, a vantagem estaria na possibilidade de precificar as incertezas de um expediente sancionatório longo e sem contornos claramente definidos.

Ainda relacionado à seara econômica, mas atrelado ao relacionamento internacional, a contratualização atenderia a empuxos realizados por tratados e pressões de outros países e organizações, que se utilizam desse tipo de ferramental há mais tempo. Além, claro, de uniformizar solução para casos de corrupção que envolvem corporações com operações em diversos países que aplicam a extraterritorialidade de suas normas no rechaço a esse tipo de prática.

Do ponto de vista social, a autocomposição faria com que se ajustassem as velocidades do mundo do Direito e o da comunicação social, segundo a ideia utilizada por Teubner (1989, p. 71), permitindo que se ofereça resposta jurídica – o contrato – ao problema identificado no mundo dos fatos, de forma célere, sem o dispêndio de tempo na tramitação de todo um processo sancionatório.

A questão é que esse modelo de solução acabou sendo implementado no país à revelia de institucionalização mais adequada e de uma sistematização, por parte do legislador, em relação a normas já existentes e estruturas de Estado apropriadas para lidar com essa nova ordem.

Além disso, esse tipo de legislação ecoa ruídos de uma interação que mexe com as estruturas do próprio sistema político: prova disso é a existência de três¹ institutos diferentes para uma mesma situação: o acordo cível-administrativo em tema de corrupção.

Segundo Maximiliano (2006), uma lei é o produto das pressões sociais e das possibilidades políticas do momento. A ausência de uma maior sistematização é sintoma desse ruído e caberá ao intérprete construir a melhor solução, dentro da esfera do Direito, para que a norma atinja não apenas aos fins para os quais foi editada, mas que o faça respeitando os princípios informadores do sistema jurídico.

E, como fruto dessa constatação, nota-se que os três instrumentos previstos – acordo de leniência, termo de autocomposição e acordo de não persecução civil – foram parcamente tratados pela legislação, que a eles dedicou dois artigos na Lei Anticorrupção, um parágrafo na Lei n. 13.140/15 e dois parágrafos na reforma da Lei de Improbidade Administrativa.

A resultante das tensões do Parlamento, portanto, deixou ao aplicador da norma a produção de regras jurídicas próprias – não apenas quanto ao conteúdo do acordo, mas também regras sobre como celebrá-lo, como executá-lo e como rescindi-lo. Trata-se de modelo mais flexível para se adaptar às complexidades da agenda atual, mas que embute os riscos de uma ausência de uniformidade; daí a importância de precedentes.

A questão aqui é compreender como sistematizar e interpretar essa legislação, que se integrou a um sistema já marcado por sobreposições de competências e de atuações, mas que pressupõe, se não a necessidade de um interlocutor único pelo lado do Estado, ao menos uma uniformidade de comportamento em relação ao sinalagma ajustado com o particular.

A partir da análise dos casos concretos, à luz dos contornos que definem e justificam um sistema autocompositivo nessa matéria, defender-se-á no presente trabalho a abordagem de rede como um instrumento para compreender o acordo de leniência anticorrupção e suas interações com os diversos órgãos estatais encarregados de lidar com o tema.

Assim, entende-se que a chave para o desenvolvimento dessa compreensão passa pela análise do sistema de controle brasileiro sob a abordagem do conceito de *rede policêntrica* ou *hetero-hierárquica*. Dada a multiplicidade de ambientes de responsabilização, com sobreposição – parcial ou às vezes total – de atribuições com que atuam os órgãos de controle

¹ A leniência da Lei Anticorrupção, o Termo de Autocomposição da Lei n. 13.140/15 e o Acordo de Não Persecução Cível recentemente trazido pelo Pacote Anticrime.

brasileiros, entende-se que tal sistema opera como uma rede sem hierarquia, mesclando tanto competição quanto cooperação (“co-ompetition”, o conceito é de Teubner) entre as agências de controle, na busca de uma maior eficiência para a identificação de um ato ilícito.

Noutro giro, pela presente abordagem, a legislação brasileira acabou por configurar seu sistema de proteção à moralidade sob um modelo de rede: estrutura policêntrica e hetero-hierárquica, com atribuições concorrentes, literalmente formando uma teia para capturar a ilegalidade (e minimizar os efeitos da captura de um dos órgãos de controle por agentes corruptos). Além disso, nos espaços em que a legislação não teceu a rede, esta veio a se estabelecer por soluções de cooperação institucional (forças-tarefas, acordos de cooperação, compartilhamento de provas e similares), ou mesmo de cooperação pontual e não formalizada, aliando esforços em busca da robustez na repressão.

A visualização do sistema como uma rede – sob o viés da perseguição – permite sugerir uma mescla de competição e cooperação entre os órgãos – os componentes da rede –, cada qual se esforçando para sair na frente pela captura do ilícito, ao mesmo tempo em que se ombreia aos demais na troca de informações para dificultar a manutenção de práticas ilícitas.

Esse mecanismo entra em severas dificuldades quando a legislação passa a autorizar que alguns componentes da rede celebrem acordos em matéria de corrupção, silenciando quanto aos demais, inclusive quanto aos efeitos desses acordos em relação a estes. O que deveria significar uma “dessensibilização” do sistema – porque a atividade ilegal já estaria desvelada e com responsabilização endereçada – passa a reestimular a competição entre os nós, cada qual buscando reafirmar a competência pretensamente ferida.

E o prejuízo é ao próprio instituto do acordo de leniência – pela notável insegurança jurídica que esse comportamento carrega – e à eficiência que orientou a sua edição (e à própria formação da rede); eis que energia que poderia estar sendo despendida para descobrir novos atos ilícitos desperdiça-se com alguém que já se comprometeu, inclusive, com o sancionamento pactuado.

Como será desenvolvido ao longo do trabalho, uma possível solução para esse paradoxo é o estabelecimento de regras de interpretação que leve em conta essa característica de rede do sistema de tutela da moralidade. Por exemplo, que não admita o direcionamento de uma iniciativa de um dos nós da rede contra o colaborador, antes que resolvida a relação estabelecida entre este e outro componente da rede; o Direito, quer seja uma decisão judicial, quer seja lei ou regulamento novo, deverá atuar no sentido de “sincronizar” os nós da rede, para que passem

a operar todos com o mesmo código de “cooperação” tão logo um de seus componentes celebre um acordo de leniência.

Nessa hipótese, haveria a necessidade de apurar eventual falha do acordo – v.g., em relação ao conteúdo, ao cálculo de ressarcimento, à proporção de penalidade – como antecedente lógico do agir de um componente da rede contra o colaborador. Ser-lhe-ia carreado um ônus lógico de demonstrar vício no ajuste, antes de buscar promover uma responsabilização adicional ao colaborador, simplesmente ignorando o acordado.

É certa a dificuldade de transpor conceitos manifestamente privados para compreender fenômenos do Estado; não menos certo, contudo, é que os acordos – os contratos – são fenômenos que já foram incorporados pelo Estado, sob o empuxo da *eficiência* que carregam para as atividades estatais. De outra banda, o fenômeno da fragmentação do poder estatal em diversos órgãos, às vezes concorrentes entre si, tampouco é uma característica brasileira.

O que se pretende é fazer uma análise que traga, juntamente com os bônus da eficiência, os ônus de responsabilização ao cumprimento do ajuste pelos diversos componentes da rede estatal com que foi estruturado – para o bem ou para o mal – o sistema de enfrentamento da corrupção, com seus diversos órgãos e competências concorrentes.

Dessa forma, a partir do quanto exposto, a hipótese desenhada no presente trabalho reside na atuação do sistema anticorrupção sob o formato de rede, e a tese é que as interações com esse sistema tenham que obedecer à teoria geral de redes, como regras de relacionamento com sistemas organizados sob esse tipo de formato, esteja ele em qualquer campo do conhecimento (Direito, Biologia, Física ou outra ciência).

Segundo Luhmann (2016), um sistema pode ser caracterizado como tal quando há um padrão de interações entre seus elementos constituintes que permita a separação entre eles e o ambiente; a chave para a compreensão, portanto, do conceito perpassa pela possibilidade de diferenciação entre sistema e ambiente. A forma hierárquica é mais tradicionalmente associada à ordenação dessas interações, mas não é a única, como indica o próprio Luhmann. A rede seria uma outra forma de diferenciação, notadamente em ambientes bastante mais complexos.

A hipótese deste trabalho dialoga com a ideia de que a diferenciação entre sistema e ambiente, no contexto de multiplicidade institucional anticorrupção brasileiro, opera segundo a ordenação própria da teoria geral de redes. Essa ordenação própria deve orientar as interações com o sistema, seja mediante inovação legislativa, seja mediante decisões judiciais, seja pela

própria conformação dos acordos materializados no âmago dos órgãos encarregados de controle da corrupção no Brasil.

Noutro giro: a abordagem de rede oferece a possibilidade de compreender o sistema de controle da corrupção de modo a decompor as relações que se estabelecem entre os órgãos e as entidades, analisando-as e identificando aquelas que se mostrem dissonantes. Esse processo permite orientar a atuação do intérprete ou do legislador nas interações e reformas do sistema como um todo.

2. Justificativa e delimitação do objeto do estudo

O presente trabalho intenta analisar os primeiros anos de vigência dessa legislação na resolução de casos envolvendo pessoas jurídicas, a partir das premissas teóricas sobre o mecanismo consensual para hipóteses de corrupção e das visões dos atores envolvidos – advogados, executivos, membros do Ministério Público e demais autoridades. Juntamente com esse objetivo, entrecruzar-se-á o estudo com elementos da teoria geral de redes, como elemento de diferenciação que permite organizar o sistema de controle da corrupção segundo uma lógica mais complexa que o tradicional sistema hierárquico.

No período anterior à Lei Anticorrupção, quando não era possível celebrar um acordo civil em matéria de corrupção, a assincronia entre os órgãos encarregados do controle da corrupção trazia “apenas” perda de eficiência ao sistema como um todo, que, de certa maneira, acabava compensada pela própria sobreposição de competências: onde um falhava, outro estaria disponível a atuar. O máximo de preocupação que se estabelecia era como o *bis in idem*, para evitar incidência duplicada de penas similares, como multas.

O acordo de leniência modifica esse jogo ao exigir um comportamento uniforme do Estado: essa assincronia violenta o pacote de estímulos ajustado com o particular. E a questão passa a ser como fazer para que os órgãos assumam uma mesma postura em relação ao particular que celebrou o pacto de leniência.

A linguagem da coordenação hierárquica não dialoga com um sistema que congloba órgãos e entidades federais, estaduais e municipais, autarquias em regime especial (agências), tribunais de contas, Ministério Público. Simplesmente não há uma estrutura decisória acima desse sistema que dê conta de adotar uma decisão e impor um padrão de conduta a todos os demais integrantes.

Por essa razão, propõe-se a mudança na abordagem: poliarquia/sincronização em vez da tradicional hierarquia/coordenação. Isso é o que vai permitir compreender algumas das dificuldades enfrentadas desde a edição da Lei Anticorrupção e o que, espera-se, vai oferecer um elemento a mais para iluminar o caminho do instituto do acordo de leniência, mediante decisões judiciais ou reformas legislativas, ou mesmo durante o próprio trabalho de construir as cláusulas contratuais.

É certo que houve uma experimentação importante na aplicação da legislação, com erros e acertos naturais de uma mudança profunda no paradigma de como enfrentávamos essas questões até então. E é correto também falar que houve novas reações do sistema político em função dessa experimentação, p.e., com a edição das Leis n. 13.869/19 e n. 13.964/19. Até que ponto a motivação pode ser calcada nos erros ou nos acertos desse lustro de vigência é tarefa a ser retomada em outro enfoque.

Buscar-se-á, ademais, compreender em qual quadra se encontra o sistema de enfrentamento à corrupção brasileiro e estudar os acordos já tornados públicos a partir de um modelo de análise sob a abordagem da *teoria de rede*.

Analisaremos a substituição de uma lógica marcadamente simbolizada pela aplicação formal de regras punitivas pelas autoridades por outra lógica em que a heteronomia coexista com a possibilidade de transação acerca de alguns aspectos do processo punitivo – inclusive sobre a própria sanção – num sistema que garanta, sobretudo, o *trade-off* de segurança jurídica ao particular, e de eficiência (na recuperação de ativos, na investigação, na prevenção) às autoridades encarregadas de aplicar a legislação.

Os primeiros anos de vigência da legislação foram marcados por embates entre essas duas lógicas – a heteronômica e a consensual – num ambiente de elevada polarização política, em que essa mesma legislação foi utilizada como mecanismo de enfrentamento da corrupção política. Por detrás desses embates, em muitas ocasiões o conflito de visões – hierarquia e poliarquia – contribuiu para anuviar ainda mais o debate.

E, muitas vezes, em sacrifício à segurança jurídica e à eficiência que justificaram a adoção do mecanismo consensual, para temas de corrupção, em nosso país.

3. Metodologia e desenvolvimento do trabalho

Além dos capítulos iniciais – introdução, justificativa e apresentação de metodologia –, o estudo busca apresentar os fundamentos políticos e econômicos para a solução consensual em matéria anticorrupção, no capítulo 4.

No capítulo 5, são apresentadas as normas que suportaram a aplicação dos acordos de leniência e assemelhados, com suas especificidades no sistema brasileiro multiagências de aplicação da lei.

No capítulo seguinte, serão abordadas algumas características dos órgãos encarregados do controle da corrupção no Brasil, buscando problematizar a questão da governança para lidar com uma articulação não hierárquica de estruturas governamentais.

O capítulo 7 procura analisar se há, de fato, um sistema anticorrupção em funcionamento, reconstruindo as tentativas de celebração de acordos em matéria anticorrupção, e os primeiros passos na aplicação da Lei n. 12.846/13. Neste capítulo, será buscada uma aproximação da atuação das agências brasileiras anticorrupção com a abordagem de rede, analisando os aspectos que permitem identificar ambas as realidades e as consequências de tal constatação, sobretudo para buscar um caráter sistêmico para a relação entre os responsáveis pelo *enforcement* da legislação. Este capítulo ainda tratará dos acordos celebrados pelo Ministério Público Federal, pelo duo CGU/AGU, além de outras iniciativas de relevo.

Ato contínuo, o capítulo 8 apresentará alguns pontos críticos quanto à aplicação da lei, ao passo que o capítulo 9 destacará iniciativas para a consolidação da cultura consensual.

No capítulo 10, serão apresentadas análises realizadas a partir de questionários respondidos pelos principais atores nesses primeiros anos de vigência da legislação – advogados e executivos, pelo lado empresarial, e procuradores e demais autoridades, pelos balcões públicos.

Os capítulos finais buscam apontar alguns delineamentos para o futuro e as principais conclusões do trabalho.

Os objetivos deste trabalho serão buscados a partir de uma análise dedutiva, tendo como marco inicial a legislação, a doutrina jurídica e a teoria geral estabelecida para analisar o

funcionamento de uma rede, como metodologia de análise científica de estruturas que apresentem esse comportamento.

Como material de pesquisa, serão utilizados materiais bibliográficos sobre Direito, Ciência Política, Administração, Economia, teoria de rede e outros que permitam conferir uma interpretação sistêmica para essa realidade. Além disso, os acordos já tornados públicos servirão de referência para testar o funcionamento do modelo de análise.

4. Fundamentos para um programa de transação anticorrupção

A adoção de um modelo de consensualidade para resolver questões relacionadas ao exercício do poder – e punição decerto é uma das formas mais claramente identificadas com o referido exercício (PALMA, 2010) – possui assento na própria transformação do papel do Estado, que paulatinamente vem admitindo soluções concertadas em temas tradicionalmente endereçados pela imposição unilateral de uma decisão.

A partir das últimas décadas do século XX, assistimos à crise de um modelo de organização do Estado baseado na existência de uma burocracia hierarquizada, especializada e compartimentalizada, controlada por uma legislação codificada, e submetida ao controle do corpo político, a quem incumbia produzir essa legislação como fruto do consenso eleitoral. Essa realidade começou a ruir com a elevação da complexidade das relações sociais, com a globalização e, mais recentemente, com o alucinante frenesi das redes sociais e a imediatidade da comunicação.

Como aponta Abrucio (1997), as três dimensões do Estado – econômica, social e administrativa – encontravam-se interligadas e correspondiam (1) à intervenção estatal em setores estratégicos da economia, como vetor de desenvolvimento; (2) à produção de políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais de segunda geração; e (3) ao modelo burocrático de funcionamento do aparato governamental, sob os signos da impessoalidade, neutralidade e racionalidade, como preconizado por Max Weber.

A legitimação do modelo weberiano calcado no domínio da racionalidade legal encontra-se intimamente dependente da capacidade de a legislação apresentar-se organizada em códigos, assim como da concentração dos meios de administração e de gestão nas mãos dos detentores do poder: a burocracia obtém na legislação os limites de seu agir em um equilíbrio tenso e delicado com a construção desses mesmos limites pelo poder político.

Segundo Weber (1999), essa tensão revela-se em ao menos duas facetas, sendo a primeira relacionada aos critérios de seleção dos elementos burocráticos baseada em meritocracia, contrapondo-se à igualdade substancial do cidadão perante a lei. Dado o exercício diário de poder pela burocracia, a tensão pode se revelar mediante pressões para que critérios democráticos – ou, melhor, eleitorais – sejam levados em consideração para o preenchimento

das estruturas administrativas, ameaçando uma das bases do próprio conceito da burocracia, que é a especialização.

Aqui, reside também o segundo elemento da tensão: a legitimidade do aparelho burocrático *versus* a legitimidade do corpo político. Nas palavras de Weber, a compatibilidade da burocracia com o sistema de domínio racional-legal encontra-se adstrita à noção de formulação legislativa pelo Parlamento e com o próprio controle parlamentar de sua aplicação.

Portanto, quer no binômio meritocracia-especialização/democracia-igualdade, quer na tensão entre aparelho burocrático e corpo político, o modelo se apresenta equilibrado em bases bastante delicadas, ainda que tenha possibilitado à humanidade enfrentar os elevados desafios do século XX.

Esse equilíbrio tênue parece ter funcionado a contento num contexto de menor complexidade de relações sociais²; todavia, passou a apresentar sinais de desgaste quando escassezes começaram a se abater sobre Estados até então acostumados com abundância e com a oferta de bem-estar a um número crescente de cidadãos. Paralelamente, o enfraquecimento do Estado como centro de poder e a crise da lei como elemento regulador da vida social também contribuíram para esse fenômeno.

Nessa linha, Hassemer (2008) destaca justamente as dificuldades enfrentadas na conformação da lei em um quadro de elevada complexidade:

[...] uma adaptação do sistema jurídico a uma mudança social – tal como os princípios da codificação e da separação dos poderes o exigem – é crescentemente anacrônica
[...] o legislador confia hoje cada vez mais a complementação de suas diretrizes ao aplicador da lei. (p. 50)

O Estado weberiano, pois, mostrou sinais de esgotamento ao não mais atender às necessidades dessa complexidade crescente das sociedades (POLLITT, 1990), o que reclamou a busca de novos horizontes para a organização do Estado.

² Ainda que o século XX tenha sido prolífico em guerras e conflitos armados, genocídios e demais conturbações, atualmente, a velocidade da informação, do fluxo de capitais, de integração mundial, dentre inúmeros outros fatores da sociedade humana global apresentam-se como desafio fundante para a organização do Estado no presente século.

Ademais, a demanda pela inclusão de mais e mais beneficiários no sistema de bem-estar, e, por decorrência, a limitação do financiamento da estrutura estatal impuseram um viés econômico para esse rearranjo organizacional, cuja ilustração mais bem definida é comumente identificada com o Reino Unido de Margareth Thatcher e com a gestão Reagan nos Estados Unidos.

De um lado, uma burocracia desconectada das limitações – e responsabilidades – econômicas, operando num quadro de progressiva discricionariedade, sem a contrapartida de legitimidade democrática. Por outro, um Estado com seu poder em xeque perante grandes corporações e com menos recursos para enfrentar uma série de desafios. Os fundamentos para o rompimento do equilíbrio estavam dados e as tensões que se avolumaram desaguaram em buscas de reconfiguração do papel do Estado:

A experiência inglesa, ao abrir caminhos para a discussão sobre as mudanças nas formas de gestão pública e ao introduzir o gerencialismo (o padrão gerencial de administração pública) na agenda de reformas, foi elemento basilar em reformas administrativas realizadas em diversos países, os quais, a partir de suas peculiaridades locais, têm utilizado alguns dos pressupostos gerencialistas para modificar suas estruturas administrativas.

Este modelo privilegia o desempenho organizacional, os resultados e o “gerenciamento” dos recursos (humanos, materiais, financeiros e informacionais), palavras-chave para o estudo da eficiência, em detrimento da administração de atividades, normas, procedimentos etc. (ARAGÃO, 1997, p. 118).

A ideia de reforma, pois, acabou implementada em algumas realidades a partir da introdução de métodos e técnicas típicos do setor privado na estrutura organizacional do serviço público. A eficiência foi um vetor importante nesse processo, que interferiu não apenas nos dispêndios do erário, mas também em toda a estratégia de atuação da máquina pública, sob um critério majoritariamente econômico. Como aponta Melo (1996, p. 73):

O modelo weberiano foi substituído por um paradigma “pós-burocrático” (Barzelay, 1992) a partir da década de 70. Enquanto as reformas do início do século voltaram-se para a padronização de procedimentos burocráticos, instituição do sistema de mérito e racionalização do setor público, pela adoção de práticas *standard* e universais, a

segunda onda de reformas voltou-se precisamente para a criação de padrões empresarialistas (*entrepreneurialism*), inovadores (e não rotineiros), customizados e flexíveis (e não padronizados).

Essa estratégia reflete, entre outras coisas (preocupações com custos, etc.), uma necessidade de “politizar a burocracia” (no sentido amplo do termo), tornando-a mais *accountable*.

Nessa linha, diretrizes organizacionais próprias do sistema privado passaram a ser incorporadas, *pari passu* à focalização das ações do Estado nas matérias em que o setor privado não possuísse condições – ou vocação – de atender. O deslocamento do interesse estatal abriu espaço para privatizações e enxugamento da máquina administrativa.

Como destacam Osborne e Gaebler, citados por Abrucio (1997), seriam dez princípios básicos para compreender esse processo: (1) competição entre os prestadores de serviço; (2) poder aos cidadãos, transferindo controle de atividades à comunidade; (3) avaliação de agências governamentais mediante resultados; (4) orientação por objetivos, e não por regras e regulamentos; (5) redefinição de usuários como clientes; (6) foco mais na prevenção do que na remediação; (7) priorização do investimento na produção de recursos e não no dispêndio; (8) descentralização da autoridade; (9) preferência para soluções de mercado às burocráticas; e (10) catalisação da ação dos setores público, privado e voluntário.

Claramente vários, se não todos, desses princípios contrariam a noção clássica de uma burocracia apoiada em regras como limitantes de sua atuação, direcionando a ação pública num sentido verticalizado (Estado → administrado) de sujeição quanto às decisões adotadas segundo essas mesmas regras. A hierarquia burocrática se reproduzia na relação do Estado com a sociedade.

A ideia de transferir poder aos cidadãos, não apenas no momento eleitoral, mas também durante a execução de uma atividade estatal, soa como forte ameaça à cidadela burocrática, que vê perder sua primazia na definição da ação administrativa, observada, obviamente, a seara discricionária limitada por força da legislação. Mas essa é uma contrapartida necessária à crescente liberdade conferida pelo legislador. A outra será o incremento do *accountability*³.

³ Em revisão bibliográfica sobre esse termo, Medeiros, Crantschaninov & Silva (2013, p. 769) identificaram a necessidade de aprofundamento de estudos: “É importante pontuar que, após a Redemocratização brasileira, tendo como marco a Constituição Federal de 1988, expressões como democracia, participação popular, controle social e

Identicamente, a imposição de metas e a preocupação com resultados, muito mais que a mera observância formal de regras predefinidas, configuraram ataque à maneira tradicional do agir burocrático, que se bastava no cumprimento estrito das rotinas preconizadas, segundo uma lógica hierarquizada.

Pode-se considerar que tais diretrizes, ao mesmo tempo em que abalaram os fundamentos do modelo racional-legal, introduziram métodos mais democráticos de controle e de atuação para a Administração, buscando, se não uma relação horizontal entre Estado e cidadãos, uma boa diminuição do fosso vertical que os separava no plano ideal.

Aragão (1997, p. 108), citando Bennis, enumerou as *ameaças* à burocracia nesse processo evolutivo:

- a) novos conceitos de poder, baseados na colaboração e não simplesmente na coerção e ameaças;
- b) novos valores organizacionais baseados em concepções mais humanísticas, que podem substituir a impessoalidade;
- c) mudanças ambientais rápidas e inesperadas;
- d) crescimento (em tamanho e complexidade) das organizações;
- e) complexidade da moderna tecnologia, que requer integração de atividades e pessoas, estas últimas com competências cada vez mais especializadas.

Esse fenômeno pode ser compreendido como uma perda de poder do Estado, que acabou cedendo-o aos cidadãos e às organizações da sociedade, aqui incluído o setor produtivo privado. Pode, todavia e com maior sentido, entender-se como uma nova estratégia que privilegia parcerias à utilização da força (ABRUCIO, 1997; POLLIT, 1990). O convencimento, em um agir dialógico, ganhou corpo nesse processo. O poder político passa a ser compartilhado com a

a própria *accountability* passaram a figurar como ‘jargões’ que legitimam ações públicas, mesmo que essas orientações não sejam aplicadas na prática.

...

Os resultados encontrados neste estudo também vão ao encontro do que Schedler já havia constatado em seus estudos. Para o autor, apesar de o termo *accountability* ser apropriado e largamente utilizado em todo o mundo por diferentes instituições e atores, acadêmicos ou não, ele ainda continua subexplorado, pois “o seu significado permanece evasivo, com fronteiras indefinidas e estrutura interna confusa” (SCHEDLER, 1999, p. 13, apud PINHO E SACRAMENTO, 2009, p. 1348).

sociedade, como forma de elevar a legitimidade das decisões públicas, segundo a noção de uma *nova governança pública* ou Administração democrática (GONÇALVES, 2013).

A força, como monopólio do Estado, sempre será um recurso à disposição para impor soluções e corrigir rumos. Entrementes, a percepção intuitiva é que se gasta energia elevada com tal movimento. Essa energia poderia (ou, melhor, deveria) ser sacada como *ultima ratio* quando fracassassem tentativas de construir solução mais eficiente.

Nesse conspecto, emerge a estratégia de preferência da prevenção à punição; do *compliance* à responsabilização *a posteriori*. O elemento dissuasório da sanção estará sempre à mão do Estado; todavia, convida-se o particular – às vezes não tão gentilmente – a tomar correção nos rumos de conflito à lei e à regulação da atividade. O próprio deflagrar de sucessivas operações policiais e o protagonismo que o tema “crimes de colarinho branco” assumiu nos últimos anos demonstram que o Estado falhou no seu papel fiscalizador, numa evidência de que sua força heterônoma já não se reveste dos seus atributos clássicos.

A ideia de utilização de ferramental típico da iniciativa privada na gestão pública, entretanto, não é tão recente assim. Woodrow Wilson, citado por Behn (1998, p. 6), já apontava no final do século retrasado a necessidade de uma estratégia pública que privilegiasse a diligência típica dos negócios privados:

A atmosfera venenosa do governo municipal, os segredos fraudulentos da administração estatal, a confusão, os benefícios e a corrupção constantemente descobertos nos gabinetes de Washington, proibem-nos de acreditar que quaisquer concepções claras do que constitui uma boa administração sejam, até o momento, comuns nos Estados Unidos [...] deve haver uma ciência da administração, que busque endireitar os caminhos do governo, tornar seus negócios mais parecidos com negócios privados, fortalecer e purificar sua organização, e coroar sua diligência.

O valor da proposta de Wilson está justamente na identificação do problema e na sugestão de medidas para contorná-lo. Como aponta Prats i Catalá (1996), esse estudo de Wilson estabeleceu quatro grandes premissas: a) a governação consiste em dois processos separados: a política e a administração; b) a Administração pode e deve constituir o objeto de uma ciência diferente da política; c) o estudo científico da Administração Pública conduz à

descoberta de princípios análogos aos das leis nas ciências físicas; d) a aplicação de tais princípios irá assegurar uma maior economia e eficiência.

O modelo norte-americano, marcado por elevado pragmatismo desde o início dos tempos, talvez embaralhe a compreensão da exposição ora desenvolvida, justamente por se apresentar sob um paradigma histórico distante de nossa realidade. Retomar-se-á, adiante, a influência norte-americana em relação ao instituto analisado nessa obra. Todavia, ao que importa no momento, saudemos a noção da eficiência, destacada por Wilson, e implicitamente contida na referência à *diligência* do setor privado.

Ao lado da diligência/eficiência, *flexibilidade*; como bem anotado por Abrucio (1997, p 10), esse contexto de diminuição de recursos e de poder do Estado determinou a procura por novas estratégias de atuação:

Esta crise do Estado afetou diretamente a organização das burocracias públicas. Por um lado, os governos tinham menos recursos e mais déficits. Com efeito, o corte de custos virou prioridade. No que tange à Administração Pública isto teve dois efeitos. Primeiro, a redução dos gastos com pessoal era vista como uma saída necessária — os discursos das administrações de Thatcher e Reagan representaram o ponto máximo desta tendência. Segundo, era preciso aumentar a eficiência governamental, o que implicava, para boa parte dos reformadores da década de 80, uma modificação profunda do modelo weberiano, classificado como lento e excessivamente apegado a normas — leia-se: o modelo weberiano era ineficiente.

Por outro lado, o Estado contemporâneo vinha perdendo seu poder de ação, especialmente se levarmos em conta os problemas da “governabilidade” (governos sobrecarregados) e os efeitos da globalização. Portanto, surgia naquele momento não só um Estado com menos recursos; era um Estado nacional com menos poder. Para enfrentar esta situação, o aparato governamental precisava ser mais ágil e mais flexível, tanto em sua dinâmica interna como em sua capacidade de adaptação às mudanças externas.

A estratégia da utilização de mecanismos de inspiração privada na gestão pública, num primeiro momento, configurou-se mais pela incorporação de técnicas gerenciais, no que ficou denominada por *gerencialismo*, sem uma preocupação maior com as especificidades da atuação do Estado e com a política no geral.

A mera transposição de instrumentos privados na gestão pública apresentou, por óbvio, dificuldades, e despertou críticas, no que exigiu adaptações ao modelo. Incorporando novas abordagens e mecanismos, sempre no intuito de permitir que a realidade estatal se impusesse, esse movimento encontra-se em evolução:

É possível observar, todavia, que alguns dos aspectos frágeis do gerencialismo puro, que elencamos neste espaço, foram revistos nas fases subsequentes do modelo gerencial inglês. A segunda fase do modelo, chamada *consumerism (New Public Management)*, deu-se no sentido da qualidade e da flexibilidade, que haviam sido negligenciadas pelo gerencialismo puro.

Em que pese a importante mudança de objetivos, verificada quando se compara o *consumerism* com o modelo gerencial puro, a principal inovação ocorreu no sentido da redefinição do público-alvo, que passa do contribuinte para o cliente/consumidor. A focalização no consumidor e a introdução da abordagem qualitativa na gestão pública foi, sem dúvida, um passo importante no sentido da recuperação do conceito de público, o que, entretanto, só será melhor trabalhado na terceira fase do modelo gerencial inglês, denominada *Public Service Orientation (PSO)*. (ARAGÃO, 1997, p. 122).

Assim, mais recentemente, no final da década de 1990, surgiu uma nova abordagem, em que alguns dos elementos relacionados à participação política do cidadão e ao *accountability* foram realçados, no que restou conhecido por *Public Service Orientation (PSO)*. Sem retomar conceitos burocráticos, o PSO buscou incorporar ao modelo diretrizes mais democráticas, com participação mais atuante do cidadão:

Para a fuga da armadilha do conceito de consumidor, a PSO trabalha com o conceito de cidadão, vez que cidadania implica não só liberdade de escolha de serviços públicos (como é o caso do conceito de consumidor), como também exercício de direitos e deveres, relacionando-se ao conceito de *accountability*. (ARAGÃO, 1997, p. 125).

E a eficiência remanesceu como vetor importante, admitindo-se a *cooperação* como elemento adicional à *competição* para incrementar a atividade do Estado:

Outro conceito caro ao modelo gerencial, o de competição entre agências públicas, é repensado pelo *Public Service Orientation* (PSO). Não que a competição seja negada como princípio utilizável no setor público; mas o que é mais ressaltado pela PSO é a possibilidade de cooperação entre as agências de modo a obter um melhor resultado global na oferta de serviços públicos. Desta forma, o princípio da equidade, fundamental dentro do PSO, pode ser garantido. (ABRUCIO, 1997, p. 27).

Essa modificação do papel do Estado pode ser explicada por outras abordagens. Klijn (2010) traça uma comparação entre os conceitos de *new public management* e de *governance*, destacando que, embora ambos sejam similares na reserva de papel definidor de objetivos ao Estado, o *new public management* reserva um papel de direção central, em oposição à horizontalidade da *governance* nas suas relações com a sociedade e com outras estruturas estatais.

Há, pois, uma evolução das estruturas de responsabilidade do corpo administrativo – passando do respeito procedimental weberiano ao desempenho cotejado com metas previamente fixadas –, como aponta Bevir (2011, p. 107):

A nova governança consiste nas teorias e nas reformas interconectadas por meio das quais os povos conceberam a crise do Estado e responderam a ela. Essas teorias e reformas rejeitaram o conhecimento técnico associado ao Estado posterior à II Guerra Mundial. Entretanto, em vez de desafiar a ideia de aplicar o conhecimento técnico modernista à vida social, os atores políticos viraram-se para modos modernistas alternativos de conhecimento para apoiar novas formas de conhecimento técnico. A governança surgiu então em duas ondas analiticamente distintas da reforma do setor público. A primeira consistiu nas reformas associadas ao conceito econômico de racionalidade – o neoliberalismo, a Nova Administração Pública [*New Public Management*] e a terceirização. A segunda consistiu em reformas associadas a conceitos sociológicos de racionalidade – a Terceira Via, a governança *joined-up* e redes e parcerias.

Continua esse autor narrando que tal fenômeno impôs novas formas de relacionamento pelo Estado, ante a dificuldade que a coordenação hierárquica apresenta, pela divisão e especialização, ao não dialogar adequadamente com estruturas fragmentadas e relacionadas sob uma conformação de redes.

Para Lobel (2004, p. 265), *governance* congloba um conjunto de atividades, funções e exercício do controle por atores públicos e privados, com a finalidade de promover o desenvolvimento social, político e econômico. Tal desiderato se desenrola mediante:

Legal orchestration is achieved through interpenetration of policy boundaries, new public/private partnerships, and next-generation policy strategies such as negotiated rulemaking, audited self-regulation, performance-based rules, decentralized and dynamic problem solving, disclosure regimes, and coordinated information collection.

Osborne ilustra de forma bastante didática as diferenças entre os modelos:

<i>Policy and service regim</i>	<i>Focus of managerial action</i>		
	<i>Policy</i>	<i>Organization</i>	<i>Environment</i>
<i>Public Administration</i>	Street-level bureaucracy	Professional practice	Political management
<i>New Public Management</i>	“Costs of democracy”	Organizational performance	Competitive Market behaviour
<i>New Public Governance</i>	Stakeholder management	Boundary spanning and boundary maintenance	Sustainable public policy and services

Tabela 1 – Modelo exploratório de interações da implementação de políticas públicas, regimes de oferta de serviços públicos e prática gerencial. (Fonte: OSBORNE, 2010)

Quer se trate de um conjunto de abordagens, quer se trate de outro, o fato é que esse fenômeno de ressignificação do papel do Estado implicou um conjunto profundo de modificações na sua configuração. Corolário desse movimento foi a criação de estruturas dotadas de autonomia com a finalidade de regular setores econômicos – nos quais o Estado deixou de atuar de maneira direta – como forma de aprofundar ainda mais essa visão de busca pela eficiência, ante a especialização dos debates por um corpo técnico. As agências reguladoras sinalizam um regresso à especialização burocrática, agora não mais destinada a intervir

diretamente no domínio econômico, mas de regular a atuação de agentes privados. Com um viés: graus de autonomia em relação ao poder político.

Guerra (2012) as situa no conceito de *função neutral*, como se fosse possível estabelecer *neutralidade político-partidária* acerca de conceitos jurídicos e técnicos. Em verdade, ao argumento de se construir um ambiente de proteção à estabilidade das regras em determinados setores econômicos que demandam, via de regra, vultosos investimentos, acabou-se criando espaço para dificuldade de controle democrático sobre sua atuação.

Inspiradas no regime norte-americano, as agências atuam como delegatárias do Legislativo, que disciplina regras de desempenho e, exercitando sua função de controle, cobra os resultados pertinentes, sem embargo da atuação concomitante das demais estruturas governamentais encarregadas de formulação de políticas afins. Essa noção será útil para ajudar na compreensão de uma interação não hierárquica, como a estabelecida entre os órgãos e as entidades de controle da corrupção.

Bilhim (2017), analisando o quadro português, buscou construir um enquadramento das relações estabelecidas entre as agências e as estruturas mais tradicionais do Estado, classificando essas relações sob a figura da *adstrição administrativa*, que é diversa da subordinação direta e da supervisão estabelecidas como controles hierárquicos do poder político sobre a administração em geral. A adstrição seria uma forma de relacionamento que preserva a autonomia das agências, embora reserve um papel de coordenação e de catalisação às instâncias políticas.

Apenas para não perder de vista o tema deste capítulo, para o desempenho desse relacionamento bastante mais complexo, a imposição de uma decisão – quer seja ela dirigida a outra estrutura do Estado, quer seja ao particular – já não resultará em uma ação condizente com a intenção de quem emitiu a decisão ou mesmo com a finalidade que dela se esperaria. Serão naturais as resistências de outras instâncias ou mesmo do particular, por exemplo, em casos de elevada especialização da matéria.

Destarte, partiu-se de um sistema fragmentário de agências – e agendas – públicas, cada qual especializada em suas bases burocráticas, para um sistema que admite a cooperação em busca da eficiência na atuação governamental. Embora tal movimento implique maior racionalidade e eficiência no agir do Estado, ao mesmo tempo essas modificações ocorrem segundo uma graduação e uma coexistência de modelos, em verdadeiras *camadas geológicas* (SOUSA SANTOS, 1995). A resultante são modos de funcionamento divergentes, quiçá

antagônicos, em um mesmo ambiente e momento. A abordagem de rede permitirá a utilização de alguns conceitos típicos – como a sincronização – em ordem a não apenas compreender o fenômeno, como também desenvolver ferramentais para lidar com ele eficazmente.

Não há solução para tal quadro, a não ser compreendê-lo e aplicar o melhor tratamento possível quando as tensões apresentarem intransponibilidade e, por conseguinte, indicativos de paralisação. Voltaremos a esse ponto mais adiante.

Morand destacou que todas essas questões na organização e na definição do papel do Estado possuem imbricada relação com transformação do próprio Direito. Em um quadro, desenhado a partir de Willkie, Morand recompõe sinteticamente a perspectiva evolutiva das formas da sociedade, do Estado e do Direito:

Formas da sociedade	Formas do Estado	Formas do Direito
Pré-moderna	Estado repressivo	Direito repressivo
Moderna	Estado liberal	Direito restitutivo
Complexa	Estado intervencionista	Direito finalístico
Hipercomplexa	Estado dirigente	Direito reflexivo

Tabela 2 – Quadro sintético entre sociedade, Estado e Direito. (Fonte: MORAND, 1999)

Como aponta esse autor, o pós-guerra marcou um processo de profunda transformação dos modos de ação do Estado, impondo intervenções na economia e em outros domínios de forma mais direta, por intermédio de políticas públicas finalísticas que, segundo Luhmann (2016), geravam uma estrutura jurídica nova e problemática. Segue Morand esclarecendo que esse meio de ação encontra naturais dificuldades e resistências, gerando ao Estado os ônus de negociar soluções com a sociedade. Atenua-se a coerção e reforçam-se as estratégias de convencimento e persuasão.

O Estado passa a lançar mão de meios de incitação e de convencimento como método de induzir comportamentos, gerando o que denominou *direito reflexivo*. Nesse conspecto, o quadro-síntese Estado/Direito assume a seguinte compleição:

Formas de Estado	Formas do Direito
-------------------------	--------------------------

Estado liberal	Direito moderno
Estado de bem-estar social	Direito da atividade prestacional
Estado propulsivo	Direito dos programas finalísticos
Estado reflexivo	Direito dos programas relacionais
Estado indutor	Direito fundado sobre a persuasão e a influência

Tabela 3 – Quadro-síntese entre formas de Estado e formas do Direito. (Fonte: MORAND, 1999)

Como destaca Abate (2014), esse quadro conduz a uma forma mais flexível do direito: a *lei branda (soft law)*, que é definida como o conjunto de instrumentos que visa orientar o comportamento dos seus destinatários, sem criar direitos ou obrigações por si próprios, mas apresentando um grau de formalização e estruturação que os relaciona com as regras.

Bucci (2019) asseverou com precisão a preferência a meios convencionais às decisões unilaterais para lidar com a complexidade crescente, ao inferir o sopesamento de interesses como um dos motivos para tal movimento de *suavização da coerção* e consequente contratualização da ação pública.

Esse processo atinge as bases burocráticas, como organizadas tradicionalmente. Na realidade brasileira, Abruci *et al.* (2010) narram a construção do modelo burocrático desde o Império, passando pelas reformas de Vargas e pelo Decreto-lei n. 200/67, com seu marcado elemento autoritário. Os autores apontam uma tensão entre política e burocracia, como se não fossem elementos constituintes de uma mesma realidade, procurando desmistificar o estigma que a solução burocrática acaba por impingir sobre a política.

Com a crise do estado autocrático, adveio a redemocratização do país e a consequente discussão do papel da gestão pública. Uma década depois da promulgação da Constituição, houve a reforma administrativa introduzida com a Emenda Constitucional n. 19, nos idos de 1998. Essa emenda trouxe inovações importantes para o Estado brasileiro desde a mais óbvia introdução da *eficiência* como um dos princípios da Administração, até diretrizes de utilização mais ampla de contratos como mecanismos de gestão pública. Nessa linha, Bucci (2019, p. 811) afirma:

Para o direito brasileiro o momento é marcante, pois no final da década de 1990 a onda de privatizações deságua no primeiro grande ciclo de emendas constitucionais. No plano econômico, foi período de ajuste fiscal, restrições à intervenção do Estado na economia e introdução de políticas focalizadas (SOUZA, 2007, p 65). No âmbito da gestão pública, além da privatização de serviços públicos e criação das agências

reguladoras, é a época da reforma administrativa, que terminará por constitucionalizar como princípio a eficiência administrativa.

Note-se, como destaca Aragão (1997), a eficiência em questão dialoga com a ideia de *flexibilidade*, para permitir adaptação mais célere à realidade. Logicamente esse movimento de flexibilidade choca ainda mais as bases da burocracia tradicional, alicerçada no cumprimento estrito de normas emanadas pelo parlamento. Porém, como já apontado, cada vez mais essas normas são mais abertas para possibilitar o acoplamento às complexidades crescentes da sociedade.

Segundo Teubner (1989, p. 210):

[...] as construções da realidade do direito formal, produzidas de modo fechado e auto-referencial, entram em conflito com as operações reais dos sistemas envolventes.

A passagem do capitalismo artesanal ao capitalismo de monopólio, analisadas por aquele autor, constituem desse modo apenas um dos factores que ilustram como mudanças do meio envolvente originam indeterminação. Para escapar a tal problema, o direito é levado a adoptar auto-descrições políticas e económicas e a incorporar crescentemente um oportunismo político e utilitarismo económico nos seus próprios cálculos.

[...]

O maior sacrifício que o direito formal tem de fazer no altar da flexibilidade social (“*responsiveness*”) consiste no retraimento das suas pretensões ou exigências de consistência interna. Para lidar com as diferentes categorias sociais, o novo direito flexível elabora categorias jurídicas que, por definição, não podem aspirar a uma consistência jurídica universal.

O risco é deixar margens de decisão cada vez maiores nas mãos de quem decide o caso concreto. Popper (2019) comentou sobre as formas de intervenção do Estado na sociedade, a que classificou como “institucional/indireta” e “pessoal/direta”, preferindo a primeira à segunda, dentre outras qualificações, por ser mais democrática. Alertou, ademais, para os riscos dos *poderes discricionários*, destacando que a grande questão do Estado é realmente limitar o poder.

Esse espaço maior de decisão, conferido pelo legislador, escancara a tensão entre a eficiência e a legitimidade democrática – portanto do controle do poder – como uma das marcas da Administração Pública da atualidade, cuja resultante na nossa realidade deságua na constitucionalização tanto do direito público quanto do direito privado, com “diluição do rigor da dualidade direito público/direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa” (BARROSO, 2013).

Para evitar que a tessitura das lacunas legislativas fique ao exclusivo encargo do corpo burocrático – naturalmente com déficit democrático/eleitoral, ante seu modo de recrutamento –, emerge como solução a participação da sociedade, em geral, e o destinatário da norma, no particular, na colmatação dos espaços conferidos pelo legislador. A lógica da consensualidade decorre também desse vetor.

A consensualidade insere-se nesse contexto como critério limitador de ação de um Estado detentor de linhas de ação cada vez menos minuciosamente controladas pelo instrumento típico do Direito que é a lei. Ao particular, como destinatário da ação pública, autoriza-se a participação na conformação da aplicação da lei e, às vezes, até mesmo na definição de parâmetros regulatórios (NUSDEO, 2018).

Rosenau (2000) identificou três polaridades sobrepostas na atual realidade: (i) globalização e localização; (ii) centralização e descentralização; e (iii) integração e fragmentação. Essas polaridades, destacadas por interações reiteradas e contínuas entre os polos, alternando entre cooperação e conflito, prefiguram o que o autor denominou *framegration*, ou seja, um neologismo constituído pelas palavras fragmentação e integração, em noção que, ao lado da co-ompetição de Teubner, permeará o presente estudo. E arremata:

In other words, not only has the advent of network forms of organization undermined the authority of states, but in the context of our concern with the governance of *framegration* it has also had even more important consequences. Most notably, the networks have contributed to the disaggregation of authority as well as the formation of new collectivities not founded on hierarchical principles. Indeed, networks are the analytic heart of the notion of governance in the study of Public Administration. (ROSENAU, 2000, p. 9).

Dada essa perda de poder, pela fragmentação, há necessidade de outros mecanismos de atuação do Estado, que não aqueles relacionados ao exercício da autoridade na sua forma adjudicatória de decisão: há necessidade de negociação, internamente às estruturas do próprio Estado, com estruturas de outros Estados, e sobretudo com o particular.

Gaudin (2007, p. 41-42) ilustra esse paradigma da negociação para endereçar questões relacionadas à descentralização menos hierarquizada (de *parceria* ou *co-produtiva*):

Avant la décentralisation, la “ruse” locale avec la règle générale et impersonnelle était de mise. L'adaptation ou le détournement de la règle assurait les ajustements à la marge d'une tutelle centre/périphérie clairement hiérarchisée. À présent, les notions de “partenariat” ou de “coproduction” de politiques sont couramment employées; et l'on parle beaucoup à cette occasion d'horizontalisation des relations entre les acteurs. Ces termes rendent compte d'un imaginaire politique, dont participent en France les politiques contractuelles et une décentralisation qui entendait instaurer des relations sans tutelle entre les divers types de collectivités publiques tout en développant la démocratie locale. Mais au-delà des souhaits et des annonces politiques, il faut sans cesse interroger les pratiques effectives.

Retomemos a questão da fragmentação. Além de fragmentação das estruturas do Estado, o próprio direito passa a ver-se pulverizado. Passamos de uma lógica codificada de normas de comportamento – código civil, código penal, código comercial – para a normatização de setores ou de atividades, sem que disso emergja uma preocupação mais consistente do legislador com a integração e a consistência do sistema normativo (se é que o mito do “legislador racional” possa ser mesmo levado a sério). Dentro da própria legislação, dadas as pressões dos inúmeros atores dentro e fora do parlamento, deixa-se de arbitrar uma posição mais clara e a lei resultante acaba exibindo com vigor e pompa uma indefinição que atenta à lógica tradicional do direito.

Se é assim em temas mais gerais de interesse da sociedade, quando a legislação envolve controle de abusos no exercício de autoridade, como o é uma lei que controla a corrupção, esse quadro fica mais evidente. Não é preciso recobrar que a Lei de Improbidade Administrativa foi editada como reação ao escândalo Collor de Mello, no começo da década de 1990, e que a Lei Anticorrupção pode ser encarada como reação aos protestos de junho-julho de 2013. Ocorreu de forma similar com a Lei da Ficha-Limpa, com grande pressão popular pós-Mensalão.

A Lei Anticorrupção peca, no que importa ao presente trabalho, por não definir claramente o papel dos órgãos e entidades encarregados de lidar com a defesa da moralidade administrativa. Esse pecado pode decorrer da emergência de uma resposta pública aos protestos populares, mas pode também receber uma interpretação relacionada à resistência do sistema político em oferecer um poderoso instrumento de enfrentamento à corrupção à mais independente das agências anticorrupção no Brasil, o Ministério Público. Embora essa seja uma discussão a ser travada, deixemos a motivação inconfessada do legislador ser tratada pela Ciência Política ou por outro campo de estudos.

Legislação que acabou editada às pressas, sem maiores preocupações com sistematização, às vezes conflitando com o Direito posto. Um desafio enorme para o intérprete, portanto.

Como decorrência da fragmentação, cumpre ao intérprete buscar coerência e organicidade, a partir das razões e dos motivos que levaram à fragmentação. Como ensina Ladeur (2016, p. 26), há que se buscar um algoritmo para identificar padrões de ordenação a essa complexidade:

Scott Lash (1999: 265) takes the view that the media, the culture of the media, bring to the fore late-modern forms of a rupture with representation, the clear distinction of rule and exception, norm and facticity, the universal and the particular, inside and outside (e.g. of organisations and markets).

The media (scripture, book, films, television, press, computer networks) increasingly structure the heterarchical processes of self-organisation of the law and thereby undermine clear conceptual distinctions. The “media” in this sense are not primarily characterised by “the physicality of a specific ”medium”, the book (Vesting 2013), the computer network (Hansen 2004: 23; Vesting 2015; Krauss 2008: 7, 35), but by the modes of (re- configurations of communications that are “mediated” by the media in the technical sense, e.g. for computer networks the extreme “plasticity” of the figures and forms of digitisation, “the processural realization of information in time... as a traditional image ... only for contingent reasons” (Hansen 2004: 9) – the digital structure allows for the permanent transformation on the basis of an infinite combinatorics of fragments – it needs a learning “algorithmic” order that can use the possibility in order to search for the potential stabilization of patterns, of productive “nodes” of interrelationships within informational processes in real time and can test their practical viability.

Num período de crise do parlamento como legislador e como controle do Estado, por razões estruturais e também por corrupção do sistema político, reclamar maior sistematização da legislação, sobretudo de legislação que diga respeito à própria organização do poder, não produzirá mais do que a reclamação em si. Há que buscar ordem nesse aparente caos.

Ao aplicador da lei cumpre recolher os fragmentos e, buscando inspiração nos elementos disponíveis – inclusive de fora do mundo do direito –, desenhar mecanismos eficazes para lidar com o grave fenômeno da corrupção.

E a consensualidade, que possui raiz na própria conformação do Estado atual, tem apresentado grande potencial para essa atividade⁴, como se demonstrará ao longo deste trabalho. Todavia, como já apontado adrede, as mutações institucionais não ocorrem de forma brusca, tampouco atingem a todas as estruturas do Estado – e também fora dele – ao mesmo tempo: sedimentam-se como camadas geológicas, como já destacado. Encontramo-nos, ainda, numa transição profunda do paradigma, por isso a dificuldade de compreensão e, por conseguinte, na própria aplicação da consensualidade.

Segundo Lobel (2004), o novo paradigma emerge de uma dada realidade e, embora venha a substituir modelos mais antigos, acabam persistindo referências contínuas inter cruzadas.

Como notório, e será aprofundado mais adiante, o Estado brasileiro organizou-se num sistema multiagências de enfrentamento da corrupção⁵. Algumas dessas agências encontram-se mais avançadas na compreensão do fenômeno, inclusive do ponto de vista da normatividade, enquanto outras ainda padecem dessa compreensão e ou conformação institucional. Todas, entretanto, ressentem-se de uma articulação para atuação harmônica, de resto bastante

⁴ Ainda que com limitações, decorrentes da limitação da legitimação democrática da burocracia que a maneja. A consensualidade como solução para casos de corrupção reclama ampla transparência em relação às tratativas que cheguem a bom termo, suas premissas, elementos de cálculo, dentre outras, como forma de mitigação do déficit em questão. Ao lado da transparência, há especial importância de serem observadas regras de comportamento e de organização, de modo a minimizar a ocorrência de abusos por parte de quem está encarregado de exigir o *enforcement* da legislação.

⁵ Utilizaremos a terminologia “agência anticorrupção” para denominar órgão ou a entidade governamental destinada à persecução da corrupção, ainda que tangencialmente. Não nos preocupamos com a necessidade da perquirição de *independência* para caracterizar um órgão ou entidade como agência, tal qual o fazem Pinho (2019) e Oliveira & Souza (2017) – estes últimos com citação doutrinária a respeito do risco de captura. E o fazemos por um motivo que será descortinado ao longo da tese: a compreensão do sistema em formato de rede torna desnecessária essa perquirição de independência, dado que o mecanismo de “co-ompetição” (Teubner, 2011) que se estabelece entre os elementos da rede tornam ela própria, a rede, independente e insuscetível de captura.

difícil num sistema que contempla diversidade de órgãos e competências sobrepostas, e sem hierarquia entre si.

O desafio será compreender um ambiente para que a coordenação hetero-hierárquica (ou, melhor, *sincronização*) se viabilize, fazendo firme o compromisso de um dos elos do Estado com o particular que decidiu celebrar um acordo de leniência ou similar. E firme no sentido de manter todos os componentes dessa rede *accountable* ao pacto celebrado.

Continuemos na exposição.

4.1. Justificativa jurídico-política

Apresentado um quadro mais geral, do ponto de vista de atuação do Estado, além da evolução de seu papel e de sua organização, para fundamentar um programa de enfrentamento da corrupção lastreado na consensualidade, cremos importante empreender esforços para identificar justificativas de ordem política e sob a perspectiva jurídica.

Um sistema marcado pela heteronomia, como ocorre tradicionalmente com o tema da punição, depende fundamentalmente do desenrolar de um *iter* processual para culminar na aplicação de uma sanção e para a reparação dos danos verificados em desfavor do erário. Desconsiderando-se a efetividade de um processo sancionatório – como se verá no tópico seguinte, é de *inefetividade* que se trata –, do ponto de vista político-jurídico, esse desenrolar procedimental carrega um ruído imenso para a resposta aguardada pela sociedade ao ilícito sob escrutínio.

É certo que o desenrolar de um processo configura uma das maiores garantias civilizatórias – garantias processuais de defesa contra ato do Estado – e que não podem ser vilipendiadas sob pena de malferir a conformação do Estado de Direito e da própria democracia. Não é disso que se trata. A questão que se pretende apresentar enfeixa-se na atual balbúrdia da sociedade em rede, comunicacionalmente caótica, desgovernada⁶ e que vem colocando em xeque as bases e os institutos tradicionais do Direito e do Estado, notadamente aqueles relacionados à legitimação para o exercício de funções públicas.

⁶ Acaso comparada com o paradigma anterior à era da informação.

Se a transparência e a multiplicidade de formas de propagação de informação permitiram um escrutínio jamais visto acerca das atividades envolvendo o poder público, justamente esses dois elementos viabilizam críticas açodadas e conclusões precipitadas cuja resultante, para além de eventuais injustiças, é a deslegitimação do próprio Estado, pela deslegitimação dos agentes políticos.

O tempo do processo sancionatório, na sua deflagração, não permite que a sociedade divise a separação em categorias claras entre quem cometeu um ato ilícito e quem é vítima de uma conclusão precipitada. A informação sobre culpa somente será constatada ao final. É uma regra constitucional (art. 5º, LVII) sobre a qual não deveria comportar dúvidas.

Dada essa dificuldade de tempos de resposta, culpados e inocentes caem ambos na mesma vala comum. Esse é um problema que competiria à retomada da responsabilidade política, de forma efetiva, ao fortalecer o papel do parlamento enquanto instância de controle célere e atuante, que poderia conferir alguma resposta no lado público da equação (TAMASAUSKAS, 2019).

A subordinação do poder político ao poder social é o que define a democracia e que faz o poder político responsável (NEWMAN, 1964); a corrupção é um fenômeno que interfere gravemente nessa equação e reclama atenção contínua para um rearranjo de estruturas e mecanismos destinados ao seu controle.

Quanto à parte privada, no que importa ao presente trabalho, a viabilização de um instrumento consensual para endereçar as consequências de um ato de corrupção permite conferir, a quem assim o desejar, a possibilidade de diminuir os *tempos de resposta* entre a identificação do ilícito e o sancionamento adequado.

Um particular envolvido no ilícito poderá avaliar se é mais conveniente esperar a longa tramitação de um expediente apuratório-punitivo, ou se, barganhando as condições de seu sancionamento, possa logo cuidar de cumprir com as consequências de seu ato e tocar a vida adiante.

Nessa linha, atende-se ao problema que Teubner (1989, p. 176-177) apontou acerca da diferença entre as velocidades de comunicação jurídica, política e social:

De um modo mais preciso, diríamos que todo o acto especializado de comunicação jurídica é sempre, simultaneamente, um acto de comunicação geral social, constituído

por uma unidade de informação, expressão e compreensão, embora com duas particularidades: por um lado, a informação transmitida é relativa à distinção binária legal/ilegal e, por outro, o sistema jurídico, mergulhando no fluxo de comunicação, constitui os seus componentes de acordo com critérios diferentes dos utilizados pela sociedade [...] Isto significa que um e mesmo acto de comunicação está ligado a dois circuitos comunicativos diferentes, um da sociedade e outro do direito.

Ou seja, um mesmo ato pode deflagrar consequências distintas em cada um dos sistemas, seja jurídico, seja social, seja político, seja em relação ao próprio mercado. As consequências em cada um deles são definidas segundo suas próprias regras internas – no mundo do Direito, deflagrar-se-á um processo com todas as etapas até a decisão final; para a sociedade, a reação será imediata, com o reclame de uma pronta resposta ao fato. Como a resposta exigida pela sociedade é incompatível com a necessidade da proceduralização da sanção jurídica, deslegitima-se o processo pela crítica decorrente da demora por uma solução, ou, acaso o envolvido continue com funções públicas – ou mesmo privadas – relevantes, deslegitimam-se as próprias ações do Estado. Teubner continua a explanação, asseverando acerca dos *conflitos intersistêmicos*:

Interferência de eventos é um fenômeno descrito por LUHMANN para descrever a existência simultânea de eventos, que permite aos sistemas operar uma conexão pontual subliminar entre si (a chamada “tangential response”), após a qual aqueles retomam o seu curso próprio. Ao lado desta, poder-se-ia referir uma *interferência de estruturas*, para designar o caso da intersecção entre as expectativas sociais gerais e as expectativas jurídicas (expectativas essas cuja propriedade mais saliente consiste na respectiva validade jurídica); ou ainda o caso da adoção ou acolhimento pelo sistema jurídico de determinadas construções sociais da realidade, as quais, podendo ser realizadas sem qualquer teste prévio, ficam sempre sujeitas à ameaça da sua reconstrução segundo os próprios critérios sistémico-jurídicos. Finalmente, podíamos ainda falar da *interferência de papéis* (v.g., tematizada pela teoria sociológica sob a designação de “overlapping membership”), mecanismo utilizado, com o é sabido, na resolução de múltiplos conflitos intersistêmicos. (p. 180-181)

Nessa toada, a solução consensual, por mais célere, aproxima-se de um modelo mais adequado para a solução desse tipo de conflito, uma vez que permite a aproximação das velocidades, uma exigida pela sociedade, e outra ofertada pelo Direito.

Por óbvio que isso necessita ser uma faculdade colocada à disposição quer do cidadão, quer da pessoa jurídica. E a solução há que ser consensual *efetivamente* e não com vícios que esse tipo de expediente já experimentou pela prática em outras realidades, como veremos adiante na exposição. Até porque, como instrumento de defesa que, de fato, se configura, há que se estabelecer um espaço de negociação efetiva entre candidato a colaborador do Estado e as autoridades encarregadas da persecução administrativa ou judicial; não se admite que seja uma mera adesão do particular às narrativas e condições imputadas pelo Estado.

Aliás, vícios de tais ordens necessitam ser prontamente apurados e sancionados, quer pela aplicação das consequências contratuais e legais ao particular faltoso, quer pela punição correcional à autoridade desviante.

Pela ótica do Estado, a celeridade de uma solução para o conflito de corrupção representa um ganho efetivo. Há resposta pronta à sociedade, tanto pelo lado da reparação do dano e aplicação de multa, quanto pelo acréscimo investigativo que a solução consensual confere.

Essa constatação é relevante porque, se de um lado havia pressão internacional para o estabelecimento de legislação com esse perfil, como veremos adiante, por outro, multidões tomavam as ruas no ano de 2013, com manifestações e pautas diversas, tendo a corrupção operado um fio condutor dos sentimentos externados (LIMBERGER, 2016). A Lei Anticorrupção e a Lei das Organizações Criminosas foram promulgadas nesse ambiente, que exigia alguma resposta das autoridades para as demandas difusas que se apresentavam.

A solução encontrada foi a de permitir o estabelecimento de ajustes com os envolvidos em atos ilícitos para que, arrependidos, desestabilizassem o esquema criminoso, ofertando reparações, sancionamentos e informações, em contrapartida à redução sensível do regime punitivo. É bem verdade que esse sistema já existia no plano criminal, embora de forma esparsa e pouco regulada em algumas legislações.

Dipp (2015), em obra sobre o assunto, faz um histórico legislativo sobre colaboração na esfera criminal, destacando que a primeira norma a tratar do tema no país foi a Lei n. 7.492/86 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro, art. 25, §2º). Quatro anos mais tarde, a Lei de

Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90, art. 8º, *caput* e parágrafo único) e também a Lei n. 8.137/90, e, em 1995, a Lei n. 9.034, que tratava das organizações criminosas, também previram a possibilidade de colaboração. Em 1999, a Lei de Proteção às Testemunhas (Lei n. 9.807/99) inovou ao prever a possibilidade de perdão judicial ao acusado colaborador. Por fim, a Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/06) autoriza a aplicação do instituto como forma de redução de pena.

Em todas essas normas, a ideia de colaboração se aplica a crimes cometidos em conjunto com outros agentes, e os benefícios assegurados pela legislação buscam auferir, para o órgão acusador, elementos que permitam voltar a investigação para coautores e partícipes; trata-se, portanto, de instrumento destinado a desbaratar organizações criminosas, a partir da ideia de que o Estado pode conferir benefícios ao acusado em contrapartida a um bem maior: o desmantelamento da própria organização, rompendo a fungibilidade de um ou outro membro que caia na investigação criminal ou venha a ser formalmente denunciado.

Instrumentos similares também foram introduzidos em outras esferas, como no Direito antitruste, cujo detalhamento será apresentado mais adiante. No que importa ao raciocínio ora desenvolvido, essa maneira de enfrentar organizações complexas, mediante a pactuação de um abrandamento na sanção em contrapartida de provas, é um fenômeno que, se não tão recente no direito pátrio, ganhou empuxo mais vigoroso nos últimos 20 anos.

Como já assentado no capítulo anterior, esse tipo de solução encontra fundamento na alteração do papel do Estado, mas também decorre do esgotamento dos instrumentos tradicionais e unilaterais, de um Estado que se pretendia onipotente. Esse esgotamento pode ser inferido de diversas maneiras, desde a “lei que não pega” do nosso linguajar popular, até a constatação de ineficácia de decisões administrativas – ou mesmo judiciais – que pretendem intervir em determinados sistemas sem a devida compreensão dos detalhes de seu funcionamento. Muitas vezes – e isso veremos no capítulo seguinte – uma condenação em improbidade administrativa acaba sendo ineficaz sob o ponto de vista de recomposição do patrimônio público.

A solução negociada passa a ser um imperativo para buscar uma modificação nesse quadro. Segundo aponta Onofre (2007), ao analisar a premissa genérica de consensualidade, a participação do destinatário da ação pública no procedimento decisório incrementa a sua legitimidade no plano empírico, reduzindo a necessidade de intervenção judicial e conferindo maior efetividade às decisões. Ainda segundo o autor:

[...] o procedimento administrativo desempenha uma importante tarefa de compensação do déficit de controle judiciário. Enfim, em face das limitações do controle jurisdicional, evidencia-se a necessidade de reforço da dimensão procedimental, em virtude da impossibilidade de revisão plena das decisões administrativas. (ONOFRE, 2007, p. 191).

Moreira Neto (2011, p. 32-33), de seu turno, identificou a existência de um *princípio da consensualidade*, como uma das características do século XXI:

Embora a imperatividade se constitua como característica própria da atuação do Estado — pois que este tem como atributo a concentração monopolista do poder coercitivo — é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços na educação, na informação, na comunicação e, destacadamente, na prática democrática, tem substancialmente ampliado a atuação consensual do Poder Público. Assim é que se tem somado aos pactos públicos tradicionais — os contratos e atos administrativos complexos, como os convênios e consórcios administrativos — uma profusão de novas relações negociadas admitidas, em que se privilegia o consenso como método adequado para um mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado [...]

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, sintetizados no neologismo governança, que revelam uma grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, reconheceu-se não ser bastante a prática de atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, atendendo apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais: que esses atos fossem praticados com tais qualidades intrínsecas de objetividade e de excelência, que possibilitassem o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei.

Ou, ainda, Oliveira (2008, p. 32) indicando o caminho da consensualidade como *preferencial*:

O ponto ora em destaque diz respeito à extensão e à intensidade com que técnicas consensuais vêm sendo empregadas hodiernamente, como soluções preferenciais – e não unicamente alternativas – à utilização de métodos estatais que veiculem unilateral

e impositivamente comandos para os cidadãos empresas e organizações da sociedade civil. Por isso, uma das linhas de transformação do direito administrativo consiste em evidenciar que, no âmbito estatal, em campos habitualmente ocupados pela imperatividade há a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade.

Nesse conspecto, Morand (1999) afirma que, ao substituir o comando unilateral por modos de ação baseados na persuasão e na negociação, o Estado segue uma tendência que se manifesta em todas as disciplinas que, como a Pedagogia, por exemplo, ocupam-se de orientar os comportamentos. Emerge, segundo o autor, a característica indutora do Estado em relação ao comportamento do particular, diante do reconhecimento dos limites do intervencionismo estatal nos sistemas em que procura atuar.

Essa limitação materializa-se de diversas formas. Uma delas é a técnica: é difícil imaginar que o Direito dê conta de, sozinho, regular determinadas atividades extremamente complexas. A solução nesses casos é conferir espaço para interconexão com outras disciplinas, abrindo espaço para que as lacunas sejam preenchidas pelo conhecimento específico da área afim. No caso presente, veremos que a sobreposição de competências criou um emaranhado sistêmico que se rege por normas próprias, que o Direito necessita respeitar (*vide* capítulo 7).

Outra faceta da limitação da imperatividade, no que interessa ao presente estudo, relaciona-se à identificação completa de todos os elementos que compõem um determinado ato ilícito. Dada a complexidade das organizações empresariais e da própria Administração, uma interação indevida entre esses dois mundos pode explodir em uma miríade de detalhes, sobretudo com a finalidade de buscar esconder-se aos órgãos de controle, segundo fenômeno descrito por Lobel (2004), quanto à “aprendizagem” de setores regulados em circundar a regulação: o processo de construção de um agir corrupto buscará fugir aos controles.

Assim, a identificação, a detecção e a individualização desses detalhes, muitas vezes indispensáveis para a sua devida persecução, pode tornar a tarefa das autoridades virtualmente impossível de ser atingida, naquilo que Marrara (2015, p. 511) apontou como risco de *crescimento da impunidade*:

Em face da nova realidade, muitos Estados se viram jogados frente a um dilema: negociar e punir com base em processos administrativos fortemente instruídos ou não

negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da fraqueza probatória de processos acusatórios baseados em técnicas tradicionais de instrução.

Ou como aponta Santos (2016, p. 115):

Em caso de infrações sofisticadas e complexas, em que dificilmente o Estado lograria êxito na identificação precisa das infrações e infratores, não há dúvidas de que o interesse público é atendido com a adoção do instituto do acordo de leniência, sem que com isso se possa considerar que a suavização da pena do infrator se configure atentado ao princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Na mesma linha, as principais agências encarregadas de aplicação da legislação anticorrupção, no plano federal, assentem com a ideia de superação das limitações de um modelo tradicional de investigação, justificando o acoplamento de um modelo consensual.

Primeiro, a Controladoria-Geral da União:

A razão primeira para se admitir que sejam entabuladas tratativas aptas a desembocar em uma espécie de convenção em que o Estado – em sua faceta jurisdicional ou administrativa sancionadora – se comprometa a mitigar o rigor da sanção ou mesmo a se abster de punir aquele que transgrediu a regra de conduta protetora de um bem jurídico relevante, é a expectativa de que serão obtidas informações que possuem o condão de propiciar a satisfação de um interesse público que transcende à mera retribuição penal individualizada ao autor do fato típico, antijurídico e culpável, e que se realiza no mundo sensível por ocasião do desmantelamento de uma organização criminosa potencialmente executora de uma continuidade delitiva e na recuperação de recursos públicos desviados ou de alguma forma indevidamente apropriados por delinquentes, bem como a preservação da atividade econômica.

[...] a quadra atual da história é marcada pela constatação de que o aparato clássico do Direito Penal se revela incapaz de combater as novas formas de desvios funcionais difusos.

Nesse sentido, fica demonstrada a importância dos institutos premiais, que se caracterizam pela bilateralidade de utilidades: amenização de sanções para o colaborador e a detecção e prova das infrações cometidas, para o Estado. (PARECER n. 00231/2018/CONJUR-CGU-CGU/AGU).

E também o Ministério Público Federal, por seu órgão responsável pela uniformização e orientação de todos os integrantes da carreira:

O Acordo de Leniência é uma categoria singular de consensualidade no exercício da atividade de investigação ou de apuração dos ilícitos tipificados nas citadas Leis (LGIA e LIPJ), e busca assegurar, de um lado, a eficiência e eficácia na utilização de recursos institucionais de Estado, na investigação e persecução de ilícitos, com o fim de tutelar a organização do Estado contra práticas de corrupção (interesse público anticorrupção); de outro lado, constitui forma específica de cooperação das pessoas jurídicas (e pessoas físicas relacionadas com as mesmas), todas responsáveis (cf. art. 1º, p. único da LAC e artigo 2º e 3º da LGIA), como forma legítima de defesa, incentivando-as a promover a efetividade do cumprimento das leis e da conformidade de suas condutas, no exercício de suas atividades sociais, no campo econômico e social. (NOTA TÉCNICA 01/2020 5ª CCR).

O reconhecimento dessas limitações – mediante a possibilidade de compartilhamento e negociação do processo sancionatório – veio amarrado à técnica de dividir com o particular funções até então típicas de autoridades públicas.

Mediante novas técnicas legislativas, o Estado passa a atribuir a alguns indivíduos a tarefa de auxiliá-lo no controle da corrupção (e da lavagem de capitais e de outras situações que nenhum dos dois métodos tradicionais dariam conta): determinadas atividades empresariais passam a contar, se não com a obrigatoriedade⁷, com forte estímulo para estruturar mecanismos de controle comportamental de seus empregados, dirigentes, sócios, clientes, fornecedores etc., naquilo que se popularizou como *compliance*.

Esses mecanismos de promoção da integridade também possuem imbricação com a estrutura multinacional das corporações, dado que a legislação de muitos países, inclusive a nossa, prevê a extraterritorialidade na sua aplicação. Isso acaba impondo um controle comportamental sobre todas as ramificações da atividade empresarial, inclusive em relação a terceiros que se relacionem com a empresa. Mas essa externalidade será retomada adiante, no detalhamento da estrutura da Lei Anticorrupção.

⁷ Em alguns casos é de obrigatoriedade mesmo, como nas atividades elencadas pelo art. 9º da Lei n. 9.613/98.

Para finalizar a exposição, é preciso dizer que nem somente virtudes e elogios cobrem o instituto em análise. Marrara (2015, p. 510) aponta que há resistências na consensualidade acerca da temática sancionatória:

“A leniência nada mais é que um exemplar dos vários instrumentos da administração consensual na modalidade contratual. Mas não é só isso. Sua maior peculiaridade - e talvez fragilidade - reside em sua relação essencial com os processos repressivos de polícia administrativa. Juntamente com os acordos de cessação de prática infrativa, os acordos de leniência representam o ponto mais delicado do movimento de consensualização e de horizontalização da Administração Pública, na medida em que se inserem em uma atividade tradicionalmente verticalizada, em que o Estado costuma agir de modo unilateral, monológico e pouco cooperativo diante do cidadão.”

Essa resistência se explicita quando elementos de ordem moral são trazidos à discussão, como a eticidade de o Estado sentar-se à mesa com um criminoso confesso e com ele barganhar apenamento em contrapartida de informações. Por todos, Salomi (2012, p. 185) sintetiza o incômodo:

Mesmo tecidas todas essas ponderações que levam à irrefutável constatação da violação da ética e da moral pelo acordo de leniência e da traição estimulada a qualquer preço pelo instituto, não se pode ignorá-lo como realidade fática dos tempos modernos. Em que pese seja pautado por esteios absolutamente contestáveis, é mister seja ele reconhecido como um dos instrumentos de combate a cartéis mais utilizado pelas autoridades antitruste de todo o mundo.

Todavia, além de possuir esteio nas transformações que o Estado vem vivenciando nos últimos 50 anos e na conseqüente reconfiguração do Direito para acompanhar esse movimento, a transação em relação a esse tipo de ilícito possui forte justificativa sob o ponto de vista econômico, mais especificamente da economia comportamental.

4.2. Abordagem econômica

Como já anotado anteriormente, a utilização da consensualidade para o endereçamento de um caso de corrupção possui um dos seus fundamentos na necessidade de conferir eficiência na atuação do Estado, conceito com forte carga econômica.

Um dos componentes que permitem aferir o grau de eficiência reside na capacidade de obter uma decisão favorável cujo conteúdo venha a ser satisfeito em termos materiais e práticos. Vale dizer: há que se ter em conta não apenas o tempo consumido no desenrolar processual como também na efetividade da solução que venha a ser encontrada.

Para compreender o que isso significa, necessitamos nos socorrer de pesquisas empíricas, como a realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2015. Esse estudo, sobre o andamento de ações de improbidade, concluiu o quanto segue:

Em média, foi observado que o tempo entre a data do ajuizamento do processo e a data do trânsito em julgado foi de 1.855,83 dias (61,86 meses ou 5,15 anos) com um desvio padrão de 105,19 dias. (CNJ, 2015, p. 48)

Acerca da efetividade no ressarcimento de danos ocasionados ao erário, produziu-se a tabela abaixo, indicativa de que cerca de 90% dos casos analisados resultaram em negativa de ressarcimento, sendo apenas 4% de ressarcimento integral do quanto determinado na decisão judicial definitiva:

Número absoluto e percentual (entre parênteses) por TJ e a informação se houve efetivo ressarcimento							
Houve efetivo ressarcimento	Tribunal						
	STJ	TJMT	TJPA	TJRN	TJSP	TRF4	Total
a) Sim, total	1 (3,33)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	4 (8,7)	5 (4)
b) Sim, parcial	1 (3,33)	0 (0)	0 (0)	1 (6,67)	3 (18,75)	3 (6,52)	8 (6,4)
c) Não	28 (93,33)	15 (100)	3 (100)	14 (93,33)	13 (81,25)	39 (84,78)	112 (89,6)

Tabela 4 – Efetividade das ações por atos de improbidade administrativa (CNJ, 2015).

Segundo esse mesmo trabalho, uma das causas para inefetividade residiria na ausência de “uma atuação mais precisa e incisiva na fase de execução dos julgados. O ressarcimento dos prejuízos causados não tem recebido a mesma prioridade que o ajuizamento do processo de conhecimento” (CNJ, 2015).

A solução consensual atua em relação aos dois fatores destacados na pesquisa: tempo e efetividade no ressarcimento. Isso porque, por maior tempo que consuma, uma negociação será bastante mais célere que os mais de cinco anos de tramitação-padrão de uma ação judicial até sua decisão definitiva. E a certeza estará ajustada em uma cláusula acerca de valores e condições de pagamento.

Pelo lado do Estado, além de possibilitar uma remediação para o quadro desanimador de uma solução tradicional, o pragmatismo da consensualidade permite atender outros dois vetores mencionados em passagens anteriores desta tese: a obtenção célere de provas mais aprofundadas sobre o ilícito, em um vetor probatório, e o reforço de mecanismos de prevenção.

Quanto ao vetor probatório, economizam-se esforços das autoridades na investigação dos fatos, na exata medida que a entrega de elementos de comprovação configura-se uma das obrigações previstas no acordo de leniência, consoante será destacado em capítulo próprio.

Por óbvio que essa economia de esforços não pode resultar na absoluta passividade de um recebimento mecânico dos elementos produzidos e entregues pelo particular. As autoridades precisam se desincumbir do ônus de verificar a fidedignidade e a verossimilhança do material entregue, a plausibilidade de sua utilização contra eventuais terceiros partícipes dos ilícitos, enfim, a conveniência de um ajuste que, ao fim e ao cabo, se pauta pela aplicação de penalidades em grau abrandado ao particular.

Outro aporte de um acordo reside na obrigação do incremento de programas de integridade, obrigação-padrão desse tipo de acordo como veremos mais adiante. No que importa para a presente passagem, esse tipo de estratégia fomenta a prevenção de ilícitos, não apenas pelo desincentivo severo à reiteração na delinquência, mas também ante o efeito *spillover* que os programas de integridade acarretam ao mercado em geral.

Os programas de integridade detêm uma diretriz de *due diligence* contínua em clientes, fornecedores, empregados e terceiros em geral que se relacionam com a empresa, objetivando verificar se há respeito a um código de comportamento; dado que os acordos impõem cláusulas de *compliance*, espraíam-se no mercado os efeitos da prevenção. E, caso detectem vícios, há

estímulos na legislação para que esses vícios sejam novamente reportados às autoridades, realimentando o sistema.

Decerto que esses três eixos – eficiência na reparação, celeridade na investigação e *spillover* da integridade – apontam para o que se poderia classificar como economia de esforços – e também de recursos – em relação à máquina pública, que pode se dedicar a investigar outros atores.

Se apenas esse recorte já bastaria para justificar pela ótica econômica a adoção desse tipo de mecanismo consensual, há uma outra abordagem que se direciona ao comportamento do destinatário da norma, que, no instituto sob análise, é da pessoa jurídica que se trata.

Ficção estabelecida pela lei, uma pessoa jurídica é regulada pelos seus estatutos, que definem seu campo de atuação, seus modelos de governança, seus objetivos finais. Aquele que se encontra investido dos poderes de direção e de gerência da empresa deverá adotar suas melhores discrições para tocar o negócio, atentando para as regras internas da companhia, para a legislação e para os comportamentos do mercado que a secunda.

A todas e a cada uma dessas regras, competirá a esse indivíduo precificar o custo de cumpri-las, como destaca Teubner (1989, p. 160), citando Easterbrook & Fischel:

Os administradores das empresas não têm qualquer dever ético de obedecer às leis de regulação econômica apenas porque tais leis existem. Eles são obrigados a determinar a importância dessas leis. As sanções estabelecidas pelo Estado para o caso da sua violação dão a medida do sacrifício imposto às empresas pelo mesmo Estado com vista à sua observância: a ideia de “*optimal sanction*” está baseada no pressuposto de que esses administradores, não apenas podem, como também devem, violar tais normas sempre que tal seja economicamente proveitoso.

Nessa linha de raciocínio, o conceito de “sanção ótima”, tratado por Becker (1968), é estabelecido a partir de uma função da *perda social* que incorpora diversos custos associados ao ilícito: (1) custos decorrentes do próprio dano; (2) custos com estrutura de investigação e de julgamento dos infratores; e (3) custos associados à punição. O nível ótimo para essa situação é aquele que minimiza a *perda social*, isto é, o Estado deve agir para manter a prática de ilícitos dentro de um patamar que faça com que os custos associados ao seu enfrentamento e à punição sejam inferiores aos danos ocasionados por aqueles ilícitos que escaparem às autoridades.

Assim, Becker sustenta que se deve impor um contraestímulo à conduta desviada, o qual, além da pena em si, necessita indicar a probabilidade de ser identificado e condenado. Essa abordagem levará a que os possíveis infratores realizem seus cálculos e, acaso o sistema esteja bem ajustado, optem por evitar a trilha da ilegalidade.

De maneira bastante didática, Easterbrook & Fischel (1982, p. 1156), ao analisar a técnica de estabelecimento de penalidades contratuais, afirmam:

The developing economic treatment of optimal penalties explains these and related rules concerning sanctions. The principal task in designing remedies is to establish the optimal level of violations. Thus, in the law of contracts, damages remedies depend on the loss to the party suffering by the breach. If the cost of performance has risen so that the promisor would lose more than the promisee gains, the promisor may elect to pay damages rather than perform the contract. Nonperformance is desirable in such circumstances, and the contracting parties would provide for nonperformance if they could negotiate contracts that covered all contingencies. In the law of nuisance, damages measures allow some level of noise or soot without remedy, and damages for higher levels are calibrated to permit a desirable amount of the otherwise obnoxious conduct to continue.

A lógica no estabelecimento de sanções públicas por desvios de comportamento na seara da moralidade administrativa deve seguir a mesma linha: o indivíduo deve inferir que não vale a pena arcar com o custo de um agir ilícito (aqui, custo efetivo em função da probabilidade de ser pego, condenado e exigida a punição).

Tocqueville (2007, p. 119), há quase dois séculos, já o destacava:

Os legisladores americanos revelam pouca confiança na honestidade humana, mas pressupõem sempre que o ser humano é inteligente. Para que as leis sejam cumpridas, eles contam, portanto, a maior parte das vezes, com o interesse pessoal.

Se esse pragmatismo se aplica ao ser humano em geral, com maior propriedade ainda opera sobre o mundo empresarial, que não se encontra adstrito à moralidade individual. Os

freios aqui necessitam ser de outra ordem, sob pena de não conferirem o mínimo de dissuasão em relação a comportamentos indesejados.

Uma mera proibição redundará na precificação do comportamento de desrespeito, que será calculado à razão da chance de identificação pelas autoridades. Identificado, à chance de ser levado à julgamento. Processado, à chance de ser condenado. Condenado, finalmente, será sopesada a chance de algum efeito prático dessa condenação. E, certamente, nessa “equação-comportamento” entra como variável relevante todo o tempo que transcorrerá até a solução final.

Como vimos no estudo do Conselho Nacional de Justiça, em matéria de improbidade administrativa, a hipótese maior numa persecução tradicional é a de não acontecer muita coisa, na prática, com o infrator. O incentivo acaba sendo correr riscos, pois provavelmente o ganho com o comportamento indevido será positivo.

Como contraponto a esse histórico, entram os comportamentos mais recentes – de umas duas décadas para cá – das autoridades encarregadas pelo *enforcement* da legislação. Um desses comportamentos reside na adoção de medidas de divulgação, quiçá espetacularização, das ações investigativas para carrear forte conotação vexatória aos envolvidos em ilícitos, antes mesmo de uma definição formal pelo Poder Judiciário.

Sem embargo das críticas que essa forma de atuação despertou, trata-se de uma realidade que inclusive pode permitir a sua análise segundo uma política pública, conforme quadro proposto por Bucci (2019)⁸. Ora, o que são as operações policiais com nomes performáticos senão o atendimento justamente do primeiro dos elementos desse quadro (a “**marca**”)?

Essa forma de atuação mais midiática das apurações alinha-se à ideia de conferir um desestímulo ao comportamento desgarrado, na medida em que o envolvimento em uma operação policial com vasta repercussão midiática enseja severos – se não irreversíveis – danos à imagem de uma companhia. Agrega-se, portanto, à equação acima (pena e probabilidade de julgamento) uma certeza de desgaste reputacional.

Essa questão da reputação – que acabou retratada na pena de publicação da decisão condenatória, conforme art. 6, II da Lei Anticorrupção – retoma a noção de responsabilidade

⁸ Segundo a professora, a análise de uma política pública perpassa pela identificação dos seguintes elementos: 1) nome ou marca, 2) gestão governamental, 3) base normativa, 4) desenho jurídico institucional, 5) agentes governamentais, 6) agentes não governamentais, 7) escala, 8) dimensão econômico-financeira, 9) mecanismos jurídicos de articulação, 10) estratégia de implantação, 11) funcionamento efetivo, 12) aspectos críticos.

associada ao elogio e à censura, portanto ao juízo de aprovação e desaprovação de terceiros (KORSGAARD, 1996), estabelecendo uma variável adicional no cálculo econômico do agente.

Além do desincentivo pela exploração midiática negativa, outro fenômeno com idade similar foi a tessitura de uma rede de atuação dos órgãos envolvidos direta ou indiretamente na persecução de um ato ilícito. Essa rede, a *Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro*, criada em 2003:

[...] é a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas e soluções voltadas ao combate àqueles crimes.⁹

Como resultante dessa rede, foram estabelecidos diversos mecanismos de troca de informações, aprimoramento de investigações e do próprio ambiente normativo. Uma questão tributária, por exemplo, poderia rapidamente passar à atenção de investigadores de outra ordem de ilícitos, como crimes contra a Administração, se acaso o fiscal de tributos identificasse suspeitas. É bem verdade que esse tipo de interação, regra geral, esteve presente na legislação desde há muito tempo; todavia, a criação de canais e mecanismos de comunicação e trocas céleres de informações atua para mitigar a sensação de que o ilícito não terá consequências porquanto não identificado. Outra mensagem de desincentivo ao comportamento inadequado, pois.

Por fim, mais um grande exemplo de como esse sistema dissuasório foi se fortalecendo na realidade brasileira ocorreu durante o julgamento da AP n. 470, perante o Supremo Tribunal Federal. Essa ação penal configurou um marco no endurecimento da aplicação da legislação penal a crimes relacionados ao exercício de autoridade.

⁹ Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>. Acesso em: 7 de maio de 2020.

Conforme estudo da Associação dos Magistrados Brasileiros¹⁰, até maio de 2007, não havia uma condenação sequer em ações penais originárias perante o STF e apenas cinco condenações em ações penais originárias perante o Superior Tribunal de Justiça.

A AP n. 470, conhecida como processo que julgou o escândalo do Mensalão, alguns anos depois, resultou em pouco mais de duas dezenas de condenados por diversos crimes, desde lavagem de capitais, crime contra o sistema financeiro e, principalmente, corrupção. Além disso, esse julgamento, realizado pela mais alta corte do país, acabou popularizando teorias de responsabilização mais sofisticadas, como o “domínio do fato¹¹” e a “cegueira deliberada¹²”.

Esse tipo de elemento acabou “precificando” de maneira diversa a probabilidade de um processo resultar em pouca ou nenhuma consequência prática. A *escolha racional* dos encarregados pela direção das empresas passou a levar em conta tais elementos.

Nesse conspecto, essa abordagem econômica avalia o problema sob o enfoque da busca por comportamentos marcados pela racionalidade: avaliam-se os custos de agir conforme a norma *versus* os ônus de ser descoberto praticando ato ilícito; descoberto o ilícito, abre-se nova oportunidade para avaliar se é melhor uma defesa tradicional ou a composição por intermédio de um acordo. Para o Estado, como já visto acima, também são impostos cálculos sobre como agir. Emerge, portanto, aquilo que Melo (1996, p. 70) anota como estrutura de incentivos para estimular comportamentos racionais dos atores envolvidos na equação:

O neo-institucionalismo econômico tem se constituído na escola intelectual que recentemente tem trazido os aportes mais fecundos para a análise das instituições em geral e da burocracia, em particular (Moe, 1984). O neo-institucionalismo econômico desenvolveu instrumentos analíticos para a análise das transações sociais em situações de mercado e fora dele — como é o caso de contextos organizacionais e hierárquicos (sejam privados ou públicos). Nesse sentido, supera-se a dicotomia tradicional Estado x mercado e se desloca a análise para a estrutura de incentivos que produzem resultados racionais do ponto de vista coletivo. Como assinala Przeworski, “falar do mercado como um objeto de intervenção do Estado obscurece o ponto principal: o

¹⁰ Disponível em: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_stf.pdf. Acesso em: 7 de maio de 2020.

¹¹ Acórdão AP n. 470: “Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminoso. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico”.

¹² Acórdão AP n. 470: configura “cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa”.

problema que encontramos não é a questão do mercado versus o Estado, mas dos mecanismos institucionais específicos que podem trazer incentivos e informação aos agentes econômicos privados, e ao Estado, que os leve a comportar-se de forma socialmente racional”.

Essa “racionalidade” implica colocar ao agente opções de comportamento a cada etapa, determinando uma reescrita da “equação-comportamento” adrede mencionada: comportar-se dentro da legalidade ou não; caso seja identificado um comportamento ilícito, o Estado confere ao particular a possibilidade de cooperar, mediante incentivos sancionatórios. A precificação de um comportamento passa a incidir não apenas entre agir ou não dentro da legalidade, facultase ao agente mudar de lado após a prática do ilícito, mediante estímulos de redução de pena em contrapartida de ganho probatório, promessas de bom comportamento e, claro, a reparação integral do dano pela conduta, que no Brasil não é passível de negociação, senão em relação a prazo para pagamento. Nesse sentido, Kalkmamm (2019, p. 471) afirma:

A análise econômica do direito não importa em um novo objeto da análise, mas na aplicação da metodologia econômica ao universo do direito. Portanto, os institutos jurídicos são analisados sob a relação custo-benefício, ou seja, qualquer ato jurídico envolve a alocação de recursos em um ambiente de escassez. A análise econômica do direito pode ser considerada consequencialista e utilitarista, focada nos benefícios que podem ser alcançados com o menor custo possível.

Busca-se, portanto, estimular o “homem econômico” (TONETO JR., 1996), nada mais sendo que “um agente dotado de preferências completas e bem ordenadas, amplo acesso à informação e poderes computacionais (ou de processamento de informações) irrestritos para acessá-las. Após o cálculo do retorno associado às diferentes possibilidades de ação, o ‘homem econômico’ escolhe aquela que satisfaz suas preferências melhor do que qualquer outra alternativa”.

Esse estímulo ao comportamento racional dos agentes, pela possibilidade de cooptação de um deles, provoca um abalo na confiança existente entre os participantes do ato ilícito, desestabilizando o esquema de corrupção que, por definição, precisa de opacidade para se desenvolver. Martinez (2014, p. 26) indica com clareza:

A inspiração para o programa vem da teoria dos jogos e do clássico “dilema do prisioneiro”, explorando a natural desconfiança existente entre os membros de uma prática ilícita (não só entre pessoas físicas, mas também entre pessoas físicas e jurídicas, ou entre pessoas jurídicas) e sua consequente instabilidade.

Parece desnecessário repisar as explicações que sustentam o referido “dilema do prisioneiro”, baseado nos trabalhos de Nash. No que importa à explanação, com a autorização legislativa, ao agente privado sempre ficará a dúvida de que a sua barganha em potencial com as autoridades também estará à disposição de um concorrente. Basta essa constatação para identificar aqui mais um ponto dessa estratégia de plantar estímulos no caminho do agente privado, seja ele uma empresa ou uma pessoa natural.

Mas, para que esse sistema concatenado de estímulos se valide, é fundamental que haja respeito ao pactuado entre o Estado e o particular. De nada adianta elucubrar-se sanções ótimas *vis-à-vis* de cálculos sofisticados que realizam os agentes econômicos acerca de probabilidade de condenações, punições e suas efetividades; de nada adianta permitir ajuste entre o poder de autoridade e o infrator, em troca de redução substantiva de punição; de nada adianta criar mecanismos de concorrência entre os partícipes de um ato lesivo, para desestabilizar seu esquema colusivo. De nada adiantam todos esses esforços se, ao fim e ao cabo, as contrapartidas oferecidas no contrato não sejam entregues efetivamente ao jurisdicionado que abriu mão de um processo, para pactuar seu sancionamento.

Da mesma forma com que o agente realiza seus cálculos acerca da possibilidade de ser descoberto (a “equação-comportamento”), esses cálculos se estenderão às probabilidades de cumprimento de um eventual acordo, sobretudo num ambiente marcado pela multiplicidade de órgãos encarregados da persecução estatal. Essa racionalidade precisa estar presente na formatação de estímulos de um programa de leniência anticorrupção e, mais ainda, deve ser a bíblia do intérprete por ocasião da aplicação das cláusulas dos acordos de leniência e na solução de dissensos relativamente a esses ajustes.

Recuperando os contratualistas, Toneto JR. (1996, p. 133) nos traz uma síntese da gênese de um contrato, recuperando a noção de pacificação de uma relação:

A percepção desta situação [de conflito] pelos indivíduos leva-os à busca de acordos (contratos) que impeçam esta perda de bem-estar. Na busca destes contratos, cada indivíduo considera o outro como equivalente, como “self-seeking” (auto-interessado). Assim, o contrato só emergirá se trouxer ganhos mútuos. O contrato é sempre uma troca, só ocorrerá se ambas as partes sentirem que estão levando vantagem. Assim, mediante acordos voluntários, estabelecem-se algumas regras, tais como não-roubo, a propriedade privada de parcela dos recursos naturais, os direitos individuais como a liberdade (não-escravização), a propriedade privada dos frutos do trabalho, e assim por diante [...] Permite-se um ganho para ambos uma vez que não teriam mais que despende esforços contra o “oponente”.

Ora, numa relação ou, melhor, em um conflito que envolva corrupção, de um lado haverá o infrator e, do outro, estará o Estado, ainda que fragmentado na miríade de agências encarregadas da persecução do ilícito. Ainda assim, ainda que articulando suas expressões por diversos pontos de conexão com o infrator, por detrás de todos há sempre e tão somente o Estado.

Esse tema, central no presente trabalho, será retomado adiante para procurar compreender a razão de tantas agências com sobreposições e papéis similares, e também para buscar alguma forma de racionalidade em um sistema que aparenta operar sobre as águas correntes de um rio, sob uma lógica fluida que parece não vincular todos os seus elementos integrantes.

Para este ponto do raciocínio, sobreleva destacar a necessidade de aderência do Estado a um programa de estímulos ao comportamento racional:

Parece não haver dúvida de que há uma relação de proporção inversa entre o interesse de particulares aderirem ao programa de leniência e o risco de questionamento judicial dos termos do acordo. Tanto maior será o interesse em confessar infrações e colaborar com as investigações quanto menor seja o risco de que terceiros ou o próprio ente celebrante se disponham a questionar judicialmente o acordo. (ANDRADE FILHO, 2018, p. 280).

Caminhando para a conclusão deste capítulo, a abordagem econômica fornece uma série de elementos de investigação do instituto que necessitam estar sempre à mão quando da análise de qualquer questionamento que se apresente.

Nessa linha, *eficiência* surge como uma palavra-chave para a sua compreensão, eis que fornece ao Estado a justificativa para a adoção de um mecanismo consensual para esse tipo de ilícito sob, ao menos, os seguintes enfoques: (i) redução no *prazo de definição* de uma resposta ao ilícito; (ii) redução na *incerteza* do resultado de um processo acusatório tradicional; (iii) certeza na pactuação de um *ressarcimento* dos danos; (iv) economia de *esforços* investigatórios; (v) economia de esforços pelo *spillover* decorrente dos mecanismos de prevenção.

Outra palavra-chave importante para a abordagem econômica é o *estímulo*: (a) *estímulo* ao bom comportamento, ante a calibragem de uma *sanção ótima*; (b) *estímulo* à precificação de comportamentos, seja em relação ao custo (reputacional e jurídico) de ser descoberto, seja em relação à avaliação de probabilidade de ser sancionado, seja em relação à avaliação de eficácia da sanção; (c) *estímulo* à avaliação de uma pactuação da sanção, em regime de concorrência com outros particulares, para desestabilizar o esquema colusivo.

Um último termo que é fundamental para um programa de leniência é a segurança jurídica.

4.3. Contexto internacional

Se a estratégia da adoção de um programa consensual para resolver casos de corrupção possui fundamentos na alteração do papel do Estado, justificativas jurídicas e franca ancoragem em diversos aspectos de um raciocínio econômico, é relevante trazer à baila um último enfoque para compreender a inserção do instituto na ordem jurídica nacional.

No mesmo processo de transformação do papel do Estado, destacado anteriormente, nota-se uma conseqüente ressignificação da soberania, como expressão e fundamento de uma ordem jurídica autônoma, força irresistível do Estado como alicerce de coerção para a obediência das normas pela sociedade. Essa ordem jurídica estatal, como notório, vem cedendo

espaços cada vez maiores para soluções que a integram ao contexto internacional, seja sofrendo influxos de ordens jurídicas mais “centrais” no plano global, seja pela necessidade de alinhá-la a práticas comerciais e econômicas do restante do planeta.

O desenvolvimento do capitalismo e de uma economia em rede na escala mundial colocaram a nu o poder do Estado de impor uma determinada situação, restando-lhe a atuação negociada, ainda que por intermédio de estratégias de estímulos como já visto, sob pena de retaliações consistentes na *fuga de capitais*, restrição a investimentos e outras iniciativas similares que acabam por cobrar elevado preço aos agentes políticos e ao próprio país.

Essa realidade foi apontada por Teubner (1989), para quem o “capitalismo não tem mais necessidade de uma ordem jurídica formal, requerendo, pelo contrário, intervenções estaduais discricionárias e altamente indeterminadas, agora funcionalmente suficientes para assegurar a ordem auto-produzida da economia”. Como vimos recentemente na crise financeira global de 2008 e a que decorrerá da pandemia do coronavírus deste 2020, de tempos em tempos, essa pretensa ordem se desorganiza e demanda elevados esforços do Estado para recomposição do equilíbrio.

Para apreender as nuances do contexto internacional, parece importante remontar ao final da década de 1970, saltando ao “centro” do capitalismo mundial, mais precisamente ao escândalo *Watergate*, sintetizado com precisão, no que interessa a este estudo, durante a seguinte passagem de Ferreira e Morosini (2013, p. 263):

Enquanto investigava-se o financiamento de campanhas políticas, descobriu-se a existência de fundos irregulares mantidos pelas empresas transnacionais norte-americanas para corromper governos estrangeiros e garantir um negócio lucrativo nesses países. Em colaboração com a Comissão Norte-Americana de Câmbios e Títulos (SEC, sigla em inglês), órgão responsável pela regulação do mercado de ações nos EUA, mais de 500 empresas norte-americanas admitiram pagar o equivalente a 300 milhões de dólares em subornos a funcionários públicos estrangeiros.

Esse foi o contexto de edição do conhecido *FCPA – Foreign Corrupt Practices Act*, a temida legislação norte-americana para a punição de empresas envolvidas com subornos de autoridades estrangeiras, no ano de 1977.

Interessante anotar que, dois anos antes, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas havia editado a Resolução n. 3.514, em que houve expressa menção ao direito de adoção de medidas legais anticorrupção tanto pelos países de origem (*home country*) das empresas como pelos países onde atuarem (*host country*). É a gênese da extraterritorialidade na aplicação de medidas legislativas nessa temática e que acabou por espriar a lógica do *FCPA* norte-americano mundo afora.

A pressão para a adoção de mecanismos similares acabou se tornando uma necessidade competitiva das companhias submetidas ao regime do *FCPA*, dado que não se poderiam arriscar a desafiar o regulador norte-americano, ao mesmo tempo em que viam concorrentes de outras nacionalidades passarem ao largo desse tipo de dificuldade.

Seguidos tratados internacionais passaram a sugerir a adoção de instrumentos de natureza similar – inclusive com mecanismos de estímulo a colaboração com investigações –, como a Convenção da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 1997, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto n. 4.410/02) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada pelo Brasil em 2006. Outros esforços também são apontados:

Nos mencionados anos 1990, e com a perda do inimigo comunista, agências internacionais como o G7, grupo dos sete países mais ricos do mundo, passaram a ter outros focos de interesse, notadamente penais, bem como as regras da OCDE. Assim é que se percebe a fomentação de um grande número de convenções, acordos e legislações atinentes às práticas anticorrupcionais. Seriam, pois, de se mencionar a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, a Convenção sobre a Proteção dos Interesses Financeiros da União Europeia, de 1995, a Convenção sobre a Luta contra Corrupção envolvendo Funcionários da União Europeia, de 1997, a Convenção da Organização para a Colaboração e Desenvolvimento Econômico contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, de 1997, Convenção das Nações Unidas contra Crime Organizado Transnacional, de 2000, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, entre outros. (SILVEIRA, 2014, p. 21).

Esses tratados dialogam com a ideia de *soft power* do Direito internacional, estimulando a adoção de determinados preceitos legislativos em contrapartida a acesso a condições

específicas de mercado, tratamentos mais cautelosos para países de fora do “clube”, enfim, pressões de ordem econômica e política para que compromissos contra a corrupção integrem os ordenamentos nacionais.

Desses tratados, compete destacar a Convenção de Mérida, com *exequatur* no Brasil por intermédio do Decreto n. 5.687/06, que expressamente recomendou a adoção de mecanismos de pactuação com infratores, em ordem a permitir ao Estado receber informações para fins investigativos e probatórios¹³.

Segundo Prado *et al.*, foi identificada uma limitação na legislação nacional brasileira, especialmente em 2010, durante o monitoramento realizado pelo Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE, gerando um acréscimo de pressão para adoção de novas medidas capazes de atualizar o sistema normativo.

A resultante desse processo de pressões diplomáticas, políticas e econômicas aponta para a uniformidade das ordens jurídicas no tratamento de questões relacionadas à corrupção (SHAFFER, 2012). Um caso de corrupção, dada a aplicação extraterritorial das normas, implica muitas vezes o acionamento de diversas instâncias nacionais, criando a necessidade de algum tratamento similar ao fenômeno, como destaca Andrade (2017, p. 175):

Entende-se que as lacunas até então existentes nos ordenamentos internos, impulsionaram nos Estados a necessidade de adoção de estruturas normativas que se comunicassem entre si, criando, assim, a possibilidade de uniformidade na solução de crises ou problemas coexistentes entre nações, materializada através da integração global. É assim que emergem os movimentos de combate a ações corruptas em todo o mundo, que foram marcados por rupturas institucionais nas estruturas jurídicas e

¹³ Artigo 37 – Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei:

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.
2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.
5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo 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.

por políticas caracterizadas pela desnacionalização dos direitos, pela privatização das empresas públicas, multiplicidade de regras e mutabilidade das estruturas normativas.

[...]

Conceitos novos como a transnacionalização, o direito pós-nacional e o pluralismo jurídico demonstram que atributos do Estado, considerados antes como essenciais, passam a ser mitigados pela participação cada vez maior de novos atores, novos métodos e novos espaços de produção do direito, tornando indispensável o diálogo entre ordenamentos nacionais para solucionar problemas jurídicos e constitucionais simultâneos a diversas ordens.

Barreto (2016), invocando Teubner, destaca ser esse movimento o de criação de um direito global, motivado pela existência de interesses das corporações transnacionais, das relações sindicais internacionais, dos direitos humanos – e aqui se acrescentariam outros tipos de interesses, como o ambiental e, por que não, o de integridade (anticorrupção). Prossegue o autor sustentando a necessidade de modificação do paradigma de estudo do fenômeno, eis que não pode ser compreendido segundo os mesmos critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais.

Há, portanto, que trabalhar com a ideia de uma compatibilização dessa realidade global, *vis-à-vis* das realidades locais, operando-se com ainda mais vigor a lógica de cooperação intra-Estado e inter-Estados.

Nesse conspecto, Rod Rosenstein¹⁴, então procurador-geral Adjunto do Departamento de Justiça norte-americano (DoJ), anunciou, durante evento público ocorrido em 2018, a adoção de estratégia de sincronização entre as múltiplas jurisdições. Segundo ele, empresas submetidas a múltiplas jurisdições acabavam sujeitas ao que ele denominou de *piling on*, termo do futebol americano para ilustrar inúmeros jogadores amontoados sobre o adversário já dominado.

E, segundo aquela autoridade, as políticas do DoJ incorporariam medidas de coordenação para evitar que empresas atuando sob mercados regulados por múltiplas agências de diversos países fossem repetidamente punidas, em situação além do necessário para reprimir a conduta em questão e desestimular futuras violações. Usando terminologia de

¹⁴ Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rod-j-rosenstein-delivers-remarks-american-conference-institutes>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

proporcionalidade e razoabilidade, ele destacou que a nova política integraria o manual de orientação daquele órgão. Essa ideia, de evitar o *piling on*, será retomada adiante.

A cooperação, ou sincronização, dos atores é noção recorrente entre os planos regionais e global, como anotam Choukr e Japiassú (2012, p. 18):

Os mecanismos internacionais não se esgotam na concitação para o emprego do sistema penal, como se percebe desses documentos. Neles há, igualmente, um chamamento por novos atores (embora por vezes considerados nunca suficientemente atuantes), tendo como ponto essencial a cooperação entre os integrantes dos sistemas regionais e mundial e a (re)vitalização dos mecanismos — estatais ou mesmo privados — de controle de gestão, vez que nem sempre o resultado penal do enfrentamento da corrupção é de ser comemorado como eficaz. Além dessas vias alternativas — notadamente “civis” — surgindo com relevância novos mecanismos burocráticos de controle no interior do próprio Estado, a “sociedade civil” é concitada a atuar.

A incorporação desses instrumentos ao plano interno, todavia, não se faz de forma pacífica. Sousa Santos (1995, p. 467) descreve com precisão como a pressão por internalização de soluções exógenas acaba por construir soluções que não são compatíveis totalmente com a ordem periférica e gera tensões:

Each legal order stands on a grounding fact, a “superfact” or a “supermetaphor”, as I would call it, which determines the specific interpretative standpoint or perspective that characterizes the adopted type of projection. The private economic relations in the market are the superfact underlying capitalist stat legality, while land and housing, conceived as extraeconomic, social and political relations, are the superfact underlying the law of Pasargada. According to the type of projection adopted, each legal order has a “center” and a “periphery” [...]

The second implication is that conceptualizations, interpretive styles and techniques, as well as ideological configurations, dominant at the center, tend to be taken out of the context in which they originate and to be exported to (and imposed upon) the periphery. They are then applied in the legal periphery with little attention to local regulatory needs, since such needs are always interpreted and satisfied from the point of view of the center.

[...]

The periphery is also the legal region where the interpenetration between different legal orders is most frequent. It creates a twilight zone where the shadows of different legal orders converge.

Além disso, há críticas que se estabelecem por conta de uma comparação apressada entre os sistemas legais, como vemos em Winters (2015), que reconhece a consistência do modelo adotado pela Lei Anticorrupção com a realidade brasileira, todavia apontando para um insucesso da lei ante um cotejo com os modelos norte-americano e britânico¹⁵.

Ainda que por pressão de países centrais da ordem mundial, mesmo que em decorrência de pressão das grandes companhias, expressas mediante tratados e outros instrumentos do Direito internacionais, é fato que o enfrentamento da corrupção no Brasil passou a adotar estratégias que, ao se inserirem em nosso ordenamento, trouxeram estranhamento e necessidade de acomodação. Vejamo-las.

¹⁵ “The diffuse enforcement model is consistent with previous Brazilian anti-corruption measures; however it stands in sharp contrast with both U.S. enforcement of the FCPA and with U.K. enforcement of the Anti-Bribery Act. In the United States, enforcement authority is delegated solely to the Securities and Exchange Commission and the Department of Justice.

[...]

A decentralized model of enforcement will lead to an inconsistent application of law, pose challenges to effective and cooperative enforcement between regulatory agencies, and potentially create conflict of interests. Sadly, this Act even has the potential to prompt further corruption due to lack of oversight. The Act is not beyond redemption, however.” (p. 690-699)

5. Antecedente legislativo

Para buscar compreender um pouco o ambiente em que foi editada a Lei Anticorrupção, principal dispositivo legal que alicerça a celebração de um acordo que permite a consensualidade entre pessoas jurídicas e o Estado em casos envolvendo corrupção, é interessante recuperar um debate que ocorria no país no final da primeira década deste século, acerca da necessidade de implementação de uma legislação que estabelecesse a responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

Consoante narrado na introdução, a Lei Anticorrupção acabou editada na esteira dos protestos de junho de 2013, quando milhares de pessoas saíram às ruas para protestar contra diversos temas, dentre os quais, a corrupção. Todavia, desde o denominado escândalo do Mensalão, que ganhou as manchetes em 2005, já se vinha gestando uma insatisfação mais aguda da sociedade, ainda que tenha sido exitosamente controlada nos anos que se seguiram.

Os órgãos de controle foram reforçados como resposta ao Mensalão, com destaque ao Decreto n. 5.480, de 30 de junho de 2005, que reorganizou a atuação da Controladoria Geral da União – CGU, alçando-a ao centro de um sistema reticular de controle, permeando toda a estrutura do Poder Executivo federal. Por esse decreto, a CGU, embora fosse um ministério como todos os demais, passou a contar com o poder de articular-se diretamente com os órgãos de controle interno de cada ministério, expedindo recomendações, instruções, normas, inclusive com poder de avocar expedientes para sua decisão direta.

Outro debate que ganhou corpo consistiu na promoção de debates para melhoria e incremento de legislação e de procedimentos para o enfrentamento à corrupção e à lavagem de dinheiro. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, organização em formato de rede, foi estabelecida em 2003, e, desde então, tem produzido inúmeros trabalhos de articulação entre os diversos órgãos encarregados da persecução de ilícitos, propostas de melhoria legislativa, integração de atuação, dentre outros. Como bem apontou o ex-ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos:

A ENCCLA é uma das mais bem-sucedidas políticas públicas de segurança já empreendidas pelo estado brasileiro. O transcurso de uma década, que hoje celebramos, prova o seu elevado grau de institucionalização.

A semente plantada em 2003 – com o cuidado de Cláudia Chagas, então Secretária Nacional de Justiça, e de Antenor Madruga, que lançava as fundações do recém-criado DRCI – transformou-se, pelo cultivo de sucessivas administrações, numa árvore bem enraizada no solo de nossa organização estatal. (BRASIL, 2012, p 32).

A ENCCLA pautou sua atuação segundo diretrizes de diálogo e consenso entre as instituições integrantes, favorecendo a sua articulação dos órgãos de controle, em rede, na busca de suas missões (OLIVEIRA & BARROS FILHO, 2016).

Uma das metas da ENCCLA¹⁶, a Meta 06/2008, disciplinou o quanto segue:

Apresentar anteprojeto de norma para disciplinar a responsabilidade da pessoa jurídica também pela prática de atos ilícitos relacionados à lavagem de dinheiro, a ações de organização criminosa e os praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira e o sistema financeiro.

Órgão Responsável: CGU

Prazo: 30/10/2008

Órgãos Envolvidos: AGU, AJUFE, ANPR, BACEN, CJF, CNCPC, CNPG, DPF, DRCI/SNJ, GNCOC, MPF, MPSP, MRE, PCERJ, PGFN, RFB, SAL, TCU. (Grifo nosso.)

Nesse conspecto, iniciaram-se os debates para aferir a melhor forma para o estabelecimento de uma responsabilidade da pessoa jurídica. Havia discussões acerca de adotar o caminho de a responsabilidade ocorrer na instância criminal e na administrativa.

Como aponta Platt (2017, p. 143):

Existem hoje em dia duas correntes no combate à corrupção: a penal e a regulatória. Embora distintas, têm semelhanças em suas características e objetivos. A corrente penal pune o pedido de um suborno ou o pagamento a um corrupto, e inclui, dentro de seu sistema de remessas, indivíduos, empresas e também organizações financeiras que facilitam a corrupção. A corrente regulatória orienta os bancos e outras instituições financeiras no tocante às medidas que devem ser tomadas para identificar

¹⁶ Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/metras-de-2006>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

PEPs, como essas pessoas devem ser avaliadas em termos de risco, como as atividades de suas contas devem ser monitoradas e o que fazer caso ocorra alguma operação suspeita. A falta de adesão a essas orientações é um delito regulatório que pode resultar em pesadas multas do regulador local.

Novamente, o Ministério da Justiça promoveu o debate, agora na seara acadêmica, com a série “Pensando o Direito”. No volume específico sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica, restou sintetizada a análise das dificuldades de caminhar para uma responsabilidade criminal e indicando o caminho cível-administrativo:

Entre as várias modalidades de sanções expostas, as que parecem apresentar maior potencial de ganhos sociais dizem respeito à adoção de regras de *compliance* e publicização da condenação judicial. Como se pode perceber, estas modalidades de sanção, quando pensadas para serem impostas diretamente às pessoas jurídicas, fazem com que a esfera penal e outras esferas de regulação (como a administrativa e a civil) se aproximem consideravelmente. Por isso, a discussão acerca das sanções impostas às pessoas jurídicas não vincula o modelo de responsabilização à esfera penal. Dessa forma, a discussão sobre as sanções aqui esboçada deve se dar sob o pano de fundo das alternativas regulatórias a esse sistema (i.e. as responsabilidades administrativa e civil).

[...]

Com relação às diferenças que frequentemente são traçadas em termos de requisitos e critérios de imputação, temos que o Direito penal, em seu modelo tradicional, estaria vinculado à imputação de culpa individual, enquanto o Direito administrativo teria mais flexibilidade de levar em consideração outros critérios para imputar. Segundo ADÁN NIETO, por meio deste ramo, tratar-se-ia de chegar à responsabilidade não por meio da culpabilidade, mas por meio da capacidade de suportar a sanção. Aproximar-se-ia, de acordo com esse autor, mais da responsabilidade civil do que da penal (NIETO MARTÍN, 2008). Por este motivo, na esfera administrativa não se enfrenta, a princípio, qualquer dificuldade em imputar responsabilidade a pessoas jurídicas.” (BRASIL, 2009, p. 45-46).

Hodges (2015, pos. 7918) ainda destaca o sancionamento administrativo como o indicado em determinadas situações, por conta de sua efetividade:

An administrative sanction can often be decided and executed without delay, and lengthy and resource demanding procedures can thereby be avoided. Administrative sanctions may for this reason be considered in areas where, for example the offense is not particularly severe or occurs in large numbers as well as in areas where administrative sanctions and procedures are suitable and effective for other reasons (eg complex economic assessments).

Um ano depois foi levada ao Congresso Nacional a Mensagem n. 52, que submeteu à análise do Parlamento o projeto de lei que resultou na Lei Anticorrupção, satisfazendo uma série de pressões internas e externas, como já apontado. Da mensagem, extrai-se o seguinte excerto, que aponta para a ideia de eficiência e para os compromissos internacionais assumidos pelo país:

As lacunas aqui referidas são as pertinentes à ausência de meios específicos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas e obter **efetivo** ressarcimento dos prejuízos causados por atos que beneficiam ou interessam, direta ou indiretamente, a pessoa jurídica. Mostra-se também necessário ampliar as condutas puníveis, inclusive para atender aos **compromissos internacionais** assumidos pelo Brasil no combate à corrupção. (BRASIL, 2010, p. 8).

O texto do projeto de lei, contudo, não trazia menção à possibilidade de celebração de acordo de leniência para colocar termo ao expediente sancionatório, muito embora a estrutura geral fosse muito próxima à da norma que veio a lume.

A inclusão do mecanismo consensual veio como sugestão do IBRADEMP – Instituto Brasileiro de Direito Empresarial, como apontado no parecer¹⁷ do relator do projeto de lei, Deputado Carlos Zarattini.

De acordo com Rodrigues (2016, p. 61), esse instituto possui a seguinte definição:

[...] o acordo de leniência previsto pela Lei anticorrupção representa um instrumento consensual, alternativo à sanção tradicional, estabelecido em face do agente particular

¹⁷ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=970659&filename=Tramitacao-PL+6826/2010. Acesso em: 13 de maio de 2020.

envolvido no ato ilícito (pessoa jurídica), que visa estender a aprofundar as investigações, obtendo-se elementos de prova que sirvam para implicar outros agentes, particulares e públicos.

Acordo substitutivo de sanção (CARDOSO, 2016; PALMA, 2010; MENEZES DE ALMEIDA, 2008), o instrumento negocial passou a integrar o arsenal normativo pátrio para o enfrentamento da corrupção a partir da vigência da Lei n. 12.846/13, em 29 de janeiro de 2014.

5.1. Estrutura da lei anticorrupção

O texto legislativo que veio a lume contém 31 artigos, divididos em 7 capítulos, sendo o primeiro desses capítulos dedicado a estabelecer as hipóteses de responsabilidade da pessoa jurídica, de forma objetiva, dissociada de responsabilização individual das pessoas naturais e estabelecendo a subsistência e a comunicação da responsabilidade nas diversas hipóteses de organização societária.

Já o segundo capítulo apresenta os tipos prevendo os atos lesivos contra a administração, inclusive a estrangeira, encampando a tese da extraterritorialidade mencionada antes, que, de resto, já estava prevista, sob enfoque criminal, no art. 337-B do Código Penal, por força da redação da Lei n. 10.467/2002.

No terceiro capítulo, são apresentados as penas administrativas e os critérios de dosimetria para o sancionamento. Importante destacar a elevada pena pecuniária, de até 20% sobre o valor do faturamento bruto do exercício anterior, excluídos os impostos, e a pena vexatória de publicação extraordinária da decisão condenatória. Outro ponto de destaque é que a existência de mecanismos de integridade implica redução da multa.

O quarto capítulo trata do processo administrativo de sancionamento, estabelecendo a Controladoria Geral da União como órgão central do Poder Executivo federal, bem como a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica na instância administrativa.

O capítulo seguinte traz os dois artigos que fundamentam a possibilidade de celebração de acordo de leniência, condicionada à efetividade na colaboração com o Estado, identificação de outros envolvidos, caso haja, obtenção célere de informações e documentos. Em contrapartida, a pessoa jurídica poderá ver reduzida substancialmente a multa (em até dois terços) e desonerada da sanção vexatória.

O penúltimo capítulo da lei traz as sanções aplicáveis por intermédio de um processo judicial, dada a sua gravidade – vão de interdição parcial de atividades à dissolução compulsória.

Em seu último capítulo, são previstos a criação de um cadastro de empresas punidas, o prazo prescricional das sanções, além de dois dispositivos esclarecendo que permanecem sobrepostas as atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e dos regimes das Leis n. 8.429/92 e leis de contratações administrativas.

Uma leitura da estrutura da legislação permite identificar que as premissas básicas de incentivo foram atingidas: uma responsabilização mais facilitada, dado o seu caráter objetivo, comunicada às demais empresas do grupo econômico e subsistente a alterações societárias, de um lado, e, por outro, penas elevadas, de até 20% sobre o valor do faturamento bruto excluídos os impostos. Como alternativa ao sancionamento, uma porta de saída pela via colaborativa, prevendo reduções importantes no regime sancionatório.

Além disso, a lei também previu o impedimento temporário para a celebração de novos ajustes similares, a fim de evitar o risco apontado por Andrade Filho (2018, p. 293), de reiteração de práticas ilícitas:

Assim, o desenho ótimo do programa deve levar em consideração dois efeitos: desincentivar os conluíus entre as empresas infratoras, as encorajando a deixar o grupo criminoso e denunciar o cartel às autoridades; e desencorajar as empresas a explorarem os programas de leniência em uma estratégia de formação sistemática de novos cartéis, com posterior denúncia destes às autoridades.

Andrade (2017, p. 178), todavia, faz uma provocação interessante sobre a nova legislação:

Esse esboço intenta demonstrar que todas as normas administrativas vão se posicionar na busca pela moralidade, e não seria diferente com a Lei n. 12.846, que ao advento de sua edição em 2013, levanta uma primeira inquietação: por que o legislador adotou mais uma lei para coibir a corrupção, se já contava com o aporte axiológico da Constituição da República e com várias leis pretéritas, aptas a essa finalidade?

Ele mesmo responde afirmando que a Lei Anticorrupção dialoga com a ideia de prevenção, materializada no acordo de leniência e no sistema de integridade privado (*compliance*). Veremos a seguir de que maneira isso se insere no sistema de proteção à moralidade na administração.

Ademais, como constatado pelo Grupo de Trabalho da OCDE (2010, p. 36)¹⁸ sobre suborno, que analisou a implementação das recomendações da fase 2, a decisão pela adoção de mais uma legislação fundamentou-se na estratégia de estabelecimento de sanções no plano administrativo tido como mais célere para a resposta ao ilícito:

Moreover, the decision was driven by a recognition that the administrative sphere has traditionally proved more expeditious and effective in suppressing misappropriations arising from public contracts and public procurement procedures, while demonstrating a greater capacity of response vis-à-vis the public.

Prado *et al.* (2015) destacam que isso faz parte de uma estratégia para construir caminhos institucionais alternativos, em vista de suprir ineficiências decorrentes das estruturas tradicionais, indicando rotas de saída às trilhas repisadas continuamente que, conquanto tenham tido seu papel e importância históricos, apresentaram esgotamento.

Retomando a ideia de eficiência do sistema, que aponta tímida atuação na recomposição de danos ao erário mediante ações de improbidade (CNJ, 2015), outro estudo interessante, sob a ótica do servidor público envolvido em caso de corrupção, aponta para números ainda mais alarmantes: 34,01% de chance de um servidor corrupto ser criminalmente processado; 24,26% de chance de ser civilmente processado; com meros 3,17% de chance de uma condenação criminal e 1,59% de probabilidade de condenação civil (ALENCAR & GICO JR, 2011).

O caminho judicial, como única alternativa, certamente não é indicado para enfrentar o fenômeno. Além disso, não podemos esquecer o caráter de *wicked problem* da corrupção (dentre outros, RYVKIN & SERRA, 2018), que busca transformar-se continuamente para esconder-se aos órgãos de controle.

Emerge como hipótese analítica, portanto, a *Path Dependency Theory* (FERNANDES, 2002), segundo a qual há um aumento de custos para tentar reverter a escolha institucional por determinado caminho. A solução, mediante a criação de *multiplicidades institucionais*, portanto, formula uma possibilidade de resolução do problema, que vai de encontro à característica da corrupção de se autorrenovar em suas práticas.

¹⁸ Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/45518279.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

Mais do que isso, a multiplicidade institucional, que decorre da multiplicidade normativa, fomenta uma competição interinstitucional que estimula os órgãos de Estado a se reinventarem, propiciando contínua readaptação para fazer frente às também inventivas corruptivas (PRADO *et al.*, 2015).

Voltaremos ao tema.

5.2. Inspiração no Direito Antitruste

Não parece haver muitas dúvidas de que a inspiração do acordo de leniência da Lei Anticorrupção veio do Direito Antitruste. Em seu parecer, o relator¹⁹, deputado Carlos Zarattini, afirma categoricamente:

No art. 18 incluímos um capítulo sobre o Acordo de Leniência, semelhante previsto na lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e aplicado pelo CADE.

A grande questão aqui é identificar no que o programa de leniência anticorrupção se aproxima bem como no que se distancia do modelo antitruste. Uma primeira e mais clara constatação é a ausência de efeitos criminais em relação ao programa anticorrupção, assim como a ausência de isenção de penalidade na esfera administrativa:

O programa de leniência da LAC, no entanto, tem efeitos mais tímidos do que aqueles estabelecidos na legislação concorrencial: embora os requisitos para sua celebração sejam semelhantes, o particular não obtém imunidade na esfera administrativa, mas somente redução da multa legalmente prevista – e, mesmo assim, não há patamar mínimo para essa redução, mas apenas máximo, que é de dois terços. Outros efeitos da leniência no âmbito da Lei n. 12.846/2013 residem na dispensa do dever de publicar

¹⁹ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=970659&filename=Tramitacao-PL+6826/2010 Acesso em: 13 de maio de 2020.

o extrato da decisão condenatória, além de o beneficiário não perder o direito de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Portanto, não há isenção do dever de pagar multa. (SAMPAIO & CANETTI, 2018, p. 281).

A ausência de imunidade para a multa administrativa talvez possua assento no grau de reprovabilidade da conduta associada à corrupção. Dispensar alguém do pagamento de uma pena decorrente da prática de um ato ilícito implica alto grau de leniência com os poderes sancionatórios, e isso pode ter sido levado em consideração no momento de o legislador fixar os benefícios para quem colaborasse com o Estado, limitando-os em até dois terços da penalidade regular.

Com relação à imunidade criminal, que é conferida pelo parágrafo único do art. 87, da Lei n. 12.529/11, há uma divergência doutrinária acerca da possibilidade de um acordo administrativo conferir efeitos criminais, imunizando a atuação do MPF, sobretudo em razão de o acordo com o CADE não ser submetido à homologação judicial (SALOMI, 2012).

Todavia, a solução prática encontrada foi pela participação do titular da ação criminal no acordo. Assim, para viabilizar a implementação do programa de leniência perante o CADE, as instituições se articularam para evitar disputa de protagonismo e encontraram um meio eficaz para evitar um grande desincentivo que seria a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal.

Como aponta Marrara (2015, p. 516), a atuação do Ministério Público também é um diferencial, quando comparado o programa anticorrupção com o antitruste:

No tocante aos aspectos apontados até o momento, o quadro I demonstra muito claramente que o acordo de leniência para infrações por atos de corrupção empresarial se baseou no acordo de leniência previsto na legislação de defesa da concorrência. Todos os aspectos são idênticos, com a diferença de que, na lei anticorrupção, o Ministério Público pode atuar de maneira subsidiária em relação à autoridade administrativa, quando esta deixa de tomar as medidas de instauração do processo sancionador.

Um programa de leniência necessita de incentivos para atrair candidatos. Esses incentivos devem ser claros e assegurar os benefícios tal qual pactuados. Isso pode ser verificado com a reforma do sistema antitruste norte-americano, que viu introduzidos dois novos incentivos – a anistia ao primeiro infrator que reportar a atividade ilícita e a possibilidade dessa colaboração ser iniciada mesmo após a abertura de uma investigação –, gerando um formidável acréscimo na detecção de cartéis a partir de 1993 (ANDRADE FILHO, 2018).

O desafio ao programa brasileiro de leniência anticorrupção reside menos no conjunto de incentivos, e mais na garantia da entrega dos benefícios pactuados.

6. Multiplicidade de incidências normativas: efetividade na proteção?

Um ato de corrupção no Brasil sensibiliza inúmeros agentes encarregados de sua persecução. Desde o cidadão comum, que tem à mão a ação popular com o objetivo de desfazer um ato ilegal e danoso ao erário, até a atuação da justiça criminal, há um sem-número de iniciativas moldadas pela legislação destinadas à tutela do patrimônio público e à moralidade administrativa.

Tome-se o exemplo de uma fraude à licitação para fornecimento ao Estado. Só na Lei n. 8.666/93 já há duas iniciativas previstas: uma, administrativa, prevista no art. 88, II e III, e outra, criminal, do art. 90. Além disso, em se tratando de Administração federal, o TCU poderá aplicar-lhe inidoneidade (art. 46, da Lei n. 8.443/92). O ato também será enquadrado na Lei n. 8.429/92 (art. 11), na Lei n. 12.846/13 (art. 5º, IV) e na própria Lei de Ação Popular. Se o fraudador tiver utilizado de algum subterfúgio objetivando dominação de mercado, também estará sujeito à legislação antitruste. Só nesse exemplo singelo, seriam sete incidências normativas e ao menos cinco agências envolvidas (Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública, Controladoria, CADE), sem contar o cidadão que ajuizar ação popular.

Há crítica severa a um acúmulo normativo dissociado de estratégia de sistematização das normas. Tojal (2014, p. 288), por exemplo, ilustra a solução-padrão brasileira quando nos deparamos com clamores da sociedade por respostas por parte dos poderes públicos. Via de regra, o que advém é o incremento punitivo, puro e simples:

Há uma tendência evidente no direito brasileiro na penalização exacerbada de condutas, como se a solução para resolução de todos os problemas do país fosse a previsão do maior número possível de atos ou comportamentos ilícitos e a sua consequente punição. Inunda-se assim o sistema jurídico com normas punitivas, cuja consequência prática é gerar o efeito contrário ao pretendido, ou seja, a impunidade, uma vez que não raro a antinomia gerada acaba por tirar a eficácia dos instrumentos jurídicos preexistentes.

Ademais, se fôssemos analisar pelo prisma de economia de esforços da máquina pública, essa multiplicidade de incidência normativa não apresentaria qualquer sentido. A energia gasta em cada um desses diversos expedientes, acaso realizado o cálculo proposto por

Becker (1968), provavelmente suplantaria os danos causados em grande parte dos episódios lesivos.

Além disso, essa multiplicação de normas e de entes encarregados de aplicá-las acaba por criar o que se convencionou denominar de “problema de muitas mãos” (RHODES, 2006), o nosso popular “cachorro com muitos donos morre de fome”. Segundo esse autor, as noções convencionais de *accountability* não dialogam adequadamente com a pulverização do poder de exigí-las em diversas autoridades, ensejando o enfraquecimento do próprio conceito de controle.

A existência de tantas normas sobrepostas pode se justificar pela natural disputa de poder entre órgãos públicos, ante o enfoque para o que cada qual foi criado. Também pode possuir assento na inserção do cidadão no rol de legitimados a exigir o controle da Administração, como é o caso da ação popular.

Consoante o já destacado, ainda que não pareça ser uma estratégia economicamente eficiente, do estrito ponto de vista que gera sobreposições de atuação – portanto gastos pretensamente desnecessários – há, ao menos, um efeito interessante e relevante decorrente dessa multiplicidade: o reforço compensatório de uma agência às deficiências de outra, fechando uma teia para o enfrentamento da corrupção:

Specifically, we contend that the overlap of anti-corruption functions among various governmental entities – ‘institutional multiplicity’ – has strengthened outcomes by allowing institutions to compete, to collaborate, to complement one another, or to compensate for one another’s deficiencies or oversights. (PRADO *et al.*, 2015, p. 111).

Ainda, essa forma de estruturação dificulta o processo de captura de instituições de controle pelos infratores.

Consoante o já d’antes mencionado, numa hipótese adjudicatória, a multiplicidade de normas – e órgãos encarregados de sua aplicação – opera num grau entre ineficiência decorrente de sobreposição e compensação por eventuais debilidades de corresponsáveis. Nesse cenário, a preocupação, se é que houve em algum momento, era com possível *bis in idem* em relação ao infrator.

Bastante diverso, contudo, é um ambiente marcado pela consensualidade na adoção de uma solução, no qual o pacote de estímulos conferido ao privado pelo Estado necessita ser assegurado por todos os fragmentos do poder público que lidam com o infrator. O presente capítulo buscará problematizar essa questão da multiplicidade e preparar caminho para a abordagem em rede, detalhada no capítulo 7.

6.1. Sistema multiagências e sua complexidade

Toda a racionalidade que foi apresentada anteriormente aponta para a ideia de eficiência na estrutura do Estado, como parte de um grande movimento que justificaria a adoção da consensualidade no agir estatal, inclusive em temas relacionados à corrupção.

Quando se constata, porém, que o conjunto de órgãos brasileiro se conforma a partir de *overlappings*, multiplicando estruturas com atribuições muito próximas, por vezes concorrentes, escancara-se um paradoxo que necessita ser explicado para não confundir o intérprete. Uma das possíveis explicações pode residir na maleabilidade de uma estrutura em rede, como capaz de autoadaptar para perseguir a corrupção e sua quase invencível capacidade de se reinventar para fugir aos órgãos de controle.

O detalhamento característico de uma rede será abordado em capítulo próprio, posto que, no presente, tentaremos apontar para as dificuldades que esse entrecruzamento de responsabilidades traz para uma racionalidade, se não acostumada com a atuação hierárquica, assentada na centralidade da decisão política com descentralização preferencial no plano administrativo.

A multiplicação de estruturas de controle configura uma verdadeira *policentria*, ou seja, “a proliferação de centros de decisão política e administrativa, dotadas de razoável autonomia e independência ante o poder central do Estado” (OLIVEIRA, 2008). Veremos mais adiante os diversos órgãos que lidam com o tema, cada qual com sua estrutura e linguagem próprias, vinculados a poderes distintos (v.g., TCU ao legislativo; CGU e AGU ao executivo; MPF com sua independência em relação aos demais poderes).

Contemplar esse conjunto de órgãos e entidades, e buscar uma explicação para o modo como se relacionam e se organizam, é, em si, uma tarefa bastante complexa, sobretudo quando emerge a necessidade de assegurar que, malgrado a fragmentação, todos passem a assumir um mesmo valor de respeito ao acordo de leniência celebrado por um dos órgãos, quando a lei de regência silenciou a respeito dos efeitos em relação aos demais.

Esse silêncio pode ter assento em inúmeros motivos, desde a resistência natural do sistema político a uma legislação que enfrenta o tema da corrupção – recordemos que fora editada na esteira de protestos, como uma tentativa de resposta –, até a questão de situar-se na intersecção de atuação de diversas estruturas já estabelecidas, a sugerir uma disputa de poder que interdite um debate de racionalização legislativa.

Quanto a este último ponto, basta recordar que uma das tentativas de racionalizar essa atuação – a Medida Provisória n. 703 – foi objeto de grande resistência, inclusive objeto da Nota Técnica n. 01/2016, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, com sugestão de rejeição de inúmeros pontos do parecer do relator da matéria no Congresso. Se as previsões da MP 703 eram positivas ou não para conferir organicidade, parece-nos que a objeção de um dos encarregados do *enforcement* da lei responde à indagação.

Até se poderia pensar em uma norma que, alterando as disposições da Lei Anticorrupção, viesse a disciplinar, por exemplo, o papel do Tribunal de Contas na tessitura dos acordos de leniência – a nosso sentir, mais voltado à construção de metodologias de ressarcimento, em caráter abstrato ou uma atuação de retaguarda para casos de manifesta teratologia na celebração de um acordo em concreto.

A negociação de um acordo em matéria de corrupção pressupõe o desvelamento de segredos construídos para serem escondidos aos órgãos de controle. Envolve, grande parte das vezes, autoridades com poderes ainda vívidos no seio do Estado. Não se concebe que um candidato a colaborador se disponha a abrir essa quantidade e qualidade de segredos em um ambiente assemblear – inúmeros órgãos participando – com possibilidade de vazamentos de informações, inclusive a possíveis implicados.

Controlar a atuação dessas entidades todas sem um comando legislativo expresso expõe a elevada complexidade do problema da multiplicidade. Multiplicidade que, para além da disputa pela atuação concreta, também expõe diversas visões sobre como enfrentar o desafio de controlar a corrupção, notadamente um *wicked problem*, na definição da doutrina,

compreendido como questão “política que envolvem muitos atores que frequentemente discordam sobre a natureza do problema e a solução desejada” (KLIJN, 2010).

Prats i Catalá (1996, p. 34), há duas décadas e meia, já destacava a necessidade do estabelecimento de mecanismos de ordenação de uma realidade marcada pela racionalidade da pulverização de centros decisórios e executivos da ação estatal:

A comunidade acadêmica internacional assumiu os desafios colocados por esta crise e, em busca de novas formas de legitimação ou “governabilidade” correspondentes ao nosso tempo, está produzindo respostas progressivas importantíssima no âmbito político e da teoria organizativa. Particularmente, neste último e no do gerenciamento público que lhe corresponde, foi abandonado o tipo burocrático ideal como paradigma universal de racionalidade organizativa, para passar a uma teoria organizativa que se instala na contingência e situa a racionalidade do esquema organizativo e a gestão dos recursos em função da natureza das tarefas e do tipo de ambiente e nível tecnológico existentes em cada caso. E entre as consequências que obviamente decorrem deste fenômeno, queremos ressaltar os efeitos deste trabalho: o reconhecimento da racionalidade da fragmentação organizativa das Administrações Públicas (difícilmente compatível com a concepção estatutária da Administração Pública) e a necessidade de produzir novos instrumentos e fórmulas de integração; a necessidade de uma teoria da decisão administrativa em sua pluralidade, que reconheça diversos graus de discricionariedade necessária e contemple, na referida discricionariedade, a oportunidade de desenvolver novas formas de racionalidade através da incorporação a uma renovada teoria de controle das descobertas da teoria da organização e das políticas públicas; e, finalmente, a urgência de desenvolver novos padrões conceituais e técnicas instrumentais para responder ao desafio das novas relações interorganizativas, públicas e privadas, que são condição de governabilidade do nosso tempo.

Como mencionado, a principal complexidade de um sistema com tal conformação é a sua governabilidade. Se, na configuração de *ataque* ao ato de corrupção, a multiplicidade de agências é fator de competição – com agregado de eficiência quanto ao vetor identificação – quando se passa a admitir a possibilidade de consensualidade com alguns dos componentes da teia, a falta de uma decisão centralizada no plano político aponta para uma tendência à ingovernabilidade no incentivo à cooperação.

Prado *et al.* (2015) destacam que esse fenômeno já foi estudado e configura a já mencionada *multiplicidade institucional*, hipótese segundo a qual há potencialidade para gerar uma contradição externa, ou seja, regularidades comportamentais observadas em uma instituição que são desafiadas por padrões comportamentais contraditórios seguidos por outra instituição.

Autores da denominada *teoria ou ciência de redes*, como Barabási (2016), destacam que esse tipo de conformação é adequado para mapear redes adversariais que se escondem dos Estados, como as *redes terroristas*. O fenômeno da corrupção, ainda que não objetive destruição de vidas e patrimônio, acaba por perseguir essa mesma estratégia terrorista de esconder aos órgãos de controle. Não é à toa que os instrumentos e mecanismos de seu enfrentamento estejam comumente associados (p.e., art. 1º, da Lei de Lavagem de Capitais, em sua redação antes da reforma²⁰).

A resultante desse processo de autoadaptação (governado pela *co-competição* entre os elementos da rede) é a evolução do sistema como um todo, que se rearranja para o enfrentamento da corrupção. Naquilo que denominou *propósito de rede (network purpose)*, Teubner (2011) identificou uma categoria que abrange explicitamente a contradição entre os elementos coletivos e individuais que interagem em rede, levando-a a um grau de flexibilidade desejável para o enfrentamento dos desafios desses tempos atuais.

Ainda que analisando o fenômeno pela ótica da organização empresarial, temos que essa noção pode ser de veras útil como instrumento de análise do sistema brasileiro de controle da corrupção. Sem adiantar matéria do capítulo seguinte, a flexibilidade conferida pela rede – estimulada pela competição e reforçada pela cooperação entre seus membros – é o que vai permitir ao sistema uma adaptabilidade importante para lidar com o *wicked problem* da corrupção.

Todavia, como elemento agregador de complexidade, há a coexistência de realidades distintas, organizadas sob bases mais tradicionais e organizadas sob bases pós-burocráticas (SOUSA SANTOS, 1995, p. 457):

²⁰ Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

[...]

II – de terrorismo e seu financiamento;

[...]

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos.

A legal system is a more or less sedimented terrain, a geological construct made of different laws composing different layers, all of them in force together but never in a uniform fashion, all of them in the same moment but always as a momentary convergence of different temporal projections.

O Direito tem de lidar com esta realidade da Administração: troca bilateral e conectividade multilateral, entre cooperação e competição, entre hierarquia e heterarquia, e entre racionalidades variadas dentro de uma mesma organização (TEUBNER, 2011). Como veremos, é o grande desafio para um sistema que acabou estruturado em multiagências – de forma consciente ou não –, mas com pouca sistematização entre suas normas de regência.

A descrição do mestre alemão – pluricentralidade, cooperação, competição, independência – parece se amoldar com perfeição à descrição da estrutura do Ministério Público nacional. Temos que aproveitar a compreensão da sua organização para empreender esforços de sistematização do sistema multiagências que existe no país.

Andrade Filho (2018) aponta a independência funcional do Ministério Público como sua força (“garantia necessária ao desempenho de suas funções institucionais”) e sua fraqueza (“fator de permanente instabilidade sobre os ajustes de leniência celebrados entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas infratoras”). É sobre essa camada de gelo finíssima que precisamos caminhar.

6.2. Justificativa para um sistema multiagências

Já apontava Teubner (2011) sobre as vantagens da organização em rede: uma estratégia de descentralização que internaliza contradições, legitimando-as como simples tensões e, finalmente, encontra soluções contextuais mediante a diferenciação interna dos seus elementos constituintes.

Trata-se, portanto, de formato adequado para compreender a organização de instituições numa quadra de elevada complexidade, quer sejam empresas, quer sejam entidades não governamentais, quer seja a própria conformação do Estado.

Ademais, para enfrentar um fenômeno – a corrupção – que se reinventa a cada passo dos órgãos de controle, nada melhor que um sistema de controle capaz de se adaptar, incorporando contradições e devolvendo soluções como interpretações contextuais da realidade.

A rede, pois, que se forma a partir das multiagências, atende a esse perfil desejado. Essa conformação não passou despercebida de Prado *et al.* (2015, p. 126):

An effective system of accountability requires a “web” of effective institutions that will increase the likelihood that those who engage in corrupt activities will be caught and punished. In this regard, these institutions should perform three primary functions: first, *oversight*, which entails monitoring those in positions of power or engaged in activities carrying a high risk of corruption to identify quickly anything suspicious or atypical; second, *investigation*, which is the process of obtaining more detailed information about acts or activities once suspicion has been raised; and third, *punishment*, which is the effective application of sanctions in those cases in which there is sufficient evidence to prove misconduct. (Grifo nosso.)

Segundo a linha de raciocínio exposta por Prado *et al.*, a conformação de um sistema para enfrentamento da corrupção necessita contar com três funções primárias (supervisão, investigação e punição). Dessas três funções, a primeira possui forte caráter preventivo e as demais, repressivo.

Essa função preventiva pode ser exercida diretamente pelo Estado. Todavia, é desempenhada com maior capacidade pela opinião pública, materializada em uma imprensa livre, com a função de impor controle tanto sobre agentes eleitos quanto sobre o chamado corpo técnico (ROSE-ACKERMAN, 1999).

Concentremo-nos, pois, nas duas funções primárias restantes (investigação e punição). Poder-se-ia cogitar de uma forma de organização que congregasse as três funções em apenas uma agência, de modo a abreviar o *tempo de resposta* entre a prática do ato ilícito e a sua punição. Um sistema como tal apresentaria a configuração explicitada na figura 1, a seguir:



Figura 1 – Esquema com uma agência com poder de identificar e julgar o ilícito.

Essa agência “A” possuiria um poder imensurável, dada a sua capacidade de congregar tanto a investigação quanto a aplicação da penalidade na mesma estrutura. Como dito, a resposta ao ilícito seria bastante abreviada, uma vez que não haveria mediação entre uma e outra função, o convencimento quanto à sanção ou absolvição já teria se operado durante a investigação, respeitando-se, provavelmente, a necessidade de um contraditório para a conclusão do expediente.

Gault *et al.* (2015, p. 85) identificaram esse tipo de modelo em Cingapura, Hong Kong e Indonésia, destacando-o como provável causa para a substancial redução de eventos de corrupção nesses países. Todavia, os autores identificaram esses exemplos como suscetíveis ao arbítrio, que deve ser rejeitado tanto (ou mais) quanto o ato de corrupção, ante seu efeito deletério ao Estado de Direito:

Ahora bien, en los países en que ha habido un éxito evidente de las AAC (Singapur, Hong Kong y, recientemente, Indonesia), podría decirse que este se ha producido por la prevalencia que el Gobierno otorga a la idea del “interés público” y al ámbito de “lo público” sobre los derechos individuales y el ámbito de “lo privado”. En estos casos:

1. El poder y las facultades que ejerce la AAC son tan amplios e invasivos que propician un clima de miedo, fragilidad e incertidumbre para el sujeto potencialmente corrupto. La dinámica que se genera es una suerte de panóptico (Foucault, 2008) en donde una parte importante de la vida privada puede ser vigilada y afectada - *e. g.* revisión de cuentas financieras, intervención de llamadas telefónicas, confiscación de bienes, leyes de protección de testigos, listas negras, operaciones encubiertas, y acciones con potencial daño a la reputación individual (Princeton University, 2013; MacMillan, 2011; Mao, Wong y Peng, 2013).

Ademais, basta uma singela análise da figura 1 para concluir que a captura da agência “A” frustraria severamente o enfrentamento de um ato de corrupção. Ou, sendo menos drástico na hipótese, ocorreria também frustração na atividade, caso viesse a se configurar a fadiga da estrutura da agência “A”, quer no sentido de seu congestionamento, quer na situação de atuação aquém do necessário, tendo em vista a acomodação pela ausência de um competidor institucional ou alguém para fazer-lhe o controle externo.

Nessa linha, emerge uma forma de atuação mais democrática, porque submeteria o resultado da investigação, na forma de uma acusação, para julgamento por um órgão independente. Na figura 2, temos a representação de como ficaria o esquema com a segregação da função investigativa na agência “B” e a aplicação da punição pelo judiciário:

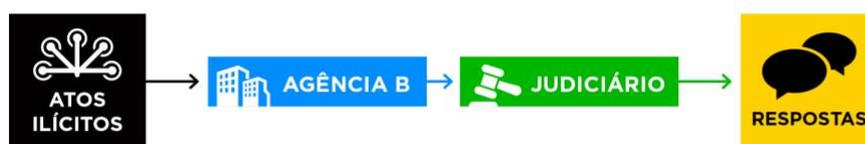


Figura 2 – Esquema com uma agência com poder de identificar e apontar o ilícito para julgamento pelo judiciário.

Pesam em favor desse modelo um controle maior sobre a atuação da agência “B”, porquanto os resultados de seu trabalho estarão submetidos ao controle judicial. Os abusos a direitos e garantias encontrariam um obstáculo maior na independência do judiciário.

Eventual desleixo investigatório também poderia encontrar algum tipo de resistência, como na hipótese da redação original²¹ do art. 28 do Código de Processo Penal, que previa um controle judicial sobre o pedido de arquivamento de uma investigação criminal com o qual não se convencesse o juiz.

Embora se tratasse de hipótese restrita ao caso criminal, sem paralelo na esfera civil aqui no Brasil, configura-se um mecanismo de controle externo da própria atividade investigativa. Todavia, esse dispositivo foi modificado pelo denominado Pacote Anticrime e estabeleceu nova

²¹ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

diretriz para o pedido de arquivamento, que pode ser contestado pela vítima, além de ter a homologação necessária pelo órgão superior do próprio Ministério Público²².

A despeito da possibilidade desse controle externo sobre a investigação, o modelo da figura 2 encontra-se sob risco de captura da agência “B”, que pode atrasar injustificadamente uma apuração ou mesmo fazê-la de modo frágil a ponto de não viabilizar uma acusação séria. Ainda que de captura não se cogite, pode acontecer a mesma hipótese de acomodação, dada a sua primazia (e exclusividade) na atividade acusatória.

Mesmo que não se cogite de captura ou de acomodação, a necessidade de tradução da investigação para uma peça acusatória com a finalidade de convencer o judiciário e o indispensável consumo de tempo que exige um processo dessa natureza fazem com que a solução se mostre aquém do ideal.

Dada essa limitação, exsurge a ideia já mencionada da multiplicidade institucional (PRADO *et al.*, 2015), que amplia possíveis caminhos para chegar à resposta ao caso de corrupção. Desta maneira, definem-se diversos tipos sancionatórios, com graus variados, a partir de multas à restrição a direitos, cada qual com sua institucionalidade própria (p.e., as sanções mais graves restritas à aplicação judicial). A sua representação gráfica pode ser apreciada na figura 3:



Figura 3 – Esquema com múltiplas agências em regime de “co-ompetição”.

²² Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

A visualização da figura 3 permite identificar três caminhos diferentes para a resposta (via agência “A”, diretamente; via agência “B”, mediado pelo judiciário; e via agência “C”, diretamente). Óbvio que esse é um modelo hipotético, mas a agência “A” poderia bem ser a Controladoria Geral da União; a agência “B”, o Ministério Público; e a “C”, o Tribunal de Contas da União. Cada qual com seus ritos, procedimentos e sanções previstos em lei.

Como forma de evitar a repetição de multas de igual natureza – o *pilling on* a que se referiu o então procurador-geral adjunto do Departamento de Justiça norte-americano –, uma solução que deveria tornar-se vinculante – quer por força de lei, quer mediante mecanismo de uniformização de jurisprudência – poderia seguir um exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP²³, segundo o qual devem ser excludentes penas de igual natureza.

Nesse caso concreto, o TJSP julgou ação de improbidade promovida em desfavor de prefeito que contratara servidores sem a realização de concurso público. Ocorre que, anteriormente, o Tribunal de Contas do Estado havia aplicado multa pecuniária ao alcaide pelos mesmos fatos.

Ao analisar o caso, o juiz de primeiro grau aplicara todas as naturezas de penas previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa:

[...] penas de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 03 (três) anos, multa civil no valor equivalente a cinco vezes o valor da remuneração que recebia à época dos fatos, devidamente corrigida desde as ilícitas contratações até o efetivo pagamento e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

O TJSP, todavia, compreendendo a possível existência de um *bis in idem* entre as multas da ação de improbidade e aquela fixada pelo Tribunal de Contas, houve por bem afastar a primeira, dado que a segunda já havia sido imposta.

Esse tipo de decisão, como veremos a seguir, opera no sentido de *sincronizar* as agências, conferindo algum grau de racionalidade num sistema que acabou organizado de forma

²³ Apel. n. 0008297-90.2006.8.26.0323.

a configurar sobreposições. Ora, para uma Administração fragmentada, há que se aplicar o direito a ela correspondente (LADEUR, 2016), incorporando a flexibilidade reclamada pela sociedade no tratamento de seus conflitos multifacetados²⁴.

A fim de incorporar recente inovação estabelecida pelo denominado Pacote Anticrime, o esquema de funcionamento passará a contar com a figura do “juiz de garantias”, responsável por supervisionar a etapa de investigações. Nessa linha, confira-se:



Figura 4 – Esquema com múltiplas agências, com a figura do “juiz de garantias”.

No que importa ao presente capítulo, a existência de diversas agências operando na identificação, investigação e aplicação de penalidade para o ato de corrupção evita que ocorra o fenômeno da acomodação ou o da captura desses órgãos.

Opera, ademais, um efeito benéfico de *co-competição* (TEUBNER, 2011) entre os órgãos de controle, estimulando ao mesmo tempo uma competição contra a acomodação e a exposição da captura de um (ou uns) dos componentes da rede, ao mesmo tempo em que, alinhados a uma mesma finalidade, cooperam-se, entre si, para buscar o melhor resultado possível, que é a identificação e a devida punição de um ato de corrupção.

A questão adquire grau ainda mais elevado de complexidade quando a legislação passa a autorizar solução consensual com parcela das agências e silencia em relação às demais. Mais do que isso, silencia sobre os efeitos que o acordo com um (ou uns) dos elementos da rede opera em relação ao restante da organização.

²⁴ “[...] a corrupção é verdadeiro fenômeno multifacetário e tentacular, expandido para diversos cenários – públicos e privados –, envolvendo distintos protagonistas, o que demanda para seu enfrentamento estratégias e ações variadas.” (LEAL, 2018, p. 476).

Antes de passar ao conceito de rede, busquemos problematizar a questão da coordenação hierárquica em relação a um conjunto de órgãos e entidades que opere com as características apresentadas até o presente momento.

6.3. Da coordenação à sincronização

Quando se visualiza um conjunto de órgãos e entidades com atribuições semelhantes e/ou sobrepostas, ainda que parcialmente, a indagação que surge à mente de um observador atento provavelmente será a forma pela qual se conferirá ordenação a esse amontoado de estruturas.

Imediatamente, emergirá a esse observador a palavra *coordenação*, notadamente associada à ordem, à harmonia, à articulação. Substantivo feminino derivado do verbo *coordenar*, a ideia de coordenação, em nosso vocabulário, todavia, engloba ainda a ideia de que a coordenação é exercida por um, organizando ou dirigindo as atividades dos demais, segundo os dicionários *Michaelis*²⁵ e *Lexico*²⁶. Uma ideia de hierarquia, portanto.

Embora apresentem outras definições que permitam compreender a ideia de coordenação como uma auto-organização, também os dicionários *Aulete*²⁷ e *Houaiss*²⁸ trazem conceito para coordenação a função de direção de um (ou uns) em relação a muitos.

Esse vetor da *coordenação hierárquica* não dialoga adequadamente com um conjunto de órgãos e entidades organizados sob bases distintas, integrantes de poderes e esferas da federação diversos, mas com um objetivo comum ou similar, que é o de conferir controle sobre agentes públicos, de modo a afastá-los da hipótese de corrupção.

Não é possível imaginar que um integrante do Ministério Público assuma função de *coordenar* a atuação de um integrante do Poder Executivo – como o é, por exemplo, a Controladoria Geral da União – sem que isso implique violação à autonomia e à independência

²⁵ Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/coordenar/>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

²⁶ Disponível em: <https://www.lexico.pt/coordenar/>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

²⁷ Disponível em: <http://www.aulete.com.br/coordenar>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

²⁸ Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v5-4/html/index.php#1. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

do referido poder. Ou que o faça em relação ao Tribunal de Contas da União, órgão assessor do Legislativo. Ou em relação a qualquer outro encarregado por lidar com o tema.

O mesmo se diga em caso de direção inversa: na pretensão de algum dos órgãos ou entidades em dirigir a atuação do Ministério Público, a violação à independência funcional estará claramente configurada (CF, art. 127, §1º).

Tampouco se poderá atribuir essa função coordenativa ao Poder Judiciário. Não nos parece que seja válida interpretação que confira um papel tipicamente administrativo – ainda que para articular poderes distintos – ao Poder Judiciário, uma vez que poderá ser acionado para resolver eventual problema de articulação, no exercício da função judicante prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição.

Integrando poderes distintos, parece-nos que a articulação entre esses órgãos e entidades deva ser orientada pela ideia de *harmonização*, do art. 2º, da Carta. Noções como *autocontenção*, *diálogo*, *cooperação* devem permear nossa análise.

O Direito – quer por inovações legislativas, quer por regulamentos, quer pela redação dos próprios acordos, quer por decisões judiciais ou mesmo por protocolos de cooperação entre os órgãos e entidades – deve introjetar essas noções para poder conferir um *ajuste harmonioso* (LOBEL, 2004) acerca da atuação das autoridades encarregadas pelo *enforcement* da legislação anticorrupção. Como destaca Lobel (2004, p. 324):

The European Autopoiesis school, similarly to the earlier American Legal Process school, points to this role of the law in determining competencies of the different social subsystems [...] In this framework, law ensures that subsystems are responsive to their constituents, defines jurisdictions, coordinates activities, harmonizes subsystem activities with national goals, while preserving broad subsystem independence – creating a strategic coupling between national goals and local authority. Law discerns the relative capacities of different institutions and supports self-sustaining balances in each context. In this capacity, a governance approach creates a middle ground – a space of regulated autonomy – between substantive regulation and non-regulation. Law continues to play a crucial role under the governance model, but that role differs from the regulatory model's conception of law as top-down and universal.

Esse amontoado de órgãos e entidades é um dado da realidade. Advém diretamente da Constituição e da legislação. Em movimento provavelmente catalisado por iniciativas como a ENCCLA, passou-se a construir uma articulação mais sistêmica em direção à eficiência na persecução de ilícitos. Sua característica de rede – já abordada anteriormente e esmiuçada no capítulo seguinte – emerge dessa constatação do mundo tangível.

A governança desse tipo de estrutura, que advém da constatação de uma realidade complexa, é, em si própria, recheada de complexidades e um dinamismo intenso, o que impõe severa dificuldade de gerenciamento (KLIJN, 2010, p. 317). Segundo esse autor, a literatura sugere quatro principais estratégias para lidar com a questão:

- *arranging*: this includes strategies to organize the interactions in governance networks into temporary organizational structures
- *exploring content*: exploring the varying views of different actors, the new solutions that may arise from interactions with them, and connecting the ideas of different actors
- *connecting*: securing contacts between actors, improving relations, etc.
- *process agreements*: agreements about process rules and methods of interaction between the actors.

Não se vislumbram mecanismos típicos da hierarquia, mas sim elementos como *confiança*, *estímulos*, *recompensas*, *interações*. A ideia é reforçar mecanismos para que a harmonia emergja como um dos efeitos da co-ompetição – ou da *fragmegration* já mencionada. O efeito de todas as tensões que se estabelecem entre os elementos integrantes da rede, acaso haja estímulo ao comportamento cooperativo, por exemplo, pelo fluxo de informações, redundará em equilíbrio delicado em torno de algum ponto de consenso (DIXIT, 2004). Se não atingido ainda no momento da análise, é porque as tensões ainda provocarão um deslocamento da rede até o ponto correto onde a soma de todas essas forças resultará em uma simbiose, com ganhos para todo o conjunto. O detalhamento será apresentado no capítulo que segue.

Um exemplo de organização policêntrica é oferecido por Ostrom (2010), ao retratar o sistema de proteção ambiental em nível global. Nele, não há hierarquia, mas nem por isso deixou de emergir algum tipo de ordem, cuja resultante incrementou inovação, aprendizagem, adaptação, confiabilidade, níveis de cooperação dos participantes e a obtenção de resultados

mais eficazes, equitativos e sustentáveis em várias escalas, embora nenhum arranjo institucional possa eliminar totalmente o oportunismo com relação ao fornecimento e à produção de bens coletivos.

É certo que o exemplo de Ostrom retrata a interação entre soberanias e suas respectivas estruturas de governo, em conjunto com sociedade civil e entidades empresariais. No caso das agências anticorrupção brasileiras, estamos diante de várias estruturas dentro de uma mesma soberania; mas que emergem de diferentes poderes, com diferentes estruturas e garantias, sem um centro de poder para ditar-lhes o detalhamento de como agir, já que a lei, pelos motivos adrede expostos, conferiu grande margem de discricionariedade para o aplicador final. Há complexidade, e não é pouca, tal como no exemplo citado.

E a interação com esse conjunto de organismos deve ser cuidadosa, para que as tensões inerentes às sobreposições de atribuições não explodam em indesejada fragmentação – com deletérios efeitos ao conjunto de estímulos comportamentais oferecidos ao pretendente a um acordo de leniência. A atuação dos órgãos, ainda que tomada individualmente, deve ser contextual, recobrando aos elementos individuais o seu pertencimento a um todo, o Estado (LAMY, 2014).

Como destaca Bilhim (2017, p. 1748), um descuido e a fragmentação se impõe:

Dir-se-ia mesmo que uma governança desatenta e acomodada no artificialismo de “consensos em rede” que esconde, afinal, tensões e cedências mal negociadas e mal assimiladas institucionalmente, pode ver-se confrontada com os riscos de uma fragmentação que rapidamente pode evoluir para um estágio desagregador e quase autofágico, de desconfiança interinstitucional, descredibilizador do exercício regulatório junto dos cidadãos-contribuintes-investidores porque cada vez mais ineficiente e oneroso na alocação incoerente e dispersa dos (sempre) escassos recursos afetos à (sempre) exigente regulação.

Poder-se-ia cogitar de mecanismos de busca de consensos administrativos para auxiliar na delicada tarefa de governar esse conjunto de estruturas governamentais. Um desses mecanismos, com inspiração italiana, seria a *conferência de serviços*. A doutrina aponta esse mecanismo como o mais adequado para suprir a múltipla incidência de autorizações, licenças e aprovações de determinados empreendimentos complexos (REVELLINO & MOURITSEN,

2017). Concentram-se em um único evento diversas análises pelos inúmeros órgãos que necessitam interferir no domínio econômico (RAGAZZO, 2005). Como apontou a OCDE em seu relatório sobre reforma regulatória na Itália (2007, p. 15):

Among the instruments used in the execution phases of public intervention, of particular relevance is the Conference of Services (*Conferenza di servizi*), an instrument that accelerates the procedures for authorisations, ensuring that the different competing public interests are represented by simultaneously stipulating agreements, obtaining approval and commitments from the institutional bodies involved. The decisions made with this instrument substitute for the provisions of standard procedures.

Pires *et al.* (2012) divisam três hipóteses de conferência na legislação italiana: (a) *conferenza istruttoria* (investigativa); (b) *conferenza predecisoria* (preparatória); e (c) *conferenza decisoria* (decisória), todas com função de facilitar a coordenação de atuações administrativas que requeiram excepcional conhecimento técnico jurídico, a recomendar a concentração analítica ou decisória em uma (ou poucas) etapas.

Tal método não nos é estranho, tendo sido objeto de Lei Delegada do Estado de Minas Gerais (Lei n. 180/20110), em cujo art. 5º conceituava:

§2º – A Conferência de Serviços, para os fins desta lei delegada, é a instância de decisão compartilhada de caráter interinstitucional ou intersetorial que simplifica a processualidade administrativa mediante participação concomitante de todos os agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente.

A despeito das possibilidades que se abrem mediante esse instituto – ainda pouco explorado no Brasil –, as posições apresentadas indicam que sua idealização o vocaciona como mecanismo facilitador para o processo de coordenação hierárquica, dentre os diversos órgãos que componham a estrutura de um único poder (administrativo). A ideia que fica desse instrumento é que a autoridade máxima de um dado poder determina a reunião de todos os

possíveis interferentes em determinado empreendimento para que ou decidam em conjunto ou lhe confirmem subsídios adequados para a sua melhor decisão.

Não conseguimos identificar possibilidade de uma determinação impositiva a que todos os órgãos e entidades encarregados do *enforcement* da legislação anticorrupção apresentem-se em um mesmo ambiente para deliberar sobre um acordo em concreto. Alguns, como o Tribunal de Contas da União, pela sua conformação decisória – decisão colegiada – escancaram a incompatibilidade de participação em eventos como o apresentado nos últimos parágrafos. Até mesmo a natureza das informações trocadas, cuja manutenção do sigilo é fundamental, apresenta-se como elemento de dificuldade para imaginar uma solução como tal.

Pensamos de outro modo. A ideia de entender o sistema como uma rede vai permitir encontrar o papel mais adequado de cada órgão e entidade dentro da organização como um todo, sem perder de vista a sua conformação institucional, conferida pela respectiva legislação de regência.

De Araújo (2020) indica um caminho interessante, ao descrever a iniciativa da *International Competition Network – ICN*, que buscou estabelecer um conjunto de regras não vinculantes – embora com reflexos reputacionais – visando à promoção da convergência e da cooperação entre organizações antitruste mundo afora.

Trata-se de princípios gerais que, respeitados pelos demais elementos da rede ICN, assegurarão a empresas e consumidores um desejável nível de uniformidade – não unidade – na aplicação das normas de proteção à concorrência em escala global. Em relação a outros órgãos antitruste, a observância desses princípios gerais conferirá um grau de satisfação quanto à solução adotada por uma das realidades locais e, por esse motivo, com maior chance de ser respeitada.

Algo similar – formalizado em documento ou não²⁹ – poderia auxiliar na inglória tarefa de lidar com a elevada complexidade de nossos órgãos de controle da corrupção. Esse tipo de indução à *sincronização* entre os órgãos terá por norte um comportamento mais uniforme dos elementos integrantes de um organismo maior. Sincronização é propriedade de uma rede, como veremos mais adiante. Precisamos entender a rede para avançar.

²⁹ Abordaremos esse tipo de iniciativa mais adiante no trabalho.

Neste ponto da exposição, parece ineludível formular algumas indagações: esses órgãos integram um sistema anticorrupção? E a rede? Como compreendê-la nesse contexto?

7. Um sistema em formação?

Do quanto se expôs até o presente momento, parece relevante explorar se esse conjunto de órgãos e entidades brasileiros configura um sistema de enfrentamento à corrupção, ou, melhor, um *microsistema* organizado dentro do sistema do Direito para o fim de enfrentar a corrupção.

Um dado sistema (o Direito, por exemplo), segundo a definição de Luhmann (2016), pressupõe uma organização fechada, autorreferenciada e autopoietica, em relação complexa entre os seus elementos constituintes.

A ordem é estabelecida a partir das normas próprias de funcionamento do sistema, que se comunica com outros sistemas (v.g., economia, política, educação) por intermédio de um acoplamento estrutural entre ambos. Esses outros sistemas configuram o entorno do sistema original, demarcado por uma linha divisória entre entorno e sistema, que os diferencia e permite estabelecer o limite operacional de cada um deles. Segundo Barreto (2016, p. 350):

O sistema jurídico, nessa ótica, é um sistema cuja operação está ligada à auto-observação. Em outras palavras, trata-se de um sistema que observa a diferença entre sistema e ambiente, reproduzindo-a mediante sua operação e voltando a introduzi-la no sistema com a ajuda da distinção entre sistema (auto-referência) e ambiente (hetero-referência).

A síntese dessa construção reside na necessidade de simplificação para possibilitar a compreensão daquilo que esteja do lado “de fora” do sistema, reduzindo a sua complexidade e permitindo a incorporação das observações decorrentes desse acoplamento como novos elementos do sistema original.

Ao regular temas relativos à economia, por exemplo, o Direito acopla-se a esse sistema e reproduz para si próprio a representação que os elementos da economia sensibilizam (“irritam”) em relação à estrutura do Direito. De idêntica forma, desse acoplamento, a economia, enquanto sistema também autônomo, fará suas leituras e representações próprias. Significa, pois:

[...] que os sistemas usam a si mesmos como ambiente para a construção de sistemas parciais, que constituem próprias distinções sistema/ambiente pressupondo a redução de complexidade operada pelo sistema mais compreensivo com respeito ao ambiente indeterminado. (MARONA, 2009, p. 100).

Essa abordagem permite compreender as limitações de linguagem de cada sistema (segundo sua técnica específica) e empreender ordem interna aos seus elementos constituintes com a finalidade de explicar o seu funcionamento. Bem por isso, o senso comum sobre a ideia de sistema remete à ideia de ordem, organicidade, racionalidade, coerência.

De seu turno, essa associação de sistema à ordem sugere a existência de uma hierarquia que explicita a maneira pela qual referida ordem se imporá aos demais elementos integrantes do sistema (PAGOTTO, 2010)³⁰.

Grosso modo, essa compreensão induz que a organização e a harmonia decorreriam de uma visão hierarquizada da ordem: somente diante da configuração de uma entidade encarregada de definir a atuação dos demais elementos é que se constataria a existência de um sistema propriamente dito. Para Pagotto, portanto, o Brasil se ressentiria de um *sistema nacional de combate à corrupção* justamente por faltar-lhe um órgão que articulasse o papel dos demais na referida tarefa.

A necessidade desse reconhecimento da hierarquia, no campo do Direito público brasileiro, talvez advenha da tradição encapsulada na segunda reforma administrativa, instituída pelo Decreto-lei n. 200/67, que estabeleceu regramento para a organização da administração federal, sob os “princípios³¹” de *planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle*. Referida norma, editada durante o regime militar (e, portanto, afinada com o momento histórico), organizou a administração sob forte empuxo hierárquico.

Antes de continuar na análise do questionamento sobre haver ou não um sistema nessa temática, é importante destacar que evoluímos na compreensão do fenômeno do enfrentamento

³⁰ Para o autor, a ideia de *sistema nacional de combate à corrupção* pressuporia a existência de um órgão com poder de coordenação: “Nenhuma delas possui por função articular ou organizar a ação dos diversos atores envolvidos, mesmo porque alguns são dotados de independência para decidir sua pauta de ação, tais como o Ministério Público, o Judiciário, os Tribunais de Contas e o Legislativo”.(PAGOTTO, 2010, p. 169).

³¹ Embora seja a dicção do art. 6º, do Decreto-Lei 200/67, parece-nos que não sejam propriamente princípios, mas sim diretrizes para organização da administração federal.

à corrupção³². Sem parecer preciosismo, de início, o termo por vezes empregado – *combate* – parece agregar um juízo moral incompatível com a atuação do Estado na repressão de uma realidade que é estritamente jurídica, ainda que possua sérias implicações no campo moral e também para a legitimidade de instituições do Estado. Ademais, essa realidade configura-se, em verdade, a partir de desvios que se abrem em qualquer ordenamento jurídico, caso não se verifiquem desincentivos à ocorrência dos ilícitos. A punição deve ser uma consequência da violação da norma e não uma decorrência de um desejo de sancionar quem se comportou mal.

Além disso, aquele que *combate* o faz contra um inimigo, com a finalidade de eliminá-lo. É certo que o mundo seria completamente diferente acaso não houvesse desvios, sobretudo aqueles que atentam contra a própria organização da humanidade em sociedade, como o é a corrupção. Eliminar a corrupção soaria, pois, um truísmo inalcançável no mundo real.

Deve-se, sim, controlar o ato de corrupção, punindo na forma da legislação aqueles que o praticam, mas buscando a reabilitação de quem já incidiu no ilícito e, sobretudo, prevenindo a sua (re)incidência. A corrupção não é senão uma doença crônica do poder; e, como tal, necessita ser vigiada e controlada constantemente, aplicando os remédios que se mostrem adequados a cada nova forma de manifestação.

A ideia de *combate*, portanto, acaba confundindo pecado e pecador, ato e pessoa, e estimula a que os órgãos encarregados de seu enfrentamento atuem para eliminar a ambos, com notórios prejuízos que isso acarreta ao direito de defesa de um acusado e, por que não, ao Estado de Direito.

Feita tal consideração, é de se indagar se a presença do elemento hierárquico é – ou não – fundamento para a configuração do conjunto de órgãos brasileiros anticorrupção como um *sistema*. Luhmann (2016, p. 36-37) nos ajuda a compreender que o fator hierárquico configura um elemento de diferenciação do sistema, talvez a mais racional e compreensível, mas não a única:

[...] no nível da Teoria Geral dos Sistemas Sociais, tem-se de distinguir conceitualmente entre diferenciação e hierarquização. Hierarquização seria, então, um caso particular de diferenciação. Hierarquização é um tipo de autossimplificação das

³² Ainda que na dissertação de mestrado e no livro que dela se originou tenhamos adotado a mesma terminologia (“combate à corrupção”), parece-nos que o termo não é o mais adequado. Preferiremos *enfrentamento* ou, mais preciso, *controle*.

diferenciações possíveis para o sistema. Além disso, ela facilita a observação do sistema (inclusive da análise científica). Se o observador puder pressupor uma hierarquia, ele poderá regular a nitidez de sua percepção e descrição de acordo com a quantidade de níveis hierárquicos que ele puder apreender. Mas não se pode partir do princípio de que a evolução conduza a complexidade necessariamente à forma de hierarquia. É evidente que também outras formas de diferenciação bem mais caótica encontraram possibilidades de se afirmar e sobreviver.

Já adiantamos que compreendemos a organização em rede como um critério de diferenciação entre sistema e ambiente, e que esse critério pode ser interessante para conferir ao intérprete um norte para lidar com as agências anticorrupção brasileiras.

Por tudo o quanto foi exposto até aqui, compreendemos que a inexistência de uma coordenação hierárquica entre as diversas agências que se empenham no controle da corrupção não é fator impeditivo a que possamos tratar o conjunto delas como um *sistema*, na acepção de Luhmann.

Calsamiglia (1990, p. 116), ao analisar as *reglas do jogo* da dogmática jurídica, associa a existência de um sistema jurídico à ficção do *legislador racional*, segundo a qual a admissão de uma norma no sistema jurídico passaria por uma avaliação criteriosa e organicista do legislativo, de modo a evitar contradições lógicas. Ele mesmo se adianta e, invocando Bobbio, aponta que o sistema jurídico não é um sistema lógico, uma vez que:

En un sistema lógico, si surge una contradicción quiebra el sistema, mientras que en un sistema jurídico si surge una contradicción no quiebra el sistema sino que permanece. Únicamente una de las dos normas, o las dos a la vez, perderán la validez pero eso no afecta a la validez de todo el sistema.

Qual seria a chave, portanto, admissível para compreender um sistema complexo, com sobreposições e hetero-hierárquico como aquele designado pelo Estado brasileiro para o controle da corrupção?

Prossigamos na exposição. Nosso país estruturou, consciente ou inconscientemente, o controle do Estado de forma fragmentada, prevendo mecanismos sobrepostos, órgãos com

múltiplas relações entre si, alguns internamente hierarquizados, outros não. A tabela a seguir permite identificar esses órgãos, numa visão geral:

Órgão	Função central	Tipo de controle	Campo de atuação	Autonomia	Organização interna
CGU	Controle	Interno	Federal	<i>Ad nutum</i>	Hierárquica
AGU	Representação/ aconselhamento	Interno (jurídico)	Federal	<i>Ad nutum</i>	Hierárquica com independência técnica
TCU	Controle	Externo	Federal	Vitalício/indicação política	Hierárquica
MPF	Controle	Externo	Federal/Abrangente	Vitalício/concurso	Policêntrica
PF	Investigação	Externo	Federal/Abrangente	<i>Ad nutum</i>	Hierárquica
RFB	Tributária	Tangencial ³³	Abrangente	<i>Ad nutum</i>	Hierárquica
CADE	Defesa ordem econômica	Tangencial ³⁴	Mercado	Mandato fixo	Hierárquica
CVM	Defesa do mercado	Tangencial ³⁵	Mercado	Mandato fixo	Hierárquica
BCB	Regulação financeira	Tangencial ³⁶	Mercado	<i>Ad nutum</i>	Hierárquica
COAF	Lavagem de capitais	Externo	Abrangente	<i>Ad nutum</i>	Hierárquica
CGEs	Controle	Interno	Estadual	<i>Ad nutum</i>	Hierárquica
AGEs	Representação/ aconselhamento	Interno (jurídico)	Estadual	<i>Ad nutum</i>	Hierárquica com independência técnica
TCEs	Controle	Externo	Estadual	Vitalício/indicação política	Hierárquica
MPEs	Controle	Externo	Estadual/Abrangente	Vitalício/concurso	Policêntrica
PEs	Investigação	Externo	Estadual/Abrangente	<i>Ad nutum</i>	Hierárquica

Tabela 5 – Órgãos que exercem controle da corrupção.

Nessa linha, a Controladoria Geral da União e as suas homólogas estaduais exercem o controle interno das respectivas administrações, segundo uma organização hierárquica interna. As advocacias públicas – federal e estaduais – atuam no controle interno da legalidade dos atos

³³ “Tangencial” porque a Receita Federal do Brasil, durante suas atividades de fiscalização tributária, auxilia na identificação de ilícitos de corrupção.

³⁴ “Tangencial” porque o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no exercício de suas atividades regulares, pode deparar-se com ilícitos econômicos que também o são de corrupção (p.e., Lei n. 12.529/11, art. 36, §3º, II).

³⁵ “Tangencial” porque a Comissão de Valores Mobiliários, durante o exercício de suas atividades, pode vir a identificar abusos no exercício de poderes de administração das companhias, indicativos de atos de corrupção (Lei n. 6.385/76, art. 4º, IV, “b”).

³⁶ “Tangencial” porque o Banco Central do Brasil, durante o exercício de suas atividades, pode vir a identificar irregularidades em operações financeiras, indicativas de atos de corrupção (Lei n. 13.506/19, art. 3º, I e II).

emanados pelo poder público, assim como possuem a função de representação judicial, ambos com independência técnica³⁷, apesar de hierarquicamente organizada. E assim por diante.

Para simplificar a compreensão, foi realizado um recorte de modo que todos os 27 ministérios públicos, advocacias públicas, policiais e tribunais de contas estaduais foram condensados em apenas quatro “elementos estaduais” (MPes, AGEs, PEs e TCEs). De mesma forma, representantes da sociedade civil e da mídia acabaram de fora do recorte, ainda que possuam papel de relevância no sistema, na qualidade de *watchdogs*. Por fim, optou-se por não inserir as estruturas municipais, em prol da simplificação do modelo.

A sobreposição de atuações fica mais marcante quando se analisam os legitimados para a ação de improbidade administrativa (MPs e advocacias públicas) e os responsáveis pela aplicação de penas de restrições a contratação e ou tomada de empréstimos e benefícios finais (MPs, controladorias, tribunais de contas). Essa sobreposição gera *competição* mais forte entre as agências.

É, portanto, necessário verificar se – e como – esses órgãos lidam quando se defrontam com um caso de corrupção nas suas atividades, sejam elas atividades-fim de controle da corrupção ou não. Há que se buscar um *algoritmo*, nas palavras de Ladeur (2016), para tentar identificar padrões de ordenação a essa complexidade.

Prossigamos na análise de outro estudo que buscou responder à indagação de haver – ou não – um sistema decorrente da estrutura brasileira destinada ao enfrentamento da corrupção. Pinho (2019, p. 147), ao formular indagação de natureza similar³⁸, expressamente se afasta da concepção de Luhmann. Todavia, trata a noção de sistema como expressão de unidade e ordenação entre os seus elementos integrantes:

Por esse motivo, assim, acredita-se que a hipótese aventada no trabalho confirma-se parcialmente, já que os órgãos e instrumentos administrativos parecem possuir uma unidade e coerência no que tange à esfera normativa ou do regime jurídico-administrativo. Não parece haver graves incoerências quanto aos critérios de análise propostos. Porém, não se pode afirmar a existência de um sistema administrativo de

³⁷ Provimento OAB n. 114/2006: “Art. 5.º É dever do advogado público a independência técnica, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos princípios constitucionais da administração pública”.

³⁸ O autor trata apenas do sistema administrativo de enfrentamento da corrupção.

combate à corrupção no que se refere à sua integração ou atuação coordenada, tal como preconiza o próprio art. 74, caput, da Constituição Federal.

Ou seja, ainda que focado no sistema administrativo (que possui expresso assento constitucional acerca da integração e sua articulação com controle externo), esse trabalho conclui pela falta de atuação coordenada entre esses órgãos.

Em artigo escrito em coautoria com Tojal (2017), tivemos a oportunidade de tangenciar o tema, sem, contudo, aprofundá-lo, para também destacar que a falta de articulação entre os atores encarregados da aplicação da legislação não oferece segurança jurídica necessária para sustentar um programa de leniência anticorrupção eficaz para o Estado, tampouco confiável para o colaborador.

Pretendemos realizar esse mergulho aqui. E a chave para tentar achar uma saída desse labirinto talvez seja focar menos nos órgãos propriamente ditos, e mais nas relações que estabelecem entre si. Buscar a compreensão sobre como se articulam, num primeiro momento, para enfrentar a corrupção, para somente depois ofertar alguma explicação para a forma como lidam com a possibilidade de celebração de acordos nessa temática. E, a partir dessa compreensão, sugerir recursos para a ordenação desse conjunto, seja mediante providências internas a ele (padrões, cláusulas contratuais etc.) ou não (judiciais ou legislativas).

Essa saída permitirá compreender o conjunto de órgãos – ou agências – como uma entidade maior, diversa dos seus constituintes, com características e funcionalidades próprias, como aponta Barcelos (2017, p. 15):

A adoção de uma abordagem relacional implica assumir um pressuposto ontológico sobre a realidade social: as relações entre agentes ou entidades produzem efeitos ou resultados que não podem ser reduzidos às características e/ou às ações daqueles agentes ou entidades tomados isoladamente.

Pensar no sistema com essa abordagem exige primeiro identificar as conexões entre esses órgãos, seja pela constatação de que integram o aparato estatal com finalidade similar, seja por comandos normativos expressos no sentido de os conectar. Assim, por exemplo, o

parágrafo único do art. 154, da Lei n. 8.112/90³⁹ determina que seja acionado o Ministério Público quando a sindicância administrativa identificar a ocorrência de ilícito penal.

A própria Lei Orgânica do MP (Lei Federal n. 8.625/93⁴⁰) estabelece a atribuição do *parquet* de requisitar a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível. De forma similar, a Lei Orgânica do TCU (Lei n. 8.443/92⁴¹) também o faz. De seu turno, o CADE e o MPF se interconectaram pela via de um acordo administrativo: o Memorando de Entendimentos n. 01/2016⁴². Ou seja, quer mediante comandos da legislação, quer mediante ajustes cooperativos, os órgãos acabaram se enfiando em um formato de rede.

A análise de um fenômeno social sob a abordagem de rede não é nova. Marques (1988), em trabalho na área da Ciência Política, apresenta um breve histórico sobre os possíveis usos do conceito de redes no campo das Ciências Sociais. A primeira, como metáfora, associa a rede à ideia de conexão entre entidades, indivíduos ou ideias. A segunda utilização seria pela conferência de função normativa, mediante a qual a rede determina formas de estruturação de um conjunto de unidades para atingir certos objetivos, como a organização da produção dentro de uma determinada indústria. A terceira forma “é a que diz respeito especificamente à análise de redes sociais. Trata-se de considerar as redes não apenas como metáfora da estrutura das entidades na sociedade, mas também como método para a descrição e a análise dos padrões nela presentes” (MARQUES, 1988).

Utilizar o *método para a descrição e a análise dos padrões* é o que se pretende neste capítulo. E a ideia aqui é empregar os ferramentais de outras ciências, notadamente a ciência de redes, para permitir a compreensão de fenômenos complexos e multifatoriais, desde “a *world wide web*, aos mercados financeiros, à propagação de epidemias, passando pela investigação

³⁹ Art. 154. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução. Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.

⁴⁰ Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

[...]

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

⁴¹ Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

VIII - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente;

⁴² “Cláusula 1.1: O objetivo deste Memorando de Entendimento é promover e fortalecer a coordenação institucional entre as Partes, de modo a possibilitar a implementação harmônica e consistente entre os institutos administrativos e processuais penais de colaboração nas investigações de infrações contra a ordem econômica, especialmente a coordenação institucional envolvendo Termos de Compromisso de Cessação (TCC) na seara administrativa e Acordos na seara criminal em investigações de infrações contra a ordem econômica.”

científica e o terrorismo, estes autores mostram a sociedade contemporânea ‘como uma rede social complexa’, ao mesmo tempo que demonstram a ‘pequenez do grande mundo onde vivemos’” (PORTUGAL, 2007).

A rede, portanto, será usada como hipótese diferenciadora entre sistema e ambiente, em vez da tradicional demarcação hierárquica.

Entende-se, pois, que esse método permite a compreensão de uma organização que não é baseada na hierarquia, mas na *negociação* (RHODES, 2006). Segundo esse autor, há uma dificuldade inerente ao modelo, dado que exige dos atores envolvidos fortes habilidades interpessoais, de comunicação e de escuta; uma capacidade de persuadir; prontidão para negociar e se envolver em comportamento recíproco em vez de manipulador; capacidade de construir relacionamentos de longo prazo, além, é certo, do tempo infinitamente maior do que na mera expedição de ordem por dentro do aparato burocrático.

Morand (1999), analisando a organização em rede sob a ótica do Direito das políticas públicas, destaca que ela se configura em metáfora adequada para traduzir as relações frequentemente contraditórias que se formam entre os atores, admitindo que se reconfigure infinitamente à luz das necessidades. Segundo esse autor, essa abordagem permite conciliar os modos de proceder e de agir que foram construídos na forma de oposições binárias: o pluralismo e o corporativismo, a autonormatividade e a heteronormatividade, o comando e a persuasão, o público e o privado. A rede torna possível abolir, pelo menos em parte, as grandes dicotomias, na base das quais o Direito moderno foi construído.

De forma similar, Teubner (1989, p. 76) sugere uma

compreensão processualística do direito, a qual não é baseada em valores primários tais como razoabilidade, consenso, ou veracidade, mas em valores secundários especificamente processuais, capazes de manter aberta uma variedade de alternativas, de tolerar uma variedade de opiniões dissidentes (sem alcançar um consenso), de elaborar uma variedade de jogos de linguagem mutuamente acessíveis e de assegurar a respectiva mutabilidade ‘cuito-circuitando’ discursos auto-sustentados, etc.

A rede permite que expressões por vezes divergentes, contraditórias, mantenham-se sob uma mesma organização, reconfigurando a sua posição conforme a necessidade. Para o nosso caso concreto, esse formato permite que haja adaptações para suprir eventual captura de um ou

de outro órgão de controle, ou mesmo acomodação, hipótese que seria extremamente danosa para o controle da corrupção. Nessa senda, um órgão mais atuante destoaria do acomodado e “puxaria” toda a rede em direção ao enfrentamento do ato de corrupção.

Outra abordagem do fenômeno nos é descrita por Oliveira e Schwanka (2008), baseada nos trabalhos de Manuel Castells. Segundo os autores, a formulação de “Estado em rede” possui como cenário três processos independentes, mas concomitantes: revolução da tecnologia da informação; crise econômica do capitalismo e do estatismo e a consequente reestruturação de ambos; e apogeu de movimentos sociais culturais, tais como libertarismo, direitos humanos, feminismo e ambientalismo.

Referidos fenômenos impõem a fragmentação do Estado para que possa dialogar com os diversos atores, incluindo agentes internacionais, como companhias multinacionais e órgãos multilaterais, como resultado de um processo “irreversível de soberania compartilhada na abordagem das principais questões de ordem econômica, ambiental e de segurança e [do] o entrenchamento dos Estados-Nação como os componentes básicos desse complexo emaranhado de instituições políticas”.

Consoante aponta o próprio Castells (2019, p. 554):

Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio [...] são instrumentos apropriados [...] para uma cultura de desconstrução e reconstrução contínuas.

Alcadipani & Tureta (2009, p. 5), escorados no trabalho de Bruno Latour, Law e outros, apresentam uma forma de abordagem desenvolvida para a análise da ciência social, focada na relação entre os atores e a rede, a fim de permitir compreender a forma pela qual cada ator reproduz para si próprio a imagem dos demais componentes da rede:

Uma vez que as entidades existem em redes de relações (LAW, 1992), os atores e as redes não podem ser concebidos de maneira separada. Por exemplo, todos os atributos normalmente atribuídos aos humanos (pensar, amar, agir etc.) são produzidos em redes compostas por materiais heterogêneos que vão além do corpo (LAW, 1992). Na visão da TAR, os elementos componentes de uma organização são efeitos gerados em múltiplas interações; não, algo dado na ordem das coisas. Nessa direção, as

organizações são entidades contínuas e incompletas, precárias e parciais. Analisá-las por meio da TAR é uma forma de tentar compreender por quais meios um sistema difuso e complexo, composto por humanos e não-humanos, se torna uma rede (BLOOMFIELD; VURDUBAKIS, 1999).

Miles, Snow & Miles (2000), de seu turno, agregam a visão da administração privada, ao descrever as organizações de trabalho em rede como flexíveis o suficiente para desenvolver, contratar ou redirecionar recursos, conforme necessário – na verdade, para delegar a tomada de decisão e a coordenação lateralmente e verticalmente.

Há autores, como Leslie & Spence (2020), que procuram ir além, no sentido de analisar a rede *em movimento*, ou seja, observando como as suas relações se comportam a cada evento (*Event Focused Network Analysis – EFNA*). A proposta reside em identificar três elementos constituintes da rede⁴³: atores, relacionamentos e processos, que, de seu turno, subdividem-se em:

(1) *laços ou interações entre os atores ou membros*: a simples contiguidade entre pessoas ou um nível mínimo de interação não configura uma rede. A constituição de uma rede depende da existência de laços (relações ou interações) que ligue ou conecte os atores. Identificados esses laços, há que medir a sua força (ou fraqueza) e determinar quais variáveis contribuem para os objetivos finais da rede;

(2) *tipos de atores*: os atores de uma rede podem ser do mesmo tipo organizacional ou não. A ideia de heterogeneidade é um fator de reforço aos objetivos da rede;

(3) *relações de poder entre os atores*: há dinâmica de poder entre os atores e ela necessita ser compreendida (alguns terão papel central, outros mais periférico);

(4) *tipo e estrutura da rede*: a estrutura da rede poderá ser moldada segundo diversas variáveis, incluindo os tipos de atores existentes, a posição relativa entre eles, a posição deles na própria rede, bem como a força e o número de relações entre eles. Algumas redes poderão ser mais desagregadas ou abertas, outras mais concentradas ou fechadas;

⁴³ O artigo de Leslie & Spence analisa o fenômeno de rede na formação de redes de políticas anticorrupção. Adaptamos a metodologia apresentada no artigo para o caso analisado no presente trabalho.

(5) *foco, moeda⁴⁴ e valor*: uma rede se define em termos de algum foco, usualmente enquadrado como *interesse compartilhado*. Para ser um membro ativo da rede, é necessário que haja interação, e essa interação deve ser alguma forma de contribuição ou troca (a “moeda”) da rede. Em alguns casos, isso pode ser literal – as contribuições financeiras das agências doadoras em algumas redes. Na maioria dos outros casos, é a troca de informações. O artigo assumiu que, quanto maior o valor e a credibilidade das informações, mais *status*, prestígio e poder um ator pode ter na rede. Além disso, compartilhar informações e interagir com outros atores em uma rede exige tempo, energia e recursos; portanto, o valor percebido e a credibilidade da própria rede podem ter implicações na quantia que um membro está disposto a investir na manutenção de laços na rede.

Yuan *et al.* (2017) usam a rede como ponto de partida para estudar os princípios das interações entre unidades individuais na formação de uma organização maior, um *comportamento coletivo*, que se presta a explicar, mediante algoritmo próprio, desde o mecanismo que orienta a atuação harmônica de um cardume de sardinhas até determinadas reações humanas, ambos não comandados por um centro decisório, mas baseados nas reações decorrentes das interações entre as individualidades.

Invocando o *dilema do porco-espinho* apresentado por Schopenhauer⁴⁵, os autores narram o processo de colaboração e de competição para descrever a troca de informações entre indivíduos o suficientemente necessário para atingir um consenso esperado, a emergir como que automaticamente a partir do caos. A depender da quantidade de informação que o modelo matemático possua, o algoritmo poderá inclusive antever movimentos e decisões.

Do que importa de todas essas abordagens do fenômeno, interessa ao presente trabalho a existência de atores (os nós ou elementos da rede), as relações que estabelecem entre si, incluindo o tipo e a intensidade, e, sobretudo, a capacidade de adaptação e reconformação da rede a cada atuação em concreto.

Como veremos mais adiante, essa reconformação para o caso concreto vai se agregar como mais uma força a incidir nas relações estabelecidas internamente à rede, permitindo, inclusive, que se a qualifique como organização em constante evolução (LEWIS, 2009).

⁴⁴ O artigo usa a expressão “moeda” como noção de “moeda de troca” durante as interações que ocorrem no interior de uma rede.

⁴⁵ Em um dado dia de inverno, esse dilema narra as dificuldades de um conjunto de porcos-espinho em manterem-se aquecidos pela proximidade uns dos outros. Proximidade que é paradoxalmente limitada pelos espinhos que recobrem a pele desses animais.

Nessa linha, temos os atores da rede descritos sumariamente na tabela 5, buscando qualificá-los em função de sua própria estrutura interna, seu grau de autonomia, o campo de atuação e o foco principal de atuação. Essas características permitirão localizá-los na conformação da rede.

De outra banda, a legislação de regência de cada órgão acaba delimitando o foco e o campo de sua atuação, que redundam em sobreposição direta de competências, sobreposição parcial nas franjas ou ausência de sobreposição. Buscamos identificar a forma pela qual as agências anticorrupção estabelecem, entre si, diversos tipos de relação, segundo a tabela abaixo:

Tipo de relação	Descrição
Cooperação	Mandamento de atuação harmônica das instituições do Estado
Competição forte	Sobreposição de competências
Competição	Intersecção de competências/sobreposição parcial
Competição fraca	Sem relação direta de sobreposição de competências
Controle	Exercício de atividades de controle/supervisão por uma entidade sobre outra
Representação	Exercício da atividade de representação de um poder perante outro

Tabela 6 – Tipos de relação estabelecidas entre os órgãos de controle.

Consoante já assinalado, na hipótese de sobreposição de funções anticorrupção, as agências – agora sob um enfoque de “multiplicidade institucional” (PRADO *et al.*, 2015) – acabam por fortalecer o resultado de suas ações, em razão da competição e da colaboração que complementam uma à outra ou suprem as suas deficiências. Acrescem-se a esse quadro a maleabilidade institucional que se revela importante para identificar e perseguir novas formas do ilícito.

Um exemplo concreto desse fortalecimento pode ser verificado no Estado do Rio de Janeiro, onde um ex-governador condenado por diversos crimes na esfera federal afirmou ter-se blindado da atuação de autoridades estaduais mediante uma narrativa típica de cooptação⁴⁶.

⁴⁶ Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cabral-diz-ter-feito-acordos-com-dois-ex-procuradores-de-justica-do-rio/>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

Até onde tal afirmação se sustentará em fatos e processos judiciais, não se pode ter certeza no presente momento, em que não vieram à tona decisões definitivas, mas a sua admissão demonstra ser uma possibilidade verossímil. De toda forma, o sistema organizado em rede permitiu ao Ministério Público Federal que assumisse a frente das investigações e destravasse a blindagem, demonstrando a adaptabilidade desse modelo.

Como se esses órgãos atuassem como anticorpos de um organismo atacado por um vírus ou uma bactéria: importa que o agressor passe a ser assediado pelo maior número possível de anticorpos para que seja impedido de prosseguir a invasão, imobilizado e, posteriormente, eliminado pelo sistema imunológico. Por óbvio que a atuação de um sistema governado pelo direito não admitirá *assédio*, tampouco *eliminação*, mas a ideia é que haja diversas sentinelas interconectadas, competindo entre si pela eficiência de primeiro descobrir o ilícito, e, ato contínuo, exercitem suas competências para impedir a continuidade da prática, ao mesmo tempo em que sancionam o infrator e, sobretudo, mandam uma forte mensagem à sociedade com desestímulo à conduta similar.

A sobreposição de funções acaba também por acarretar sobreposição de relações. Assim, além da incidência de relação cooperação/competição (“co-ompetição”), há outras relações existentes, como a de controle (p.e., a exercida pelo MP sobre a polícia) e a de representação, detida pelas advocacias públicas.

Além disso, procuramos caracterizar a hipótese de competição em três graus distintos, dada a possibilidade de sobreposição de competências, intersecção de competências (ou sobreposição parcial) e inexistência de sobreposição de competências.

Como visto, a teoria de redes trabalha com a ideia de “relações” entre os elementos que compõem uma rede. Essas relações adquirem consistência ou configuração distinta conforme as relações de poder verificadas num dado momento, segundo grau de intensidade variáveis.

Assim, para possibilitar a continuidade da análise – e reconfigurar cumulação de relação em tipos diferentes –, procuramos constatar as possíveis combinações de relações entre os órgãos e as entidades encarregados de controle da corrupção no Brasil:

Tipo de cumulação	Descrição
1	Cooperação + Competição fraca
2	Cooperação + Competição
3	Cooperação + Competição fraca + Representação
4	Cooperação + Competição forte + Controle
5	Cooperação + Competição fraca + Controle
6	Cooperação + Competição + Controle
7	Cooperação + Competição + Controle + Representação
8	Cooperação + Competição forte + Controle + Representação

Tabela 7 – Cumulação de relações entre órgãos de controle.

Destaque-se o papel das polícias (PF – Polícia Federal; e PEs – Polícias Estaduais). Elas possuem a atribuição de investigação de atividades criminosas, mas não impõem sanção. O produto final de seu trabalho é submetido ao respectivo Ministério Público para a adoção de medidas como a apresentação de denúncia, a promoção de arquivamento ou a sugestão de novas investigações. Sua relação parece mais restrita aos respectivos Ministérios Públicos, embora possam receber provocação de quaisquer órgãos do sistema. Em tese, a relação seria mais propriamente de controle (MP sobre polícia) e de cooperação (polícia com MP). Não se descarta, todavia, a possibilidade de uma competição entre ambos, por exemplo, na discussão entre a possibilidade de entabular acordos de colaboração, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade n. 5.508.

Cruzando-se a tabela 5 com as tabelas 6 e 7, logramos obter uma gama possível de ligações jurídicas entre os órgãos encarregados do controle da corrupção, resumidamente na tabela 8:

Ordem	Agência	Agência	Tipo de Cumulação	Ordem	Agência	Agência	Tipo de Cumulação	Ordem	Agência	Agência	Tipo de Cumulação
1	CGU	AGU	7	35	TCU	CGEs	1	69	CADE	CVM	1
2	CGU	TCU	4	36	TCU	AGEs	1	70	CADE	BCB	1
3	CGU	MPF	4	37	TCU	TCEs	1	71	CADE	COAF	1
4	CGU	PF	6	38	TCU	MPEs	1	72	CADE	CGEs	2
5	CGU	RFB	1	39	TCU	PEs	1	73	CADE	AGEs	2
6	CGU	CADE	6	40	MPF	PF	6	74	CADE	TCEs	2
7	CGU	CVM	6	41	MPF	CADE	4	75	CADE	MPEs	2
8	CGU	BCB	6	42	MPF	CVM	5	76	CADE	PEs	2
9	CGU	COAF	6	43	MPF	BCB	4	77	CVM	BCB	1
10	CGU	CGEs	1	44	MPF	COAF	6	78	CVM	COAF	1
11	CGU	AGEs	1	45	MPF	CGEs	1	79	CVM	CGEs	1
12	CGU	TCEs	1	46	MPF	AGEs	1	80	CVM	TCEs	1
13	CGU	MPEs	1	47	MPF	TCEs	1	81	CVM	MPEs	1
14	CGU	PEs	1	48	MPF	MPEs	1	82	CVM	PEs	1
15	AGU	TCU	8	49	MPF	PEs	1	83	BCB	COAF	6
16	AGU	MPF	4	50	PF	RFB	1	84	BCB	CGEs	1
17	AGU	PF	2	51	PF	CADE	1	85	BCB	AGEs	1
18	AGU	RFB	3	52	PF	CVM	1	86	BCB	TCEs	1
19	AGU	CADE	3	53	PF	BCB	1	87	BCB	MPEs	1
20	AGU	CVM	3	54	PF	COAF	1	88	BCB	PEs	1
21	AGU	BCB	3	55	PF	CGEs	1	89	COAF	CGEs	1
22	AGU	COAF	3	56	PF	AGEs	1	90	COAF	AGEs	1
23	AGU	CGEs	1	57	PF	TCEs	1	91	COAF	TCEs	1
24	AGU	AGEs	1	58	PF	MPEs	1	92	COAF	MPEs	2
25	AGU	TCEs	1	59	PF	PEs	1	93	COAF	PEs	2
26	AGU	MPEs	1	60	RFB	CADE	1	94	CGEs	AGEs	7
27	AGU	PEs	1	61	RFB	CVM	1	95	CGEs	TCEs	4
28	TCU	MPF	4	62	RFB	BCB	1	96	CGEs	MPEs	4
29	TCU	PF	6	63	RFB	COAF	1	97	CGEs	PEs	5
30	TCU	RFB	5	64	RFB	CGEs	1	98	AGEs	TCEs	8
31	TCU	CADE	6	65	RFB	AGEs	1	99	AGEs	MPEs	4
32	TCU	CVM	5	66	RFB	TCEs	1	100	AGEs	PEs	2
33	TCU	BCB	5	67	RFB	MPEs	1	101	MPEs	PEs	6
34	TCU	COAF	5	68	RFB	PEs	1				

Tabela 8 – Tabela de ligações entre órgãos e entidade de controle.

Portanto, os 15 órgãos e entidades identificados como encarregados de controle da corrupção resultam em mais de uma centena de ligações jurídicas entre eles, materializando diversas relações cumuladas (conforme tabela 7), dentre as quais estão sempre presentes as relações de *competição* e *cooperação*.

Exemplificando, a relação *CGU* → *AGU* apresenta o *tipo de cumulação 7*. Isso significa que nessa cumulação há relações de *cooperação*, *competição*, *controle* e *representação* (cf. tabela 7). **Cooperação** porque ambos os órgãos atuam em nome da União. Porque possuem atribuições próximas no controle da corrupção, há, entre elas, **competição**. O **controle** se estabelece de forma bidirecional: a AGU controla a legalidade dos atos da CGU, ao tempo em que a CGU controla a atuação da AGU, na qualidade de controle interno. Por fim, a **representação** ocorre sempre que houver necessidade de atuação judicial, dada a exclusividade da AGU em atuar em nome da União.

Assim, se a tabela 5 apresenta os elementos (“nós”) que integram esse sistema, a tabela 8 apresenta as relações, ou as “arestas”. Essas informações podem ser plotadas num *software*⁴⁷ que produz a visualização gráfica da rede:

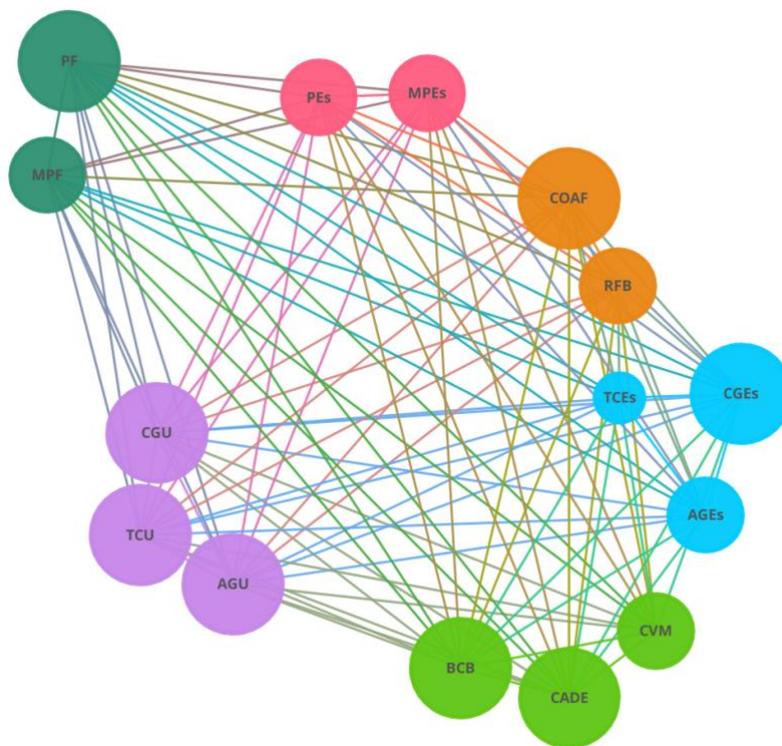


Figura 5 – Imagem da rede multiagências de enfrentamento da corrupção.

⁴⁷ Utilizamos o Gephi, versão número 0.9.2 201709242018.

A partir da figura desenvolvida pelo *software*, procuramos simplificar a ilustração no diagrama abaixo, de modo a visualizar mais facilmente as múltiplas interações jurídicas que ocorrem entre as agências anticorrupção. A rede, portanto, apresentar-se-ia assim:

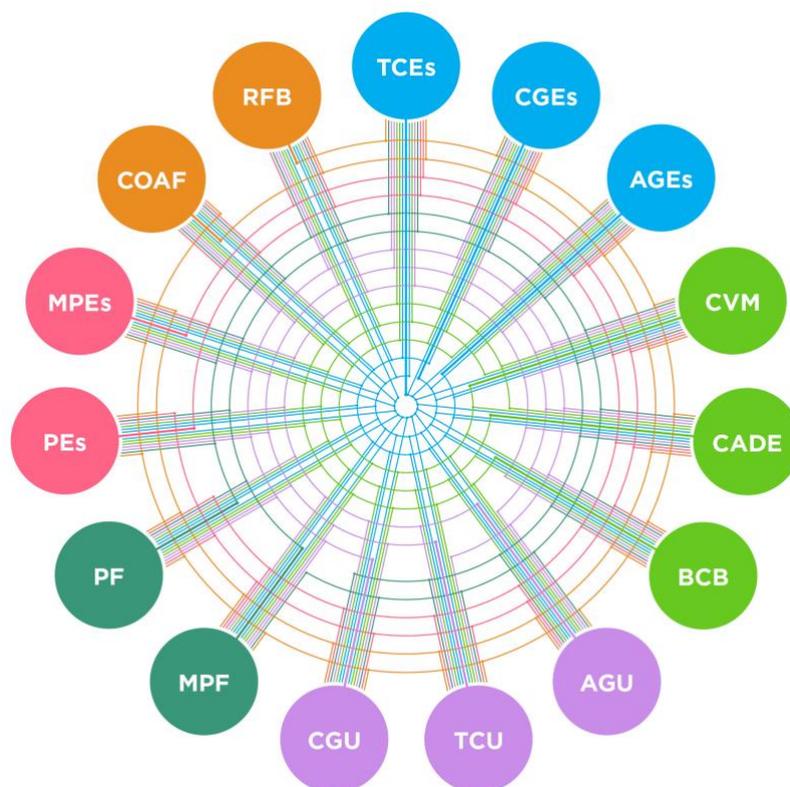


Figura 6 – Imagem reorganizada da rede multiagências de enfrentamento da corrupção.

Como destaca Barabási (2014), a construção e a estruturação desse tipo de gráfico de rede são a chave para compreender os sistemas complexos que nos cercam. Pequenas alterações em sua conformação, afetando apenas alguns nós ou ligações, podem expor novos caminhos e possibilidades para entender melhor o fenômeno.

Além dessas relações jurídicas, há outras que se formam, como confiabilidade, reputação, respeito a precedentes, e isso vai amadurecendo o sistema e permitindo a previsibilidade, em algum grau, acerca da atuação futura de seus componentes e do próprio organismo como um todo. Embora o precedente configure uma sinalização importante, não há uma condicionante que imponha resultado similar, dada a fluidez do modelo.

O enfrentamento – ou o controle – da corrupção passa a ser analisado não individualmente pelos órgãos que integram a rede, mas sim pela sua integralidade, um somatório de diversas unidades, cada qual com a função de identificar, investigar e sancionar o ilícito, competindo com os demais pela eficiência de sair na frente da disputa, e cooperando para que seus pares exerçam sua atribuição correspondente. Um somatório que é maior que o conjunto de seus elementos constituintes, individualmente tomados.

A figura 6 ilustra bem como seria o *organismo* de enfrentamento à corrupção no Brasil. Uma forma flexível, articulável, que se altera constantemente, assim como se alteram as características e os estratagemas de quem viola as regras de defesa da moralidade. Como destaca Barcelos (2017, p. 15):

Nessa rede [uma configuração social], muitos fios isolados ligam-se uns aos outros. No entanto, nem a totalidade da rede nem a forma assumida por cada um de seus fios podem ser compreendidas em termos de um único fio, ou mesmo de todos eles, isoladamente considerados; a rede só é compreensível em termos da maneira como eles se ligam, de sua relação recíproca. Essa ligação origina um sistema de tensões para o qual cada fio isolado concorre, cada um de maneira um pouco diferente, conforme seu lugar e função na totalidade da rede. A forma do fio individual se modifica quando se alteram a tensão e a estrutura da rede inteira. No entanto, essa rede nada é além de uma ligação de fios individuais; e, no interior do todo, cada fio continua a constituir uma unidade em si; tem uma posição e uma forma singulares dentro dele.

Apresentada a rede de controle da corrupção, inclusive graficamente, passa a ser importante entender a contribuição que a teoria específica dessa forma de análise de um fenômeno pode trazer ao estudo. Lewis (2009), em sua teoria, traz ao menos oito características de uma rede que permitem compreendê-la: (a) estrutura; (b) dinamismo; (c) evolução de baixo para cima; (d) autonomia; (e) topologia; (f) poder; (g) estabilidade e (h) emergência.

Sobre *estrutura*, o autor esclarece que as redes não são uma coleção aleatória de nós e relações, elas possuem uma *forma*, o que sugere que o funcionamento da rede segue essa estrutura, de modo que muitos fenômenos do mundo real comportam-se do jeito que se comportam por causa da estrutura de suas redes.

Quanto ao *dinamismo*, o autor destaca que a teoria de redes se preocupa com o comportamento das redes ao longo do tempo. O comportamento dinâmico é quase sempre o resultado de uma série de pequenos passos evolucionários até um ponto fixo do sistema. A internet, muitos sistemas biológicos, alguns sistemas físicos e a maioria dos sistemas sociais são redes em fase de crescimento e/ou em modificação. Para entender esses sistemas, é fundamental que se compreenda esse processo evolutivo, pois analisar uma fase estática da rede não é suficiente para compreendê-la.

A ideia de rede como a apresentada é anti-hierárquica⁴⁸. Uma rede *evolui de baixo para cima*. Mesmo que haja uma estrutura inicial organizada a partir de uma lógica premeditada, a rede acaba se desenvolvendo como uma consequência de seu próprio dinamismo.

A *autonomia* da rede decorre do acaso. Sua estrutura se forma a partir da ação autônoma e espontânea dos seus elementos integrantes, que estabelecem suas relações voluntariamente.

A *topologia* ou arquitetura da rede é uma propriedade que emerge ao longo do tempo como consequência da distribuição – muitas vezes sutil – das forças ou dos comportamentos autônomos de seus elementos constituintes. Assim, a topologia é uma consequência das forças darwinianas que conformam a própria rede.

Já o *poder* está relacionado diretamente à capacidade que cada um de seus elementos possui de estabelecer relações, quer pela quantidade, quer pela força. Poder é um princípio orgânico sutil, mas importante para as redes, também classificado como influência, sinal de força ou taxa de infecção.

Quanto à *estabilidade*, uma rede é considerada estável se a taxa de modificação no estado de seus nós, ou nas relações, ou na sua topologia diminuem com o transcurso do tempo ou são limitadas por oscilações limitadas por limites finitos. Como exemplos, Lewis cita o batimento regular e rítmico do coração de um animal, que é controlado por uma rede estável de nervos; a perda de potência de uma usina, que se estabiliza pela comutação para uma outra fonte de energia; ou a perda de um colega de trabalho, que ocasiona a realocação de responsabilidade sem falha organizacional.

⁴⁸ Há redes hierárquicas na estrutura de governança pública brasileira, como o Sistema Único de Saúde, redes de educação, segurança pública.

A característica de *emergência* de uma rede implica sua capacidade de multiplicar sua modificação até um novo estágio estável, isto é, a capacidade de se reorganizar em um novo patamar, ou adaptando-se a uma nova necessidade.

Há diversos tipos de rede, conforme a sua topologia: randômicas (aleatórias) e k -regulares (onde k é o número de links entre os elementos). Entre elas, há dois tipos bastante importantes, as redes *small-world* e as *scale-free* (como a *world wide web*). Para o nosso estudo, importam os modelos k -regulares e as tipo *small-world*, como veremos a seguir.

Uma rede k -regular, como mencionado, decorre da quantidade estável de links entre seus elementos constituintes. Como vimos anteriormente nas figuras 5 e 6, cada nó da rede de controle da corrupção possui ligações recíprocas como todos os demais nós. É certo que as intensidades dessas relações variam segundo a cumulação de tipos de relações estabelecidas (tabela 7). Mas as ligações possuem um número constante ($k = 14$).

As redes do tipo *small-world* são explicadas pelo experimento de Milgram (LEWIS, 2009), realizado no Kansas e em Nebraska, onde voluntários foram chamados a encaminhar uma carta para destinatários desconhecidos que vivessem em Cambridge e em Boston. Sem conhecer os destinatários, os voluntários encaminharam a carta para um conhecido mais próximo dos destinatários que deles mesmos. Muitas cartas se perderam, mas as que chegaram aos seus alvos passaram por uma cadeia entre 2 a 10 intermediários, numa média de 5,2. A ideia de *small word* decorre da constatação que apenas 6 graus separaram dois conjuntos de desconhecidos. Em suma, pela proposta *small world* (ou *six degree*), acaso forem tomados dois indivíduos aleatoriamente no globo terrestre, será possível identificar um caminho de no máximo seis conhecidos entre eles.

Outro conceito fundamental para a continuidade do raciocínio é a *sincronização* ou o *consenso*. Uma explicação do fenômeno da sincronização foi apresentada por Strogatz (2003). Ele propôs um modelo para estudar a possibilidade de um conjunto de uma determinada espécie de grilo⁴⁹ sincronizar, isto é, chilrearem ao mesmo tempo e silenciarem ao mesmo tempo. Essa sincronização ocorrerá se houver um ciclo na rede cujo comprimento seja um número ímpar ou, ao menos, um dos autores (o grilo dominante) seja fixado. A adição de um *ciclo triangular*⁵⁰ seria suficiente para garantir a sincronização.

⁴⁹ Entendendo que os animais se encontram organizados sob a forma de rede do tipo *small-world*.

⁵⁰ Uma espécie de “atalho” na rede; visualmente, formam-se efetivamente triângulos entre alguns dos nós da rede.

Segundo Lewis (2009), o estudo da sincronização da rede é o estudo de sua *estabilidade*. Uma rede estabiliza-se quando todos os seus elementos marcham juntos em sincronia ou estabelecem um mesmo valor.

Essa digressão sobre a teoria de rede traz relevantes aportes para o estudo do nosso sistema anticorrupção. Na fase pré-leniência, isto é, antes da Lei Anticorrupção, a *sincronização* da rede não era um fator de fundamental importância para o funcionamento do sistema: ainda que pudesse redundar em ineficiência, cada elemento da rede poderia alternar entre agir ou manter-se inerte.

Quando o Direito brasileiro passa a admitir a possibilidade de leniência, a questão da sincronização sobressai, justamente porque a inserção dessa forma de solução não primou pela preocupação com os efeitos do acordo com um dos elementos em relação aos demais integrantes da rede. Os nós da rede, agora, passam a alternar entre ação⁵¹, inércia ou acordo.

Note-se que *sincronizar*, no presente caso, ou redundaria numa adesão dos demais nós ao acordo de leniência, ou na repetição do acordo em tantos quantos atores (os chamados “acordos-espelho”), ou mesmo por se estender os efeitos jurídicos uniformes a todos os demais elementos da rede. Mesmo para as agências que não possuem autorização explícita para a solução negocial, o artigo 26 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro contém um *permissivo genérico* (PALMA, 2010; ONOFRE, 2007), que supre eventual lacuna.

Continuando, como aponta LEWIS, *sincronização* é uma propriedade de resposta rápida das redes *small-world*, como decorrência do *efeito small-world* (isto é, por conta de sua topologia, estabelecem comunidades de elementos mais próximos, em menor tempo, além de caminhos mais céleres de informação; daí, a sincronização mais fácil). E como tratar de sincronização em uma rede sem esse tipo de característica (conquanto seja possível que ela sincronize)?

Uma solução possível, pensando com as ferramentas da teoria de rede, reside na indução desse efeito de *small-world* na rede *k*-regular, como aponta Lewis, pela modificação de alguns dos links da rede, alterando-os. A topologia da rede se reconfigura para passar a sincronizar mais facilmente.

A via para a realização dessa indução, no caso analisado, operaria mediante diversos mecanismos. Desde o estabelecimento de padrões aceitáveis que devam constar em um acordo

⁵¹ Isto é, identificar, investigar, processar e punir um infrator.

até mesmo decisões judiciais acerca deles, passando por eventuais modificações legislativas ou regulamentares.

Acerca dos *padrões aceitáveis*, entende-se que não há necessidade – ou mesmo viabilidade – para que inúmeras instituições se sentem à mesa com o infrator arrependido. Mas há justa expectativa de que suas preocupações venham refletidas no texto do acordo final: desde o endereçamento de determinadas questões tributárias até critérios para cálculo objetivo de ressarcimento de danos, todos esses pontos podem ser mais bem trabalhados pelas instituições em caráter geral, estabelecendo os limites de atuação de um ambiente negocial.

Como mencionado antes, De Araújo (2020) apresentou a lógica organizacional da *International Competition Network*, segundo o estabelecimento de padrões mínimos para conferir, se não homogeneidade, uma linha de atuação que satisfaça, ainda que minimamente, os integrantes da rede. Hipótese similar poderia ser internalizada pela rede brasileira anticorrupção.

Quanto à atuação judicial, entende-se deva ser cirúrgica, neutralizando uma ou outra relação da tabela 8, mas não toda a ligação jurídica. Como aponta Lewis, há vulnerabilidade para a rede se forem atacados os links mais “carregados” (para o nosso modelo, aqueles que acumulam mais relações). No caso estudado, seriam aqueles de tipo 8 (Cooperação + Competição forte + Controle + Representação – aparece na relação *TCU* → *AGU*). Derrubar, em um caso concreto, toda a ligação, pode representar um abalo para a rede como um todo, com prejuízo para o papel central desse sistema: o controle da corrupção. As decisões judiciais, assim como as demais iniciativas, devem atuar para induzir consenso, utilizando a estratégia de funcionamento da própria rede.

Nessa linha, um exemplo seria suprimir a relação de controle do TCU sobre a CGU, quando se tratar da celebração de acordo de leniência. Ao mesmo tempo, condicionar o acesso do Tribunal de Contas às provas produzidas acaso formalize compromisso de não as utilizar em desfavor da empresa leniente.

Essa preocupação é importante porque não basta que os nós da rede sincronizem (ou sejam anulados judicialmente, caso discordem da solução negociada) na posição de celebrar o acordo de leniência. Como veremos a seguir nos acordos em espécie, dado que esse tipo de acordo é também meio de produção de prova, a manutenção de um consenso ao longo do tempo é fundamental para que seja mantida a cadeia de custódia para que essa prova seja utilizada pelos demais nós da rede, obviamente, em relação a terceiros.

Assim, mesmo em um modelo que é formado pela legislação – portanto com baixa discricionariedade em participar ou não da rede – a ausência de sincronia, ou mesmo uma sincronia forçada por atuação judicial descuidada, pode significar um alto grau de conflito, que resultará em insegurança jurídica, portanto desestímulo severo ao programa de leniência.

Essa governação do fenômeno, obedecendo às características próprias da rede, deve ser respeitada pelos atores que interagem com o sistema, ainda que por intermédio de ação judicial, inovação legislativa ou regulamentar, ou ainda em protocolos de atuação conjunta.

Barabási (2009) nos esclarece que o interesse na ciência de redes explodiu na primeira década deste século XXI, por conta da descoberta de que, apesar da enorme diversidade de sistemas complexos, a estrutura e a evolução das redes por detrás desses sistemas obedecem a um conjunto comum de princípios e regras fundamentais. Estejamos tratando de Biologia, Física, Computação ou mesmo Ciências Sociais, uma vez desconsideradas as características próprias dos componentes e suas ligações, as redes remanescentes são muito mais similares que diferentes entre si. Com o Direito não pode ser diferente, sob pena de ver a rede se desfazer – fragmentar –, com notórios prejuízos às finalidades para as quais ela se estabeleceu.

A despeito das vantagens dessa abordagem para compreensão do fenômeno, há críticas que emergem da fragmentação decorrente do arranjo em rede. Notadamente, como veremos nos acordos em espécie, há dispositivos que asseguram a necessidade de cooperação da empresa leniente com outros órgãos que acabam sem obrigação explícita de respeitar o quanto pactuado. Consoante destaca Rhodes (2006, p. 24), em tema ao qual voltaremos adiante:

[...] that fragmentation, marketization and the resulting networks create ‘new forms of the problem of many hands’ (Bovens 1998, 229). For example, Hogwood, Judge and McVicar (2000) show that agencies and special purpose bodies have multiple constituencies, each of which seeks to hold them to account. There is no system, just disparate, overlapping demands. In a network, the constituent organizations may hold the relevant officials and politicians to account but to whom is the set of organizations accountable[...]

Weakened accountability is not the only consequence of networks. The spread of networks also undermines coordination. Despite strong pressures for more coordination, the practice is “modest”. It is “largely negative, based on persistent compartmentalisation, mutual avoidance and friction reduction between powerful bureaus or ministries”; “anchored at the lower levels of the state machine and

organised by specific established networks”; “rarely strategic, so almost all attempts to create proactive strategic capacity for long-term planning [...] have failed”; and intermittent and selective in any one sector, improvised late in the policy process, politicised, issue-oriented and reactive (Wright and Hayward 2000, 33). And that it is before we introduce networks into the equation.

Além do *problema de muitas mãos* e da dificuldade de coordenação e planejamento, Arantes & Moreira (2019, p. 98) ainda destacam que as tensões entre os componentes da rede seriam estratégias de fortalecimento corporativo de determinadas carreiras dentro do Estado:

[...] a experiência brasileira sugere que a proliferação de instituições de controle e de promoção do acesso à justiça diz respeito mais às ambições de grupos e carreiras estruturadas dentro do próprio Estado, que fazem do discurso da defesa de direitos e da fiscalização do poder público e da classe política uma bandeira de seu próprio desenvolvimento institucional. O resultado geral dessa dinâmica peculiar tem sido antes a pluralização de órgãos no interior do próprio Estado do que a consolidação de um sistema de *accountability* coerente, que o adensamento da representação política ou a equalização de direitos.

A teoria de rede permite compreender o funcionamento do sistema anticorrupção brasileiro, identificar suas dificuldades, apontar caminhos objetivando estabilizar e sincronizar a atuação de seus elementos. Numa forma ainda mais avançada, pode auxiliar na montagem de estratégias de negociação, por parte do interessado em chegar a um acordo com as autoridades (YUAN *et al.*, 2017). Como aponta Lewis (2009, p. 347):

The applications of this theory to social network are obvious – we can predict the probable outcome of negotiation among members of a social group, and the influence of one or more actors in a complex system. Conversely, we can estimate the conditions under which a complex system will never reach a nonzero consensus. In either case, we can also determine which actor has the most power, and which actor or actors are blocking progress toward consensus.

Após toda a exposição, retomamos a indagação inicial: o Brasil dispõe de um sistema de enfrentamento à corrupção, ou, melhor, de um *microsistema* organizado dentro do sistema do Direito para o fim de enfrentar a corrupção?

Respondemos afirmativamente à questão. Trata-se, todavia, de um sistema *em rede policêntrica* ou *hetero-hierárquica*, cujas características obedecem a uma teoria geral, antes mesmo das regras jurídicas, regra geral essa que necessita ser respeitada por quem interaja com o sistema, quer na qualidade de pretendente a colaborador, quer como um agente externo – o Judiciário ou o Legislativo – caso seja chamado a resolver questões decorrentes dos inúmeros conflitos que traz a inovação do acordo de leniência nessa temática.

Como mencionado antes, Luhmann aponta que a diferenciação hierárquica é uma das formas de autossimplificação do sistema, mas não a única. Tomando-se um sistema organizado hierarquicamente, uma regra jurídica que viesse a contrariar a ideia de hierarquia⁵² entraria em conflito severo com o sistema a ponto de desorganizá-lo, ou seria dele excluída.

A ideia é a mesma com uma rede policêntrica ou hetero-hierárquica: as regras jurídicas, quer na forma de nova legislação, quer de sua regulamentação, quer pela via judicial ou mesmo contratual, devem obedecer a padronização da rede, conferida pela sua teoria geral apresentada anteriormente.

Ademais, como as relações jurídicas que se estabelecem entre os componentes da rede são bidirecionais, de modo a potencialmente fluir a informação por todo o organismo, os efeitos de um acordo com um dos elementos dessa rede necessariamente precisam irradiar-se por todo o conjunto. Essa visão é mais uma contribuição da abordagem para o estudo desse tema.

Reafirmando: a organização sob o formato de rede pode ser compreendida como o padrão de diferenciação entre sistema e ambiente, para os fins da teoria luhminiana. O desrespeito a esse padrão de diferenciação pode desorganizar a rede e, por conseguinte, fragmentar o próprio sistema.

⁵² Por exemplo, impondo que a base da organização expedisse ordens de comando ao seu topo.

7.1. Primeiras iniciativas de transação em matéria anticorrupção

A solução consensual em matéria anticorrupção surgiu inicialmente em casos criminais, mediante acordos de colaboração premiada, atualmente regulada pela Lei n. 12.850/13, mas cuja existência já era admitida desde a década de 1980. Definitivamente, a partir de 2013, esse mecanismo entrou no imaginário coletivo como a medida a ser buscada na investigação penal (antes mesmo da instrução e da própria decisão final), talvez por colocar uma resposta rápida à divulgação de um caso de corrupção.

Como já analisado, trata-se de instituto que despertou muitas críticas, sobretudo ao argumento dos que o veem como um instrumento antiético e incapaz de apartar o Estado do criminoso, medida indispensável para legitimar a punição.

Afora tal ordem de apontamentos, outra crítica que se pode apontar à utilização do instituto, sobretudo se na fase investigatória, é a violação à cláusula da *nulla poena sine iudicio*, que Cintra, Grinover e Dinamarco (2000) sustentam ser a validade mesma da punição criminal. Segundo os autores, “ao cabo de uma longa evolução, chegou-se à absoluta proibição da aplicação de qualquer pena sem prévia realização de um processo para, ao final, concluir, porém, que algumas legislações admitem a sujeição dos acusados ao apenamento sem a mediação processual. Nessa linha de raciocínio, seria impossível a autotutela pela composição entre acusador e acusado, portanto, ilegítima a colaboração premiada.

De outra banda, como exposto no capítulo 4.2., seus defensores elencam uma série de argumentos favoráveis, sobretudo na economia de esforços da investigação, pela barganha com acusado que, de alguma forma, já se prestaria a entregar ou indicar elementos de prova contra os demais integrantes da organização criminosa. Com um incentivo de redução da pena, ficaria mais fácil de obter a mudança de mentalidade do criminoso.

Além, decerto, da celeridade na definição da situação jurídica, sobretudo quando a situação envolve atividade empresarial que busca sobreviver à investigação criminal. Um processo penal consome muito tempo no judiciário até sua finalização; esse tempo pode não ser compatível com a estratégia empresarial – às vezes pode ser mais adequado concentrar todo o dano em um curto espaço de tempo do que passar anos enfrentando o desgaste de ver executivos ou colaboradores respondendo a processos.

Consoante o histórico de Dipp (2015), retro mencionado, a ideia de colaboração se aplica a crimes cometidos em conjunto com outros agentes, e os benefícios assegurados pela

legislação buscam auferir, para o órgão acusador, elementos que permitam voltar a investigação para coautores e partícipes; trata-se, portanto, de instrumento voltado a desbaratar organizações criminosas, a partir da ideia de que o Estado pode conferir benefícios ao acusado em contrapartida a um bem maior: o desmantelamento da própria organização, rompendo a fungibilidade na substituição de um ou outro membro que caia na investigação criminal ou venha a ser formalmente denunciado.

O conceito de colaboração premiada pode ser extraído diretamente da vigente Lei n. 12.850/13, que, no art. 4º, estabelece a possibilidade de *perdão judicial*, *substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos* ou mesmo *reduzir em até dois terços a restrição à liberdade* daquele que colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e com o *processo criminal* (ou, melhor, da *instrução*), e que resulte num dos seguintes eventos: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Portanto, o prêmio que o Estado acusador oferta ao possível colaborador é vinculado à desestruturação da organização, seja pela identificação dos demais colaboradores, seja pela desnudação da própria ordem interna (estrutura de comando), como viés repressivo da colaboração. Caso o colaborador aponte elementos que permitam ao Estado evitar a prática de novos crimes, na hipótese do art. III, do art. 4º, transparece a intenção preventiva do instituto. Por fim, se a colaboração permitir a recuperação do produto do crime ou a localização de vítima, demonstra-se a preocupação reparadora do legislador.

Nota-se que a legislação veda a concessão do benefício maior – a ausência de denúncia, ou *imunidade penal* – quando o indivíduo que perseguiu-lo for o chefe da organização criminosa, como dispõe o inciso I, do §4º. Essa liderança não é meramente *técnica*. Como nos ensina Batista (2008, p. 106-107), é preciso que o elemento exerça efetivamente posição de comando:

Sem sombra de dúvida, o organizador é co-autor, ainda que não tenha qualquer envolvimento pessoal na execução do delito.

Sua co-autoria está fundada no domínio funcional do fato, e subsiste se e enquanto detiver esse domínio. Não provém da simples circunstância de organizar a engenharia

do empreendimento delituoso; se tal função fosse cometida a um “técnico” a soldo do *Bandenchef*, o “técnico” não seria co-autor, à mingua do domínio de fato. É a qualidade de liderança na empresa criminosa, de chefia (poder) sobre os demais que introduz o domínio funcional do fato.

Outrossim, caso o colaborador seja efetivamente o primeiro a se apresentar à autoridade, não sendo, como visto, o chefe da organização, poderá usufruir da *imunidade*.

A colaboração, pela legislação, pode se dar em qualquer fase processual, inclusive posteriormente à sentença, autorizando a redução de pena já aplicada ou progressão de regime, ainda que não estiverem presentes os requisitos necessários. Será, processualmente falando, um incidente preliminar, caso ocorra ainda na fase de investigação, ou incidental, na hipótese de colaboração na pendência de processo criminal.

Nesse conspecto, Bittar (2011, p. 5; p. 69) afirma:

Feitas estas considerações pode-se dizer que a delação premiada, na forma como foi introduzida em nossa legislação, é um instituto de Direito Penal que garante ao investigado indiciado, acusado, ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação).

[...]

E não poderia ser diferente, pois de uma forma geral, o que se busca com a delação premiada é uma ajuda nas investigações criminais, seja recuperando o produto do crime, seja identificando os demais participantes do delito, sempre se fundamentando predominantemente em interesses criminais.

Em arremate: a colaboração premiada pode ser descrita como um acordo entre Estado e acusado (ou investigado), com vistas a reprimir o ilícito, reparar o dano causado ou prevenir a ocorrência de novos crimes, conforme o alcance da colaboração, em contrapartida da obtenção de benefícios em relação à pena, podendo se estender, inclusive, a uma imunidade penal do colaborador, caso não seja o líder da organização e tenha sido o primeiro a se apresentar para esse acordo.

Definido o conceito de colaboração, parece-nos interessante verificar a classificação do instituto como fonte de prova ou meio de prova. O art. 1º e o art. 3º-A, da Lei n. 12.850/13, definem o instituto como *meio de obtenção de prova*, isto é, como um instrumento a ser

utilizado pela acusação para a obtenção de *provas* em desfavor de outros integrantes da organização criminosa.

O tema pode trazer algum desconforto para o intérprete, uma vez que o conceito de *prova* não é unívoco, como atesta Tourinho Filho (2010, p. 232), mencionando outro doutrinador:

Com acerto, diz Germano Marques da Silva: o termo “prova” é utilizado em tríplice significado: a) prova como *atividade probatória*: ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção do Juiz sobre a existência ou inexistência de determinada situação factual; b) prova como *resultado*: a convicção do Juiz formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação de fato; c) prova como *meio*: o instrumento probatório para formar aquela convicção.

Mais adiante, conclui:

Fonte de prova: Entende-se por fonte de prova tudo quanto possa ministrar indicações úteis cujas comprovações sejam necessárias. Assim, a denúncia, embora não seja elemento ou meio de prova, é fonte desta, uma vez que contém indicações úteis, exigindo comprovação.

Meios de prova: É tudo quanto possa intervir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunhas, documentos, perícias, etc.

Elementos de prova: Como tais se entendem, na lição de Mazini, todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção do Juiz. (p. 235)

Ao nosso sentir, a colaboração premiada possui natureza de *fonte de prova*, como mencionado por Tourinho Filho, no que respeita aos demais integrantes da organização criminosa. Isto porque a mera declaração do colaborador não possui o condão de amparar a condenação, na forma do §16, do art. 4º, da Lei n. 12.850/13, exigindo, pois, que o órgão acusador busque outros elementos para sustentar sua tese em desfavor dos demais réus.

Portanto, à luz dos demais integrantes da organização criminosa, a colaboração premiada deve ser analisada como um caminho para a obtenção de provas. É a lição de Bittar (2011, p. 188):

Levando em consideração esses conceitos e a jurisprudência já firmada no sentido de que só a alegação de um corrêu não pode firmar um juízo condenatório, como se verá mais detalhadamente, pode-se afirmar que a delação é fonte de prova.

De outra banda, embora não esteja explícito na lei o termo *confissão*, da leitura dos §§ 10 e 14, do art. 4º, deduz-se que o colaborador, pela sua obrigação de falar a verdade e prestar toda a assistência para a obtenção de provas, produz, em seu desfavor, *prova* consistente na *confissão* de sua participação nos atos imputados. O mesmo Bittar (2011, p. 171) assevera:

Como foi visto, considera-se a confissão do colaborador um pressuposto da delação premiada. E, assim se deduz por um raciocínio lógico: se um réu está disposto a pleitear redução ou liberação da pena é porque está admitindo sua culpa, pois quem nega os fatos pleiteia absolvição.

O instituto da colaboração, em nossa visão, pode ser considerado como meio de prova, se tomado em relação ao próprio colaborador, e como fonte de prova, quando analisado à luz dos demais integrantes da organização, eis que, em desfavor destes, o colaborador auxiliará a investigação (ou a instrução) na localização e obtenção de outros meios de prova.

Colocadas algumas premissas básicas sobre o instituto, a colaboração premiada possui, sem sombra de dúvida, uma natureza contratual entre o acusado ou investigado e a autoridade policial ou o Ministério Público.

Com efeito, como há uma barganha entre o acusador e o acusado – que deixam de exercer seus papéis fundamentais no processo: acusar e defender –, há a necessidade de uma negociação sobre as bases da negociação, de forma a permitir, pelo lado do Estado, averiguar se a oferta atende a algum dos incisos do art. 4º da lei (além, decerto, de se tratar de matéria desconhecida no bojo da investigação), e, pelo lado do acusado, que tipo de benefício pode vir a ser obtido ao final da cooperação.

O acusado deverá apresentar elementos de que sua colaboração poderá vir a se demonstrar efetiva; ele precisará negociar as possíveis provas de que disponha para discutir com a autoridade policial e, ou com o Ministério Público, a fim de pleitear as vantagens que a lei oferece em contrapartida. De outra banda, as autoridades balancearão os elementos que lhe são ofertados em cotejo com os elementos colhidos durante a investigação, para verificar a sua

equivalência e, portanto, a viabilidade de um acordo que deverá ser reduzido a termo, conforme determina o §7º, do art. 4º, da Lei n. 12.850/13. Destaque-se que a presença da defesa técnica, durante toda a fase de discussão, contratualização e a colaboração propriamente dita é requisito indispensável para sua validade.

Alcançada a consensualidade sobre os termos da colaboração, há a necessidade de *contratualizá-lo*, elemento que permitirá o efetivo controle pelo Poder Judiciário, por ocasião da avaliação de suas condições para homologação, bem como para servir de garantia ao acusado e ao acusador sobre o que exatamente foi objeto de negociação, qual o nível de colaboração esperada e ofertada, para, ao final, se permitir a aplicação de eventual sancionamento à luz do comportamento do indivíduo ao longo do processo.

Ademais, o acordo documentado permite que terceiros – precisamente os que vierem a ser acusados ou implicados na investigação – tenham conhecimento sobre a legalidade dos seus termos e, por consequência, das provas que vierem a ser obtidas a partir da colaboração. Essa apreensão dos termos do acordo em um contrato escrito é o que possibilitará o efetivo controle, pelos coautores, da prova produzida com espeque na cooperação, prestigiando, sob sua ótica, o princípio da ampla defesa, com todos os consectários legais.

Requisito indispensável à concretização da cooperação é a voluntariedade do acusado ou investigado. Trata-se de imposição genérica a qualquer forma de acordo, que impõe a manifestação de vontade isenta de vícios do ato jurídico (*v.g.*, arts. 138 e sgs do Código Civil). Abrem-se parênteses para discutir o requisito da voluntariedade à luz da coação – natural, por sinal – decorrente do processo penal no enalço do candidato a colaborador. Até que ponto a expressão da vontade daquele que se encontra sob a ameaça de uma acusação, ou até mesmo preso preventivamente, pode ser considerada livre e isenta de qualquer grau de coação?

Em primeiro lugar, parece que o vício do ato jurídico, *in casu*, a coação, deve provir de um fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou aos seus bens. Sem dúvida, responder a um processo penal trará esse fundado temor, eis que o acusado estará sujeito a limitações severas em sua liberdade e à perda de seus bens, como efeito acessório da pena (art. 91, II, CP).

Entrementes, em segundo lugar, esse temor deve partir de um ato ilegal. O próprio Código Civil afasta a caracterização de coação do exercício normal de direito, entre particulares, como hipótese de vício a macular a validade do ato jurídico: “Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial”.

Razão maior de não se considerar ilegal, pois, a hipótese do exercício dessa coação pela própria autoridade pública encarregada do exercício da tarefa de acusar e acompanhar os atos processuais até a decisão final.

Todavia, indagação que deve ser considerada na avaliação da voluntariedade decorre da possibilidade de vir a ser declarada ilegal eventual prisão preventiva a que submetida o acusado, se a sua colaboração se materializar na constância dessa restrição à sua liberdade. Será que pode ser considerada legítima expressão da vontade, apartada de qualquer vício na sua formação, se a prisão vier a ser considerada abusiva por autoridade judiciária de instância superior? Parece-nos que uma declaração de ilegalidade pode vir a contaminar a colaboração, justamente por interferir severamente na liberdade do indivíduo de formar sua convicção.

Tampouco parece-nos válido impor qualquer restrição ao indivíduo somente para obter sua colaboração; se a limitação a qualquer direito individual não decorrer do exercício e desenvolvimento normal e regular da investigação ou do processo penal, mas apenas visar inculcar o temor ao possível colaborador, a voluntariedade não estará presente e seu acordo poderá vir a ser declarado nulo. Como consequência dessa nulidade, as provas que decorrerem de colaboração viciada também podem ser consideradas ilícitas, pela expressa incidência do art. 5º, LVI, da Constituição, arguição que pode ser apresentada, inclusive, por terceiro estranho ao acordo.

Aliás, sobre esse ponto – e também sobre o instituto do *plea bargain* que foi rechaçado pelo Congresso brasileiro –, é bastante conhecida a crítica ao sistema norte-americano, que impõe a colaboração como resultado preferencial de uma acusação criminal. Além de um odioso recorte racial (MIZEL, 2018), o sistema baseado em uma eficiência a qualquer custo acaba por implicar na pressão a que réus inocentes se declarem culpados apenas para fugir aos custos (financeiros e reputacionais) de um processo, com perda de confiabilidade ampla no sistema de justiça (GILCHRIST, 2011). Como apontam Fabretti & Vellozo (2019, p. 49-50):

As críticas ao instituto da “*plea bargain*” são muitas, sendo possível destacar: a ausência do devido processo legal; o excesso de discricionariedade ao Órgão Acusador; a ausência de um efetivo “acordo” entre as partes, já que o acusado sempre estará em situação de desvantagem em relação ao Estado; a ignorância em relação às críticas elaboradas pela Criminologia Crítica, especialmente em relação à seletividade racial e classista do Sistema de Justiça Criminal etc.

[...]

Um dos resultados mais claros e problemáticos em relação a esse instituto tem sido o processo de encarceramento em massa que transformou os Estados Unidos no país com o maior número de prisioneiros no mundo.

Um sistema como esse necessita de bastante critério na sua utilização, além de rigoroso acompanhamento das estruturas de controle funcional para coibir abusos.

Voltando à exposição, é importante destacar que a autoridade judicial não participa das negociações quanto à colaboração, para preservar sua imparcialidade, evitando que tome contato com elementos que podem não vir a integrar os autos, acaso frustradas as tratativas, ou, mesmo, que se contamine com a versão do candidato a colaborador antes de qualquer formalização do acordo. Ademais, como se trata de meio de obtenção de prova, como diz a própria lei, não é recomendável que a autoridade judicial se envolva nessa etapa investigativa, sob pena de se comprometer com uma linha de raciocínio.

Como cláusula essencial desse acordo, tem-se a garantia de efetiva colaboração, assegurada pela obrigação de falar sempre a verdade e renúncia ao direito ao silêncio, que pode ser traduzida, sinteticamente, como uma *confissão* por parte do colaborador. Ademais, outras cláusulas parecem-nos indispensáveis para a conformação da colaboração: (i) a definição de um escopo; (ii) o âmbito da colaboração; (iii) o detalhamento das medidas concretas que o colaborador deverá cumprir (suas obrigações); (iv) a condição suspensiva da homologação judicial, cuja implementação dará início à fase executiva do acordo; (v) eventual obrigação pecuniária, de reparação, por parte do colaborador; (vi) a proposta de benefício, por parte do órgão acusador.

A lei admite a retratação dos termos do acordo, vale dizer, o seu desfazimento, limitando-se a impossibilitar a utilização de provas autoincriminatórias produzidas no âmbito da colaboração. Em princípio, provas produzidas em desfavor de terceiros remanesceriam passíveis de uso.

Na hipótese de descumprimento das obrigações acordadas, por parte do colaborador, ocorrerá o rompimento do compromisso quanto à oferta de benefícios sancionatórios, cujas consequências serão analisadas pela autoridade judicial, no momento da sentença.

Outras cláusulas especiais podem ser inseridas, acaso haja justificativa de segurança e, ou preservação da intimidade do colaborador e de sua família, como disposto no art. 5º da lei:

Art. 5º São direitos do colaborador:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Esse acordo, portanto, pode ser caracterizado como uma espécie de contrato entre o acusado e o Estado, mediante o qual serão estabelecidas as obrigações do colaborador e as propostas do órgão de acusação, com vistas ao atingimento de um (ou mais) dos fins previstos na lei (repressão, reparação ou prevenção), sob a condição suspensiva da homologação judicial.

Como se verifica dos artigos 4º a 7º, na redação original da Lei n. 12.850/13, conquanto haja linhas gerais para a entabulação do acordo de colaboração premiada, permanecem grandes margens para a discricionariedade na definição de seus termos. É justo mencionar que legislação anterior (Lei n. 9.034/95) era bem mais lacônica sobre o detalhamento da colaboração, dedicando um singelo parágrafo para o assunto.

A reforma promovida em 2019, pelo denominado Pacote Anticrime, veio a reduzir a margem de discricionariedade desses acordos, fortalecendo o controle judicial. Todavia, por retirar a possibilidade de uma pactuação mais concreta entre acusado e autoridade, parece ter-se inserido um fator de desestímulo à solução consensual, ante a incerteza decorrente.

Ainda que diminuída pela reforma, a discricionariedade da autoridade policial e/ou do Ministério Público existe e precisa ser, de alguma forma, controlada, a fim de evitar a ocorrência de nulidades que podem vir a comprometer todo o esforço de colaboração e investigação dela decorrente.

Nessa linha de raciocínio, a autoridade judicial, de forma equidistante, será chamada a homologar os termos do acordo de colaboração – não a colaboração do indivíduo em si, que será objeto de apreciação contraditória ao longo da instrução processual – se encontram-se presentes todos os pressupostos legais, se o contrato prevê as cláusulas essenciais e outras que recomendariam o interesse público. Mais além: se não se verifica qualquer nulidade capaz de

macular todo o ajuste celebrado, podendo afastar a incidência daquelas incompatíveis com a legislação.

Em caso recente, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal negou homologação de determinadas cláusulas de acordo de colaboração premiada por suprirem a possibilidade de questionamento de determinados pressupostos processuais de ordem pública, como a plenitude do acesso à jurisdição:

Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da Cláusula 12, segunda parte, da Cláusula 15, g e da Cláusula 17, parte final, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito constitucional de acesso à justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição. Fica, portanto, excluída da homologação, que ora se formaliza, qualquer interpretação das cláusulas acima indicadas que possa resultar em limitação ao direito fundamental de acesso à Jurisdição. (STF, PET 5209).

Ademais, como qualquer decisão judicial, a homologação do acordo está sujeita a questionamento – sobretudo se parcial, mediante recurso aviado pelas partes que o celebraram – ou *habeas corpus*, na hipótese de interferência no direito de terceiros, objeto de possíveis provas produzidas a partir da colaboração. Nesse sentido, Dipp (2015, p. 30) afirma:

Recorde-se também que o ato de homologação, conquanto em princípio meramente formal, como todo ato judicial que de alguma forma produz efeitos jurídicos poderá ser submetido a discussão em recurso cabível tanto nas instâncias ordinárias quanto na via excepcional, e, embora não se sujeite, nesta última via, à apreciação do conteúdo, pode ser examinada pela racionalidade e relação lógica entre relato e resultados, entre condições e colaboração, pois todos esses aspectos podem refletir-se na fixação da pena e, assim, submeter-se ao exame via de *habeas-corpus* a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

A função da homologação pelo Judiciário, portanto, possui o condão de eliminar possíveis excessos que venham a ser cometidos pelo órgão acusador ou pela autoridade policial,

durante a celebração do ato, ou, de outra banda, até mesmo para hipótese de acordo com quem não possua aptidão legal para pleiteá-lo ou obter seus benefícios.

Outro efeito dessa homologação pode ser compreendido como uma certa mitigação do desrespeito à cláusula da *nulla poena sine iudicio*, na medida em que o Poder Judiciário, de uma forma equidistante para respeitar seu papel, também participa da celebração, ainda que *a posteriori*, com o ato de homologar ou não seus termos.

7.1.1. Cláusulas exorbitantes em acordos de colaboração premiada

Junto com essas primeiras iniciativas de celebração de colaboração premiada em casos envolvendo corrupção, dada a sobreposição sancionatória entre lei criminal e lei de improbidade administrativa, surgiu a hipótese de inserção de cláusulas exorbitantes em acordo de colaboração que preveem a extensão dos efeitos consensuais a ações de improbidade.

Com efeito, estabelecida a colaboração no âmbito criminal, a depender da natureza do injusto, pode haver a incidência de outras leis, com o objetivo de reprimir o ato ilícito em outras instâncias e com sanções diversas das previstas pela lei criminal. É a noção da *pluralidade institucional e normativa*, já esmiuçada, que acaba por impor esse tipo de situação.

Ocorre que, como já mencionado, o colaborador, dentre suas obrigações, renunciou seu direito ao silêncio e comprometeu-se com a verdade em todas as suas declarações, consoante explícito em clausulado genérico de acordos de colaboração (*vide*, por exemplo, acordo celebrado com Paulo Roberto Costa, anexo 1 deste trabalho):

Cláusula 15. Para que do acordo derivem benefícios, ainda, o colaborador se obriga, sem malícia ou reservas mentais, e imediatamente, a:

a) falar a verdade, incondicionalmente e sob compromisso, em todas as investigações inclusive nos inquéritos policiais, inquéritos civis e ações cíveis e processos administrativos disciplinares e tributários - e ações penais, em que doravante venha a ser chamado a depor na condição de testemunha ou interrogado, nos limites deste acordo;

[...]

c) cooperar sempre que solicitado, mediante comparecimento pessoal a qualquer das sedes do MPF, da Polícia Federal ou da Receita Federal, para analisar documentos e provas, reconhecer pessoas, prestar depoimentos e auxiliar peritos na análise pericial; [...]

Sendo assim, na qualidade de *confessor*, viu-se sujeito a ser confrontado com suas declarações em instâncias outras que não a penal, sem as garantias e os benefícios negociados e discutidos durante o processo colaboracional. Trata-se de risco elevado, sobretudo se considerado que algumas penas da Lei de Improbidade Administrativa são tão ou mais graves que o apenamento criminal.

Nessa linha, um dos primeiros desenvolvimentos do instituto residiu na possibilidade de celebração de acordos de colaboração com caráter misto, mediante a inserção de cláusulas que estendam o regime de benefícios para outras esferas de apuração, como forma de harmonizar todo o sistema punitivo estatal, de um lado, e, por outro, eliminar possíveis entraves na utilização do instituto para determinados tipos de crimes, *v.g.*, os contra a administração pública. Trata-se de clara medida tendente a *sincronizar* os elementos da rede.

No acordo de colaboração premiada de Durval Barbosa, no âmbito da chamada Operação Caixa de Pandora (íntegra no anexo 2 desta tese), restou pactuado:

A anuência do Ministério Público aos benefícios legais pretendidos pelo Colaborador será materializada, caso a caso, em manifestação administrativa e/ou judicial, requerendo ou concordando com a concessão desses benefícios, inclusive em sede de razões ou contrarrazões recursais, em cada um dos feitos administrativos ou judiciais que envolvam o Colaborador.

Ainda que de forma não tão explícita, pactuou-se a extensão da proteção negociada para instância criminal para outros regimes sancionatórios (“feitos administrativos ou judiciais que envolvam”), buscando conferir unicidade à resposta estatal ao acordo celebrado.

Destarte, a admissão de cláusulas exorbitantes no acordo de colaboração – como as que imponham seus efeitos para outras searas – buscaram nada mais do que garantir a máxima eficácia desse sistema de consensualidade que a legislação passou a admitir primeiro no âmbito criminal, de forma curiosa, dado o maior grau de indisponibilidade inerente a essa instância.

Nota-se que esse regime de cláusulas exorbitantes acabou consolidado como orientação das 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Orientação n. 01/2018):

35. O acordo pode prever efeitos cíveis, no âmbito de atribuição do MPF, que devem ser homologados pela competente Câmara de Coordenação e Revisão, observado o princípio do promotor natural. Os efeitos cíveis poderão consistir, dentre outros, em:

- a) antecipação da reparação dos danos causados à vítima, ainda que parcial;
- b) compromisso de não propor ações civis públicas de reparação, da lei anticorrupção ou qualquer outra ação com pedido condenatório;
- c) compromisso de suspender o trâmite processual ou a execução das sentenças condenatórias obtidas em ações de improbidade administrativa, a partir do cumprimento e satisfação dos termos do acordo.
- d) estipulação de cumprimento voluntário de penalidades previstas na lei de improbidade administrativa ou na lei anticorrupção.

Cuidou-se de evidente tentativa de sincronizar as instâncias sancionatórias, mas, à época, ainda vigia a vedação à transação em temas sujeitos à ação de improbidade administrativa. Esse tema encontra-se sob apreciação do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral (Tema n. 1043).

7.1.2. O problema da vedação à transação na redação original da Lei de Improbidade

A despeito da revogação da redação original do art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/92, que taxativamente vedava qualquer possibilidade de transação, é importante contextualizar o momento em que celebrados os primeiros ajustes tendentes a conferir efeitos consensuais em matéria de improbidade administrativa.

A doutrina mais tradicional sobre a temática era firme nesse sentido, inclusive negando a possibilidade de acordo em inquérito civil, como se vê em Pazzaglini, Rosa e Fazzio (2000, p. 170):

É possível promover a transação em inquérito civil instaurado para apuração de ato de improbidade administrativa lesivo ao erário (art. 10 da Lei Federal nº 8429/92), com esteio no art. 5º e 6º, da Lei Federal nº 7.347/85? A resposta é negativa.

Mais adiante, esses mesmos autores concluem, explicitando a motivação para considerar a proibição – justamente a indisponibilidade do interesse público:

A proibição é lógica, à medida que tais formas de composição pressupõem disponibilidade do interesse controvertido, do próprio direito material. Ora, o Ministério Público não tem disponibilidade sobre o patrimônio Público ou sobre a moralidade administrativa. (p. 212)

Conquanto se trate de posicionamento doutrinário anterior à Lei n. 12.850/13, quando escrito esse texto já vigiam leis penais que admitiam a transação.

Com fundamento nesse posicionamento, decisões judiciais acabaram negando validade aos efeitos da colaboração na seara da improbidade administrativa, inclusive afastando os efeitos da cláusula acima transcrita, no âmbito de uma das ações de improbidade que decorreram da Operação Caixa de Pandora:

Não há como aplicar, analogicamente, os benefícios da delação premiada e do perdão judicial nos casos de ações nas quais se debatem a existência de atos de improbidade administrativa, eis que se tratam de institutos específicos da esfera penal. A indisponibilidade do patrimônio público e do interesse público primário obstam a aplicação, em sede de ação de improbidade administrativa, do “perdão judicial” decorrente de celebração de Acordo de Delação Premiada. (TJDFT, APC 2011.0110453902).

Todavia, influenciada pela crescente *consensualidade* no Direito em geral, e no Direito Administrativo em particular, a corrente de pensamento começou a ganhar corpo para admitir a utilização do instrumento também em questões envolvendo improbidade administrativa. Faria (2015, n.p), então integrante do Ministério Público do Estado de São Paulo, e atualmente desembargador do Tribunal de Justiça do mesmo estado, asseverou:

Vigora hoje na lei de improbidade o princípio da proporcionalidade na fixação da pena. Assim, o art. 12, *caput*, reza que: “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:...” (*Caput* com redação determinada pela Lei 12.120/2009).

Ora, quem colabora de maneira importante com a investigação deve ter a pena diminuída, atenuada, ou até mesmo ser aplicado o perdão judicial, de acordo com a participação no ato de improbidade administrativa. A colaboração de agente público subordinado que muitas vezes atua a mando de superior hierárquico deve ser considerada pelo operador do direito, de maneira a estabelecer-se claramente sanção menor ou o perdão judicial que se pretende conceder ao colaborador.

Bem por isso, alguns precedentes emergiram quanto à admissão de cláusulas exorbitantes em colaboração premiada, no sentido de estender os seus efeitos a ações de improbidade administrativa, como se colhe na sentença proferida em uma das ações decorrentes da Operação Sanguessuga, que restou mantida em grau de recurso, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

Afinal, deve-se levar em conta a medida da sanção e a sua finalidade de proteção do bem jurídico. O Estado abdicará de punir integralmente um dos infratores, aceitando premiá-lo, em troca de informações que auxiliarão na elucidação do fato. E a finalidade de qualquer processo é descobrir a verdade dos fatos para que o juiz possa aplicar a decisão mais justa no caso concreto.

Assim, a utilização da delação premiada, para fixação de sanção mínima, redução ou até afastamento de algumas das sanções, além de poder contribuir com as investigações e a instrução processual, mostra-se princípio de equidade e de igualdade jurídica, já que, em diversas outras situações legais, a renúncia ao direito

constitucional de manter-se em silêncio converte-se em benefícios, com redução expressiva da sanção imposta. (5ª VF Vitória, autos n. 2006.50.01.009819-5).

A extensão dos efeitos da colaboração para ações de improbidade administrativa não era matéria pacífica, sobretudo porque precisava ser superada expressa previsão legal em sentido contrário. Entretanto, mediante uma interpretação sistemática do ordenamento em matéria sancionatória, e, sobretudo, dos interesses em jogo – já assumida uma posição cooperativa pela legislação criminal –, indicou ser o norte a possibilitar a existência de cláusulas exorbitantes no acordo de colaboração premiada em tal sentido.

No âmbito do Ministério Público Federal, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, responsável por temas relacionados ao patrimônio público, saiu na frente das discussões, admitindo a inserção de cláusulas exorbitantes em acordos de colaboração premiada, e colocando seu beneplácito, como se colhe no seguinte exemplo:

Considerando, além da fundamentação legal apontada no expediente supra citado e nos Termos de Colaboração Premiada, que as disposições da nova Lei 12.846, de 2013, compõem um microsistema sancionatório estabelecendo o acordo de leniência como ferramenta extrajudicial no campo da responsabilização de índole civil, na linha do que já prevê a Lei 12.850, de agosto de 2013, na esfera penal, e considerando, ainda, a legitimidade do Ministério Público para celebrar termos de ajustamento de conduta, nos termos do artigo 5º, §6º, da Lei 7.347, de 1985, a Câmara resolve homologar, no campo da improbidade administrativa, os acordos de colaboração premiada encaminhados por meio do Ofício nº 3823/2015 – PRPR/FT, firmados com
*****.

Em São Paulo, o Ministério Público Estadual logrou construir alternativa à vedação, pela utilização da Lei n. 13.140/2015, conforme será abordado no item 7.4.1.

Estava dado o primeiro passo a que acordos fossem celebrados diretamente com as pessoas jurídicas cujos dirigentes encontravam-se envolvidos em caso de corrupção.

7.2. O advento da Lei Anticorrupção e o pioneirismo do Ministério Público Federal

A Lei Anticorrupção veio a conferir um importante mecanismo para suplantiar a vedação da Lei de Improbidade: a autorização para celebração do acordo de leniência, como adrede assinalado.

Nessa senda, a partir da vigência da Lei 12.846/2013, em 29 de janeiro de 2014, o sistema jurídico brasileiro passou a contar com uma autorização explícita para resolver casos de corrupção de maneira consensual.

Todavia, a lei reclamava uma regulamentação sobre alguns aspectos de sua aplicação, sobretudo para avaliação dos programas de integridade, os quais, entretanto, não se configuravam impeditivos, em nossa avaliação, para a vigência imediata das regras. Isto porque poderia haver um cotejo com experiência estrangeira, doutrina e a própria razoabilidade a fim de suprir essa regulamentação.

Não foi essa a compreensão do Poder Executivo, que acabou por aguardar a regulamentação que somente veio a lume quase nove meses depois do início da vigência da lei e 18 meses depois de sua promulgação.

Ao mesmo tempo em que se configurava a inércia regulamentar, seguidos acordos de colaboração com pessoas físicas no âmbito da Operação Lava-Jato começaram a pressionar por uma solução consensual que abarcasse as pessoas jurídicas, dado que esses indivíduos ou eram acionistas das companhias, ou seus dirigentes contratados. E os fatos revelados possuíam íntima relação com a sua atuação à frente das entidades.

A solução invocada foi criar uma regra de interpretação para, considerando a derrogação⁵³ do então art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/92, permitir que o Ministério Público Federal, como colegitimado para a ação de improbidade, pudesse entabular um acordo que compusesse o sancionamento, contrapartida probatória e melhorias no ambiente de integridade.

O então ministro-chefe da Controladoria Geral da União, Jorge Hage, em artigo doutrinário sobre a Lei Anticorrupção, chegou a aventar a hipótese ora retratada, admitindo a possibilidade de discussões multipartes com as diversas instâncias sancionatórias em decorrência do mesmo ato ilícito:

⁵³ Como será retratado no tópico seguinte.

No mínimo, dada a nítida tendência no processo penal e nos regimes administrativos sancionadores de se privilegiar cada vez mais a aplicação consensual e negociada das penalidades (paradoxalmente proibida no art. 17, §1º, da Lei de improbidade), vislumbra-se a perfeita possibilidade jurídica de se instaurarem “leniências” tripartites ou pluripartites: nada obsta que a empresa acusada encete negociações simultâneas e conjuntas com dois ou mais órgãos persecutores, por um ato lesivo que seja tipificado como ilícito em mais de um regime e, desde que os requisitos da “leniência” de cada regime estejam perfeitos de acordo com os respectivos aplicadores. (registre-se que aqui se utiliza o termo “leniência” entre aspas, atribuindo-lhe caráter genérico, independente do *nomen juris* específico adotado em cada regime punitivo. (HAGE, 2014, p. 52)

Utilizando tal compreensão, o Ministério Público Federal lançou-se à celebração de acordos de leniência, tendo por inspiração os arts. 16 e 17 da Lei Anticorrupção, mas também outros regimes premiais⁵⁴, e entabulou seguidos ajustes com empresas cujos acionistas ou dirigentes encontravam-se enredados em atos ilícitos envolvendo corrupção.

Esses acordos não são os tipificados na Lei n. 12.648/13, cuja atribuição é da Controladoria Geral da União, no plano federal. De toda forma, colhem amparo nos dispositivos da referida lei e objetivam imunizar a ação judicial de que o Ministério Público é legitimado.

Conquanto expedida alguns anos depois dos primeiros acordos, a Nota Técnica n. 001/2017 da 5ª CCR/PGR/MPF é bastante elucidativa neste ponto:

Como a própria LAC permite que uma das sanções judicialmente aplicáveis possa ser negociada no acordo de leniência, mister concluir que a Lei mesma reconhece, ainda que indiretamente em seu texto, que o instituto premial seja utilizado também pelo Ministério Público, colegitimado autônomo para tal sanção nos termos do art. 19 da LAC. Para além, imperioso ainda observar que, igualmente, a LAC, em seu art. 20, confere ao Ministério Público legitimidade exclusiva para, na via judicial, propugnar pela aplicação das sanções do seu art. 60, no caso de omissão das autoridades administrativas competentes, o que reforça a interpretação idônea (sob o crivo da razoabilidade e proporcionalidade) de ser o Ministério Público também legitimado para firmar o acordo de leniência. O mesmo se aplica para afirmar a indispensabilidade da participação do Ministério Público em qualquer acordo, porque

⁵⁴ Colaboração premiada, acordo de leniência antitruste, Convenções de Mérida e de Palermo.

isto decorre do sistema da própria LAC, em reforço ao previsto no *microsistema anticorrupção*.

Mais recentemente, a mesma 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF expediu nova orientação, em consonância com a anterior, reafirmando a consensualidade como um dos métodos de atuação do Ministério Público Federal, envolvendo ilícitos de corrupção:

As justificativas para a instituição de um programa estatal que concede tais benefícios em sede de acordo são, pelo menos, 7 (sete): a detecção de práticas ilícitas; a obtenção de provas; a eficiência e a efetividade investigativa; a cessação da infração; a sanção dos demais infratores; a reparação e o ressarcimento dos danos; e a dissuasão de práticas ilícitas futuras. (NOTA TÉCNICA 01/2020, 5ª CCR/PGR/MPF).

Entretanto, consoante mencionado, esse sistema se estruturou sob as bases de uma vedação legislativa expressa – hoje não mais em vigor – mas que exigiu esforço interpretativo que acabou não acompanhado de maneira unânime.

Com efeito, houve resistências em aceitar esse tipo de solução enquanto vigia a vedação da Lei de Improbidade. Como veremos no tópico 7.4., essas resistências acabaram incentivando buscas por alternativas.

7.2.1. Compreensão de um microsistema de Direito anticorrupção como pressuposto à derrogação do art. 17, §1º da Lei de Improbidade

Já foi mencionado que a Lei de Improbidade previa uma vedação à transação – decorrente da compreensão de indisponibilidade do patrimônio público e do poder sancionador do Estado, quando identificado um ilícito.

Trata-se de compreensões tradicionais do Direito público e do sancionador (incluindo o criminal), que se alinhavam à noção de um Estado repressivo/liberal, portanto provedor de direito repressivo/restitutivo, segundo o quadro de Morand (1999) mencionado páginas atrás.

Essa lógica, contudo, começou a esboroar a partir das sucessivas crises – e respectivas transformações – pelas quais atravessou o Estado, notadamente pela insuficiência demonstrada por esse tipo de tratamento tradicional ao fenômeno do ilícito (e com maior força em se tratando de corrupção).

Curiosamente, um primeiro passo na admissão de transação adveio na seara criminal, mediante a admissão de transação em determinado tipo de criminalidade (DIPP, 2015). A partir da Lei n. 12.850/13, a colaboração premiada ganhou uma estrutura legislativa mais robusta – ainda que aquém do necessário – e passou a figurar como um meio de solução de conflitos de corrupção, inclusive como estratégia de defesa.

Como também já analisado, a Lei Anticorrupção veio editada na mesma quadra e inseriu o instituto da leniência para resolver infrações às suas normas e àquelas envolvendo a Lei de Licitações. O art. 17, §1º da Lei de Improbidade, todavia, remanesceu intocado, ao menos expressamente.

A solução buscada para a antinomia foi compreender a derrogação desse dispositivo pelo novel quadro normativo, naquilo que se denominou *microsistema anticorrupção* ou *de tutela da moralidade administrativa*, compreensão à qual nos aliamos.

Diferentemente de Costa (2009), que insere a Lei de Improbidade (e outras leis de defesa da moralidade) em um microsistema de defesa de direitos coletivos, dada a proteção de um *interesse geral*, entendemos que o caráter marcadamente sancionatório das leis de defesa da moralidade administrativa impede, por exemplo, que se legitimem a concessão de poderes instrutórios mais amplos ao juiz, inclusive para que decida a lide sem que tenha que se valer de *presunções ou regras de ônus da prova*.

É bem verdade que o trabalho da processualista foi escrito em período anterior à reconformação normativa promovida sobretudo pelas Leis n. 12.846/13 e n. 12.850/13, mas, ainda assim, o caráter sancionatório das normas de tutela da moralidade administrativa, sobretudo pelo seu imbricamento, impede a compreensão de iniciativas a fragilizar as garantias processuais do acusado.

A compreensão desse microsistema anticorrupção foi explicitada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF:

Esta inequívoca preocupação constitucional com a resposta estatal e com a moralidade na Administração Pública - tanto no que diz com a garantia de seu patrimônio e princípios em que se assenta, quanto para dar-lhe contorno democrático e limitar seus atos perante o espaço de autoconformação individual - engendra o reconhecimento do verdadeiro *microssistema normativo anticorrupção brasileiro*, construído pelo manancial de princípios e regras que nascem em dispositivos da própria Constituição e de convenções internacionais internalizadas (v.g. Convenção de Palermo, Convenção de Mérida, Convenção OCDE, Convenção da OEA Contra a Corrupção), alcançando um vasto rol de normas infraconstitucionais e seus desdobramentos.

Este *microssistema normativo anticorrupção* abrange diversos diplomas legais, disciplinadores das consequências jurídicas de práticas corruptas, notadamente as sanções estatais produzidas em distintas esferas de responsabilização, na esteira da tradição normativa brasileira, que atribui a órgãos ou entes públicos, com diferentes atribuições, as tarefas de controle e sanção de práticas ilícitas, sob a forma de múltipla incidência punitiva. (NOTA TÉCNICA n. 001/2017 da 5ª CCR/PGR/MPF).

Foi a compreensão de haver esse microssistema que permitiu a interpretação derogatória do art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/92 e, por via de consequência, a celebração dos primeiros acordos de leniência com o Ministério Público Federal.

Como sabemos, a recente Lei n. 13.964/19 resolveu definitivamente a antinomia, pela modificação do dispositivo ao prever a possibilidade de celebração de *acordo de não persecução cível*.

7.2.2. Estrutura jurídica dos primeiros acordos: *learning by doing*

O primeiro acordo que veio a lume, celebrado com as empresas SOG Óleo e Gás S/A e outras (anexo I), possui forte arrimo nos arts. 16 e seguintes da Lei n. 12.846/13, e contém 11 cláusulas, das quais merece atenção:

Cláusula 5ª. As **COLABORADORAS** e/ou seus prepostos, dirigentes ou acionistas que venham a assinar este **Termo de Leniência**, concordam em trazer ao conhecimento das autoridades públicas, especialmente do Ministério Público Federal,

da Controladoria Geral da União, da SGE/CADE, os fatos e provas relevantes e auxiliá-los na investigação de infrações descritas na **Cláusula 3ª** acima, com efeitos no território brasileiro, relativos às condutas envolvendo os fatos descritos na **Cláusula 4ª** acima, com o objetivo de obter os benefícios estabelecidos neste **ACORDO DE LENIÊNCIA**.

Parágrafo único. Este **ACORDO DE LENIÊNCIA** não impede a busca pela empresa Petróleo Brasileiro S.A. – **PETROBRÁS** de ressarcimento de eventuais danos a ela causados pelas empresas retro mencionadas.

O *caput* dessa cláusula explicita a ligação entre as diversas agências anticorrupção, em decorrência da multi-incidência normativa pelos fatos descritos: MPF, CGU, CADE, sem exclusão de outras. Mais do que isso, o dispositivo impôs obrigação às empresas de cooperar com as referidas agências recebendo em contrapartida de um genérico compromisso do MPF em levar o acordo a outras agências para *pleitear a realização de acordos semelhantes* (cláusula 8ª, “a”).

Essa cláusula demonstra claramente a atuação do sistema anticorrupção sob a forma de uma rede, servido o Ministério Público Federal como *porta de entrada* para o candidato à solução consensual, todavia, sem garantia explícita de respeito às graves obrigações assumidas, isto é, de abrir mão do sigilo e confessar a prática de ilícitos com múltiplas consequências, inclusive tributárias.

Retomaremos a necessidade de equilibrar essa equação entre proteção oferecida *versus* a obrigação de cooperar com diversas agências. No que importa ao presente tópico da exposição, o referido acordo assemelha-se deveras a um acordo de colaboração premiada, inclusive prevendo o não ajuizamento de denúncias criminais em desfavor dos prepostos das companhias (cláusula 8ª, “d”).

Como veremos mais adiante, houve sensível evolução nos instrumentos contratuais entabulados com o Ministério Público Federal, a representar um ganho de aprendizagem que a repetição desse tipo de solução acarretou à experiência do *parquet*.

Assim, por decorrência da fragmentação da legislação, que acarreta a multiplicidade de agências encarregadas do controle da corrupção, emergiu a necessidade de solução diversa do tradicional ajuizamento de ação reparatória ou sancionatória.

Ademais, o laconismo normativo impõe aos intérpretes a obrigação de criar regras contratuais que passam a operar como *standards* para novos acordos, de modo que os acordos posteriores foram realizados sobre os ombros desses primeiros. Como aponta Ladeur (2016, p. 41), a atual fragmentação da sociedade impõe a edição de leis cada vez mais experimentais, para possibilitar a adoção de soluções particularizadas, e estas soluções acabam por construir procedimentos de padronização. E continua:

This calls for new forms of monitoring and evaluation that open the law up systematically to a learning process. As a result, facticity and normativity are blurred in a new way. Juridification is called into play explicitly as a way of regulating private and private-public networks... Neither legal normative patterns of contractual coordination nor individual contracts can provide satisfactory a satisfactory legal framework for the coordination of unclear perspectives on a dynamic project.

Os acordos em espécie passam a assumir um papel programático de construção da própria plataforma de utilização de solução consensuada para casos de corrupção. Cada interação pontual produzirá um tipo de solução que acabará por servir de paradigma para casos posteriores, incorporando no contrato *tarefas regulatórias sociais ou políticas* (TEUBNER, 1989).

Por óbvio que essa função programática do acordo necessita de plena transparência (=publicidade) para operar com eficácia. E, dado que interagem com fatos delicados, sob investigação, há um notório conflito com o sigilo que deve revestir as tratativas e as investigações decorrentes⁵⁵.

Esse foi um problema em relação aos acordos que se seguiram aos primeiros: havia uma manifesta assimetria de informações entre as autoridades que já possuíam acúmulo e os advogados que se encontravam em suas primeiras experiências de negociação de instrumentos consensuais.

Ademais, como destaca Onofre (2007), além de não se conhecer o conteúdo das cláusulas negociadas em casos antecedentes, tampouco havia a obrigatoriedade de

⁵⁵ Lei n. 12.846/13, art. 16, §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.*

processualizar a negociação. Por ilustrativa, confira-se a passagem acerca da relevância do processo administrativo em casos de transação com autoridade:

O procedimento administrativo bem serve para a disciplina da emanção de atos de natureza imperativa e da celebração de contratos, constituindo-se no mecanismo idôneo para dar transparência ao processo de negociação, programação e composição de interesses. Por meio da procedimentalização, opera-se a formalização dos acordos e procede-se a cuidadosa regulação das intervenções, no procedimento, dos portadores de interesses, o que tende a evitar as pressões informais e as interferências indevidas de grupos de poder econômico, político, etc., proporcionando a canalização e a utilização mais positiva das forças sociais da coletividade. Nas transações administrativas, a procedimentalização, em última análise, serve como "guia" para a resolução de conflitos e para a composição de interesses. (ONOFRE, 2007, p. 551)

De certa forma, ambas as situações acabaram remediadas: atualmente, há franca publicidade em relação aos acordos celebrados na página da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, além do fato de a Orientação n. 07/17, do mesmo órgão, impor uma procedimentalização das negociações.

7.2.3. Importância de respeito a precedentes

Se o acordo possui papel programático, no contexto apresentado, ganha mais força a necessidade de respeitar o conjunto de regras estabelecidas a partir dos precedentes firmados, quer em relação à construção das cláusulas propriamente ditas, quer em relação às soluções jurídicas construídas para casos similares.

Como aponta Abrucio (1997), todo esse movimento que desaguou na possibilidade, ou, melhor, na preferência a soluções consensuais, reside em uma nova conformação do Estado que se encontra intimamente associada à ideia de *accountability* social: a ideia de oferecer ao público a compreensão dos elementos que redundem em um acordo, ao mesmo tempo em que assegure aos interessados o respeito à construção operada em casos similares.

De forma similar, a oferta de algum grau de certeza – de segurança jurídica – quanto aos precedentes tornados públicos permitirá aos demais atores fazerem os cálculos necessários para permitir decidir sobre seguir ou não em um caminho consensual.

Esse grau de certeza pode ser oferecido mediante uma sinalização de compromisso de cumprimento aos precedentes; e a oferta de informações dos acordos celebrados é uma solução que aponta nesse sentido. Não é à toa que tais informações se encontram tanto no sítio eletrônico da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal quanto da Controladoria Geral da União. Esse compromisso caminha na linha do que defende Andrade Filho (2018, p. 297):

Havendo assimetria de informação, torna-se presente a figura do risco moral (*moral hazard*), em outras palavras, há o risco de que uma das partes não cumpra de fato os seus deveres acertados. Trata-se de um típico problema de agência, no qual o principal deve estabelecer mecanismos de incentivos e punições para que o agente cumpra o seu dever (E. POSNER, 2000). Uma forma de solucionar a existência do risco moral em uma relação continuada é a sinalização, por meio da construção de uma boa reputação, de que se pretende cumprir com as obrigações.

O respeito a precedentes confere outra garantia, não apenas ao particular, mas sobretudo ao agente público:

É verdade que a abertura de amplas margens de discricionariedade para a celebração de transações administrativas pode colocar de lado a vontade mais genérica da norma geral, abstrata e impessoal, deixando a efetiva decisão ao juízo do administrador. Naturalmente, assim, abrem-se as portas para os riscos de subjetividade, perseguições, arbitrariedades ou favorecimentos por parte da Administração. Exatamente por essa razão é que a vontade do administrador não pode ter o condão de ser determinante na marcação do fator de discriminação. O juízo de quem são os iguais e de quem são os desiguais não pode ser entregue amplamente à valoração do administrador público, mas a lei deve parametrizar e demarcar, de alguma forma, os limites e as possibilidades das transações administrativas. (ONOFRE, 2007, p. 552).

Consoante destaca Andrade Filho (2018), trata-se de elemento que conferirá *reputação* ao Estado como bom cumpridor daquilo que restou acordado em casos similares e anteriores. E reputação é fundamental em um processo em que a negociação joga papel central.

Todavia, como já apontado anteriormente, o respeito a precedentes não impede a evolução do instrumento, dado o caráter flexível e adaptativo do sistema em rede.

7.2.4. Acordos em espécie

Até o momento em que a presente tese foi escrita, o Ministério Público Federal celebrou três dezenas de acordos de leniência, consoante informado na página da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão na internet:

Acordos de Leniência Homologados pela 5ª CCR

Etiqueta	Colaborador(a)	Operação	Unidade	Data de Deliberação	Sessão	Acordo	Deliberação
(PR-PR-00040735/2014)	SOG Óleo e Gás S/A, Setec Tecnologia S/A, Projotec Projetos e Tecnologia Ltda, Tipuana Participações Ltda, PEM Engenharia Ltda. E Energex Group Representação e Consultoria LTDA.	Lava-Jato	PR/PR	1/12/2014	848 ^a	Acordo	Deliberação
PR-PR-00030112/2015	Construções e Comércio Camargo Corrêa – CCCC	Lava-Jato	PR/PR	24/8/2015	876 ^a	Acordo	Deliberação
PR-PR-00036352/2015	Carioca Christiani – Nielsen Engenharia S/A	Lava-Jato	PR/PR	20/10/2015	885 ^a	Acordo	Deliberação
PR-PR-00038421/2015	Mullen Lowe Brasil Publicidade Ltda (Borghini Lowe Propaganda e Marketing Ltda.) e FCB Brasil Publicidade e Comunicação Ltda.	Lava-Jato	PR/PR	18/11/2015	890 ^a	Sob sigilo	Sob sigilo
PR-PR-00004250/2016	Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A	Lava-Jato	PR/PR	30/3/2016	902 ^a	Acordo	Deliberação
1.22.005.000369/2016-25	SIGNUS do Brasil Comércio de Materiais Hospitalares Ltda., SIGNUS do Brasil Comércio, Importação e	Desiderato	PRM/Montes Claros/MG e NCC/RJ	23/11/2016	935 ^a	Acordo	Deliberação

	Exportação de Materiais Ltda.						
1.00.000.019193/2016-92	Odebrecht S.A. *Possui aditamento.	Lava-Jato	PR/PR	15/12/2016	938 ^a	Acordo	Deliberação
1.00.000.019436/2016-92	Braskem S.A.	Lava-Jato	PR/PR	15/12/2016	938 ^a	Acordo	Deliberação
1.00.000.000608/2017-35	VRG Linhas Aéreas S/A (Gol Linhas Aéreas S/A)	Lava-Jato	PR/PR	16/2/2017	942 ^a	Sob sigilo	Sob sigilo
1.00.000.002363/2017-81	Rolls-Royce plc	Lava-Jato	PR/PR	16/2/2017	942 ^a	Acordo	Deliberação
1.00.000.002362/2017-36	NM - Engenharia (rescindido)	Lava-Jato	PR/PR	1/6/2017	959 ^a	Sob sigilo	Sob sigilo
1.00.000.011085/2017-52	União Norte Fluminense Engenharia e Comércio Ltda. e União Norte Construções e Participações Ltda.	Lava-Jato	PGR	24/8/2017	966 ^a	Sob sigilo	Sob sigilo
1.16.000.000393/2016-10	J&F Investimentos S.A. (holding do Grupo JBS)	Greenfield, Sépsis, Cui Bono (FTLJ) e Carne Fraca	PR/DF	24/8/2017	966 ^a	Acordo	Deliberação
1.34.001.001469/2016-98	Bilfinger Maschinenbau GMBH & CO KG.		PR/SP	6/9/2017	969 ^a	Sob sigilo	Sob sigilo
1.25.000.003382/2017-55	Keppel Fels Brasil S/A.	Lava-Jato	PR/PR	5/4/2018	990 ^a	Acordo	Deliberação
1.23.000.000654/2018-11 Apenso: 1.00.000.005581/2018-58	Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A	Forte do Castelo	PRM/Pará	17/5/2018	996 ^a	Acordo	Deliberação
1.30.001.000144/2018-07 Apenso: 1.00.000.007484/2018-08	Getinge AB, Maquet do Brasil Equipamentos Médicos Ltda. e Maquet Cardiopulmonary do Brasil Indústria e Comércio Ltda.	Lava-Jato	PR/RJ	17/5/2018	996 ^a	Acordo	Deliberação
1.14.000.000460/2018-24	Odebrecht Engenharia e Construção Internacional S/A e CADE *		PR/BA	30/8/2018	1.006 ^a	Sob sigilo	Sob sigilo
1.30.001.003998/2017-56	Dräger Indústria e Comércio Ltda.	Fatura Exposta LJ/RJ	PR/RJ	27/9/2018	1.011 ^a	Acordo	Deliberação
1.16.000.002311/2018-25	Construções e Camargo Corrêa S.A. *MPF e CADE		PR/DF	27/11/2018	1.021 ^a	Acordo	Deliberação
1.30.001.002374/2018-01	Bozano	Câmbio, desligo!	PR/RJ	8/12/2018	1.023 ^a	Acordo	Deliberação
1.30.001.001111/2014-42	SBM Offshore N.V. e SBM Holding Inc. S.A	Sangue Negro	PR/RJ	14/12/2018	3 ^a extra	Sob sigilo	Sob sigilo
1.25.000.004899/2018-42	Rodonorte - Concessionária de Rodovias Integradas S.A	Lava-Jato	PR/PR	28/3/2019	12 ^a	Acordo	Deliberação
1.17.003.000202/2017-25	Granebert Mineração Eireli EPP		PRM/São Mateus/ES	11/4/2019	14 ^a	Acordo	Deliberação
1.26.000.004465/2018-13	Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A e Andrade Gutierrez Engenharia S/A		PR/PE	25/4/2019	16 ^a	Acordo	Deliberação
1.25.000.001452/2018-11	Technip Brasil - Engenharia, Instalações e Apoio Marítimo Ltda. Flexibrás Tubos Flexíveis Ltda.	Lava-Jato	PR/PR	24/7/2019	4 ^a Extra	Acordo	Deliberação

1.25.000.005107/2018-57	EcoRodovias infraestrutura e logística S.A. EcoRodovias Concessões e Serviços S. A. Rodovia das Cataratas S.A.	Lava-Jato	PR/PR	5/8/2019	29 ^a	Acordo	Deliberação
1.25.000.003049/2019-16	Construtora Purunã	Lava-Jato	PR/PR	17/10/2019	35 ^a	Acordo	Deliberação
1.34.001.005183/2019-24	Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A Andrade Gutierrez Engenharia S/A	Lava-Jato	PR/SP	7/11/2019	37 ^{am}	Sob sigilo	Sob sigilo
1.30.001.001380/2019-13	Construtora Norberto Odebrecht S.A e CADE		PR/RJ	6/2/2020	2 ^a	Sob sigilo	Sob sigilo

Tabela 9 – Relação de acordos de leniência celebrados com o Ministério Público Federal.

A leitura dos acordos de leniência entabulados pelo Ministério Público Federal⁵⁶ permite identificar uma evolução na redação dos textos, como que a confirmar o quanto asseverado no tópico anterior: a experiência está a construir e aprimorar o programa de leniência anticorrupção, ao se incorporar nos novos acordos ajustes de redação.

Ademais, nota-se forte imbricação com acordos de colaboração, havendo um grande paralelismo entre ambos na redação e na estrutura do clausulado. Regra geral, os acordos de leniência possuem duas primeiras cláusulas estabelecendo a base jurídica para a celebração e o interesse público a ser perseguido com o ajuste, bastante focado nos efeitos criminais: aprofundar investigação e reparar o dano causado.

De um modo geral, as narrativas de ilícitos foram acomodadas em tantos anexos quantos fossem os atos ilícitos confessados, exigindo das empresas a entrega de documentos e informações relativas. Assim, com esse proceder, permite-se às autoridades que fracionem a divulgação das informações integrantes do acordo na medida em que são deflagradas as investigações, sem comprometer dados de apurações ainda em fase embrionária.

Já desde o primeiro acordo, da SOG – Óleo e Gás e demais empresas do Grupo Setal, já se previa a *adesão de prepostos*, isto é, a possibilidade de pessoas físicas que participaram dos ilícitos se utilizarem do *guarda-chuva* do acordo de leniência para usufruir proteção nitidamente criminal, como estímulo a revelações de detalhes dos atos ilícitos. Sem dúvida que esse ponto ressalta a imbricação dos acordos de leniência do MPF com os acordos de colaboração premiada.

⁵⁶ Aqueles que foram tornados públicos.

É interessante anotar que o programa do MPF, que se estabeleceu no bojo de uma grande investigação de corrupção política, acabou sendo experimentado para lidar com casos extremamente complexos, porque multifactuais, a envolver diversas unidades da federação e, por consequência, diversas agências encarregadas de controlar a corrupção.

Para lidar com essa complexidade, as cláusulas dos acordos procuraram estabelecer alguma regulação sobre as ligações entre as agências anticorrupção, conforme veremos um pouco mais adiante. Exemplos de como isso se procedeu pode ser identificado, *v.g.*, no acordo celebrado com a Construtora Andrade Gutierrez, que, em sua cláusula 8ª, §3º⁵⁷, estabeleceu uma condicionante acerca da prova em caso de não aceitação (=adesão) de outro órgão do *parquet* (e mesmo de outras agências de controle da corrupção) acerca do quanto pactuado.

Dado que os acordos de colaboração (e, por conseguinte, de leniência) foram compreendidos como *meios de prova*, conforme exposto alhures, esse tipo de cláusula permite a que o intérprete negue validade dos elementos produzidos em desfavor da empresa colaboradora. Embora sob outro fundamento – o de proteger os incentivos econômicos à empresa leniente –, a 13ª Vara Federal de Curitiba assentou:

Apesar do compartilhamento de provas para a utilização na esfera cível e administrativa ser imperativa, já que atende ao interesse público, faz-se necessário proteger o colaborador ou a empresa leniente contra sanções excessivas de outros órgãos públicos, sob pena de assim não fazendo desestimular a própria celebração desses acordos e prejudicar o seu propósito principal que é de obter provas em processos criminais. (PET. n. 5054741-77.2015.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba).

Trata-se de previsão com nítida intenção de estimular a sincronização dos nós da rede, imunizando a empresa colaboradora de ataques de outras agências que não tenham modificado seu “código” para o “modo colaboração” depois de entabulado acordo com outro elemento constitutivo do sistema anticorrupção brasileiro.

⁵⁷ Parágrafo 3º. Em caso de negativa de adesão a este acordo de leniência pelos promotores naturais, nos termos do parágrafo anterior, as provas produzidas nesta leniência não poderão ser utilizadas em desfavor da COLABORADORA, sendo permitida sua utilização em relação a terceiros.

Entretanto, a solução que parece ter se consolidado nos acordos posteriores foi a inutilização da prova, caso não haja adesão da autoridade aos termos do acordo, em evidente prejuízo às atividades investigativas em relação a terceiros. Neste caso, identifica-se que a interação com a rede de agências de controle anticorrupção deveria ter neutralizado apenas a relação dissonante, isto é, o redirecionamento das provas àquele que colaborou com o Estado; como visto, optou-se por eliminar por completo a transferência de material probatório, ante o risco de desrespeito à sua utilização em desfavor da empresa signatária do acordo.

Esse é um exemplo sobre como uma interação inadequada com a rede pode redundar em malefício para todo o sistema: um determinado ato ilícito, confessado a uma autoridade do Estado em detalhes, pode passar sem utilização, na hipótese de não haver adesão da autoridade competente. Caso a solução adotada no acordo da Andrade Gutierrez fosse alçada ao padrão, ou seja, caso houvesse o reconhecimento da impossibilidade de utilização da prova em desfavor de quem colaborou, o sistema poderia perseguir ilícitos praticados por terceiros com grau maior de eficácia.

Como se nota, a eficiência, um dos fundamentos de um programa de consensualidade anticorrupção, acabou sendo desprezada, na exata medida em que um determinado fato esteve à disposição das autoridades, mas foi descartado por uma questão relacionada à sincronização da rede.

Desta maneira, a rede deveria ser sincronizada para permitir a utilização da prova produzida no âmbito do acordo em relação a terceiros, mas não em desfavor de quem a produziu. Deveria haver uma imunização de um direcionamento do ataque de outro elemento da rede em desfavor do colaborador, e não impedir o compartilhamento de prova, no caso de não adesão.

Outro ponto de relevante evolução que foi incorporado pelos acordos que se seguiram ao primeiro foi o reconhecimento de satisfação quanto aos efeitos civis, em relação ao Ministério Público Federal, desde que pago o valor ajustado pelo acordo. Noutra giro: o *parquet* federal se deu por satisfeito na pretensão reparatória e sancionatória, acaso realizado o pagamento entabulado com a empresa colaboradora.

E a saída redacional para contornar a vedação do art. 17, §1º da Lei de Improbidade, então vigente, foi a de estabelecer que as ações de improbidade administrativa ostentariam pedido meramente declaratório, seja pelo ajuizamento com esse pedido já limitado (SICA, 2009), ou por aditamento da inicial. A solução surgiu a partir da leniência da Camargo Corrêa.

A ideia de sincronização pode ser inferida também da possibilidade de compensação entre multas administrativas aplicadas por outras autoridades, com as fixadas no acordo de leniência, hipótese surgida no caso da Andrade Gutierrez e aprofundada no acordo da J&F Investimentos, com a possibilidade de compensação também de multas tributárias decorrentes dos fatos revelados.

O acordo celebrado com a J&F Investimentos trouxe ademais o dever ao MPF de defender o quanto pactuado perante outras agências de controle da corrupção. Trata-se de cláusula que expõe uma competição forte por parte do MPF contra quem desafie o pactuado, com efeito dissuasório pela elevada carga simbólica do *parquet* enquanto órgão de controle legitimado, dentre outros, para a instância criminal.

Nos casos Odebrecht, Braskem, Rodonorte, Ecorrodovias, emergiu outra figura de relevo: a monitoria, a ser analisada com maior detalhe no tópico seguinte. Embora não se trate propriamente de cláusula de relacionamento entre as agências de controle, sua previsão contribui para assegurar o fiel cumprimento das obrigações, por parte da empresa signatária, ajudando a diminuir a natural desconfiança de outros órgãos quanto à sua real intenção de colaboração.

Alguns acordos celebrados no âmbito da tranche carioca da Operação Lava-Jato trouxeram uma tentativa interessante de sincronização: a multa foi tratada sob caráter global, numa espécie de concurso de credores mediado pelo juízo criminal homologatório do acordo, de modo a propiciar a que todas as vítimas dos atos ilícitos recebam o quinhão correspondente.

Na linha do defendido por Onofre (2007), o acordo entabulado com a empresa Dräger ostenta a narrativa com certo detalhamento das tratativas entre as partes. Conquanto não haja descrição maior sobre como atingiu-se o valor, p.e., trata-se de iniciativa que traz transparência às soluções consensuais.

Um último ponto em relação a todos os acordos analisados, quanto à rescisão – ou seu desfazimento –, talvez merecesse um trabalho de aprofundamento: conquanto haja diversas hipóteses de rescisão, não há descrição sobre o destino das provas produzidas.

A partir dessas observações, procuramos consolidar em uma tabela (tabela 10), as principais cláusulas que materializam as relações identificadas nesses acordos.

Com efeito, linhas atrás, desenvolvemos a tabela 6, em que foram sintetizadas as possíveis relações que se estabelecem entre os órgãos de controle. No anexo I, reproduzimos

os textos dos acordos que foram disponibilizados, grifando as cláusulas identificadas segundo as seguintes cores: (a) cooperação – azul; (b) competição forte – vermelho; (c) competição – laranja; (d) competição fraca – amarelo; (e) controle – roxo; e (f) representação – verde. Aqui, pretendemos visualizar se – e como – essas relações impactaram nos acordos celebrados pelo MPF.

Não são todas essas relações que se explicitam em cláusulas. Não há, por exemplo, cláusula que indique representação nos acordos celebrados pelo MPF, porque se trata de uma relação exclusiva das advocacias públicas: são elas que detêm o poder de representar em juízo. Não se identificaram relação de controle, pois não faz sentido o MPF explicitar isso em um acordo substitutivo de sanção: o controle, na acepção utilizada pela tabela 6, opera entre os órgãos (p.e., *TCU* → *RFB*). As competições mais fracas tampouco surgiram, pois, como assentado na tabela 8, o MPF estabelece com maiores frequências relações de competições de natureza forte.

A questão da competição, como já anotado, remonta a uma fase pré-acordo: estimula-se a que os órgãos compitam entre si para a identificação do ilícito e saiam na frente para angariar os dividendos de reconhecimento pela sociedade. Ainda assim, notamos algumas cláusulas que caracterizam esse tipo de relação nos acordos, especialmente no que respeita ao ressarcimento pelos danos causados:

Acordo	Cooperação	Competição forte	Principais pontos/ inovações
SOG	Cláusula 5ª <i>caput</i> ; 7ª, “a”, “b”, “f”, “g”; 8ª, “a”, “b”	Parágrafo único da Cláusula 5ª	Prevê adesão de preposto. Não prevê necessidade de investigação complementar.
CCCC	Cláusula 7ª, “a”, “b”; 8ª, “a”, “b”	Não identificada	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i>compliance</i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis.
Carioca	Cláusula 7ª, “a”, “b”	Não identificada	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i>compliance</i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis.
Andrade	Cláusula 7ª, “a”, “b”, §5º, 8ª, “a”, “b”	Não identificada	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i>compliance</i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. Possibilidade de compensação de multa da leniência com outras multas. Trata da adesão de outros órgãos do MP.
Signus	Cláusula 7ª, “e”, “g”	Não identificada	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i>compliance</i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis.
Odebrecht	Cláusula 4ª, §§2º e 3º; 5ª, §2º, I e II; §3º, II; §4º, II; 6ª, II, “a” a “d”, V; 7ª, §§8º a 12; 8ª, I, “a”, II, “a” e “b”	Não identificada	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i>compliance</i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. <i> Holding</i> comprometendo-se pelo grupo. Monitoria. Acordo com outras jurisdições. Emissão de certidão de adimplemento das obrigações. Cooperação com autoridades estrangeiras mais detalhada. Autorização para alienação de ativos, mediante declaração do MPF.
Braskem	Cláusula 4ª, §§2º, 3º e 5º; 5ª, §2º, I e II; §3º, II; §4º, II; 6ª, II, “a” a “d”; 7ª, §6º a 9º; 8ª, I, “a”, II, “a” e “b”	Não identificada	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i>compliance</i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. <i> Holding</i> comprometendo-se pelo grupo. Monitoria. Acordo com outras jurisdições. Emissão de certidão de adimplemento das obrigações. Cooperação com autoridades estrangeiras mais detalhada. Autorização para alienação de ativos, mediante declaração do MPF.

Rolls Royce	Cláusula 6ª, “d”, “e”; 7ª, “a”	Não identificada	<i> Holding </i> comprometendo-se pelo grupo. Acordo com outras jurisdições.
J&F Invest	Cláusula 7ª; 8ª; 12; 14, II; 16, §§3º e 5º; 17, I	Cláusula 16, §11; 17, VII e VIII	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i> compliance </i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. <i> Holding </i> comprometendo-se pelo grupo. Monitoria. Emissão de certidão de adimplemento das obrigações. Cooperação com autoridades estrangeiras mais detalhada. Autorização para alienação de ativos, mediante declaração do MPF. Proteção para fatos a serem descobertos em investigações independentes. Investimento social. Possibilidade de compensação de multas de outra natureza, inclusive tributária, decorrentes dos fatos revelados. Solução consensual de controvérsias. Vinculação aos acordos de colaboração premiada.
Keppel	Cláusula 5ª; 6ª, “d”, “e”; 7ª, “a”	Cláusula 7ª, “e”	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i> compliance </i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. <i> Holding </i> comprometendo-se pelo grupo. Acordo com outras jurisdições. Emissão de certidão de adimplemento das obrigações. Cooperação com autoridades estrangeiras mais detalhada.
Getinge	Cláusula 4ª, §2º; 5ª, §4º, II; 6ª, II, “a” a “d”, V; 10; 11, I, “a”, §5º	Cláusula 11, I, “h”	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i> compliance </i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. <i> Holding </i> comprometendo-se pelo grupo. Multa de caráter “global”. Emissão de certidão de adimplemento das obrigações. Cooperação com autoridades estrangeiras mais detalhada. Solução consensual de controvérsias.
Dräger	Cláusula 6ª, §2º; 8ª, §2º, I e II; 9ª, II, “a” a “d”, V; 10; 11, I, “a”, §5º	Cláusula 11, I, “h”	Narrativa da procedimentalização da negociação. Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i> compliance </i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. <i> Holding </i> comprometendo-se pelo grupo. Multa de caráter “global”. Emissão de certidão de adimplemento das obrigações. Cooperação com autoridades estrangeiras mais detalhada. Solução consensual de controvérsias.
Bozzano	Cláusula 6ª, §2º; 8ª, §2º, I e II; 9ª, II, “a” a “d”; 10; 11, I, “a”, §5º	Não identificada	Narrativa da procedimentalização da negociação. Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i> compliance </i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. Multa de caráter “global”. Emissão de certidão de adimplemento das obrigações. Cooperação com autoridades estrangeiras mais detalhada. Solução consensual de controvérsias.
Rodonorte	Cláusula 3ª, §3º, I e II; 6ª, “a” a “c”; 7ª, “a”	Não identificada	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i> compliance </i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. <i> Holding </i> comprometendo-se pelo grupo. Monitoria. Emissão de certidão de adimplemento das obrigações. Cooperação com autoridades estrangeiras mais detalhada. Autorização para alienação de ativos, mediante declaração do MPF. Cláusula de pedido de desculpas. Pagamento de ressarcimento em obras.
Granebert	Cláusula 6ª, “d”, “e”; 7ª, “a”	Não identificada	Prevê adesão de preposto. Exigência de <i> compliance </i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. <i> Holding </i> comprometendo-se pelo grupo. Acordo com outras jurisdições. Emissão de certidão de adimplemento das obrigações.
Technip	Cláusula 6ª, “a”, “d”, “e”, §4º; 7ª, “a”	Não identificada	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i> compliance </i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. <i> Holding </i> comprometendo-se pelo grupo. Monitoria. Acordo com outras jurisdições. Emissão de certidão de adimplemento das obrigações. Cooperação com autoridades estrangeiras mais detalhada. Autorização para alienação de ativos, mediante declaração do MPF. Cláusula de pedido de desculpas. Pagamento de ressarcimento em obras. Acordo conjunto com CGU e AGU.
Ecorodovias	Cláusula 3ª, §5º, I e II; 7ª, “a”	Não identificada	Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i> compliance </i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. <i> Holding </i> comprometendo-se pelo grupo. Monitoria. Cooperação com autoridades estrangeiras mais detalhada. Cláusula de pedido de desculpas. Pagamento de ressarcimento em obras.
Purunã	Cláusula 3ª, §4º, I e II; 7ª, “a”		Prevê investigação interna. Prevê adesão de preposto. Exigência de <i> compliance </i> . Satisfação MPF quanto a efeitos civis. <i> Holding </i> comprometendo-se pelo grupo. Cooperação com autoridades estrangeiras mais detalhada. Cláusula de pedido de desculpas. Pagamento de ressarcimento em obras.

Tabela 10 – Resumo dos acordos, destacando cláusulas que materializam relações entre agências, bem como outros pontos de relevo.

Feitas tais considerações, no item a seguir dedicaremos algum aprofundamento em relação a alguns aspectos de relevo desses acordos, fruto da construção do Ministério Público Federal.

7.2.5. Aspectos de relevo

De todos os acordos tornados públicos, destacamos cinco pontos que surgiram a partir da construção das experiências do Ministério Público Federal e que merecem algumas linhas adicionais: (a) investigação independente; (b) adesão de pessoa física; (c) regime de compartilhamento de provas; (d) monitoria; (e) autorização para alienação de ativos.

Uma companhia que se depare com a suspeita de ilícito dentro de suas relações jurídicas (de emprego, de prestação de serviços, de representação etc.), acaso possua um programa de integridade atuante e efetivamente independente, atuará para que todos os elementos desse ilícito sejam mapeados, identificados e separados, para que a sua alta direção possa adotar a melhor decisão possível em relação aos fatos: comunicar às autoridades ou preparar-se para uma defesa contra eventuais acusações.

Regra geral, a investigação independente deveria anteceder a celebração de um acordo, a fim de que a companhia, de posse de todos os elementos identificados, possa sentar-se à mesa com as autoridades e deliberar acerca das condições de um acordo de leniência. Todavia, dado que a prática brasileira nos impôs uma dinâmica própria, decorrente da utilização do instituto em casos de gravíssima extensão e emergência, a execução de investigações independentes acabou sendo assimilada como uma prática no jogo da execução contratual.

Não entraremos no debate – insuperável, por sinal – acerca de qual postura deve ser adotada a partir da plena constatação da ocorrência de um ilícito, dado que isso necessita levar em conta todos os elementos que envolvam a atuação da empresa: seu ramo de atividade, seu relacionamento com clientes, fornecedores, financiadores, enfim, trata-se de decisão que escapa aos contornos do Direito. O Direito, todavia, fornece elementos para essa tomada de decisão, regra geral, relacionados a um tratamento mais benéfico das autoridades quanto mais precoce for a comunicação, no âmbito de uma negociação (por exemplo, pela incidência da hipótese redutora no cálculo de multa, previsto pelo art. 18, IV, do Decreto n. 8.420/15).

Deixando de lado tal polêmica, focaremos na forma pela qual uma companhia se assenhora de fatos e dos elementos de corroboração desses fatos, quando se depara com a suspeita de estar envolvida em ilegalidades: a organização de uma investigação independente, que propiciará à alta direção da companhia compreender a gravidade do problema, o grau de envolvimento de suas estruturas, a extensão no tempo e em relação às vantagens propiciadas pelos atos ilícitos. Essa investigação deverá coletar dados, documentos e indícios, a fim de reconstruir o quadro todo. E deverá provar-se independente, de modo a que as autoridades possam confiar nos seus resultados, por intermédio de metodologia adequada à plena elucidação dos detalhes. Como apontam Green & Pogdor (2013, p. 74):

Internal investigations offer a cooperative resolution for corporate improprieties, while incentivizing corporations to unmask misconduct. Internal investigations also allow corporations to quietly investigate allegations that may later prove to be bogus, without fear that disclosure will hurt the company's reputation.

Esses mesmos autores reclamam da deficiência regulamentar dessas investigações na realidade norte-americana, apontando essa como uma possível causa para abusos. Um dos problemas derivados reside na necessidade de deixar claro durante as investigações que os entrevistadores/advogados atuam no interesse da companhia e não do cliente, citando o caso *Upjohn vs United States*⁵⁸, de 1981, como marco importante, mas não totalmente satisfatório para iluminar o problema. Ainda remanesce a possibilidade de as investigações representarem abusos contra os empregados, que muitas vezes desconhecem a finalidade de suas cooperações, assim como as suas consequências legais.

De seu turno, Heyman (2010) apresenta os contornos que norteiam uma investigação dessa natureza: demonstrar a plena cooperação da alta direção com a completude na descoberta dos fatos, a entrega de seus resultados às autoridades, sem invocação de privilégios legais (p.e., os protegidos pela relação advogado-cliente). Aliado a esses elementos, o comportamento da companhia deve afastar-se de arcar com custos de advogados de defesa dos envolvidos nos fatos e de buscar um acordo conjugado entre pessoa física e pessoa jurídica.

⁵⁸ Por esse precedente, uma companhia poderia invocar o privilégio cliente-advogado em relação às comunicações confidenciais, no contexto de uma investigação independente. Todavia, não se decidiu se esse direito se estenderia aos empregados adotarem tal providência por iniciativa própria ou mesmo impedir que a companhia renunciasse a esse privilégio, no que concerne aos interesses dos empregados.

Aqui no Brasil, não dispomos de uma regulamentação mais clara acerca dessas investigações. O fundamento geral para um comportamento que determine a pronta apuração de uma suspeita de ilícito encontra-se positivado no art. 153 da Lei das Companhias⁵⁹, de forma bastante aberta e genérica, sem maior detalhamento.

Essas investigações, regra geral, são empreendidas por advogados, ante a proteção legal de sigilo que lhes confere a legislação pátria (CF, art. 133; Lei 8.906/94, art. 7º, II), inclusive como reconhecido pela Corte Constitucional:

Cabe ao advogado o juízo sobre quais são os fatos em relação aos quais deva manter sigilo e revelar apenas aqueles não sigilosos. Do contrário, o advogado e outros profissionais cujo exercício da profissão envolve o conhecimento de fatos sigilosos que não podem e não devem ser revelados em atenção a um princípio maior, tais como, dentre outros, médicos, psicólogos, jornalistas, ver-se-iam na condição de sempre quebrar o sigilo, submetendo a informação a um agente estatal, que estaria engendrado na condição de verdadeiro censor. (STF, PET 7033).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio do provimento n. 188/18, buscou regulamentar a atuação da profissão sob o viés da *investigação defensiva*, com a finalidade de disciplinar:

[...] o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte. (Art. 1º).

Esse conceito parece aquém da necessidade descrita anteriormente, na medida em que pode haver a demanda de identificar os contornos do ilícito antes mesmo de deflagrada a persecução penal para subsidiar a decisão da alta direção de uma companhia em adotar postura colaborativa, antes mesmo do conhecimento das autoridades.

⁵⁹ Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Rizzo & Moushey (2019) apresentam oito conselhos para uma investigação sobre corrupção:

(1) cuidado na emissão de comunicação de retenção de documentos (*hold notice*), elemento importante para preservação de corpo de prova contra destruição. No Brasil, há notícias de que indivíduos recebem a comunicação e passam a eliminar provas. Os autores recomendam que a investigação busque preservar dados antes mesmo da comunicação;

(2) preocupação com a legislação laboral: muitas vezes, empregados buscam na Justiça do Trabalho um questionamento de demissões por justa causa ou mesmo sobre a própria investigação;

(3) sopesamento acerca de uma divulgação espontânea dos resultados: os autores apontam a dificuldade de articulação entre as agências brasileiras anticorrupção como um fator a embaçar a decisão quanto ao chamado *self-disclosure*;

(4) a contratação de um advogado externo para trabalhar nas investigações garante a preservação do privilégio advogado-cliente;

(5) priorização da língua de origem, em razão da muito provável utilização de gírias para se referir a fenômenos de corrupção, assim como para conferir conforto aos entrevistados;

(6) preparação para possível levantamento de sigilo de informações e documentos, de modo a minimizar danos reputacionais à companhia;

(7) atenção para terceiros prestadores de serviços, dado que são costumeiramente utilizados no Brasil para viabilizar pagamentos indevidos;

(8) aliado ao conselho n. 4, os autores sugerem a contratação de advogado local, que permitirá conhecer a cultura e as práticas empresariais brasileiras, de modo a identificar com maior eficácia os ilícitos.

Dado que os acordos de leniência necessitam dos elementos identificados a partir de investigações independentes para serem ou entabulados ou executados, parece-nos urgente que a Ordem dos Advogados do Brasil regulamente a atividade sob o enfoque exclusivo da Lei n. 12.846/13, estabelecendo limites e mesmo orientações, inclusive acerca da proteção ao privilégio advogado-cliente, indeclinável, em nossa opinião, pelo teor das normas de regência.

Como decorrência de conferir a maior efetividade possível à investigação independente, o Ministério Público Federal buscou editar uma nota técnica (Nota n. 01/2020, 5ª CCR),

especificamente para buscar assegurar às pessoas físicas partícipes dos atos ilícitos garantias de que a plena cooperação com investigações independentes ser-lhes-á acompanhada da devida proteção jurídica por parte das autoridades destinatárias da prova produzida.

É bem verdade que essa previsão foi construída já nos primeiros acordos celebrados e recebeu tratamento na Nota Técnica n. 01/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, sob o argumento de ser, dentre outros fundamentos,

injusto permitir à empresa, que auferiu ganhos relevantes com as práticas lesivas, obter vantagens por acionar os instrumentos cooperativos de defesa aceitos pelo sistema jurídico, mas impedir pessoas naturais, que também serviram ao ente moral e envolvidas nos ilícitos, de se valerem de meio similar em relação ao mesmo conjunto fático infracional.

A nova orientação, todavia, busca regular⁶⁰ a forma pela qual informações compartilhadas no âmbito de um acordo de leniência sejam transmitidas para o membro do Ministério Público com atribuição para atuar no caso (procurador natural). Dentre suas conclusões, destacam-se as seguintes:

7. Na competência para homologação de Adesão de pessoas físicas ao Acordo de Leniência, para fins criminais, com base em precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, deverão ser tomados os juízos competentes para cada um dos conjuntos de eventos retratados nos anexos, sem prejuízo da adoção de regras de prevenção, com a priorização, nesse caso, do Juiz Criminal da Homologação da colaboração premiada originária.

8. Entre os colaboradores deve haver tratamento isonômico e proporcional, na concessão de benefícios, tendo em vista as circunstâncias de cada colaborador, elementos de corroboração apresentados, fatos ilícitos descortinados e abrangidos pelo acordo, e utilidade para as investigações, visando a efetividade da persecução ministerial, cível ou criminal.

⁶⁰ Embora se trate de orientação, parece-nos que as conclusões postas no documento acabam por vincular a atividade dos procuradores, na medida em que os acordos de leniência são submetidos à homologação pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. E decerto um acordo que não atenda às orientações correrá riscos de não obter a aquiescência da câmara.

9. A previsão no Acordo de Leniência de parâmetros de concessão de benefícios para novas pessoas físicas aderentes propicia maior segurança jurídica e isonomia no processamento das adesões posteriores. (Nota Técnica n. 01/2020, 5ª CCR).

Um ponto, porém, mereceria atenção especial. A conclusão n. 3 da referida Nota Técnica acaba por reforçar uma fragmentação do Ministério Público, ao autorizar a facultatividade da adesão ao acordo. Esse tipo de situação estimula a competição entre os elementos da rede (e, aqui, de forma especialmente delicada, porque atua em relação aos próprios integrantes do MPF), com potencial contrário à sincronização pretendida para a rede.

Consoante o já exposto, há, aqui, duas formas de tratamento da questão: uma, a de receber as informações e autorizar a sua utilização contra todos, exceto em relação àquele que colaborou (modelo Andrade Gutierrez); e outra, de facultar ao órgão do MP tomar contato com o material e avaliar a sua conveniência de aderir ou não ao pactuado. Esta última forma foi a que passou a ser adotada nos acordos seguintes e, inclusive, reforçada na aludida Nota Técnica.

Para além da afronta à eficiência (posto que provas seriam descartadas) e ao estímulo comportamental ao colaborador (pelo prêmio oferecido), há um sinal negativo aos candidatos à colaboração, na exata medida em que é autorizado a uma autoridade com enormes poderes investigatórios tomar conhecimento de uma verdadeira confissão e, caso deseje, passe a reconstruir essa narrativa a partir de uma investigação pré-orientada. Não se está formulando uma hipótese contra a honestidade de determinados agentes públicos; todavia, há uma possibilidade teórica de que comportamentos indevidos possam vir a ocorrer. E, ainda que não se trate de comportamento indevido, a narrativa factual já estará impregnada na memória da autoridade e, não podendo ser apagada, certamente conduzirá os passos futuros de sua investigação, cadenciando o passo para reconstruir a narrativa da proposta de adesão recusada.

Assim, ao fundamento de preservar a independência funcional, esse tipo de solução atenta contra a organização do sistema sob o formato de rede, na medida em que permite, se não estimula, comportamento dessincronizado com os demais elementos integrantes deste complexo de controle da corrupção: abre-se a possibilidade de um elemento do sistema atentar contra o pactuado, eis que tomará contato com provas e confissões, sem compromisso algum. A solução adotada no acordo Andrade Gutierrez, como mencionado, parece ser mais aderente a tudo quanto exposto, eis que as provas permanecem à disposição, mas não podem ser redirecionadas ao colaborador.

Neste ponto, emerge uma outra compreensão que, parece-nos, poderia ter sido mais bem desenvolvida nos acordos: o compartilhamento de provas com outros órgãos do Ministério Público e com outras agências de controle da corrupção.

Como visto, a compreensão da doutrina acerca dos acordos de colaboração premiada é que se trata de fonte de prova (caminho de produção de prova). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no mesmo sentido (HC 127.483/PR).

Essa visão poderia ser mais bem explorada nas cláusulas contratuais, como requisito de validade para sua utilização em outras searas: como fonte de prova, a reprodutibilidade da prova para outra instância deveria observar o quanto é pactuado entre um dos órgãos do Estado e o colaborador. Dado que a colaboração pressupõe a renúncia ao direito de não produzir prova contra si mesmo, deveria ser respeitado o quanto é pactuado no momento da renúncia a esse relevante direito fundamental.

Esse compartilhamento de provas joga um papel fundamental na organização da rede de agências de controle, pois dialoga diretamente com os dois principais vetores de relacionamento entre elas: a **cooperação**, porque a troca de informações é pressuposto a que todas avancem simultaneamente em seus propósitos, e a **competição**, dado que essas informações podem ser o ponto de partida para uma nova disputa de protagonismo em relação a terceiros.

Como mencionado, o modelo da Andrade Gutierrez parece mais aderente aos princípios e fundamentos que orientaram o surgimento de um programa de leniência anticorrupção no Brasil, porque assegura eficácia à colaboração, além de respeitar mais adequadamente os direitos daquele que se dispôs a renunciar o direito ao *nemo tenetur se detegere*.

Outro ponto de relevo nos acordos que merece alguma incursão no presente capítulo é a previsão de profissionais independentes escalados sob a batuta das autoridades para verificar o cumprimento das obrigações pactuadas pela empresa no acordo de leniência. Como visto, esse tipo de previsão surgiu entre nós a partir do caso Odebrecht/Braskem, muito provavelmente por influência de autoridades estrangeiras que participaram da solução negocial global – e que estão há mais tempo acostumadas com esse tipo de solução.

Em nossa realidade, a monitoria adquiriu ao menos três tipos (ou gradações) diferentes: (1) o monitor individual (casos Odebrecht, Braskem, Technip, EcoRodovias e Rodonorte);

(2) mediante um comitê, no caso da J&F Investimentos; e (3) trabalho de auditoria sobre obrigações de melhoria no sistema de integridade (caso Getinge, p.e.).

Os casos de monitoria individual relatados aproximam-se da noção desenvolvida na realidade norte-americana, segundo a qual um dado profissional independente é contratado para investigar as falhas de integridade que resultaram na violação legal ou regulatória, identificar as causas dessa falha, e analisar a estrutura da companhia *vis-à-vis* das obrigações normativas, a fim de providenciar um conjunto de recomendações a serem implementadas pela companhia. Sobretudo, o monitor é um agente mandatado pelas autoridades para formular três ordens de questionamentos: o que aconteceu? Por que aconteceu? O que pode ser feito para que não ocorra novamente? (ROOT, 2014).

Em decorrência do acordo celebrado, portanto, a companhia é obrigada a custear o trabalho de um profissional que apresentará recomendações de aperfeiçoamento do ambiente de integridade, e reportará diretamente às autoridades tanto os achados, quanto as recomendações, mas, sobretudo, as medidas que a companhia adotou após as recomendações.

Root aponta ao menos duas razões para esse modelo: transfere custos decorrentes da falha de integridade do Estado para a companhia e agrega uma garantia de aprimoramento do ambiente de quem se mostrou indigno de confiança justamente por permitir-se envolver em atos ilícitos.

Dos casos analisados no tópico anterior, separamos para análise o acordo da EcoRodovias, que disciplina dois apêndices para tratar do tema: Apêndice 1 – Práticas especiais de ética, integridade e transparência, e Apêndice 2 – Monitoramento independente. O primeiro apêndice descreve as obrigações esperadas das autoridades em relação à companhia quanto ao aprimoramento do ambiente de integridade, basicamente segundo os ditames do Decreto n. 8.420/15, enquanto o segundo apêndice trata do processo de escolha e nomeação do monitor (que pode ser profissional de Direito, Contabilidade, Administração de empresas, Economia etc.), do prazo de duração do monitoramento e dos relatórios periódicos a serem entregues às autoridades. A figura, portanto, é bastante próxima daquilo que é compreendido pela doutrina estrangeira.

O caso da J&F Investimentos prevê a constituição de um comitê de supervisão independente, cujas atribuições são definidas por apenas um inciso⁶¹ da cláusula de obrigações da colaboradora. Basicamente, esse comitê possui a atribuição de supervisionar as investigações independentes realizadas no curso da execução contratual, assim como as diversas obrigações assumidas pela colaboradora.

Diferentemente do monitor individual, contudo, seu trabalho deve operar sobre relatórios elaborados, quer pelos investigadores independentes (inciso XX), quer sobre resultados de auditorias que conglobem as diversas obrigações contratuais. Não há, pois, o espaço amplo conferido pela figura do monitor individual, no sentido de formular indagações e sugerir respostas para atendimento por parte da colaboradora: nesta hipótese, o comitê deve realizar um processo de comparação entre as obrigações assumidas e o seu cumprimento, *vis-à-vis* dos relatórios elaborados.

Por fim, há os casos como o acordo da Getinge. Segundo esse modelo adotado, a colaboradora deverá contratar auditoria independente para avaliar seu programa de integridade, como um modelo simplificado de monitoria.

Como já visto, o aprimoramento dos programas de integridades das colaboradoras é um dos principais eixos dos acordos de leniência, havendo quem sustente que esse conjunto de regras que se popularizou pelo anglicismo *compliance* tenha se constituído em um ramo próprio de estudo, denominado *Direito da Conformidade* (WARDE & SIMÃO, 2019).

A ideia é que a revisão desses programas ocorra objetivando a resposta à singela indagação: o programa de conformidade em vigor é eficaz o suficiente para prevenir, detectar e impedir atos ilícitos dentro da corporação quando ocorrerem atos ilícitos? (DE ARAUJO, 2020).

Nessa esteira, os programas de integridade devem buscar colocar as pessoas em situações reais, para que suas reações sejam analisadas e, eventualmente, corrigidas:

People need to be not only instructed in the basic ethical norms but also regularly reminded of them by ways that relate to the issues that they face in their daily lives. This means that providing education, training and information not just in ethical

⁶¹ XXII – Os resultados das auditorias e investigação interna referidas nos incisos XX e XXI serão reportados a um Comitê de Supervisão Independente, formado por 3 (três) membros independentes de reputação ilibada, que poderão ter seus nomes vetados pelo **Ministério Público Federal**, por meio de comunicação fundamentada.

principles but also in practical examples that are relevant to the context in which people operate. (HODGES, 2015, pos. 23954).

Um último ponto de atenção aos acordos entabulados pelo MPF reside na construção de determinadas cláusulas – que devem ser lidas em conjunto –, com a finalidade de possibilitar a que determinados grupos empresariais, gigantescos, possam coexistir com o regramento previsto no art. 4º da Lei Anticorrupção, no tocante à subsistência de responsabilidade em caso de operações societárias, bem como sobre a solidariedade em relação às obrigações pecuniárias.

Esses dispositivos legais voltam-se claramente a evitar que determinadas operações societárias sejam realizadas com a finalidade de esvaziar patrimônio do grupo econômico e, pois, frustrar eventual reparação pelo ilícito causado ao erário. Nota-se, como destaca Oliveira (2018), que a legislação limita a subsistência das obrigações em relação aos casos de fusão e de incorporação societária, silenciando na hipótese de cisão.

Portanto, se a alienação de ativo de um grupo econômico pode ser operacionalizada mediante uma dada reorganização que não implique na automática extensão da solidariedade, esses dois conjuntos de cláusulas dos acordos de leniência vêm a conferir maior segurança jurídica à operação, na medida em que asseguram tanto o adimplemento das obrigações contratuais, quanto a anuência à operação realizada.

7.3. Regulamentação da Lei Anticorrupção e o sistema CGU/AGU

O controle interno do Poder Executivo Federal, com feição mais próxima da atual – órgão central e órgãos descentralizados pelos ministérios –, começou a ser estruturado a partir da Medida Provisória n. 480/94, durante o governo Itamar Franco.

Cuidava-se de estrutura vinculada ao Ministério da Fazenda, com atribuições mescladas ao controle orçamentário e ao planejamento, mas que já possuía atribuições correccionais, como se verifica no inciso X do art. 9º da MP:

X - apurar os atos ou fatos inquinados de ilegais, ou irregulares, formalmente apontados, praticados por agentes públicos, propondo às autoridades competentes as providências cabíveis.

Em 2001, pela Medida Provisória n. 2.143-31, foi criada a Corregedoria Geral da União, objetivando assistir ao presidente da República, direta e imediatamente, em assuntos atinentes à defesa do patrimônio público (art. 6º-A). Com uma estrutura bastante enxuta, era o embrião da CGU, criada pela Lei n. 10.683/03, a partir de então alçada à condição de Ministério.

Com maior autonomia, a CGU incorporou a Secretaria Federal de Controle, e passou a adotar estratégias no sentido de:

a) descentralização coordenada de ações através da criação das Controladorias Regionais da União (CRUs) nos estados da Federação, b) evolução da sistemática de sorteio de municípios a serem auditados e c) difusão de ferramentas de controle social, tais como o Portal da Transparência do Governo Federal. (MASCARENHAS BISNETO et al., 2015, p. 146).

Em 2005, mediante o Decreto n. 5.480, a CGU passa por importante reestruturação, sistematizando a sua atuação em órgão central com capacidade de planejamento das ações correcionais do Poder Executivo federal. Dentre as atribuições adquiridas, está a de avocar expedientes de outros Ministérios, como uma demonstração de primazia na definição de uma política de controle da corrupção, no âmbito do Poder Executivo.

A Lei Anticorrupção veio a coroar esse processo, ao colocar a CGU como ator principal da aplicação de seus dispositivos, especialmente para receber propostas, negociar e celebrar acordos de leniência.

Todavia, como já mencionado, referida lei carecia de regulamentação, com destaque aos dispositivos de avaliação dos mecanismos de integridade, manietando a autoridade administrativa na implementação, sobretudo, dos acordos de leniência, cujo cálculo de multa depende dessa avaliação.

Destarte, como o Decreto regulamentar da Lei Anticorrupção veio a lume somente um ano e sete meses depois da promulgação da lei, a atuação da Controladoria Geral da União acabou em compasso de espera até que ultimada a regulamentação.

7.3.1. Primeiros passos na Controladoria Geral da União

O Decreto n. 8.420 foi editado em março de 2015, muito tempo depois de conhecido o texto final da Lei Anticorrupção. Apesar disso, seu texto manteve-se estável, desde então sem alterações, e permitiu que o programa de leniência da CGU saísse do papel, apesar da sucessiva troca de ministros⁶².

Se o decreto demorou a sair, a CGU não tardou a iniciar a regulamentação necessária para fazer o programa decolar: logo em abril de 2015, editou duas portarias, uma para avaliar os programas de integridade, sob os aspectos de perfil e de conformidade (Portaria n. 909); e outra para regular os procedimentos administrativos de responsabilidade e de negociação dos acordos de leniência (Portaria n. 910).

Ainda havia bastante insegurança quanto ao caminho consensual no âmbito do Poder Executivo. Se o primeiro acordo de leniência com o MPF já estava na praça desde outubro de 2014, ainda havia um caminho a percorrer para equilibrar todo um sistema de competências sobrepostas, com múltiplas relações entre os órgãos de controle.

Não fosse suficiente esse sistema delicado, a Operação Lava-Jato ganhava empuxo no final de 2014, com a prisão de diversos presidentes e funcionários de grandes companhias empreiteiras⁶³, a contribuir para que a temperatura política se elevasse ainda mais. Suspeitas pairavam sobre todos os setores da República, criando um ambiente de desconfiança interinstitucional.

⁶² Foram seis ocupantes do Ministério no período de 2015-2020.

⁶³ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2014/11/na-7-fase-da-lava-jato-pf-cumpre-27-prisoas-em-5-estados-e-no-df.html>. Acesso em: <Inserir a data de acesso>.

Como visto em linhas anteriores, um sistema fragmentado como o nosso necessita de bastante diálogo e negociação entre os atores para permitir que o equilíbrio de competências viesse a atuar para sincronizar todos os elementos componentes da rede de controle da corrupção. Justamente o contrário do que os casos político-criminais ofereciam como ambiente.

Basta dizer que o Tribunal de Contas da União, antes mesmo do decreto regulamentar da Lei Anticorrupção, já havia editado a Resolução n. 74, em fevereiro de 2015, mediante a qual estabeleceu um rito de avaliação dos acordos de leniência pela Corte. Essa resolução expressamente reservou o quinhão institucional do TCU na discussão, ameaçando expressamente as autoridades, com seu poder (relação de controle), como se verifica no art. 4º:

Art. 4º A autoridade que deixar de dar cumprimento aos prazos previstos no art. 2º, salvo motivo justificado, ficará sujeito à multa prevista no art. 58, inciso IV, da Lei n. 8.443/92, na forma do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

Houve uma tentativa de resolver essa questão da insegurança jurídica, modificando-se alguns dispositivos da Lei n. 12.846/13 para tentar alinhar uma solução a essa sobreposição de competências, por exemplo, disciplinando a celebração de acordo de leniência com a participação do Ministério Público. A Medida Provisória n. 703, de dezembro de 2015, revogava também o §1º do art. 17, da Lei de Improbidade, buscando uma coerência maior no sistema normativo.

Essa Medida Provisória acabou não convertida em Lei, ante a grande objeção que se formou contra seu conceito. Como já mencionado, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF chegou a emitir a nota técnica n. 01/2016 recomendando a rejeição ou a modificação de diversos aspectos do parecer do relator, deputado federal Paulo Teixeira, durante a tramitação no parlamento.

Nada obstante esse clima de conflagração, a CGU logrou lançar algumas bases para a negociação de acordos de leniência que se mostraram bastante positivas e podem justificar o êxito posterior.

Essas bases foram expressas em memorando de entendimentos assinado entre autoridades e candidato a colaboradora, com a finalidade de contratualizar a estrutura da

negociação (vide anexo II da tese, minuta). Tal providência foi de suma importância num ambiente de desconfiança e laconismo regulatório.

Destacam-se, da minuta desse documento que o autor recebeu na qualidade de advogado de empresa candidata, duas provisões fundamentais que demonstram a seriedade com que o programa foi gestado:

2.6. Após a assinatura do Memorando, a CGU notificará formalmente a XXXXX por escrito para que esta suspenda os processos de responsabilização relacionados às Investigações da CGU e seus efeitos durante a negociação do Acordo.

Essa primeira disposição não decorre de texto legal, mas de uma interpretação sistemática e teleológica de um sistema consensual, que pressupõe a boa-fé da contraparte, porém, mais do que isso, demonstra a boa-fé da parte governamental. Veremos mais adiante que posições como essa podem decorrer de iniciativas de treinamento específico em matéria de negociação e, sem dúvida, apresentam-se como materialização de boa-fé objetiva na largada das tratativas.

Outra cláusula merece destaque:

5.2.3 caso a CGU ou a AGU decida continuar e/ou iniciar investigação(ões) sobre qualquer (quaisquer) entidade(s) do Grupo Econômico da PJ ou quaisquer dos seus funcionários, acionistas ou administradores, quaisquer pessoas que possam ter recebido Informação(ões) nos termos deste Memorando serão consideradas impedidas para conduzir tal(is) investigação(ões) e serão excluídas da participação em tal(is) investigação(ões).

Trata-se de disposição que assegura mais do que uma singela devolução de documentos em caso de frustração das negociações: assegura-se a que os servidores que tomaram conhecimento da narrativa dos fatos não poderão ter assento em expedientes sancionatórios posteriores. Elimina-se o risco de “engenharia reversa” em prol da acusação, uma vez que a história não pode ser *descontada* da mente de quem ouviu relatos e folheou provas de atos de corrupção.

Como visto anteriormente, esse é um problema que persiste no formato de atuação do Ministério Público Federal, inclusive na recente Nota Técnica 01/2020, que trata das adesões de pessoas físicas aos acordos de leniência e o seu tratamento por parte do promotor/procurador natural dos fatos relatados por essa adesão.

A ideia de um memorando de entendimentos para amparar as negociações trouxe à arena negocial um outro ator: a Advocacia-Geral da União.

7.3.2. Entrada da Advocacia-Geral da União

A Advocacia-Geral da União é o órgão de representação da União perante o Poder Judiciário⁶⁴, e sua atuação nos acordos de leniência previstos pela Lei n. 12.846/13 decorre da própria Lei Complementar n. 73, de 1993, dado ser de competência do Advogado Geral (art. 4º):

VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente;

A aparente antinomia entre o art. 4º, VI, da Lei Complementar n. 73/93 e o art. 16, §10, da Lei Anticorrupção acabou resolvida no melhor espírito consensual: primeiro mediante a celebração de memorandos conjuntos, pontuais caso a caso, e depois com maior institucionalização, mediante a Portaria Interministerial AGU/CGU n. 2.278, de dezembro de 2016.

Essa norma estabeleceu alguns marcos importantes para as negociações, como: (i) comissão composta por representantes dos dois Ministérios; (ii) estabelecimento do memorando de entendimentos para orientar a negociação; (iii) cláusulas mínimas do futuro acordo; (iv) regras de acompanhamento das obrigações pactuadas.

⁶⁴ E também fora dele: CF, “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

A ideia de criar uma comissão composta por servidores de ambos os Ministérios, além de agregar conhecimentos e *expertises* específicos das duas áreas, permite que haja um acompanhamento das discussões desde o seu nascedouro, de modo a que a decisão pela celebração do acordo, por parte dos chefes das respectivas pastas, já possua o devido encaminhamento pelas suas equipas.

De seu turno, o memorando de entendimentos – agora estabelecido como uma das etapas da negociação por uma norma regulamentar – organiza as tratativas, de modo a conduzi-las ao acordo final, ao mesmo tempo em que ajusta os comportamentos na hipótese de insucesso, seja prevendo a devolução de documentos, seja mediante o reconhecimento do impedimento, por parte de quem tomou contato com eles, de atuar em processo sancionatório.

Ao prever um conteúdo mínimo para os acordos, essa Portaria Interministerial contribuiu também para a uniformidade dos acordos de leniência celebrados pela Controladoria Geral da União e Advocacia-Geral da União. Ainda que haja alguns acordos destoantes, principalmente em relação aos primeiros celebrados, há uma marca de padronização, que é importante para a sua consolidação.

Como visto antes, a previsibilidade de comportamento – e a padronização de cláusulas é uma forte sinalização nesse sentido – configura medida que joga papel central na postura dos atores envolvidos. Pelo lado da empresa, permitirá que precifique com maior exatidão o significado de celebrar um acordo de leniência, pelo cotejo das cláusulas de acordos similares. Pelo lado dos demais atores públicos (os outros componentes da rede), ajusta as expectativas no sentido de uma sincronização.

Por fim, ao estabelecer regras de acompanhamento quanto às obrigações pactuadas, o memorando contribui para o vetor de eficácia dos acordos.

A Portaria Interministerial n. 2278/16 sofreu aprimoramentos pela Portaria Interministerial n. 04/19, sobretudo no que respeita a apoio técnico às comissões de negociação.

Outro efeito positivo dessa atuação conjunta entre CGU e AGU foi a Instrução Normativa n. 2/2018, que explicitou metodologia para cálculo de multa durante as negociações para um acordo de leniência. Novamente, esses dois órgãos atuaram para conferir previsibilidade a um pretendente à colaboração.

7.3.3. Estrutura jurídica

O Poder Executivo federal celebrou 11 acordos de leniência, um terço da quantidade celebrada pelo Ministério Público Federal. De um modo geral, seus acordos são mais padronizados que os do MPF⁶⁵, e uma razão para isso pode estar no fato de haver uma centralização em AGU/CGU, ao passo que impera a independência funcional no âmbito do *parquet*.

Especificamente quanto à estrutura dos acordos, logo após a qualificação das partes celebrantes, há um conjunto de cláusulas descrevendo com algum detalhe as tratativas. Como aponta Onofre (2007), trata-se de referência importante para a transparência do processo negocial que confere ganhos ao instituto. Nessa linha de conferir transparência, encontram-se cláusulas acerca do cumprimento dos requisitos da Lei Anticorrupção, dos benefícios alcançados pela leniência e cumprimento das obrigações pactuadas.

O fundamento jurídico invocado para a celebração contempla a Lei Anticorrupção, a Lei de Improbidade, a Lei 13.140/15, a Portaria CGU/AGU n. 2.278/16 (posteriormente substituída pela Portaria CGU/AGU n. 04/19), a Instrução Normativa n. 02/18, além de tratados internacionais⁶⁶ de que o Brasil faz parte.

Tal qual o modelo do MPF, as condutas lesivas são indicadas em tantos anexos quanto bastarem para individualizá-las. Esse formato permite uma organização do acordo, além de garantir que as investigações sejam realizadas cada qual a seu tempo, sem a necessidade de progredirem todas ao mesmo e exato momento.

Esses acordos indicam os quatro principais objetivos a serem perseguidos com a celebração: (i) efetividade no combate à corrupção; (ii) reparação dos danos causados ao erário;

⁶⁵ Há algum padrão nos acordos MPF, sobretudo se considerados aqueles celebrados em cada força-tarefa (p.e., o “padrão-Curitiba”, o “padrão-RJ etc.). Há, todavia, uma uniformidade maior em CGU/AGU. E, ademais, as sucessivas manifestações da 5ª CCR têm estabelecido condições visivelmente no propósito de conferir esse reclamado padrão.

⁶⁶ **Decreto** n. 3.678, de 30 de novembro de 2000 (que promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997); **Decreto** n. 4.410, de 07 de outubro de 2002 (que promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996); **Decreto** n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003).

(iii) continuidade da empresa; e (iv) incremento da cultura de integridade. Apontam, portanto, para a ideia da eficiência e para a prevenção.

A empresa colaboradora assume compromissos explícitos, de assunção da responsabilidade objetiva pelos atos narrados nos anexos, de cessação do envolvimento em conduta ilícita, de continuidade da cooperação com autoridades no aprofundamento das investigações.

Caso haja identificação de fatos não narrados nos anexos do acordo, e isso não tenha decorrido de omissão intencional por parte da empresa, os acordos da CGU/AGU preveem a possibilidade de sua inclusão, com extensão da proteção jurídica, além de previsão de aditamento em caso de impacto econômico nas condições pactuadas inicialmente.

Ainda na estrutura jurídica, esses acordos apresentam um breve sumário daquilo que necessita ser aprimorado no programa de integridade da empresa colaboradora, bem como cláusulas de acompanhamento e monitoramento dessas obrigações, pela equipe da Controladoria Geral da União, inclusive com previsão de visitas *in loco*.

Tal qual em alguns acordos celebrados pelo MPF, CGU/AGU oferecem ainda a possibilidade de emissão de certidões de adimplemento do pactuado, com a finalidade de conferir segurança à alienação de ativos, desde que não configurada fraude, mediante o compromisso de não propor ação judicial em face da adquirente. Essa medida vai ao encontro da necessidade de preservação da empresa que tenha de se desfazer de ativos para possibilitar o soerguimento de suas atividades, em razão do forte impacto que o envolvimento em caso de corrupção ocasiona.

As cláusulas de rescisão apresentam-se de forma mais detalhada, com expressa referência à validade da prova, em caso de descumprimento pela colaboradora.

Um ponto adicional: as relações de rede descritas no item 7 desta tese deixaram marcas explícitas nos acordos de leniência celebrados por CGU/AGU.

Uma dessas marcas, sobretudo em relação às empresas que contam com acordos celebrados com o MPF, é a previsão, ou de desconto, ou compensação, com as multas pactuadas perante a CGU/AGU. Sem dúvida, trata-se de cláusulas tendentes a estimular a sincronização entre as agências de controle da corrupção, na medida em que operam contra a sobreposição indiscriminada de multas com a mesma base factual.

Outra marca pode ser verificada nas cláusulas que disciplinam a atribuição do TCU, ora reafirmando que o acordo não interfere na atuação da Corte, ora ressaltando a atribuição da AGU representar os interesses do TCU. Na verdade, esse conjunto de cláusulas parece responder a uma investida do TCU em relação aos agentes públicos lotados na CGU e na AGU, até por conta da Resolução n. 74/15, do TCU, que os ameaçava com multa se não observassem os procedimentos de remessa de informações.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado pela CGU a intervir nessa discussão e, por intermédio do MS n. 34.031, suspendeu a requisição de documentos pelo TCU.

Essa breve narrativa permite construir a hipótese segundo a qual o TCU invocou sua relação de controle na interação com CGU e AGU, e esses órgãos reagiram solicitando a imunização dessa relação pelo Judiciário, ao mesmo tempo em que fizeram inserir nos acordos cláusulas que referissem à relação de representação (AGU representa TCU em suas decisões) e também de competição forte (TCU preserva competências).

O resultado pode não ter sido o mais positivo quanto à segurança jurídica, mas permitiu que os primeiros acordos viessem a público.

7.3.4. Acordos em espécie

Como referido, a parceria entre Controladoria Geral da União e Advocacia-Geral da União rendeu 11 acordos de leniência já tornados públicos (anexo III), além de outros em negociação⁶⁷. Esses acordos podem ser verificados na tabela 11, já destacadas as relações identificadas entre as agências de controle da corrupção:

Acordo	Cooperação	Representação	Competição	Competição forte
SBM Offshore	Cláusulas 11.8, 14.2	Cláusula 11.5	Não identificada	Cláusulas 11.5.1, 14.1, 16.4, 16.9
OAS	Cláusulas 8.8, 8.9, 13.6	Cláusulas 13.8, 13.8.1	Cláusula 13.9	Cláusulas 13.17, 16.1
Nova Participações S/A	Cláusulas 8.9, 8.10, 13.6	Cláusulas 13.8, 13.8.1	Cláusula 13.9	Cláusulas 13.17, 16.1
Bilfinger	Cláusulas 2.1.4, 2.1.5, 16.2	Não identificada	Não identificada	Cláusulas 13.8, 16.1
UTC Participações S/A	Cláusulas 13.10, 16.2	Cláusula 13.4	Não identificada	Cláusulas 13.4.1, 13.11, 16.1
Camargo Corrêa	Cláusulas 2.1.3, 2.1.4, 7.4, 8.3, 8.10, 13.1.5	Cláusula 13.6	Cláusula 13.7, 18.8.2	Cláusulas 13.5, 13.6.1, 13.16, 16.1
Mullenlowe e FCB Brasil	Cláusulas 1.2.1, 2.1.3, 5.3.2, 5.3.3, 5.4.1, 15.2	Cláusula 12.8	Não identificada	Cláusulas 12.7, 12.9, 15.1
Andrade Gutierrez	Cláusulas 2.1.4, 2.1.5, 8.3, 8.9, 8.10, 13.1.5, 13.4, 13.13, 13.14	Cláusulas 13.5, 13.5.1	Cláusula 13.6	Cláusulas 13.15, 13.17, 16.1
Odebrecht	Cláusulas 8.8 a 8.11, 14.2, 14.6, 17.2	Cláusula 14.5	Cláusula 14.7	Cláusulas 14.5.1, 14.13, 17.1
Braskem S/A	Cláusulas 2.1.3, 2.1.4, 8.5, 13.6	Cláusula 13.8	Cláusula 13.9	Cláusulas 13.8.1, 13.17
Technip Brasil e Flexibras	Cláusulas 8.2, 8.10, 13.13	Cláusula 13.6	Cláusula 13.8	Cláusulas 13.5, 13.7, 16.1

Tabela 11 – Resumo dos acordos, destacando cláusulas que materializam relações entre agências.

Já dissemos que esses acordos se apresentam com maior padronização, acaso comparados com aqueles celebrados pelo Ministério Público Federal. Algumas explicações plausíveis podem residir quer na forma como são organizadas CGU/AGU (órgãos centralizados) e MPF (máxima descentralização), quer em uma maior maturação do programa em CGU/AGU antes de saírem os primeiros acordos.

Ainda assim, nota-se que um dos acordos, celebrado com a empresa Bilfinger, apresenta-se redigido de forma não usual para um documento oficial: este documento foi bicolunado com dois idiomas, a despeito de materializar uma solução consensual para aplicação de penalidade por autoridade brasileira.

⁶⁷ Segundo divulgado pela imprensa, havia 23 outros acordos em negociação em dezembro de 2019.

Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/agu-planeja-recuperar-mais-de-10-bilhoes-em-acordos-de-licenciencia-em-2020-24140464>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

Merece destaque, ainda, o acordo celebrado com a empresa Andrade Gutierrez, que traz importante cláusula para preservar a lógica de um sistema compostos de inúmeros órgãos em rede:

8.9. As PARTES reconhecem que as RESPONSÁVEIS COLABORADORAS não deverão se sujeitar a pagamentos em duplicidade nos ressarcimentos relacionados aos atos lesivos descritos no ANEXO I, e relativos aos contratos listados no ANEXO II do presente Acordo, devendo as INSTITUIÇÕES CELEBRANTES adotar as medidas cabíveis perante outros órgãos, entes e entidades da Administração Pública interessados a fim de assegurar que a veiculação de pretensões autônomas por esses órgãos, entes e entidades não enseje pagamento em duplicidade.

Essa previsão assegura que, malgrado o sistema esteja pulverizado em diversas agências, perante a empresa colaboradora o sistema seja encarado como uma unidade que representa o Estado, assemelhando-se à visão que Barcelos (2017) apresenta para a rede: não devemos tomá-la como um conjunto de unidades, senão como um todo integrado por diversas relações.

Outras disposições importantes desse mesmo acordo encontram-se na cláusula 8.10 e seguintes, que preveem pagamento a entes subnacionais, acaso haja adesão ao ajuste, com compromisso de não ajuizamento de ação, por parte dos aderentes, em face da empresa colaboradora.

Há, ainda, a possibilidade de adesão de pessoas físicas, com a finalidade de complementar as descrições de fatos e somente para questões cíveis e sob competência de AGU/CGU, como ações de improbidade e processos administrativos sancionadores. Esse tipo de previsão encontra-se nos acordos de OAS, Odebrecht, Nova, Braskem, dentre outros.

No capítulo seguinte, aprofundaremos essa questão das adesões de pessoas físicas, além de outros aspectos que merecem destaque nesses acordos, sobretudo no sentido de impulsionarem a sincronização das demais agências integrantes do sistema.

7.3.5. Aspectos de relevo

Abordaremos, neste tópico, alguns aspectos que merecem destaque no processo de construção dos primeiros acordos de leniência por Controladoria Geral da União e Advocacia-Geral da União.

Como visto anteriormente, a relação de CGU e AGU com o Tribunal de Contas da União, relativamente ao programa de leniência, apresentou-se tensa e complexa: tensa, porque o TCU arguiu seu poder de aplicar sanções aos gestores; complexa, porque diversas relações entre as agências foram invocadas com potencial risco à celebração dos acordos.

Uma primeira tensão se estabeleceu entre o TCU e as demais agências de controle da corrupção, sobretudo quanto ao valor de ressarcimento dos danos ao erário, em razão do acórdão n. 3089/2015. Essa decisão da Corte de Contas, baseada em estudo elaborado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo, Gás Natural e Mineração (SEINFRA-Petróleo), procurou estabelecer um cálculo *ex ante* para ressarcimento de danos, calculados à razão de 17% sobre o valor original dos contratos maculados:

9.1.1. o “valor mais provável” do potencial prejuízo causado na Petrobras na redução dos descontos nas licitações, no período de 2002 a 2015, em razão da existência dos cartéis na Diretoria de Abastecimento, é de 17% em relação à estimativa das licitações tomando por base metodologia econométrica e dados de regressão consagrados internacionalmente e fartamente aceito pelas cortes americanas (Harkrider e Rubinfeld - 2005; e Korenblit - 2012) e brasileiras (Supremo Tribunal Federal (STF), RE 68.006-MG);

9.1.2. o “potencial prejuízo” informado refere-se ao chamado *overcharge*, assim denominado como a diferença entre o valor cobrado por um determinado produto em um ambiente monopolizado e o valor que deveria ser cobrado caso este produto fosse vendido em um ambiente competitivo;

9.1.3. o parâmetro supra relacionado, na ausência de dado mais robusto, em presunção *juris tantum*, servirá de base para a avaliação de legalidade e legitimidade dos eventuais acordos de leniência que venham a ser pactuados com base na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), nos termos da IN-TCU 74/2015, especificamente no que se refere aos contratos executados na Diretoria de Abastecimento da Petrobras em que participaram as empresas investigadas na “Operação Lava Jato”.

Essa decisão demonstra que o TCU, invocando a irrenunciabilidade do ressarcimento ao patrimônio público, estabeleceu, antes mesmo da celebração de acordos por CGU e AGU, um parâmetro de cálculo que deveria ser utilizado *na ausência de dado mais robusto*, ignorando a realidade de cada negociação, algumas nem sequer iniciadas, e também a perspectiva de eficácia de um processo sancionatório tradicional (como visto no estudo do CNJ, em se tratando de uma ação de improbidade, cerca de 4% dos casos analisados atingiu o ressarcimento integral dos danos).

Essa é uma temática a ser retomada no tópico 8.2, a seguir; todavia, demonstra como a questão da indisponibilidade do ressarcimento quase interditou a implementação do programa de leniência anticorrupção.

Como o MPF não se encontra submetido ao Tribunal de Contas da União, na sua atividade finalística, a relação de controle do TCU não foi invocada para pressionar o *parquet*, ao contrário do que ocorreu em relação a CGU/AGU. Já mencionamos que essa relação acabou imunizada pelo MS n. 34.031.

O mesmo, contudo, não se pode dizer em relação às empresas colaboradoras. O TCU prosseguiu seus expedientes em desfavor das empresas que celebraram acordos de leniência com o MPF e também com CGU/AGU, ameaçando-as com a aplicação de pena de inidoneidade.

O Supremo Tribunal Federal foi novamente convocado a intervir e suspendeu tais ameaças. Em julgamento já iniciado – embora ainda não concluído no momento de desenvolvimento deste trabalho –, o voto do ministro Gilmar Mendes, relator, assim destacou:

Ao contrário do que se poderia intuir, a necessidade de cooperação e coordenação entre as instituições envolvidas no chamado Microssistema Anticorrupção não é apenas uma medida de garantia da segurança jurídica que opera a favor das empresas que negociam com o Estado. Ao contrário, trata-se de verdadeira condição de efetividade dos instrumentos de leniência.

[...]

A concretização desses dois objetivos – alinhamento institucional e preservação da segurança jurídica – demanda contínuo esforço de diálogo entre os órgãos e entidades imbuídos do combate a atos de macrocriminalidade econômica. Tal esforço é

fundamental para estimular a realização de novos acordos de leniência, que são compreendidos como instrumento-chave para a detecção ilícitos secretos e com alto potencial lesivo ao Poder Público. (MS 35.435).

Dado o dissenso do TCU em relação a pontos sensíveis dos acordos, relacionados a fórmula de ressarcimento de danos e seus efeitos nas diversas esferas de responsabilização, a solução alcançada pelo Supremo Tribunal Federal foi desconectar pontual e parcialmente a Corte de Contas da rede de tutela da moralidade. Parcialmente, porque restou aberta a possibilidade de persecução de danos complementares àqueles pactuados pelo acordo, desde que seja considerada a *sua proporcionalidade e os impactos sobre os acordos pactuados com a Administração Pública*.

A extensão do que essa ressalva possa se configurar na prática ainda necessita de esclarecimento pela conclusão do julgamento, assim como por conta de eventual provocação dos interessados na discussão. Não é de se admitir, por exemplo, solução que impacte severamente nos acordos entabulados, como a fixação excessiva de valores de ressarcimento para além da realidade econômica suportável pela companhia.

De uma forma ou de outra, essa relação tensa com a Corte de Contas deixou marcas nos acordos celebrados por CGU/AGU, como visto nas cláusulas que apresentam ressalva em relação às atribuições do Tribunal de Contas da União e à obrigação de Advocacia-Geral da União em atuar na defesa das posições por este adotadas.

Outro ponto interessante que a interação entre os órgãos de controle produziu foi a reprodução do modelo de adesão de pessoas físicas para auferir proteção jurídica sob o guarda-chuva dos acordos de leniência. Essa questão foi analisada anteriormente, quanto aos acordos do Ministério Público Federal, no tópico 7.2.5.

Aqui, em CGU/AGU, a questão é bem menos complexa, dado que esses órgãos são estruturados hierarquicamente e a aceitação das adesões se processa de forma centralizada, sem a necessidade de uma segunda confirmação, por parte de quem irá usar a informação oferecida pela pessoa física aderente, no processo judicial ou administrativo respectivo.

Se a interação *MPF → CGU/AGU* possuiu o condão de introduzir nos acordos de CGU/AGU a ideia do aderente pessoa física (apesar de a Lei Anticorrupção não prever essa possibilidade), a relação em sentido inverso poderia estimular a que o MPF buscase uma

solução que evitasse essa dupla necessidade de aceitação do relato – pelo procurador que celebrou o acordo e, posteriormente, pelo destinatário da narrativa, na qualidade de procurador natural.

Por fim, há o tema da garantia de devolução de documentos e informações, que não é propriamente uma construção contratual, mas faz parte da negociação, desde as primeiras experiências. Como mencionado antes, CGU/AGU estruturaram as negociações com o auxílio de um memorando de entendimentos que assegura a não retenção de informações em caso de insucesso da negociação, inclusive pelo impedimento de servidores que tomaram contato com provas.

Trata-se de solução que opera para reafirmar o ambiente de negociação enquanto arena para identificação de possível espaço de consenso, com mensagem clara de que as trocas de informações não serão utilizadas com outra finalidade que não a celebração do ajuste. Esse mecanismo dialoga com a ideia de *reputação* do órgão em questão, como veremos no tópico 8.1.

7.4. Outras soluções negociais utilizadas

Além do acordo de leniência (arts. 16 e 17, da Lei n. 12.846/13) – sob a roupagem do MPF, ou sob CGU/AGU – há outros mecanismos de endereçamento de casos de corrupção mediante solução consensual. Já se mencionou, páginas atrás, que a legislação brasileira prevê ao menos três formas distintas para solução negocial, no aspecto cível-administrativo.

A primeira dessas hipóteses para solução consensual advém do *permissivo genérico* (PALMA, 2010) estabelecido pelo art. 26 da Lei de Introdução do Direito Brasileiro:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Nota-se, da leitura do dispositivo, que a autorização conferida por esse dispositivo legal abarca situações de *irregularidades* para tomar compromisso dos envolvidos e eliminar situação contenciosa na aplicação do Direito público. Conquanto esse dispositivo possa ser enquadrado no permissivo genérico para celebração de ajustes envolvendo casos de corrupção, parece-nos que a existência de normas específicas para os regimes de improbidade e da Lei Anticorrupção afastem a sua incidência isolada a esses casos.

Todavia, tendo em vista que as demais normas foram extremamente econômicas no estabelecimento do regime colaborativo, o art. 26 da LINDB pode ajudar a conferir algum contorno adicional para auxiliar na consecução dos programas de leniência. *Vide*, por exemplo, o inciso III, do §1º do dispositivo, que veda o afastamento permanente de regra de caráter geral ao compromissário específico, ou o inciso IV, que impõe a necessidade de compromissos claros, prazos para seu cumprimento e sanções em caso de inadimplemento.

Embora possa parecer óbvio, esse tipo de regramento propicia a construção de algum grau de uniformidade para os acordos em matéria de corrupção, recordando que, além de MPF e CGU/AGU, há 27 Ministérios Públicos Estaduais e estruturas de controle vinculadas ao poder executivo em nível estadual e municipal.

Tome-se, por exemplo, a modificação do art. 17 da Lei de Improbidade, promovida pelo denominado Pacote Anticrime. A versão promulgada da norma sinteticamente revogou a vedação que constava do §1º, do artigo 17, e, em seu lugar, inseriu um enigmático *acordo de não persecução cível*:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

A versão aprovada pelo Congresso era um pouco mais detalhada e previa um artigo 17-A, com o seguinte texto:

Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

I - o integral ressarcimento do dano;

II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;

III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.

§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.

§ 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.

§ 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

§ 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.

§ 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

Como se vê, a ideia seria conferir ao acusado da prática de improbidade a possibilidade de celebração de acordo que previsse um conteúdo mínimo relacionado a reparação do dano,

reversão de vantagem e multa de até 20% do dano verificado, bem como a sua homologação interna ao Ministério Público e pelo juízo competente.

As razões de veto explicitaram uma questão relacionada às ações promovidas pelo ente lesado: esse art. 17-A somente tratou da hipótese de acordo pelo Ministério Público. Nada obstante, há outros inconvenientes, como a ausência de tratamento dos demais temas tratados nos acordos de leniência, como cooperação em investigações e compromisso de integridade.

Aliás, nem sequer se menciona a necessidade de confissão em relação à matéria de fato tratada na ação de improbidade, tampouco acerca das demais sanções previstas pelo art. 12, da Lei n. 8.429/92.

Em princípio, admitir-se-ia acordo com a singela obrigação de pagamento de uma multa de até 20% calculada sobre o valor do dano identificado, sem necessidade de confissão e sem o sancionamento relativo às demais penas da lei de improbidade, como a vedação à contratação pelo poder público, o recebimento de incentivos fiscais e creditícios e, em relação a pessoas físicas, a suspensão de direitos políticos.

Por óbvio que esse texto configuraria um desincentivo à modalidade de acordos que foram celebrados por MPF e por CGU/AGU, na medida e que a solução desse art. 17-A conferiria um regime sancionatório deveras mais brando e com menores exigências, como a confissão e a cooperação com o desvelamento de detalhes em relação aos ilícitos. Em boa medida, foi vetado, pois.

À Ciência Política competiria estudar se tal pretensão configurou uma tentativa de reação ao programa de leniência e seus impactos na corrupção política de larga escala que se verifica no Brasil. Do ponto de vista estritamente jurídico, a construção do art. 17-A configurar-se-ia em um atalho à solução negocial que se estabeleceu a partir de 2014, e cujas consequências, como notório, foram bastante agressivas para agentes políticos envolvidos em relacionamentos indevidos com agentes econômicos privados.

O laconismo do dispositivo remanescente (DEZEM & SOUZA, 2020), embora fragilize uma solução uniforme em relação ao país como um todo, permitiu que soluções fossem construídas a partir da regulamentação local. Em São Paulo, o Ministério Público Estadual editou a Resolução n. 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020, que estabelece condições mínimas para a celebração desse tipo de ajuste.

Mediante essa resolução, o MPSP impôs a exigência de assunção de responsabilidade (art. 5º, V), compromisso de colaboração com investigações (art. 5º, VI), e previsão de aplicação de duas ou mais medidas sancionatórias na hipótese de ato previsto no art. 9º, ou uma ou mais medidas, na hipótese de atos previstos nos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92 (art. 5º, VIII), além de outras obrigações.

Uma outra figura que se apresentou para a solução negociada em casos de corrupção, principalmente pelo MPSP, enquanto ainda vigia a vedação à transação pela Lei de Improbidade, foi o termo de autocomposição, tratado no item seguinte.

7.4.1. Termo de autocomposição

A previsão para o estabelecimento de termo de autocomposição em matéria de improbidade administrativa foi introduzida como um §4º, ao art. 36 da Lei n. 13.140/15:

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da

União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Ainda que inocule uma autorização para casos de improbidade, a utilização desse dispositivo apresenta uma dificuldade decorrente da vinculação do parágrafo ao *caput* do art. 36, que o limita a “conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal”.

A despeito dessa dificuldade, o MPSP logrou subscrever alguns termos de autocomposição, com a finalidade de colocar termo a ações (ou pretensões) relacionadas à improbidade administrativa. A estrutura geral desses documentos (anexo IV) é bastante similar a um acordo de leniência do Ministério Público Federal, e prevê a pactuação de danos e multa, cooperação com investigações, garantia de não ajuizamento de ações em relação à empresa, a colaboradores e ao grupo econômico.

Pelo acordo, a única homologação prevista seria a judicial – sem passar por órgãos internos de controle do MP – e isso parece ter ocorrido ante resistências quanto à solução negociada enquanto vigorava a restrição da Lei de Improbidade. Em mais de uma oportunidade⁶⁸, o órgão ministerial em segundo grau proferiu parecer contrariamente à celebração desses ajustes, notadamente calçado na redação original do art. 17, §1º da Lei n. 8.429/92.

Com a modificação legislativa, e a edição da Resolução n. 1.193/2020-CPJ, pacificou-se a questão, no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo.

7.4.2. Adesão a acordos de outras esferas

Uma última alternativa, que parece ser a mais aderente ao formato em rede do sistema de agências de controle da corrupção, principalmente em casos complexos, porque multifacetados, seria a celebração de um único ajuste com a autoridade que saísse na frente da

⁶⁸ Agravos de instrumento n. 2192659-75.2018.8.26.0000 e n. 2216000-33.2018.8.26.0000, perante o Tribunal de Justiça de São Paulo.

identificação do ilícito, mediante a confissão ampla dos fatos perante essa autoridade, e a subsequente adesão das demais agências ao quanto pactuado, para permitir-lhe acesso a provas e demais elementos de narrativa.

Essa solução foi a buscada em alguns dos acordos do Ministério Público Federal e de CGU/AGU, como visto anteriormente, com algum grau de experimentação que incluiu até mesmo a ideia de um *juízo universal* para fins reparatórios e sancionatórios (p.e., acordos celebrados pela Força-tarefa da Operação Lava-Jato no Rio de Janeiro, acordos da Odebrecht e da J&F Investimentos com o MPF).

A construção dessas adesões permitiria ajustar adequadamente as relações entre os elementos da rede, inclusive estendendo a proteção jurídica para outros órgãos, como CVM, Receita, CADE e o próprio Tribunal de Contas, de modo a que fosse assegurada, por um lado, a proteção jurídica conferida à empresa colaboradora, e, por outro, a plena capacidade de utilização das provas e narrativas oferecidas por intermédio do acordo. Tudo isso sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Essa ideia permitiria conferir uma espécie de precedência ao órgão que primeiro entabulasse o acordo de leniência.

Seria, pois, uma forma de estabelecer as relações contratuais de forma respeitante às características em rede do sistema de defesa da moralidade administrativa ou de controle da corrupção.

8. Questões críticas no sistema

Como visto no início do capítulo anterior, nosso sistema de defesa da moralidade ou de controle da corrupção possui características de uma rede, porquanto fragmentado em diversos órgãos com interação de *co-competição* entre si, além de relações de controle e de representação estabelecidas por alguns deles (*vide* tabelas 5 e 8).

Essa característica, aliada a uma legislação minimalista, implica um sistema com elevada capacidade de adaptação em cada situação concreta, permitindo que os órgãos se reconfigurem e se adaptem fácil e rapidamente para lidar com um fenômeno cuja característica principal é a sua criatividade para escapar aos órgãos de controle. Todavia, a governabilidade desse sistema é questão complexa que necessita de um olhar para além da visão hierárquica tradicional.

Barabasi (2016) aponta que essa característica da rede possui uma dinâmica específica, regulada por leis próprias, independentemente da área em que a rede esteja inserida (Biologia, Física, Ciências Sociais, Direito). E isso precisa ser levado em conta pelo Direito ao lidar com uma rede: quer na sua regulação, quer nos contratos que com ela interajam, quer nas decisões administrativas ou judiciais a seu respeito. Essas estruturas funcionam como o uma esfinge que devora quem não compreende ou não respeita essa sua característica.

Um exemplo eloquente, em relação ao desrespeito à lógica da rede, pôde ser constatado em caso famoso⁶⁹, em que uma personalidade pública pretendeu retirar vídeo de plataforma *online* e até conseguiu decisão judicial favorável. Mas a rede foi cruel: multiplicou esse vídeo e, por consequência, a exposição que se pretendia evitar, *viralizando* o conteúdo indesejado.

Ao lidar com estruturas fragmentadas, a dogmática terá de se ocupar não mais com ficções como a racionalidade⁷⁰ do legislador, mas buscar padrões do “algoritmo” (LAUDER, 2016). E a teoria de rede é um caminho para compreender e lidar com esses fenômenos.

⁶⁹ Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/10/por-que-o-caso-cicarelli-x-google-pode-ser-o-ultimo-do-tipo-no-brasil.html>. Acesso em: 15 de setembro de 2020

⁷⁰ Como aponta Calsamiglia (1990, p. 96): “La comunidad dogmática mantiene la creencia en la racionalidad intrínseca del legislador. Le atribuye unas propiedades que no coinciden con la realidad de los legisladores. El término legislador sugiere una entidad suprapersonal más poderosa y sabia que cualquier ser humano con unas cualidades elevadas a gran potencia. Se sostiene que el legislador tiene una voluntad superior. Si analizamos quién es él legislador, cómo se elaboran las leyes, veremos que el legislador no es un semidiós sino que la ley es el producto de la actividad de unos hombres”.

Não bastasse a complexidade do sistema em rede, vimos que a introdução do mecanismo consensual atua para “embaralhar” essas relações e, se a sua utilização não for adequadamente calibrada, o risco é de cair em desuso. Com efeito, analisamos no item 4.2. desta tese que os acordos de leniência necessitam de uma estrutura de incentivos, sob a ótica da economia comportamental, para que atraia interessados na solução.

Dentre esses incentivos, sobressai a necessidade de respeito ao pactuado com uma das *tranches* do Estado: há de assegurar ao colaborador a fruição daquilo que o atraiu para a celebração de um acordo que incorpora confissão de condutas, abandono de posições jurídicas defensivas e o pagamento de quantias normalmente elevadas.

Importa, pois, que as estruturas fragmentadas do Estado, assim que um dos elementos da rede entrar em acordo com a colaboradora, “desliguem” suas relações de competição e passem a operar no “modo cooperação”. Se assim não procederem voluntariamente, que essas relações sejam “deligadas”, quer mediante cláusulas contratuais que desautorizem a utilização de provas e narrativas por quem não respeitar a pactuação, quer por decisões judiciais que coarctem posições de dissenso contra quem colaborou com o Estado.

Analisamos, nos acordos em espécie do MPF e de CGU/AGU, que subsistem, na maioria dos casos, obrigações de colaboração com investigações não apenas conduzidas pelas autoridades que subscreveram o acordo, mas com outra, genericamente retratadas, que possam ter interesse nos fatos revelados.

Se tomadas isoladamente, essas autoridades beneficiárias do acordo sem contrapartida clara – até porque dele não são subscritoras – encontrar-se-iam na cômoda posição de receber narrativas e contraprestações informacionais sem qualquer ônus, ao passo que o colaborador teria, contra si, o risco de perder os benefícios pactuados com o órgão celebrante. Isso configura um contrassenso e deve haver intervenção para corrigir uma interpretação *irresponsável*⁷¹.

Há que atuar para cominar responsabilidade a essas autoridades que se pretendem valer do acordado sem se pretender vincular ao pacote de estímulos que foi oferecido, pelo Estado, àquele que se despiu de teses e posições defensivas. E romper com o tratamento estigmatizante em relação ao colaborador, ao oferecer-lhe apenas rebotinhos de uma proteção jurídica

⁷¹ Diz-se *irresponsável* pela literalidade do termo: alguém que não responde pela contrapartida ajustada com o colaborador.

pactuada. A vinculação de todo o Estado é uma necessidade e o ideal é que ocorra no âmbito negocial, dada a característica dessa nova realidade de aplicação do Direito (MORAND, 1999).

Essa vinculação cogitada não se trata de matéria estranha ao Direito brasileiro. No plano civil, os artigos 861 a 875 do Código Civil disciplinam a *gestão de negócios*, impondo ao *dono do negócio* cumprir as obrigações contraídas em seu *nome*, ainda que à sua revelia (art. 861):

Art. 869. Se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão.

Note-se que, no exemplo do Direito civil, estamos tratando de personalidades jurídicas distintas, com interesses diversos. Quando tratamos de um sistema de proteção da moralidade administrativa, todos os órgãos componentes representam o Estado, alguns com personalidade jurídica própria, outros integrando esferas diversas da federação. Mas são todos órgãos de Estado, criados não com uma finalidade ensimesmada, senão no interesse de bem regular a vida em sociedade.

Encontramos em Teubner (2011, p. 8) uma provocação interessante sobre como o Direito – e a dogmática – pode lidar com o fenômeno de redes empresariais, que se organizam para alcançar escala, articulando-se e desarticulando-se com a velocidade necessária para ampliar sua atuação, conquistar mercados e adaptar-se continuamente à realidade:

“Judicial irritation”—the concept has a double significance: judges are irritated by network phenomena and are provoked to respond to these anomalies with piercing liability. In turn, precedent on piercing liability irritates doctrine, which regards such seemingly equity-oriented or *ad hoc* exceptions to privity of contract as a challenge to the workability of doctrinal concepts. Is traditional doctrine able to characterise network phenomena such that simple equitable exceptions can be transformed into conceptually precise rules that both do justice to reality and are founded in principle?

Essa ideia da *piercing liability* pode auxiliar no lidar com situações que são comumente enfrentadas por colaboradores da Justiça – quer sejam pessoas jurídicas, quer sejam indivíduos

– nas suas relações, por exemplo, com a Receita Federal, que se apropria de dados, informações e narrativas apresentadas em acordos de leniência e de colaboração, para fins tributários e, com isso, acabam por desorganizar toda uma equação que se formou no íntimo do colaborador quando decidiu pela solução consensual.

É um problema de *accountability* dos demais elementos da rede, em relação à pactuação ajustada e que merece ser enfrentada de maneira firme quer seja em cláusulas contratuais vedando esse tipo de atuação predatória, quer seja mediante decisões administrativas ou judiciais que desestimulem (ou mesmo anulem) esse tipo de comportamento.

Nem se argumente que uma situação como essa atuaria por eliminar a capacidade de exação do Fisco, para ficar em nosso exemplo. Como estamos tratando de um sistema em rede, rapidamente há condições de haver uma adaptação e passar-se a incorporar a questão tributária no momento de discussão das condições negociais. Aliás, isso de certa forma já ocorreu no acordo da J&F Investimentos com o MPF, na medida em que se autorizou o desconto de eventuais multas tributárias decorrentes dos fatos relatados, da multa pecuniária prevista no acordo.

Black (2008) problematiza essa relação entre diversos órgãos reguladores em relação policêntrica, destacando que dela deriva o *problema de muitas mãos*: qual é a melhor forma para exigir responsabilidade por cumprir a pactuação: deve ser utilizada a lógica de regimes hierárquicos, em que um responde pelos demais, ou cada um responde por toda a constelação de reguladores, ou, ainda, cada um deve responder apenas pela parcela que lhe compita dentro do sistema?

A disrupção do modelo hierárquico tradicional traz inúmeros questionamentos como esse e, repita-se, a solução mais adequada passa por trabalhar com a negociação e com o diálogo, ressaltando-se a adoção de medidas unilaterais, inclusive judiciais, em última hipótese, e sempre respeitando-se a característica de rede desse sistema.

Um exemplo sobre como a atuação hierárquica, ainda que bem-intencionada, não dialoga com o sistema pode ser colhida na tentativa de uniformização de atuações, mediante o *Acordo de Cooperação Técnica* proposto pelo Supremo Tribunal Federal para organizar a atuação das agências de controle da corrupção. Por esse acordo (anexo V), buscou-se suprir o déficit de articulação entre TCU, AGU, CGU e MPF com um roteiro de atuações que recebeu interpretação limitante das competências fixadas legal ou constitucionalmente das agências, notadamente do MPF.

Pretendeu-se estabelecer, mediante compromisso do procurador-geral da República, que os integrantes do *parquet* não tomariam parte nas negociações, deixando-as a cargo de CGU e AGU, com uma atuação do TCU entre revisora e homologatória do quanto pactuado com o particular, posto que poderia interferir em casos concretos para reclamar valores adicionais. Na prática, isso pode significar a eternização da discussão, justamente um dos problemas que o acordo de leniência promete resolver em relação ao privado.

A visão hierárquica, partindo de uma atribuição de coordenação administrativa que o Supremo Tribunal não possui, violentou a estrutura do Ministério Público Federal, que retornou com uma nota técnica da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Nota n. 2/2020) criticando duramente a iniciativa, além de recomendar ao procurador-geral a sua não adesão.

Como destaca Mazzilli (2018), o Ministério Público atua guiado pela legislação, na sua interpretação conferida pelos múltiplos integrantes da carreira, segundo as garantias constitucionais inerentes. Não há como cogitar que a vontade da instituição venha a ser o fruto da decisão do chefe do Ministério Público. Por essa razão, muito mais que deliberar sobre como devem agir em casos concretos, um acordo de cooperação deve atuar para buscar consensos dos operadores.

Em nossa visão, um tipo de movimento importante, no sentido de estimular a sincronização da rede, seria o de trabalhar com a ideia de orientações, manuais e notas técnicas, em caráter abstrato, para estabelecer parâmetros negociais às autoridades e aos interessados.

Nesse sentido, a atuação da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF contribuiu sobremaneira com o debate acerca do programa de leniência anticorrupção, tendo emitido a Nota Técnica n. 01/2017, em que expendeu as bases teóricas que entendeu pertinentes. CGU e AGU também lograram estabelecer parâmetros objetivos para as negociações, como já destacado antes, ao baixarem normas e manuais, sobretudo para os fins de cálculos de penalidade.

Entretanto, ainda que se reconheçam as dificuldades de atuação dos órgãos de coordenação do MPF⁷², acaso comparadas àquelas dos órgãos de cúpula dos demais elementos da rede de controle, há crítica que merece ser feita quanto à solução encontrada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão para endereçar questão relevante nos acordos de leniência, que

⁷² Dado que a estrutura de garantias conferidas ao titular do cargo de procurador da República acaba por configurar uma nova constelação sob o guarda-chuva do MPF, com todas as complexidades decorrentes dessa realidade.

restou caracterizada como *adesão* de outro procurador a fatos narrados no acordo pela colaboradora.

Como já mencionado, os atos confessados integram tantos anexos ao acordo, de modo a organizar a colaboração e permitir que as autoridades identifiquem os respectivos núcleos das histórias e as transformem (ou aprofundem) em investigações. Surgiu questão sobre como proceder se um anexo relatasse fato de atribuição de outro procurador, e a orientação acabou expressa na Nota Técnica n. 01/2020, como se colhe no excerto abaixo:

Adesão de outro Membro ao Acordo e Adesão originários permanece voluntária – não obrigatória – e sua relevância está na possibilidade legal de utilização dos elementos de prova obtidos como decorrência do Acordo de Leniência, mesmo que incida sobre fatos ilícitos ocorridos no âmbito da atribuição funcional do Membro não celebrante. Com a avaliação da relevância dos elementos de prova produzidos, caberá ao Membro pronunciar-se pela Adesão ou não. Com efeito, pode ocorrer que os fatos relacionados com o objeto do Acordo já estejam sob apuração ministerial, inclusive sigilosa, e os próprios elementos oferecidos não alterem substancialmente o conjunto probatório já amealhado, indicando a desnecessidade ou inconveniência da Adesão.

Compreende-se a limitação de um órgão de coordenação interno ao MPF. Todavia, há que se criticar a passagem pelo singelo fato de que a ciência de uma narrativa permite encontrar o fio da meada para a investigação, sobretudo por um órgão com os elevados poderes detidos pelo MPF. Isso não deve ser tolerado, sob pena de permitir um atalho, ainda que no campo do estímulo comportamental, à solução negociada.

A celebração de um ajuste não pode passar despercebida pelos demais órgãos integrantes da rede, ainda que se trate de fragmentações internas aos elementos da rede, como no caso do Ministério Público. A abordagem em rede do fenômeno deve atuar para impedir que qualquer dos órgãos ignore o fenômeno. Se um indivíduo ingere uma maçã, a partir desse momento, cada órgão do seu corpo compreenderá e tratará a maçã de uma forma: o estômago a digere, as enzimas se produzem aqui e acolá. Outros órgãos se aproveitam do resultado. Mas nenhum pode simplesmente ignorar o fato de que a maçã foi ingerida, a não ser que não façam mais parte do corpo.

A atuação do Direito deve ser sempre no sentido de evitar, ao máximo, qualquer interpretação que exclua um dos órgãos, sob pena de comprometer a eficiência do sistema em relação ao âmbito de atuação deste órgão eventualmente excluído.

A rede terá de sincronizar, sob pena de vir decisão judicial estendendo os efeitos para outros órgãos, com os efeitos deletérios que isso pode ocasionar. Sincronizar significa induzir consensos, como se propõe a ENCCLA: mediante discussões, entendimentos, manuais. E deve procurar fazer isso em relação aos inúmeros pontos críticos do sistema, nomeadamente em relação a ressarcimento de danos, aos efeitos do acordo, a proteções que podem ser pactuadas etc.

Teubner (2011, p. 8) dedicou-se a analisar o fenômeno de rede em relações empresariais privadas e atentou para o fato de que abordagens tradicionais não se prestam a compreender adequadamente as nuances do fenômeno, senão por limitá-lo às duas partes em disputa:

Even the most detailed of doctrinal understandings are of little use in any further analysis of the case law. The limited perspectives of the courtroom preclude proper appreciation of the historical impact of economic networks within distribution systems, delivery systems and other multi-lateral co-operative relationships. Their reality construction founded in “two-party proceedings” necessarily dissects the complex relationships that multilateral networks establish into bilateral claims and counter-claims. Working from the viewpoint of plaintiff or defendant, this reality construct can only take limited note of the overarching conflicts and risks that the networking of market relationships entails. In this respect, any doctrinal approach seeking to characterize network phenomena within general legal concepts can only but reproduce the classical claim and counterclaim culture and inevitably conclude by balancing out the interests of the two parties.

O sistema de controle necessita ser compreendido em suas características de rede para possibilitar que as interações com ele atinjam aos objetivos almejados num ambiente consensual: a sincronização de seus componentes no mesmo modo cooperativo.

8.1. Superação de um modelo de litígio para a negociação

Além das dificuldades inerentes de um sistema fragmentado, apontadas ao longo do estudo até este ponto, há uma questão de natureza educacional dos operadores do Direito, no Brasil: a formação jurídica recebida nos bancos escolares é marcadamente orientada para a adjudicação de uma solução aos conflitos interpessoais.

Os órgãos de Estado – e seus agentes – foram organizados com essa forte visão adjudicatória e, por que não, autoritária. Basta lembrar que ainda vige o Decreto-lei n. 200/67, incorporando as ideias de hierarquia e disciplina do regime militar.

Ainda que a Constituição de 1988, na esteira da redemocratização, tenha trazido novos influxos para alterar esse quadro, a cultura adjudicatória somente vem sendo modificada muito mais por uma limitação que ela apresenta sob a ótica da eficiência, do que pelos méritos que representam seus efeitos para a pacificação social.

A modificação desse quadro, já em curso, depende bastante da alteração no paradigma de educação de agentes públicos e privados, sobretudo dos operadores do Direito, posto que lhes são exigidas capacidades elevadas de diálogo e composição, como já destacado anteriormente (RHODES, 2006).

Veremos adiante que há iniciativas públicas tendentes à capacitação de autoridades envolvidas em processos negociais, como se colhe do manual elaborado pelo Conselho Superior do Ministério Público em parceria com o Ministério da Justiça (BRASIL, 2014), e o *Manual de negociação baseado na Teoria de Harvard*, da Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2017).

Sem dúvida, trata-se de medidas importantíssimas para capacitar agentes encarregados de lidar com conflitos e, nesse mister, oferecer-lhes uma gama maior de alternativas para que o desempenho de sua atividade alcance êxito.

Todavia, melhor seria se esse arsenal já viesse *instalado* dos bancos escolares. Há críticas aos currículos de graduação em cursos de Direito, apontando para o descompasso entre a formação dos alunos e as necessidades de *expertise* em soluções não adjudicatórias, como se verifica a seguir:

Nota-se, é bem de ver, nos termos empregados pela Resolução n. 9, algum resquício histórico, com relação à preferência pela adoção ou “utilização de processos, atos e procedimentos”, como consta de seu texto, sem que se faça nenhuma referência aos meios não contenciosos de solução de conflitos.

Ao que tudo indica, portanto, caberá às instituições de ensino propiciar ao estudante disciplinas que tratem de meios consensuais de solução de conflitos em sua grade curricular, pois em face das políticas públicas realizadas pelo Estado incentivando tal prática e o teor das normativas e das metas do Conselho Nacional de Justiça, imprescindível se faz que o egresso do ensino jurídico tenha condições de fazer uso desses meios com propriedade.

[...]

Esse perfil litigante do egresso não se coaduna com as atuais políticas públicas levadas a efeito pelo Estado no sentido de incentivar a utilização de meios consensuais de resolução de conflito, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação. Na verdade, ele representa a antítese dessas políticas. Ora, de nada adianta a criação e implementação de políticas públicas que visem a utilização meios não judiciais de solução de litígios, se a grade acadêmica dos cursos de Direito não incentiva tal prática, ou ainda, não fornece os elementos para que o egresso do ensino jurídico possa fazer uso desses métodos. (COUTO & MEYER-PFLUG, 2016, p. 62-63).

O *design* institucional dos órgãos encarregados do controle da corrupção também necessita de um ajuste para essa nova conformação. A independência funcional dos integrantes do *parquet*, por exemplo, é uma garantia importante para diminuir chance de captura e de controle dessas autoridades com efeitos indesejados para a sua atividade-fim.

Todavia, a independência não necessita ser levada ao paroxismo de dificultar sobremaneira a consecução de um bem-sucedido programa de solução consensual gestada pelo órgão de coordenação, quando envolver casos com múltiplas incidências territoriais (portanto, de procuradores naturais diversos).

No âmbito do Ministério Público Federal, essa preocupação acabou explicitada na Nota Técnica n. 01/2020, como se colhe na seguinte passagem:

De fato, no sistema tradicional de atuação de apuração de atos de improbidade, sem adoção de mecanismos consensuais, a apuração dos fatos ilícitos, no domínio da improbidade (Lei n. 8.429 e Lei n. 12.846) governam-se pelas regras de competência,

fundadas em disposição expressa da Lei n. 7.347/1985 (art. 2º). Com a introdução de mecanismo consensual de colaboração com premiação legal, altera-se esta forma de cumprimento da lei, já que os colaboradores, em uma negociação, podem confidenciar inúmeros ilícitos de quem conhecimento, ou de que participaram, em diversos lugares. A consensualidade abre a possibilidade de obtenção de narrativas delituais significativas, que, em seu conjunto, legitimam o próprio processo negocial, em vista de seus resultados. Todavia, esta nova forma de atual consensual pode gerar atritos com os princípios da independência funcional, e necessita ser amparada nos princípios da unidade e da indivisibilidade da atuação do Parquet.

Se esse modelo pulverizado se revelou um dos fatores de sucesso da atuação do Ministério Público no controle da corrupção – e na tutela do interesse geral – (WINTERS, 2015), uma estratégia de negociação com diversos procuradores naturais é um complicador que necessita ser levado em consideração.

Os órgãos necessitam possuir alternativas operacionais para alternar do modo “competição”, mais adequado ao litígio, para o modo “cooperação”, típico da solução consensual.

Ainda que a Nota Técnica n. 01/2020 tenha atuado para clarear um pouco essa problemática de múltiplos procuradores naturais, permite-se espaço para estímulos à competição e, pior, à atuação descompromissada de algum procurador que se assenhore da narrativa para reconstruí-la em sua investigação, à revelia dos benefícios pactuados com a parte colaboradora.

Essa situação hipotética joga contra a reputação institucional quanto à possibilidade de abrir informações durante a fase de negociação e também quanto à segurança dos benefícios pactuados. A reputação, como veremos no tópico 9.1., é fator relevante para o sucesso de uma negociação.

Melhor seria se fosse considerada a utilização de mecanismos já existentes na legislação, como o art. 62, VI, da Lei Complementar n. 75/93:

Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão:

[...]

VI - resolver sobre a distribuição especial de inquéritos, feitos e procedimentos, quando a matéria, por sua natureza ou relevância, assim o exigir;

Ainda que não seja a solução ideal, por poder ser compreendida como relativização de uma garantia da carreira do Ministério Público, talvez seja aquela mais aderente à lógica consensual de um sistema formatado em rede.

Assim, novamente recorrendo à figura da rede, bastaria uma interpretação que “desligasse” uma típica relação de competição intraorganizacional, para facilitar a sincronização de todo o sistema.

8.2. O ressarcimento do dano ao patrimônio público

Um dos grandes problemas decorrentes da necessidade de superação do modelo de litígio para a consensualidade, em matéria de corrupção, reside no ressarcimento do dano ocasionado ao patrimônio público.

Trata-se de típica questão-problema para as negociações, como no exemplo visto anteriormente da intervenção do Tribunal de Contas da União no caso das empreiteiras (acórdão n. 3089/2015), que estabeleceu uma presunção de sobrepreço de 17% sobre o valor dos contratos celebrados com o Poder Público, em razão de possível cartelização.

Essa é uma questão que necessita ser enfrentada sem paixões e, sobretudo, sem o estigma de punição ao infrator. De um lado, há que considerar o valor que seria passível de retorno aos cofres públicos, numa atuação litigiosa tradicional, *vis-à-vis* dos estudos de efetividade das ações judiciais. Por outro, deve haver um desestímulo para que um percentual de ressarcimento do dano ocasionado ao patrimônio público não seja encarado como um risco palatável ao infrator.

A cooperação entre os elementos da rede poderia se explicitar não apenas durante a atuação nos casos específicos, mas, por exemplo, na definição de metodologias em abstrato para cálculo de ressarcimento.

É bem verdade que CGU/AGU editaram norma específica sobre a temática de cálculo de multa (IN n. 2/2018). Melhor seria, contudo, que esse tipo de iniciativa viesse em conjunto com os demais órgãos de controle, para viabilizar metodologia que apaziguasse as tensões entre as arestas da rede.

Talvez uma iniciativa como essa ainda esteja em futuro distante, ante a necessidade de acomodação das diversas compreensões dos órgãos de controle, sobretudo mediante o concurso de decisões judiciais, e sempre na linha de estimular a sincronização da rede.

Enquanto não matura o ambiente colaboracional, convive-se com cláusulas que acabam revelando-se verdadeiro fetiche de autoridades com o tema do ressarcimento, como a 13.1.5, do acordo de leniência celebrado entre CGU/AGU e a empresa Camargo Corrêa:

13.1.5. Em atendimento ao princípio da boa-fé objetiva das INSTITUIÇÕES CELEBRANTES, as informações, documentos e provas apresentados pelas PRIMEIRAS RESPONSÁVEIS COLABORADORAS e pelas pessoas físicas aderentes nos termos da cláusula 1.3 em regular cumprimento deste Acordo não poderão ser utilizados em seu desfavor, ressalvada a possibilidade de sua utilização para apuração e ressarcimento integral dos danos causados, conforme autoriza o art. 16, § 3º, da Lei nº 12.846/2013.

Essa cláusula, inserida provavelmente ante a pressão de posições como a materializada pelo Tribunal de Contas da União, revela-se verdadeira confissão das autoridades quanto ao fracasso da negociação na identificação, com algum grau de segurança, da lesão ao erário.

O sistema está se conformando para operar no modo consensual. Celebrou-se quase meia centena de acordos de leniência nesses pouco mais de cinco anos de vigência da Lei Anticorrupção. O tema do ressarcimento ainda é candente, muito embora tenha permitido uma franca evolução, no sentido de se uniformizarem, tanto quanto possível, dos critérios de reparação.

Se os primeiros acordos celebrados pelo Ministério Público Federal não aparentavam critério explícito de quantificação, a entrada de CGU/AGU acabou por conferir algum grau de padronização. O MPF levou em consideração, para entabular os primeiros acordos, questões de ordem informacional para estabelecer os valores. Já CGU/AGU buscaram equacionar a questão financeira à luz dos fatos relatados.

Além do movimento de estabelecer metodologias comuns entre os órgãos segundo as tipologias dos atos de corrupção identificadas, entende-se que a explicitação dos cálculos entabulados nos casos que se tornaram públicos seria medida ainda mais salutar, que conferiria, a um só tempo, *accountability* à solução específica (ONOFRE, 2007), e um modelo para casos futuros.

Esse entendimento alinha-se ao voto do ministro Gilmar Mendes, em julgamento ainda não concluído, nos autos do Mandado de Segurança STF n. 35.435:

Antecipa-se que o estudo aqui desenvolvido diagnosticou importantes assimetrias nas previsões de imunização geradas por cada um desses acordos, o que pode comprometer a segurança jurídica desses instrumentos. Além disso, identificou-se que um dos principais fatores de desalinhamento dos regimes refere-se à ausência de parâmetros comuns e objetivos para o cálculo de reparação e ressarcimento de danos nos acordos. A adoção de diversas metodologias de cálculo que ainda estão sujeitas a questionamentos afeta negativamente estrutura de incentivos para a colaboração com o Estado.

Simão & Vianna (2017, p. 186) expõem o paradoxo que uma atuação desgarrada dos órgãos de controle – no caso, os autores tratavam do Tribunal de Contas – pode acarretar para o sistema como um todo:

Assim, os colaboradores, que auxiliaram as investigações e indicaram onde estavam recursos e bens adquiridos com os crimes, seriam os primeiros a pagar a conta, enquanto os que recusaram a admitir sua responsabilidade e ocultaram seus ganhos terão mais chances de preservar o patrimônio ilícito. Trata-se, portanto, de um desincentivo à colaboração gerada pela falta de integração entre os mecanismos de repressão a ilícitos de órgãos distintos.

Sem querer pretender exercer a tentação de estabelecer o papel de cada órgão no sistema de controle da corrupção, avaliamos que a melhor solução para essa e outras questões passa pelo aprofundamento do diálogo entre as agências, desgarrando-se de uma visão hierárquica ou de prevalência de um ator sobre os demais, para a construção de consensos possíveis, de modo

a que os acordos reflitam as preocupações de todos os ramos do Estado. Apesar de fragmentados, integrados, em um *fragnegration* (ROSENAU, 2000).

8.3. Acordos em casos complexos e multifactuais

Os acordos de leniência anticorrupção no Brasil tiveram o infortúnio de ser inseridos no ordenamento jurídico justamente numa época de explosão da necessidade de sua utilização para resolver casos extremamente complexos e envolvendo fatos em diversas localidades, com diversas autoridades envolvidas.

Nenhum sistema é pensado para uma realidade como esta: as exceções devem ser tratadas de modo excepcional. Um sistema viário de dada cidade, por exemplo, deve prever a largura de suas vias compatível com um dado nível de tráfego; situações excepcionais, como um dado evento esportivo ou cultural, que promovam pontualmente acréscimo de trânsito, devem contar com atuação pontual das autoridades para que atuem no sentido de aliviar a pressão nas ruas e avenidas próximas ao local.

Quando encaminhada a mensagem presidencial, bem como durante os debates parlamentares, não se imaginava que os dois dispositivos constantes da redação final da Lei Anticorrupção teriam de amparar solução para casos que envolvessem, simultaneamente, dezenas e até centenas de autoridades, nos mais diversos níveis e poderes da República.

A despeito disso, o sistema de controle conseguiu lidar com o laconismo da legislação com razoável consistência e produziu, repita-se, quase meia centena de soluções consensuais e um sem-número de ações judiciais baseadas nos elementos de prova produzidos por esses acordos.

Uma das hipóteses para essa consistência reside justamente na proposta apresentada na presente tese: a organização do sistema de controle sob o formato de rede permitiu que as normas gerais que governam esse tipo de organização estimulassem tanto a implementação dos primeiros acordos quanto o seu aprimoramento.

Com efeito. Um primeiro empuxo de competição estimulou o MPF a sacar a autorização legislativa e entabular acordos com pessoas jurídicas, ainda que para esse fim tenha se utilizado de interpretação extensiva das hipóteses dos artigos 16 e 17, da Lei Anticorrupção.

Após alguns embates e escaramuças, o sistema logrou sincronizar MPF e CGU/AGU segundo a lógica de “acordos-espelho” (cooperação) e, a partir de experiência do acordo com Mullen Lowe e FCB, a assinatura de um mesmo instrumento, sendo o MPF um interveniente-anuente da pactuação com CGU/AGU.

Essa sincronização necessita ser estendida para os demais componentes da rede, sobretudo nos casos multifactuais, que envolvem diversos procuradores e promotores naturais, órgãos federais e estaduais de controle, enfim, toda uma gama de entidades descritas no capítulo 7 desta tese.

8.4. Negociação hostil e *arm twisting*

Uma última questão crítica no sistema: a possibilidade de *arm twisting*, que “[...] refers to a threat by an agency to impose a sanction or withhold a benefit in hopes of encouraging ‘voluntary’ compliance with a request that the agency could not impose directly on a regulated entity” (NOAH, 1997, p. 974).

A negociação de um acordo de leniência, em matéria anticorrupção, coloca numa mesma mesa negocial um conjunto de autoridades historicamente acostumadas a lidar com o tema segundo uma lógica adjudicatória e o envolvido em atos ilícitos contra o patrimônio público.

É bem verdade que há esforços substanciais para capacitar integrantes de carreiras públicas em técnicas de negociação – e as próprias autoridades ouvidas para este trabalho apontam essas técnicas como diferencial para o sucesso de um programa de consensualidade (*vide* capítulo 9, a seguir).

Há um risco nada desprezível, contudo, que, no exercício regular de defesa de uma posição negocial, uma dada autoridade opte por exigir uma punição ao envolvido para além do que seria razoável ou obtida durante um processo adjudicatório tradicional. Dado o

desequilíbrio entre as partes numa negociação desse tipo, pode acontecer que uma iniciativa desarrazoada acabe sendo aceita, ante o risco maior de bancarrota da empresa, por exemplo.

Autoridade não tem boa-fé, autoridade tem poder. E poder precisa ser controlado. Num ambiente pouco regulado, como o dos acordos anticorrupção no Brasil, há risco efetivo de acontecer abusos. E a solução é conferir a maior transparência possível ao processo de negociação, tão logo seja conveniente às investigações que decorrerão do acordo.

Como destaca Palma (2010, p. 311), essa questão foi enfrentada na realidade dos primeiros compromissos de cessação de conduta antitruste, dada a unilateralidade com que entabulados:

O fato é que a Administração Pública mantém o monopólio do exercício do poder de autoridade estatal, mais especificamente a prerrogativa sancionadora, podendo conduzir o processo sancionatório empregá-la se apurada a responsabilidade administrativa. O diferencial da prerrogativa sancionadora, ou seja, a constante ameaça da sanção, faz com que o privado se sujeite a determinadas cominações unilateralmente determinadas pela Administração, ainda que no bojo de um ato formalmente bilateral. Por essa razão os primeiros compromissos de cessação firmados pela autoridade antitruste aproximam-se à figura do contrato de adesão. No âmbito do plano normativo, são previstos termos de compromisso que apesar de remeterem à consensualidade não podem ser considerados consensuais por faltar o componente da discricionariedade.

A superação desse tipo de risco na seara anticorrupção advirá da reiteração da prática e da ampla transparência dos processos de negociação.

9. Expansão e consolidação do sistema

Como destaca Teubner (2011), ao analisar a questão da rede sob uma ótica organizacional privada, a ideia da “sociedade em rede” evoca uma transformação gradual e constante de coordenações hierárquicas para heterárquicas nas mais diversas esferas, incluindo o plano estatal.

Dado que esse processo evolutivo se constitui em uma realidade, temos de nos ajustar a essa realidade e buscar formas mais adequadas para a compreensão de suas características, e, por conseguinte, construir mecanismos de interação com as estruturas organizadas sob a forma de rede, como o sistema brasileiro de controle da corrupção.

Há críticas a determinadas (des)organizações estatais, como aponta Gonçalves (2013, p. 7), ao destacar dadas estruturas do Estado Português que acabam por repetir competências em unidades diferentes, com efeito de desresponsabilização geral:

Além da estabilização do sistema, impõe-se depois uma compreensão cuidadosa do mesmo, de modo a prevenir, por exemplo, os casos, que existem, de duplicação e de triplicação da alocação das mesmas competências a estruturas e unidades orgânicas diferentes. Além do desperdício de recursos, situações como essa contribuem para uma nefasta desresponsabilização dos atores envolvidos pelos (maus) resultados produzidos.

Desconhecemos a justiça ou não dessa crítica específica, mas recordamos a opinião de Winters (2015) acerca da realidade brasileira numa comparação um pouco superficial com o sistema norte-americano. Aliás, a concentração de poderes em determinadas autoridades destacadas a controlar o poder (e seus desvios) tem dado mostras de inconveniência até mesmo num sistema tido como maduro e bem estruturado como aquele utilizado reiteradamente como comparação⁷³.

Essa razão, dentre outras expostas ao longo deste trabalho, faz-nos filiar às preocupações explicitadas por Prado *et al.* (2015), quanto às vantagens da *multiplicidade*

⁷³ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2020/06/20/secretario-de-justica-diz-que-trump-demitiu-principal-procurador-de-manhattan-a-seu-pedido.htm>. Acesso em 22 de junho de 2020.

institucional, obviamente com a necessária temperança de uma organização sistêmica que permita conferir alguma compreensão de seu funcionamento sob uma ordenação minimamente eficaz.

A multiplicidade institucional que não pode se traduzir em balbúrdia institucional. Mesmo na conformação fragmentada, há necessidade de alguma ordenação: quer seja vertical, a partir de uma intervenção governamental, quer seja horizontal, mediante estratégia de “trocas de informações e os acordos de concertação e de cooperação entre instâncias administrativas” (GONÇALVES, 2013). Essa intervenção vertical, na realidade brasileira do sistema de controle da corrupção, não se mostra factível, dado que não existe relação governamental hierárquica, por exemplo, sobre o Ministério Público.

A solução factível é encarar o sistema como uma rede e, a partir dos elementos apresentados no capítulo 7, buscar atuar para uma ordenação dos seus elementos integrantes: identificar relações que se apresentem problemáticas entre os órgãos de controle da corrupção e procurar, quer contratualmente, quer mediante atuação judicial, trabalhar para desativar essas ligações. Dos embates contratuais e, ou, judiciais, a rede acabará por se conformar em um novo formato; se bem-sucedida tal atuação, esse novo formato será o da sincronização.

Essas relações ditas problemáticas exprimem-se pela ausência de compreensão de um dado órgão como integrante da rede ou mesmo de sua tentativa de prevalecer sobre os demais, forçando os limites de sua competência para além daquilo quanto previsto na legislação, por exemplo, como retratado no item 8.4.

Aqui, vale uma lógica similar àquela retratada por Silva (2015), ao analisar a questão da regulação em rede sob a realidade da Comunidade Europeia, sobretudo ante o ineditismo e a complexidade: recomenda-se a necessidade de reforço na identificação de estruturas de controle e responsabilidade, a fim de diminuir espaços para excessos.

Behn (1998, p. 21) formula indagações ainda mais agudas sobre o problema do *accountability* nesse formato organizacional:

No entanto, como uma rede poderá responder pela produção de quais resultados? Como o conceito de *accountability* poderá aplicar-se a uma rede? Como se define uma rede? Quem faz parte de uma rede, e quem não faz? Quem na rede tem *accountability*? Na burocracia tradicional, essa questão é pouco ambígua. O gerente de cada nível tem *accountability* individual. Mas, numa rede cooperativa de indivíduos — de fato, uma

rede cooperativa de burocracias — não é fácil identificar o indivíduo, ou mesmo os indivíduos. E por que deveriam tais indivíduos responder? São eles coletivamente responsáveis pela produção do resultado global? Ou cada componente da rede é responsável somente pela produção do seu componente próprio, específico, daquele resultado? No mundo pós-burocrático (mesmo que tal mundo consista de redes de burocracia), não é fácil identificar quem tem *accountability* e por quê. Nesse mundo pós-burocrático, a questão da *accountability* torna-se ainda mais complicada: Quem vai cobrar *accountability* de quem na rede pela produção de quais resultados?

Ao lado de um reforço na responsabilidade – e aqui não é somente de responsabilidade funcional de uma autoridade desviante, mas sobretudo pela vinculação do Estado ao pactuado – tem-se que trabalhar com a ideia de processualizar a negociação. Legitima-se a solução final pelo cumprimento de determinadas etapas essenciais à eliminação da surpresa de uma decisão final, para o caso deste trabalho, um acordo. Como destaca Luhmann (1980, p. 187):

A tarefa deste procedimento não se esgota logo com o fato de *determinar* um futuro incerto por meio de processos de seleção: permite, acima de tudo, resistir a um futuro incerto. Os processos ajudam, perante um futuro incerto e sobretudo perante uma pretensão exagerada, a proporcionar uma *segurança atual* através duma complexidade imprevisível de possibilidades do direito variável e ajudam a tornar possível um comportamento representativo no presente, expressivo, denso de sentido e obrigatório. Assim, o interessado pode participar duma forma racional e atuar num presente sempre atual, *ainda que* vida para um futuro incerto. A decisão não recai sobre ele como uma surpresa inesperada, como sorte ou desgraça que se aguarda com perplexidade sem se poder tomar posição, mas como resultado dum processo de decisão, na medida em que uma pessoa se pode preparar para ele pela participação e ação. Quanto maior for a complexidade das possibilidades futuras, menos intoleráveis serão essas surpresas e mais reforçada se tornará a perspectiva sobre acontecimentos inesperados que nem sequer se movimentam em vias de interpretação religiosa, mas constituem obras humanas que desestabilizam o presente, portanto a existência. Nesse sentido os processos constituem um complemento existencial da positividade do direito. Reduzem e tornam menos agudo o momento da surpresa que estão ligados à decisão.

Além da procedimentalização, é imperiosa a definição de um campo claro de atuação entre autoridades e negociadores, mediante regras de transparência⁷⁴ e de convivência, a fim de permitir que haja uma liberdade para o ambiente negocial (RUFINO, 2016).

Ainda, esse mesmo autor analisou a reforma do sistema antitruste norte-americano, que assegurou um ambiente de maior segurança jurídica, para destacar que a garantia de fruição dos benefícios acordados entra, decididamente, no cálculo comportamental para adesão a um método consensual:

A incerteza quanto ao efetivo desfrute das vantagens oferecidas é apontada como um fator determinante para o passo lento que o programa de leniência norte-americano seguiu entre o ano de sua criação, 1978, e sua reformulação em 1993 (KOBAYASHI, 2001, p. 2-3). Nesse primeiro período, as autoridades do DoJ, recebiam, em média, uma aplicação para leniência por ano. Após a reformulação, tais números passaram a ser de uma por mês (MOTCHENKOVA, 2004, p. 2). (RUFINO, 2016 p. 51).

Calsamiglia (1990) nos alerta, invocando Bobbio, que, em épocas de transformação social, os critérios oferecidos pelas leis para a resolução de conflitos são inadequados. Neste caso, os juristas tendem a abandonar a subsunção à lei em benefício de outros critérios metalegais, que permitirão justificar a separação da letra da lei com o objetivo de adequar o Direito às novas necessidades sociais.

Com base nesse espírito, entende-se fundamental socorrer-se à teoria geral de redes, com seus regramentos próprios, para auxiliar o Direito na difícil tarefa de lidar com essa forma fragmentária de organização de determinadas estruturas, inclusive do próprio Estado.

Nessa linha, emergirão decisões como a proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, deparando-se com posições conflitantes de órgãos de controle em relação a uma empresa signatária de acordo de leniência, fulminou a pretensão da agência que insistia na competição, ao seguinte fundamento:

Por outro lado, se o acordo de leniência é ajustado com a observância dos requisitos legais (legitimidade inclusive) fixando um valor a título de ressarcimento integral do

⁷⁴ Transparência diferida para o momento adequado, em ordem a não prejudicar as investigações, decerto.

dano, esse documento será oponível contra todos. E os valores ali fixados presumem-se contemplar a integralidade do dano (seja ele material ou moral) não podendo ser exigido por outro órgão (bis in idem) ou sequer ser rediscutido a título de aferir-se se o valor é integral (SEGURANÇA JURÍDICA).

O STF no HC 127.483 afirmou (o que vale para a hipótese) que “Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por patê do colaborador.”

Como refere Humberto Ávila “há segurança jurídica quando o cidadão tem a capacidade de conhecer e de calcular os resultados que serão atribuídos pelo Direito aos seus atos. (TRF4 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 5030772-62.2017.4.04.7000/PR).

Esse tipo de decisão – no futuro, espera-se que venha a operar no nível extrajudicial, mediante uma sincronização intrassistêmica⁷⁵ – reafirma os fundamentos do programa de leniência e evita que outros órgãos integrantes da rede insistam em despender energia com aquele já comprometido em cooperar com as autoridades, liberando-os para desvelar novos atos ilícitos. Segundo a figura de linguagem utilizada pela autoridade norte-americana, evita-se o *piling on*, o empilhamento desnecessário de jogadores sobre quem já se encontra dominado.

Como aponta Araújo (2020, p. 455):

Todo modelo de acordos exige confiança, segurança jurídica, boa-fé e racionalidade. O poder público, que recebe a detecção da infração e sua prova, precisa se estruturar para permitir a segurança jurídica do sistema de combate à corrupção e a funcionalidade da leniência e da colaboração. Para essa funcionalidade, os acordos precisam ser sérios, previsíveis, de boa-fé e sistêmicos. Essa última característica, a natureza sistêmica, tem duas vertentes: o acordo precisa ter em consideração (ainda que não tenha relevância ampla) todo o sistema de combate à corrupção e precisa ter em consideração que a viabilidade dos acordos futuros é dada pela confiança, gerada a partir dos acordos que se consumam. Acordos que frustram sua racionalidade tendem a impedir novos acordos, pela perda de confiança, do interessado, no sistema anticorrupção e na autoridade pública que negocia.

⁷⁵ E não provocada mediante decisão judicial, como no caso narrado.

Segundo as ideias expostas ao longo do trabalho, uma forma de conferir a sistematicidade reclamada por Araújo é compreendê-lo em sua característica de rede, respeitar tais características, identificar e decompor os nós e as relações dessa rede. Com esse ferramental, o intérprete poderá apontar relações problemáticas, separá-las, buscar a sua correção, tendo em mente a topologia da rede por detrás do sistema: ela pode indicar o caminho para a sincronização.

9.1. Metodologia de Harvard como elemento de consolidação

Além do quanto já exposto, a expansão e a consolidação do sistema passam pelo estabelecimento de uma cultura de negociação, que infelizmente não é oferecida com a ênfase necessária aos operadores do Direito, como vimos no item 8.1.

Resta correr atrás de formação complementar, e uma metodologia que pode contribuir de maneira enfática para suprir essa necessidade é aquela desenvolvida por Fisher, Ury e Patton, professores da Universidade de Harvard, que, por esse motivo, popularizou-se como *Metodologia de Harvard*, ou *negociação por princípios* (GÁMEZ, 2020).

De maneira bastante singela, esses professores propõem uma modificação na forma como são encaradas as negociações, em qualquer área, em ordem a reduzir a competição entre os negociadores como um fim em si próprio, desviando o foco para encontrar uma solução que componha o conflito segundo critérios objetivos.

Segundo esses autores:

Uma geração atrás, na maioria dos lugares predominava a visão hierárquica da tomada de decisões. As pessoas no topo da pirâmide – no trabalho, na família, na política – tomavam as decisões e quem estava na base seguia as ordens [...]

No mundo de hoje, caracterizado por organizações mais horizontais – com poucos níveis hierárquicos –, pela rapidez nas inovações e pelo boom da internet, nunca esteve tão claro que, para realizar nosso trabalho e atender às nossas necessidades, muitas vezes temos que contar com dezenas, centenas, talvez milhares de pessoas e

organizações sobre as quais não exercemos controle direto [...] Para conseguir o que queremos, somos obrigados a negociar. (FISHER; URY; PATTON, 2018, p. 9).

Note-se que essa passagem, por sinal, é extremamente aderente a tudo o quanto foi exposto até este ponto no desenvolvimento do trabalho. Há uma paulatina modificação do critério hierárquico, cuja imposição lógica é o reforço na necessidade de negociação por parte dos indivíduos. Morand (1999) destacou isso quando tratou da característica do seu Estado-indutor; Rhodes (2006), ao referir a necessidade de um novo perfil de autoridades; Bucci (2019) também o tangenciou ao referir a *suavização da coerção*.

Todo esse processo pressupõe uma linguagem própria, a *linguagem da negociação*, que pode ser provida, diga-se, por qualquer metodologia bastante, mas optou-se pela referência à presente por se tratar de meio difundido entre as autoridades brasileiras encarregadas, *vide* o estudo do Ministério da Justiça em conjunto com o Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2014) e a cartilha da Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2017).

E como se define tal metodologia? Novamente, com a palavra os autores:

O método de negociação baseada em princípios é firme com os méritos e gentil com as pessoas. Não emprega truques e dissimulações. Ensina o negociador a obter o que merece sem abrir mão da integridade. Permite que ele seja justo ao mesmo tempo que o protege de quem quer tirar vantagem da sua justeza. (FISHER *et al.*, 2018, p. 18).

Fisher *et al.* destacam pontos básicos, a começar por não negociar sobre posições predeterminadas, mas sim segundo princípios. Além disso, destacam quatro elementos importantes para o sucesso de uma negociação: 1) separe pessoas dos problemas; 2) concentre-se nos interesses, não nas posições; 3) antes de decidir, crie alternativas com possibilidade de ganhos mútuos; 4) trabalhe para que o resultado seja baseado em critérios objetivos.

Como apontam Mendonça *et al.* (2018), em obra específica para negociação em casos de corrupção, negociação é uma ciência, mas também uma arte. E os acordos nessa temática devem guiar-se pela perspectiva de ser construídos cooperativamente: uma imposição da parte da autoridade pode resultar em baixa aderência da parte privada aos compromissos pactuados; uma negociação que ofereça vantagens excessivas ao infrator arrependido despertará críticas

sociais e um incentivo a que a fase de tratativas seja revisitada a cada percalço da execução contratual.

De qualquer maneira, parece-nos que a existência e o fomento de uma linguagem adequada à negociação seja elemento indispensável à consolidação de um sistema que exige diálogo para se estruturar, desenvolver-se e relacionar-se com a sua “clientela”.

9.2. Iniciativas do Ministério Público Federal

Um último ponto neste capítulo são iniciativas destinadas à conformação de um ambiente de diálogo para ajustar consensos no sentido de sincronizarem-se os diversos elementos constituintes da rede.

Nesse conspecto, emerge relevantíssima a iniciativa da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, por primeiro, ao apresentar as bases do que compreendeu como seu próprio programa de leniência, publicando amplo estudo técnico em 2017 (Nota técnica n. 01/2017). Cuidou-se de processo construtivo de consenso, buscando explicar aos demais elementos da rede suas próprias compreensões sobre o sistema, e também uma visão de coordenação mais ampla, desenhada pelo diálogo e pelo convencimento:

Como visto acima, compete à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão em Combate à Corrupção a atribuição de manter intercâmbio com órgãos ou entidades que atuem em áreas afins (artigo 62, inciso II, LC no 75/1993). O desafio do intercâmbio visando a coordenação interinstitucional na defrontação da corrupção (em sentido amplo), está na ordem do dia. Não é possível admitir que Instituições de Estado, previstas na Constituição, criadas e regulamentadas por lei, que tenham atribuições relacionadas à prevenção e repressão de ilícitos que agridem a probidade administrativa, deixem de interagir, e atuem de forma isolada em campo no qual o predomínio de organizações criminosas (cf. Lei no 12.850/2013) cresce de forma exponencial, exigindo esforço comum, organizado, ordenado e coordenado do Estado, na defesa dos valores constitucionais.

Esse tipo de iniciativa auxilia a suprir o déficit de coordenação hierárquica do sistema, como reclamado por Pagotto (2010), colmatando-o com a ideia de uma cooperação respeitante das características institucionais de cada elemento que constitui a rede de controle da corrupção.

A doutrina aponta tais iniciativas, na linha do estabelecimento de manuais ou *standards*, como elementos de previsibilidade de atuação das autoridades, indicativo de segurança jurídica. Assim, Athayde (2019, p. 74):

Em suma, é importante que os possíveis colaboradores tenham segurança jurídica em relação ao processo de negociação de um Acordo de Leniência. Para que isso aconteça, a autoridade deve ser transparente e previsível acerca de seu entendimento da legislação, bem como de seus procedimentos internos de negociação de um Acordo de Leniência.

E também Canetti (2018, p. 275-276), ao expressamente referir-se a um *programa de leniência*:

No caso da experiência norte-americana, essa transparência se materializa por meio da elaboração pela Divisão Antitruste de manuais de políticas e *standards* de atuação, buscando explicitar os motivos, mas também o grau de discricionariedade, que move a atuação de seus agentes nas seguintes áreas: (1) normas para a deflagração de investigações; (2) critérios para a propositura de ação penal, quando for o caso; (3) clareza quanto às prioridades na persecução; (4) publicidade quanto às políticas de negociação dos acordos entre acusação e defesa; (5) padrões nítidos sobre a condenação e dosimetria das penas; e (6) aplicação transparente do programa de leniência.

10. Análise dos acordos nos primeiros anos de vigência da Lei Anticorrupção

Em ordem a possibilitar alguma verificação de como os atores encarregados pela aplicação da Lei Anticorrupção veem-se uns aos outros e, sobretudo, alguns aspectos interessantes relacionados aos acordos, formulou-se um questionário de pesquisa que foi difundido para os principais órgãos públicos envolvidos (CGU, AGU e MPF), para as empresas signatárias de acordos de leniência com MPF e com CGU/AGU, e também com os advogados que as representaram.

Não houve questionamento a representantes do Tribunal de Contas, porque o papel do TCU ainda não se firmou no sistema. Ainda que tenha havido tentativa importante no sentido de integrar o TCU nas discussões sobre os acordos de leniência, materializada no termo de cooperação conduzido pelo Supremo Tribunal Federal, a iniciativa não logrou sincronizar os principais elementos da rede, como faz prova a nota técnica n. 02/2020, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

As informações para identificação desses atores foram obtidas em fontes abertas, como nos próprios acordos divulgados publicamente e em matérias na imprensa. Não foram colhidas informações sobre a identidade dos respondentes, tampouco sobre o caso em que atuaram, com a finalidade de permitir um maior número possível de respondentes.

O resultado do questionário busca ilustrar alguns pontos relacionados ao processo negocial, sem pretensão de rigores estatísticos – dada a amostra reduzida – mas que aponta para uma preferência ao modelo consensual de resolução de casos de corrupção, quer pelo lado público, quer pelo privado, ainda que haja dificuldades.

Para auxiliar na coleta de respostas, foi criado um formulário mediante o *site* Google Formulários, com as perguntas integrantes do anexo VI.

Como visto antes, foram celebrados quatro dezenas de acordos, dos quais são públicos 18 acordos do MPF (tabela 9) e 11 de CGU/AGU (tabela 11). Alguns desses acordos já públicos, mais precisamente quatro⁷⁶, repetem-se em ambos os grupos.

⁷⁶ Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez, Odebrecht e Braskem.

Teríamos, pois, 25 acordos não coincidentes, tornados públicos, o que daria, em tese, ao menos 75 partes passíveis de ser entrevistadas (três para cada acordo: uma autoridade, um representante interno e um para advogado externo).

Todavia, como CGU e AGU são órgãos centralizados e, no âmbito do MPF, os acordos acabaram concentrados nas forças-tarefas relacionadas aos casos da Lava-Jato (Curitiba, Rio de Janeiro e Brasília), o número de possíveis respondentes únicos, em relação a autoridades, reduz-se sobremaneira.

De toda forma, como se buscou evitar qualquer tipo de identificação de quem se dispôs a colaborar com a pesquisa, até mesmo a aferição de quantidade de possíveis respondentes ficou prejudicada.

Advieram 15 respondentes, como se pode visualizar no gráfico 1, a seguir, sendo 6 advogados externos, 4 membros do Ministério Público, 3 integrantes do Poder Executivo (CGU/AGU) e 2 representantes de empresas:

O (A) respondente atua em qual área:

15 respostas

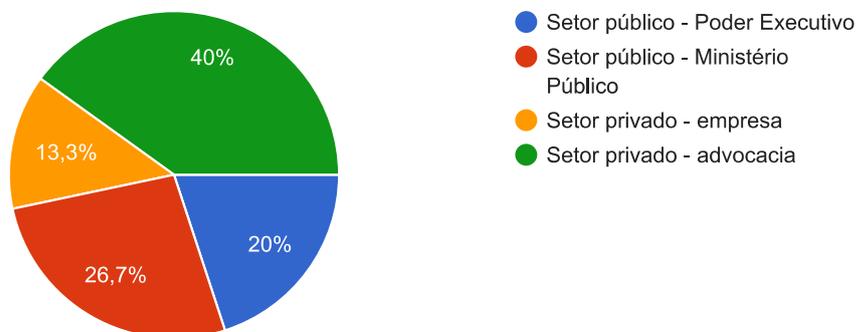


Gráfico 1 – Respostas por origem do respondente.

Acerca da *linguagem negocial*, materializada no binômio experiência e capacitação, verificam-se nos gráficos 2 e 3, a seguir, uma prevalência de três anos de experiência prática e uma ausência de treinamento específico em negociação, com dois terços da amostra respondendo que não realizou cursos na área⁷⁷:

⁷⁷ Embora quase três quartos da amostra entenda necessário ou útil esse tipo de formação específica, *vide* íntegra das respostas – anexo VI.

O (A) respondente atua ou atuou em negociações de acordos de leniência (ou outro meio consensual de resolução) relacionado a caso de corrupção há:

15 respostas

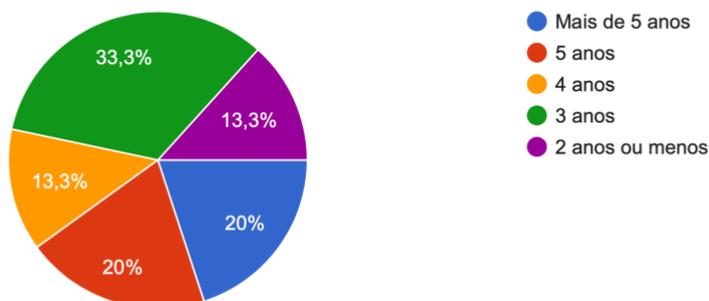


Gráfico 2 – Experiência dos respondentes.

O (A) respondente recebeu ou participou de algum tipo de treinamento em negociação?

15 respostas

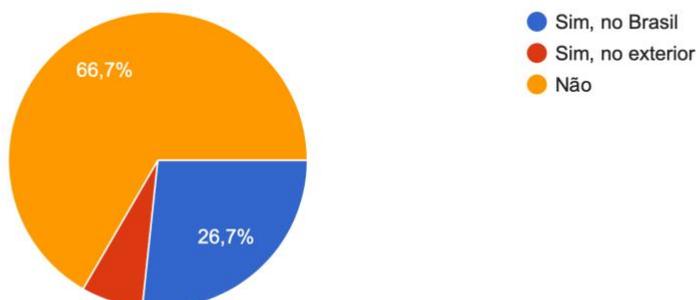


Gráfico 3 – Capacitação em negociação.

O percentual dos que receberam treinamento no Brasil ou no exterior equivale a 33,3% da amostra (total de 5 respondentes, sendo 3 do Poder Executivo, 1 do Ministério Público e 1 representante de empresa). Esse número é consistente com resposta acerca da identificação desse tipo de treinamento, em relação à contraparte:

Conseguiu identificar algum tipo de treinamento da contraparte, durante as negociações de que tomou parte?

15 respostas

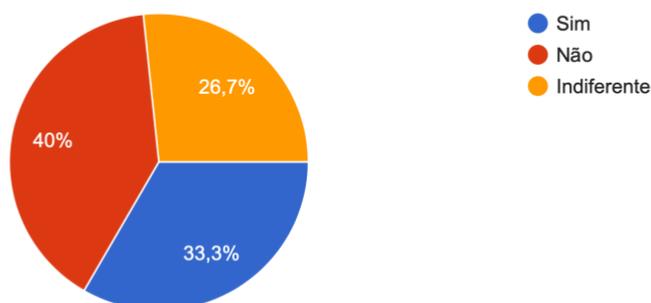


Gráfico 4 – Identificação da *linguagem da negociação*.

De um modo geral, aparenta-se satisfação com a solução consensual, quer para a parte representada pelo respondente (gráfico 5), quer em relação à percepção da contraparte (gráfico 6):

Em sua opinião, o acordo financeiro obtido ao final da negociação costuma ser satisfatório para a parte representada por V. Sa.?

15 respostas

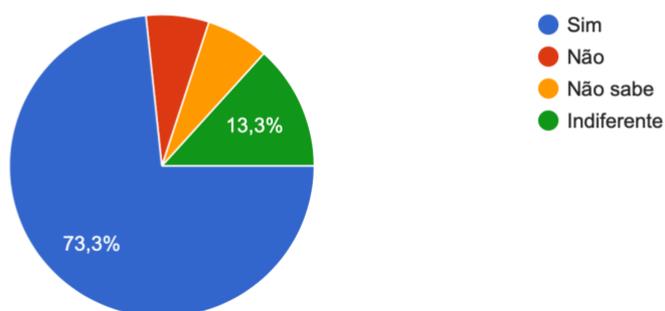


Gráfico 5 – Satisfação própria com o resultado do acordo financeiro.

Em sua opinião, o acordo financeiro obtido ao final da negociação costuma ser satisfatório à contraparte?

15 respostas

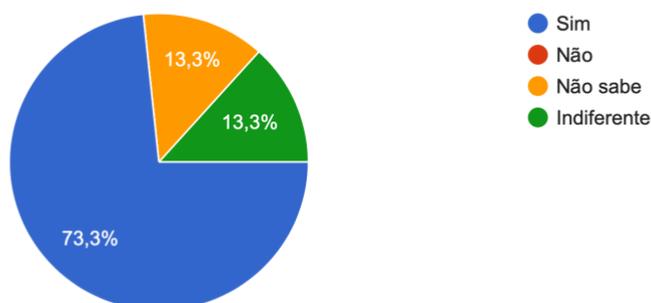


Gráfico 6 – Percepção de satisfação da contraparte em relação ao acordo financeiro.

Uma última indagação foi formulada a todos os respondentes, acerca do cumprimento das obrigações pactuadas pelas empresas, a fim de verificar se há uma aderência à solução, quer seja pela modificação de uma cultura empresarial, quer seja decorrente do receio de ver rompido o ajuste.

Mais de 90% das respostas apontam para o cumprimento na totalidade (33,3%) e em grande parte (60%), e apenas um dos respondentes limitou-se a responder que desconhece por não acompanhar:

As companhias estão cumprindo as obrigações assumidas nos acordos?

15 respostas

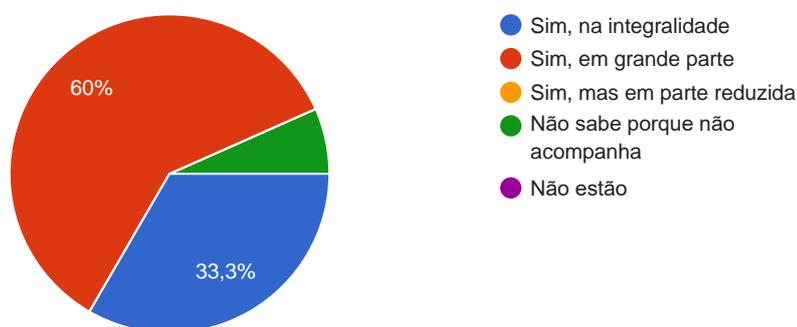


Gráfico 7 – Cumprimento das obrigações por parte das companhias.

10.1. Análise empírica de questionamentos a atores do setor público

Separaram-se três questionamentos específicos a representantes do poder público, para buscar compreender o comportamento e, ou, a percepção desses atores em relação aos acordos.

O primeiro deles, para buscar identificar a percepção de motivação de uma empresa na decisão pela solução consensual. Com a possibilidade de múltiplas respostas, o risco de dano reputacional configurou o fator de maior peso, seguido do receio de uma sanção efetiva ao final do processo tradicional. Confira-se o gráfico 8:

Caso atue no setor PÚBLICO, em sua opinião, quais fatores pesam na decisão de uma empresa para buscar solução consensual em caso de corrupção?

10 respostas

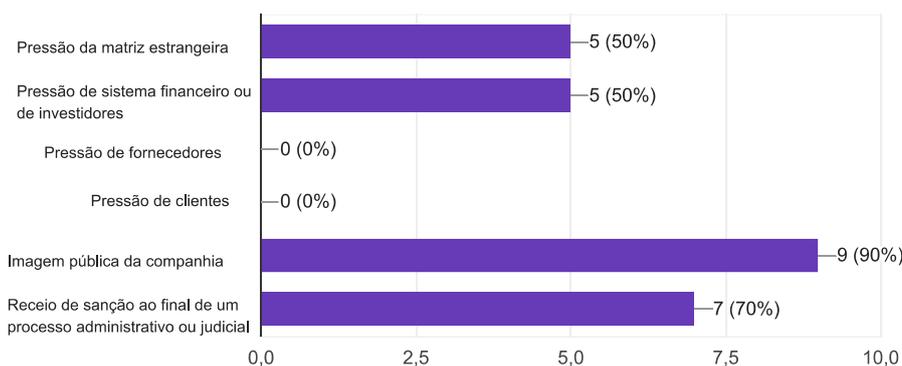


Gráfico 8 – Percepção pública da motivação para uma solução consensual.

Quanto à gestão das investigações independentes, houve um questionamento sobre o modelo preferível de estrutura de governança para assegurar a independência de seu resultado. O gráfico 9 ilustra as posições:

Em caso de resposta positiva à questão anterior, qual é o modelo preferível?

6 respostas

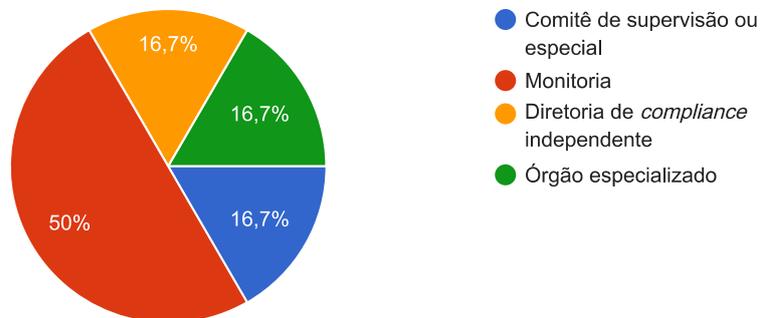


Gráfico 9 – Estrutura de governança para independência das investigações.

Por fim, um último questionamento acerca do formato de entrega dos resultados de investigação indica que 71,4% exigem relatórios pormenorizados:

Caso atue no setor PÚBLICO, costuma exigir que os resultados de investigação sejam formalizados em relatório pormenorizado?

7 respostas

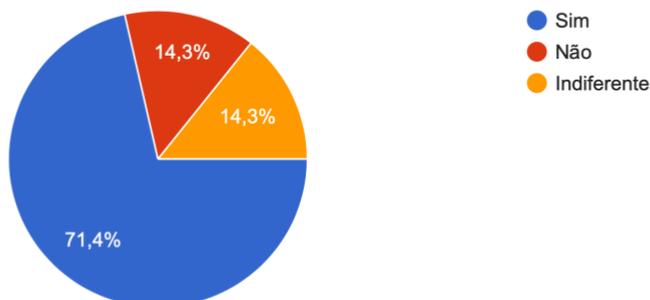


Gráfico 10 – Formato de apresentação do resultado de investigação independente.

10.2. Análise empírica de questionamentos a atores privados

Tal qual aos agentes públicos, separamos três respostas que foram formuladas especificamente a atores privados.

A primeira delas busca identificar a motivação para um acordo. Pesou mais para o privado o receio de uma sanção ao final do processo tradicional, seguida do dano à imagem. De forma idêntica aos atores públicos, pressões de fornecedores e de clientes não foram apontadas como motivação bastante:

Caso atue no setor PRIVADO, em sua opinião ou conhecimento, identifique os fatores que pesaram na decisão por solução consensual:

8 respostas

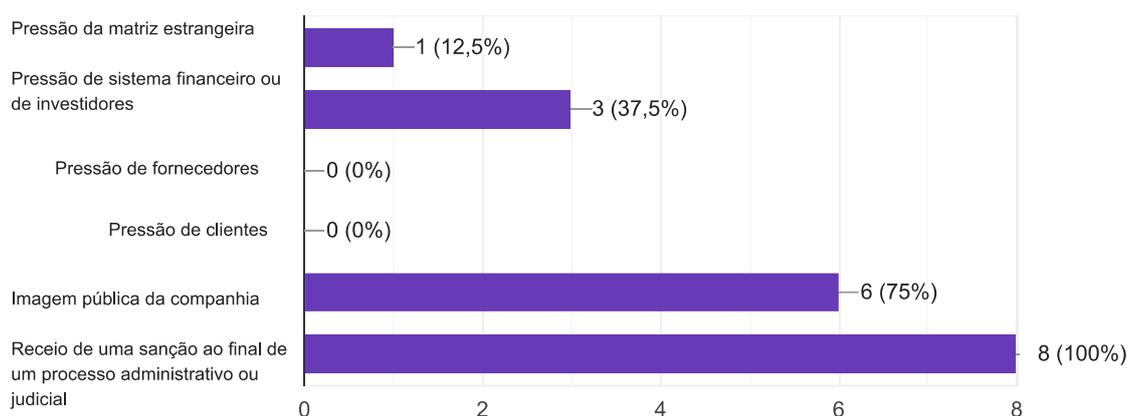


Gráfico 11 – Percepção privada da motivação para uma solução consensual.

Uma das grandes queixas que se observa publicamente sobre o sistema brasileiro de controle da corrupção fundamenta-se na inexistência de um balcão único (WINTERS, 2015). Os agentes privados receberam uma provocação específica sobre esse ponto, e quase 90% dos respondentes apontaram ser esse um fator de desestímulo à busca de uma solução consensual em eventos de corrupção.

Confira-se o gráfico 12:

Caso atue no setor PRIVADO, em sua opinião, o fato de o Brasil adotar um sistema de várias agências (ou balcões) anticorrupção já foi apontado como fator impeditivo à decisão de celebrar acordo?

8 respostas

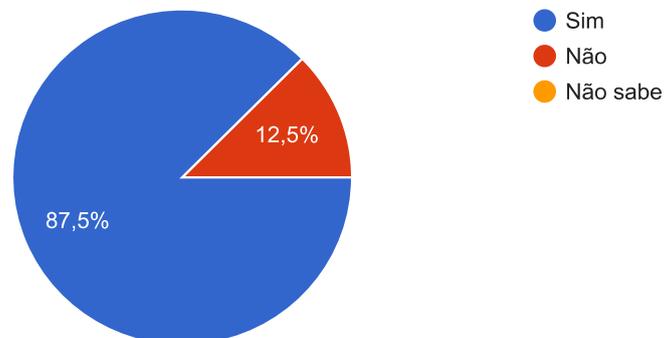


Gráfico 12 – Sistema multiagências.

Ainda assim, a adoção da solução consensual foi apontada como fator que confere maior segurança jurídica ou previsibilidade ao desfecho do caso, e a única resposta discordante apontou que os acordos apenas auxiliam no convencimento de *stakeholders* da companhia:

Caso atue no setor PRIVADO, o acordo em matéria anticorrupção confere:

8 respostas

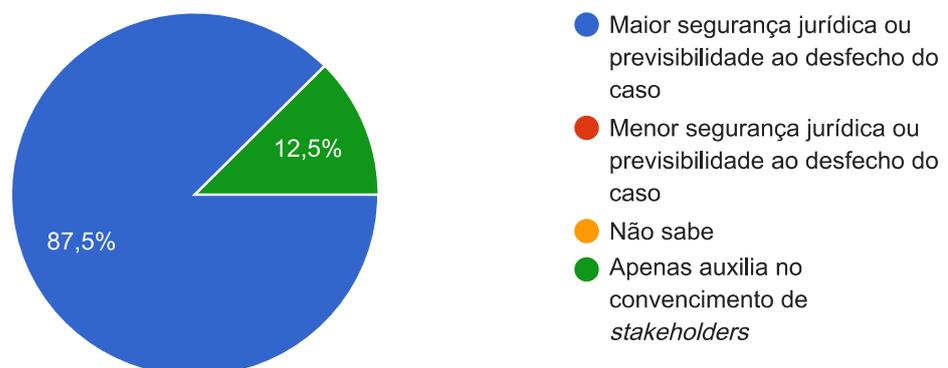


Gráfico 13 – Percepção de segurança jurídica decorrente do acordo de leniência.

11. Delineamentos para o futuro

“[...] networks are the prerequisite for describing any complex system, indicating that complexity theory must inevitably stand on the shoulders of network theory.” (BARABÀSI, 2014, pos. 3895).

De tudo o quanto se expôs ao longo desta tese, pôde-se identificar que a consensualidade na resolução de questões envolvendo o Estado decorre de um processo histórico, em que se constata a modificação do papel do Direito na direção de comportamentos da sociedade. Muito em decorrência do reconhecimento da limitação da imposição de uma decisão, a solução consensual emerge como alternativa mais eficaz, porque induz um comportamento desejado, conclamando o infrator a participar da construção final.

Por óbvio que essa indução de comportamento passa por um conjunto de desestímulos (sanções elevadas, certeza de apenamento, dano reputacional) e de estímulos (segurança jurídica, limitação de penas, recuperação de imagem), que são sopesados por quem se aventurar em um programa de leniência.

Os acordos permitem também mitigar o problema das *duas velocidades* (TEUBNER, 1989), ao propiciar o ajuste de marcha, tanto quanto possível, dos julgamentos da conduta tanto no plano social quanto no jurídico, dissolvendo a noção de independência de instâncias, até porque atuam no limite de todas elas, ao procurar conferir uma solução uniforme ao problema.

Melo (1996, p. 68) trabalha a ideia de custos de transação, calculados pelos agentes econômicos para se posicionar em relação a tal ou qual situação, ou tal ou qual parceiro. Segundo o autor, em um “contexto de informação incompleta e de incerteza, os indivíduos têm altos custos para obter informação relevante sobre ‘o que’ ele ou ‘com quem’ ele está transacionando”.

Os acordos de leniência em matéria anticorrupção possuem o condão de explicitar exatamente o *preço* de uma relação com empresa envolvida em ato ilícito em desfavor do erário: possibilita-se saber, de antemão, a extensão do fato e as consequências pactuadas com as autoridades. Precifica-se o risco, inclusive reputacional, e libera-se o agente para realizar o custo de transacionar com o infrator arrependido.

Melo (1996, p. 68) conclui o raciocínio destacando a importância das instituições para que esse processo seja bem-sucedido:

As instituições — ou pelo menos as boas instituições — servem para superar dilemas de ação coletiva e situações conhecidas na literatura sobre escolha racional como “dilemas do prisioneiro” (Shepsle, 1989; Lane, 1993; Geddes, 1994). Esse conceito descreve situações em que uma melhoria das posições dos membros de uma coletividade deixa de ser realizada porque os indivíduos têm desincentivos para as promover unilateralmente. Nessas situações, o comportamento não-cooperativo deixa de produzir uma melhoria global na situação dos indivíduos. Como assinala North:

“Soluções bem-sucedidas [desses dilemas] têm implicado na criação de instituições que, nos termos da teoria dos jogos, aumentam os benefícios de soluções cooperativas ou aumentam os custos da defecção, e que, em termos de análise de custos de transação, reduzem custos de transação e produção em cada troca, de forma que os ganhos de troca tornam-se realizáveis. Qualquer que seja a abordagem, a chave são as instituições”.

Devem se reforçar, portanto, iniciativas institucionais voltadas ao diálogo e à formação de padrões de comportamentos entre os órgãos de controle da corrupção, nomeadamente exemplificados nas notas técnicas e orientações exaradas pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF e em normas como as da CGU/AGU para cálculo de multas e ressarcimentos.

As instituições devem operar, com maior rigor, para impor solução que desative a relação problemática de um dos elementos da rede em direção aos demais (ou ao acordo). Por exemplo, uma relação de competição quando já se estabeleceu o liame de colaboração do infrator com outro dos elementos integrantes da rede. Ou uma relação de controle que ameace as autoridades que se disponham a utilizar a solução consensual, como vimos na intervenção do Supremo Tribunal Federal para desativar a iniciativa do TCU em desfavor de integrantes de CGU e AGU, às vésperas da assinatura do acordo com a empresa Odebrecht.

Teubner (2011) estudou o fenômeno de redes sob a ótica de organizações empresariais que objetivam flexibilidade e eficiência na alocação de recursos para ampliar a capacidade de competição global. Um dos pontos destacados pelo autor foi a necessidade de observância da confiança, como requisito de funcionamento da própria rede.

Essa adstrição à confiança, prossegue Teubner, deve operar mediante sancionamento legal, controle judicial, padronização de contratos, como formas jurídicas mais adequadas para garantia institucional das relações de confiança que se estabelecem internamente aos elementos integrantes da rede, assim como aquelas que com a estrutura interagem. Alertando sobre os riscos de baixa proteção quanto à responsabilidade⁷⁸, acaso o sistema seja interpretado de maneira fragmentada⁷⁹, o autor propõe que a lei deve reconstruir as precondições constitutivas a partir de sua própria lógica evolutiva, de forma a respeitar as características da rede.

Behn (1998, p. 25) reafirma o valor da confiança, sobretudo em se tratando do relacionamento com o Estado:

Como observou Wilson: “todos os soberanos suspeitam de seus servos, e o povo soberano não é uma exceção à regra” (1887: 20).

Para Wilson, tal suspeita não é necessariamente má: “Se tal suspeita pudesse ser esclarecida com sábia vigilância, ela seria de todo saudável; se a tal vigilância pudesse ser adicionado uma dose inequívoca de responsabilidade, ela seria de todo benéfica”. Mas por si mesma, continua Wilson, a suspeita “nunca é saudável, seja na mente pública ou privada”. A suspeita deveria ser combinada com confiança: “Confiança é a força de todas as relações da vida”. Assim, tanto na constituição das composições políticas quanto na criação de sistemas administrativos, é necessário dar-lhes o desenho para que abriguem confiança: “da mesma forma que o gabinete do reformador constitucional deve criar condições de confiabilidade, assim também o gabinete do administrador deve modelar a administração com condições de responsabilidade claras, para garantir que a confiança valha à pena”.

A vinculação de todo o Estado ao acordo celebrado por um dos componentes da rede decorre da relação de “co-ompetição” entre as agências de controle da corrupção e facultar-lhes o estabelecimento de regras para o estabelecimento de cooperação, no caso de um acordo. Se a agência “A” possui determinada preocupação, *v.g.*, em relação ao método de cálculo de ressarcimentos, deverá interagir com os demais elementos da rede para propiciar que essa sua compreensão passe a integrar previsões de padronização para futuras interações da rede com os

⁷⁸ E aqui, para o paralelo estabelecido em nosso estudo, essa *responsabilidade* é sobretudo quanto aos termos pactuados com o Estado.

⁷⁹ Por exemplo, o acordo de leniência entre infrator com o órgão “A”; a relação de sujeição desse mesmo infrator ao órgão “B” e assim sucessivamente. Há que compreender o sistema como um todo, um novo organismo composto de diversos elementos.

possíveis colaboradores. Essa é a ideia de sincronização, base para a confiança num sistema que opera à base de estímulos comportamentais.

Acaso a agência “A” não busque a interação com outras agências, e insista no *pilling on* contra o colaborador, correrá o risco de ver imunizada sua pretensão, sobretudo por intervenções judiciais, como aquelas apresentadas ao longo deste trabalho.

Esse tipo de situação foi mais marcante na relação MPF e CGU/AGU, passando por uma fase inicial de desconfiança, evoluindo para a noção dos “acordos-espelho”, até que, recentemente, noticiou-se a celebração de acordo de leniência *multipartite* com a presença dessas *tranches* governamentais (caso Technip).

Veremos o fenômeno operar em relação ao TCU. Consoante o já mencionado, a Corte de Contas se antecipou à regulamentação da Lei Anticorrupção e estabeleceu sua própria norma reafirmando uma relação de controle sobre autoridades de CGU e AGU durante as tratativas e mesmo na celebração dos acordos. O Supremo Tribunal Federal coarctou essa intenção, é bem verdade que com base na vigência transitória da Medida provisória n. 703, mas é fato que refreou a posição do TCU.

Note-se, inclusive, que esse refreamento acabou plasmado em doutrina sobre a atuação do Tribunal de Contas, como se verifica no importante excerto:

A despeito da intenção do legislador, a lei acabou por criar espaços de sobreposição com a Lei nº 8.429/1992 e gerou, por força do instituto do acordo de leniência, expectativas errôneas quanto à extensão de seus efeitos para outras normas e órgãos de controle da administração pública. A instituição do controle dos acordos de leniência pelo TCU é um reflexo dos equívocos cometidos na interpretação da norma. (ALVES, 2018, p. 159, grifo nosso).

Todavia, o autor prossegue, sustentando uma terceira via, sugerindo uma *atenuação* do sancionamento, como resultado do reconhecimento da postura colaborativa da empresa:

O Tribunal não fiscaliza nenhum ato de imposição de sanção administrativa nem os acordos substitutivos ou integrativos das sanções previstos na legislação. A título exemplificativo, o TCU não realiza o controle externo dos:

a) termos de compromissos ambientais previstos no art. 139 do Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008;

b) acordos de leniência do sistema de defesa da concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011); e

c) termo de compromisso no âmbito do mercado de valores mobiliários (art. 11, § 5º, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976).

Considerando que a lei anticorrupção empresarial somente autorizou a administração pública a transacionar as sanções administrativas que lhe compete aplicar, conforme os arts. 16, § 2º e 17 da norma, a celebração de acordo de leniência também não afeta a competência do TCU de imputar as sanções previstas em sua lei orgânica.

No mesmo sentido, Zymler e Dios (2016, p. 172) assinalam que “o TCU não fica vinculado ao conteúdo do acordo de leniência e não há repercussão em suas competências fixadas no art. 71 da Constituição e tampouco impedimento à aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992”.

Por óbvio, o TCU pode considerar a colaboração da pessoa jurídica perante a administração pública, caso os elementos aportados em face do acordo de leniência sejam úteis ao desenvolvimento de seus processos de controle externo. Nesse caso, o Tribunal pode levar em conta a conduta da empresa na dosimetria de suas sanções, podendo, inclusive, se for o caso, decidir por não a aplicar. Porém, é preciso destacar que a palavra final é sua, no legítimo exercício de seu poder-dever de sancionar. (ALVES, 2018, p. 172).

Podem não ser o formato ideal, mas é uma clara sinalização para a sincronização do sistema. Para não ser injusto com a atuação pretérita do TCU, no caso específico do acordo celebrado com Mullen Lowe e FCB com CGU/AGU, a Corte de Contas referendou o critério de cálculo do sancionamento e do ressarcimento de danos, e considerou satisfatória a solução acordada.

Consoante já mencionado, pretendeu-se melhorar a articulação entre as agências anticorrupção brasileiras com o termo de cooperação coordenado pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, em função de sua desbragada linguagem hierárquica, em contradição com as estruturas dos órgãos integrantes do sistema, notadamente o MPF, não se logrou unanimidade em torno do referido documento.

Acaso seja estimulado um ambiente cooperacional para padronização, tanto quanto possível, as preocupações dos diversos elementos da rede podem ser incorporadas a métodos, normas e práticas, diminuindo o espaço para conflitos nos casos concretos.

E a atuação competitiva dos demais elementos da rede, acaso insatisfeitos com a solução consensual adotada em um determinado caso concreto, deverá necessariamente adotar postura indicada por Andrade Filho (2018, p. 299):

Primeiramente, para que um pedido, que seja incompatível ou conflite diretamente com o acordo de leniência, em eventual ação judicial promovida por ente colegitimado seja apreciado pelo juízo, dever-se-á, necessariamente, demonstrar as razões que acarretem a invalidade do acordo. Ou seja, o autor da ação deve fazer pedidos sucessivos de anulação do acordo de leniência e aquele diretamente atinente à tutela do erário e da probidade administrativa.

E arremata:

Para tanto, o autor terá que demonstrar a existência de vício insanável na origem do acordo, que acarrete em sua anulação (vício de competência, inobservância de formalidade legal essencial ou qualquer outra que torne o acordo inválido, de forma irremediável, perante a legislação brasileira) ou, ainda, que os benefícios acordados são manifestamente desproporcionais à gravidade dos atos ilícitos praticados ou à efetiva colaboração prestada pelos infratores, não abarcando situações limítrofes que podem ter sido melhor solucionadas no contexto de uma solução negociada. (ANDRADE FILHO, 2018, p. 299).

Como destaca Prats i Catalá (1996, p. 37):

Tanto o Direito como o gerenciamento estão abandonando a ilusão de um mundo feito de unidade e certeza pelo reconhecimento de um mundo real e atual, cheio de complexidades, diferenças e incertezas. O Direito não tem a pretensão de mostrar o que deve ser, mas continua sendo fundamental para definir o espaço do comportamento aceitável, dentro do qual os indivíduos podem se auto-organizar. A partir desta concepção, de sabor claramente neo-institucionalista, o Direito se

transforma de provedor de segurança a redutor de incertezas, permitindo assim implementar a liberdade dos indivíduos, cujo desenvolvimento é o espaço específico do direito instrumental.

Teubner (2011) aponta para a necessidade de um tratamento legal das redes, de modo a que as suas ambiguidades, contradições, colisões e paradoxos não sejam considerados meros erros ou mau funcionamento do sistema, mas resultados de uma constatação da forma como ele opera: organiza-se, desorganiza-se e reorganiza-se novamente sob configurações adequadas e flexíveis para cada caso em concreto.

Ainda que escrito com a finalidade de explicar redes empresariais privadas sob a forma de *contratos conectados*, o trabalho de Teubner parece ajustar-se com precisão à necessidade de compreender o sistema brasileiro de controle da corrupção.

Estimula-se competição para a identificação e persecução de ilícitos; sincroniza-se na cooperação, depois de ajustado o primeiro acordo com um dos elementos da rede; ou, até mesmo, que se produzam padrões de pré-aplicação dos conceitos legais (*reparação de danos, multa* etc.), de modo a que um só acordo venha a abarcar grande parte das preocupações das agências que integram o sistema, tornando desnecessário um ambiente assemblear de negociação.

12. Conclusões

Retomemos a hipótese inicial deste trabalho, segundo a qual o sistema multiagências de controle da corrupção brasileiro pode ser compreendido sob uma lógica organizacional em rede policêntrica, cujas normas próprias da teoria geral de redes devem orientar o intérprete no seu relacionamento com o sistema.

A dificuldade na obtenção de respostas unívocas desse sistema, em momento anterior à vigência da Lei Anticorrupção, não trazia grandes preocupações, senão com possível *bis-in-idem* sancionatório. A partir da possibilidade da celebração de acordo de leniência para resolver conflito relacionado à corrupção, emerge a imperatividade de um comportamento síncrono das agências encarregadas da aplicação da legislação. Isto porque os acordos de leniência assentam-se sobre bases muito claras de estímulos e contraestímulos comportamentais, e o conjunto de benefícios oferecidos pelo Estado necessita ser efetivamente entregue à empresa que celebrou um acordo dessa natureza, sob pena de um eventual descumprimento estatal ser, *per si*, encarado como um desestímulo severo a futuros colaboradores.

A hipótese deste trabalho permitiu construir explicação racional a fenômenos identificados ao longo dos primeiros anos de vigência da Lei Anticorrupção, como conflitos de atribuições entre os órgãos encarregados de aplicação da lei, sobretudo depois que começaram a ser entabulados os primeiros acordos de leniência.

Primeiro, a hipótese apresentou uma forma de compreensão do sistema e a suas relações com o infrator-colaborador. Para isso, desenvolveu-se a ideia de analisar a forma evolutiva sobre como se estabelecem as relações entre o poder público e o particular e também entre as diversas estruturas estatais encarregadas do *enforcement* da legislação. Uma evolução que conduz da hierarquia ao diálogo; do poder de sujeição à capacidade de convencimento.

Em nosso sentir, a teoria de redes permite compreender mais adequadamente esse fenômeno, ao propiciar a separação dos órgãos e de suas relações, como destacado nas tabelas 5 a 8, anteriormente apresentadas. Permite, ademais, decompor as relações conflituosas e identificar com precisão qual delas está provocando o distúrbio no funcionamento da rede em um determinado caso. Com isso, permite-se atuar de forma direcionada para que, atuando-se sobre a relação problemática, o sistema seja provocado a operar conforme um comportamento desejado.

A teoria de redes oferece o aporte contextual para compreender determinadas características como a sincronização, que nada mais é do que fazer com que os elementos de uma rede operem segundo um mesmo padrão de comportamento em um dado momento. Essa compreensão é fundamental para estimular as agências integrantes do sistema de controle a modificarem seu padrão de comportamento competitivo – quando no modo de “detecção e persecução” de ilícitos – para o padrão cooperativo, depois que celebrado o acordo de leniência com um dos órgãos e entidades do Estado.

Há reclamações sobre a pulverização de órgãos encarregados de aplicar a legislação anticorrupção (WINTERS, 2015), sugerindo-se, no mais das vezes, a adoção de um *balcão único* para entabular os acordos de leniência. Essa sugestão surgiu também nas respostas ao questionário que foi circulado com atores responsáveis pela aplicação da Lei Anticorrupção e volta e meia é referida como a solução para a intrincada questão do respeito ao pactuado em um acordo de leniência.

Em nossa visão, e por tudo o quanto foi exposto no trabalho, uma solução como tal não seria possível de operar no sistema brasileiro.

As agências de controle da corrupção possuem fundamento constitucional (Ministério Público, Advocacias Públicas, Tribunais de Contas, Polícias) ou legislativo (CADE, RFB, CGU, CVM etc.). Estabelecer um *balcão único* depende de modificação profunda no sistema constitucional. No mínimo, vai desorganizar uma ordem estabelecida de antanho, com inimagináveis consequências para o enfrentamento da corrupção.

Ainda que essa ordem não apresente o grau de eficácia desejado, é aquela que acabou se estabelecendo no país e que não parece ser passível de modificação sem uma profunda reforma de nossas instituições.

Ademais, em um ambiente sem hierarquia entre essas agências, emerge a dúvida sobre qual seria o *balcão* a ser adotado.

Novamente, o aporte da *sincronização* permite oferecer ao intérprete uma solução para a aparente balbúrdia de diversos órgãos autointitulados legitimados (porque operando sob o signo da competição) que ameaçam com sanções adicionais o colaborador que rechaçar a competência de um deles. Há soluções contratuais – adrede explicadas – para buscar imunizar uma relação de competição, e também judiciais, como visto nas decisões do STF e do Tribunal

Regional Federal da Quarta Região. Essas soluções podem ser explicadas pela teoria de rede, de acordo com o mencionado.

Ademais, ao se firmarem como precedentes, decisões judiciais e acordos pretéritos estimularão a que a rede evolua para um novo ponto de sincronização: estabelecer padrões prévios que contemplem as preocupações dos integrantes do sistema, sempre em linha de favorecer a sincronização no modo cooperação.

A compreensão do sistema de controle da corrupção brasileiro sob o formato de rede coaduna-se, ainda, com a ideia de *multiplicidade institucional*, como maior proteção ao bem tutelado, por permitir que um ato ilícito esteja sujeito a contato com mais pontos de sensibilização e, por conseguinte, sujeito a uma maior probabilidade de ser objeto de ação estatal, objetivando o sancionamento.

Como mencionado, a hipótese desta tese propõe um novo enfoque, deixando de analisar pontualmente a relação do colaborador com cada elemento isolado da rede. Passa-se, assim, a tomar-se o sistema em sua totalidade: dado que as agências foram sendo estruturadas em *multiplicidade institucional* para a defesa do bem jurídico, não dá para admitir que a responsabilização pelo cumprimento do acordo de leniência seja apenas bilateral, simplesmente ignorando o restante do sistema.

Essa rede, composta de relações bidirecionais, implica que o liame estabelecido com um dos componentes do sistema irradie seus efeitos em relação a todo o conjunto, obrigando a fragmentação do Estado se integrar para respeitar os incentivos pactuados com o particular.

A organização em rede, orientada pelo princípio da eficiência, deve promover ampla competição entre os nós da rede para capturar uma ilegalidade. Porém, depois de pactuada uma solução, os demais nós devem “alternar” para o modo cooperação, para evitar dispêndio desnecessário de energia.

Retome-se a figura 6, anteriormente apresentada e explicitada. Não é admissível que uma estrutura governamental que integre um conjunto de relações jurídicas tão intenso como o descrito venha a recusar o cumprimento de um acordo celebrado com outra dessas estruturas, invocando a fragmentação do Estado. Se o Estado não faz valer essa rede carregada de relações para troca de informações objetivando uma uniformidade de comportamento, o ônus não pode ser carreado ao particular.

Imagine-se a rede anticorrupção como uma teia de aranha. Depois de capturada a presa, não há necessidade de a aranha ficar gastando energia com mais e mais ferroadas. Essa presa já foi conquistada; a aranha deve se resguardar para as próximas. E, no caso da rede anticorrupção, não há desejo de matar e consumir a presa, mas sim de reconfigurar para atuar conforme a legalidade.

Estimular que os demais elementos da rede fiquem reiteradamente aferindo alguém que já estabeleceu seu ajuste com um dos nós significa ou dispêndio desnecessário de energia ou desconfianças do quanto pactuado. Ou, pior: uma *vendetta* contra quem se insurgiu contra o pacto de corrupção.

Em suma, sintetizam-se as seguintes conclusões:

1- O conjunto brasileiro de agências anticorrupção, independentemente de motivos e críticas, organizou-se sob uma estrutura de multiplicidade institucional, com fundamento constitucional e legal, alternando entre competição e cooperação (“co-ompetição”) na detecção de atos ilícitos.

2- A Lei n. 12.846/13 estabeleceu mais uma camada nessa multiplicidade institucional, ao prever a punição administrativa às pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção, com técnica de responsabilidade objetiva e estímulo à prevenção e à solução consensual. Todavia, a Lei Anticorrupção não tratou explicitamente dos efeitos de uma solução consensual sobre as competências das demais agências encarregadas de controlar a corrupção no Brasil.

3- Essa multiplicidade institucional, em razão da diversidade estrutural dos órgãos de controle que a conformam, não dialoga com a ideia de hierarquia para produzir organização; a organização sistêmica – diferenciação entre ambiente e sistema –, para esse caso, pode ser inferida por um método mais complexo, conferido pela teoria de redes.

4- A solução consensual – o acordo de leniência – assenta-se sob estímulos comportamentais que, contratualizados, necessitam ser garantidos ao ex-infrator, sob pena de um descumprimento estatal ser compreendido, *per si*, como um desestímulo a futuros colaboradores.

5- A partir da vigência da Lei Anticorrupção, passa-se a exigir um comportamento uniforme das agências anticorrupção em relação aos celebrantes de acordo de leniência.

6- A teoria de redes oferece um aporte contextual para que o intérprete possa extrair das inúmeras relações estabelecidas entre as agências anticorrupção, e entre essas e a empresa

colaboradora, um paradigma de intervenção que respeite a característica de rede do sistema anticorrupção brasileiro.

7- A principal contribuição reside na ideia de sincronização, propriedade que uma rede apresenta para uniformizar o comportamento de seus elementos integrantes sob determinado *valor*. No caso estudado, os órgãos de controle da corrupção necessitam ser estimulados a “desligar” o modo competição tão logo atingida a celebração de um acordo de leniência com um dos elementos integrantes da rede; o *valor* de sincronia passa a ser o da *cooperação*.

8- Os estímulos aos órgãos de controle, respeitando a natureza de rede, caracterizam-se pela utilização de linguagem comum (negocial), adoção de padrões, respeito a precedentes, incorporação de preocupações dos demais integrantes da rede em modelos de negociação, entre outros.

9- Esses estímulos à sincronização podem se materializar em decisões judiciais, reformas legislativas, acordos de cooperação entre os órgãos, redação das cláusulas dos próprios acordos de leniência.

10- O modelo hierárquico, ultrapassado, não oferece mais resposta adequada à elevada complexidade da sociedade atual e, por consequência, do Estado que pretende governá-la.

13. Referências Bibliográficas

ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos ENAP**, n. 10, 1997.

ABRUCIO, Fernando Luiz; PEDROTI, Paula; PÓ, Marcos Vinícius. A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas. *In*: Fernando Luiz Abrucio, Maria Rita Loureiro e Regina Pacheco (org.). **Burocracia e política no Brasil**. São Paulo: Editora FGV, 2010.

ALCADIPANI, Rafael; TURETA, César. Teoria ator-rede e estudos críticos em administração: possibilidades de um diálogo. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, set. 2009.

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. **Revista Direito GV**, São Paulo, 7(1), p. 075-098, jan.-jun. 2011.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. Análise da juridicidade do controle dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção empresarial pelo Tribunal de Contas da União. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 17, n. 02, p. 155-182, abr.-jun. 2018.

ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do acordo de leniência. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, p. 170-203, 2017.

ANDRADE FILHO, João Pereira de. Leniência, transparência e segurança jurídica: a vinculação ao acordo de leniência dos atores estatais colegitimados. **Parahyba Judiciária**, João Pessoa, v. 11, n. 11, p. 269-304, ago. 2018.

ANTER, Andreas. **Max Weber's theory of modern state** – origins, structure and significance. Transl. Keith Tribe. Palgrave Macmillan, 2014.

ARAGÃO, Cecília Vescovi. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. **Revista do Serviço Público**, ano 48, n. 3, set.-dez. 1997.

ARANTES, Rogério B.; MOREIRA, Tiago M. Q. Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal. **Opinião Pública**, Campinas, v. 25, n. 1, p. 97-135, jan.-abr. 2019.

ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. A Lei 12.836/13 e um novo modelo negocial de enfrentamento à corrupção. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (coord.). **Corrupção, aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ASFOR ROCHA, Cesar. **Breves Reflexões Críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos acordos de leniência no Brasil, teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 7, n. 83, p. 5-7, out. 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy.; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

BAKER, Daniela Nunes. A responsabilidade dos administradores por ato de corrupção e o papel da CVM na garantia da confiança no mercado de valores mobiliários a partir da análise do Caso Embraer. Programa de Pós-Graduação INSPER. São Paulo, 2019.

BARABÁSI, Albert-László. **Linked: how everything is connected to everything else and what it means for business, science and everyday life**. New York: Basic Books, 2014 (eBook).

BARABÁSI, Albert-László. **Network Science**. Cambridge: University Printing Home, 2016.

BARCELOS, Márcio; PEREIRA, Matheus Mazzilli; SILVA, Marcelo Kunrath. Redes, campos, coalizões e comunidades: conectando movimentos sociais e políticas públicas. **BIB**, São Paulo, n. 82, 2º semestre de 2016, p. 13-40, set. 2017.

BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Da autopoiese ao hiperciclo do sistema jurídico. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 07, n. 15, p. 340-375, 2016.

BARROS, Clarissa Lovatto; BARROS, Luiz Felipe Barros de. Direito à informação na sociedade em rede. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 155-169.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração premiada segundo o projeto de lei das organizações criminosas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 233, p. 4-5, abr. 2012.

BECKER, Gary. Crime and punishment: An economic approach. **Journal of Political Economy**, 76, 169-217, 1968.

BEETHAM, David. **Max Weber y la teoría política moderna**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979. 459 p.

BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. **Revista do Serviço Público**, ano 49, n. 4, out.-dez. 1998.

BENDIX, Reinhard. **Max Weber: um perfil intelectual**/ trads. Elisabeth Hanna, José Viegas Filho. Brasília: UnB, 1986. 428 p. (Coleção Weberiana).

BEVIR, Mark. Governança democrática: uma genealogia. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 103-114, jun. 2011.

BILHIM, João Abreu; SANTOS, Gonçalo Castilho dos. A tensão entre independência e controle político: o caso das entidades portuguesas de regulação. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 03, Rio de Janeiro, p. 1736-1759, 2017. DOI: 10.12957/rqi.2017.28048.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Primeiras reflexões sobre organização criminosa: anotações à Lei 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 55, p. 5-17, ago.-set. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/2013**, São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina, jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BLACK, Julia. Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes. **Regulation & Governance**, 2, p. 137–164, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. **Revista do Advogado**, n. 107.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manual de negociação baseado na teoria de Harvard**. Brasília: EAGU, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assegra de *et al.*(coord.). Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM). **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público / Ministério da Justiça**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Série Pensando o Direito n. 18/2009. ASSIS, Marta Rodrigues de (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica. . Brasília, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Enccla: Estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro – 10 anos de organização do estado brasileiro contra o crime organizado. Ed. Comemorativa. Brasília, 2012.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem n. 52, 2010.

BRITO SANTOS, Carlos Frederico. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e Aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 791-832, dez. 2019. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430>. Acesso em: 17 mar. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v5i3.430>.

BUCCI, M.P.D.; e COUTINHO, D. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. *In*: COUTINHO;

FOSS; MOUALEM (org.). **Inovação no Brasil**: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo: Blucher, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Pesquisa jurídica em políticas públicas. *In*: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (org.). **Pequisa em Direito**: Métodos, Técnicas e Abordagens. São Paulo: Saraiva (no prelo).

BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAILLOSSE, Jacques; MORAND, Charles-Albert. Le droit néo-moderne des politiques publiques. Coll. Droit et Société, 1999. *In*: **Droit et société**, n. 42-43, 1999. Justice et Politique (II), p. 511-519. Disponível em http://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1999_num_42_1_1762. Acesso em 6 jun. 2016.

CAILLOSSE, Jacques. Le droit comme méthode? Réflexions depuis le cas français. *In*: RENARD, Didier; CAILOSSE, Jacques; BÉCHILLON, Denys de (org.). **L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit**. Paris: LGDJ, 2000. p. 27-68.

CALSAMIGLIA, Alberto . **Introducción a la Ciencia Jurídica**. 3ª ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1990.

CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt; BRASIL, Felipe Gonçalves. Análise de políticas públicas: uma revisão da literatura sobre o papel dos subsistemas, comunidades e redes. *Novos Estudos*, 101, março 2015.

CARDOSO, David Pereira. **Os acordos substitutivos da sanção administrativa**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2016.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. *In*: GOMES, Marcus Alan de Melo; PINHO, Ana Cláudia Bastos de (coord.). **Ciências criminais**: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 253 p., 22 cm. ISBN 978-85-375-0393-5. p. 239-253.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 20ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O enfrentamento da corrupção no cenário de globalização e regionalização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 12, n. 132, p. 9-23, fev. 2012.

CLUNE, William H. Law and Public Policy: Map of an Area. **2 Southern California Interdisciplinary Law Journal**, 1, 1993.

COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; SABINO, Marco Antonio da Costa; FERNANDES, Débora Chaves Martines; LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos. A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa. Publicação de relatório de pesquisa. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011.

COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do estado. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 17, n. 1, p. 95-106, jan.-mar. 2007.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Educação jurídica no Brasil e cultura de paz no Brasil: por uma reforma necessária. **Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho**, Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Universidad de Chile N° 2, ISSN 0719-5885, v. 3, 55-74 p, 2º semestre de 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. **Lei Anticorrupção empresarial**. 3ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

DE ARAUJO, Ricardo Wagner. Compliance, Monitors, and the Odebrecht Case: A Comparison Between the FCPA and the Clean Company Act. April 20, 2020. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3622101> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3622101>.

DE ARAUJO, Ricardo Wagner. The International Competition Network (ICN) and the Framework on Competition Agency Procedures (CAP): Strengthening Fairness in Competition Law Enforcement. April 28, 2020. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3622141> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3622141>.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime**: Lei 13.964/19. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIPP, Gilson. A “**delação**” ou **colaboração premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015.

DIXIT, Avinash K. **Lawlessness and economics**: alternative modes of governance. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Antitrust suits by targets of tender offers. 80, **Michigan Law Review**, 1155, 1982.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 203-227, mar.-abr. 2013.

ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 17, n. 202, p. 2-3, set. 2009.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; VELLOZO, Júlio César de Oliveira. Uma análise crítica sobre a lei anticrime do Ministério da Justiça. **Revista de Direito**, Viçosa, v.11, n.01, p. 25-60, 2019. DOI: <https://doi.org/10.32361/20191118810>.

FARIA, Antonio Celso Campos de Oliveira. Colaboração premiada e lei de improbidade administrativa. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:664L8xtFqGoJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%2520PatPublico/Teses/COLABORA%25C3%2587%25C3%2583O%2520%2520PREMIADA%2520E%2520LEI%2520DE%2520IMPROBIDADE%2520ADMINISTRATIVA.docx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 jun 2015.

FAZZIO JR., Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Crime Organizado**: aspectos processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *Path dependency* e os estudos históricos comparados. **BIB**, São Paulo, n 53, p. 79-102, 1º semestre de 2002.

FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fabio Costa. **A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio**: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais. Austral, 2013.

- FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FIORINO, Daniel J. Rethinking Environmental Regulation: Perspectives on Law and Governance. 23 Harv. Envtl. L. rev, 441, 1999.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. Trad. Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.
- FREITAS, Juarez. Dos princípios da probidade administrativa e sua máxima efetivação. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, v. 20, n. 145, p. 9-33, fev. 1996.
- GÁMEZ, Elena Marín. **Claves del buen abogado negociador**. Coruña: Colex, 2020.
- GARCIA ESPAÑA. **El premio a la colaboración con la justicia, especial consideración a la corrupción administrativa**. Granada: Editorial Comares, 2006. n. 72.
- GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. 2ª ed. Paris: Presses de Sciences Po, 2007.
- GAULT, David Arellano; GALICIA, Jesús Fidel Hernández; LEPORÉ, Walter. Corrupción sistémica: límites y desafíos de las agencias anticorrupción. El caso de la Oficina Anticorrupción de Argentina. **Revista del CLAD Reforma y Democracia**, n. 61, p. 75-106, 2015.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GILCHRIST Gregory M. Plea bargains, convictions and legitimacy. Winter 2011. American Criminal Law Review, v. 48, issue 1. Publisher: Georgetown University Law Center.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2006.
- GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa: lei n. 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GREEN, Bruce A. PODGOR, Ellen S. Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents. 54, B.C.L. Rev. 73, 2013. Disponível em: [h:p://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss1/3](http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss1/3).
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da *new public governance*. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 11, n. 42, abr.-jun. 2013.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HAGE SOBRINHO, Jorge. Lei n. 12.846/2013: Lei da empresa limpa. RT 947/37, set. 2014.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: Fundamentos, estrutura, política. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (org. e rev.). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008.

HEYMAN, S. B. Bottoms-Up: An Alternative Approach for Investigating Corporate Malfeasance. **American Journal of Criminal Law**, [s. l.], v. 37, n. 2, p. 163–219, 2010. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=sih&AN=57404730&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 9 jun. 2020.

HILL JR., Thomas E. **Dignity and practical reason**. New York: Cornell University Press, 1992.

HODGES, Christopher. **Law and Corporate Behaviour**. HART Publishing: Oregon, 2015 (eBook).

IANONE, Marcus. Teoria do Estado Desenvolvimentista: uma revisão da literatura. **Sinais Sociais**, Rio de Janeiro, v. 9, n.24, p. 81-105, jan.-abr. 2014.

KALKMANN, Tiago. Análise Econômica da Racionalidade do Acordo de Colaboração Premiada. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 469-504, jan.-abr. 2019.

KLIJN, Erik-Hans. Trust in governance networks: looking for conditions for innovative solutions and outcomes. *In*: OSBORNE, Stephen P. (org.). **The new public governance?** New York: Routledge, 2010.

KORSGAARD, Cristine M. **Creating the kindom of ends**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

LADEUR, Karl-Heinz. The future of law – “Serial Law?”. RDU, Ed. Especial, Porto Alegre, p. 25-45, 2016.

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

LATOURE, Bruno. **Reagregando o social**: uma introdução à teoria do Ator-Rede. São Paulo: Edusc, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. Efeitos predatórios da corrupção no mercado e na sociedade civil: alguns indicadores. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 116, p. 467-496, jan.-jun. 2018.

LEWIS, Theodore Gyle. **Network science**: theory and practice. New Jersey: John Wiley & Sons, 2009.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência**: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção**: incluindo a lei anticorrupção. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOBEL, Orly. The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought. **Minnesota Law Review**, v. 89, November 2004, San Diego Legal Studies Paper No. 07-27. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=723761>.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antônio C Luz. Petrópolis: Vozes, 2016.

MARONA, Marjorie Correa. Teoria dos sistemas sociais: uma abordagem introdutória ao Pensamento de Niklas Luhmann. R. Fac. Dir. UFG, v. 33, n. 1, p. 94-114, jan.-jun. 2009.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66, jun.-jul. 2014.

MARQUES, Eduardo Cesar. **Redes sociais e permeabilidade do Estado**: instituições e atores políticos na produção da infraestrutura urbana no Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Universidade Estadual de Campinas, 1998.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, 107.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. Desafios do Acordo de Leniência da Lei nº 12.846/2013. **Revista do Advogado**, n. 125.

MASCARENHAS BISNETO, José Pereira; FRAGA, Igor Dantas; BORGES, Siméa Azevedo Brito. **Revista Sul-Americana de Ciência Política**, 01, v. 3(1), p.146-168, março 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDEIROS, Anny Karine de; CRANTSCHANINOV, Tamara Ilinsky; SILVA, Fernanda Cristina da. Estudos sobre accountability no Brasil: meta-análise de periódicos brasileiros das áreas de Administração, Administração Pública, Ciência Política e Ciências Sociais. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, 47(3):745-775, maio-jun. 2013.

MELO, Marcus André. *Governance* e reforma do Estado: o paradigma agente x principal. **Revista do Serviço Público**, ano 47, v. 120, n. 1, jan-abr 1996.

MENDONÇA, André Luiz Almeida; NAGLE, Luz Estella; RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. **Negociación en casos de corrupción**: fundamentos teóricos y prácticos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MILES, Raymond E.; SNOW, Charles C.; MILES, Grant. *TheFuture.org*. Lon Range Planning, v. 33, p. 300-321, Elsevier Science, 2000.

MIZEL, Martin Lawrence. A Plea for Justice: Racial Bias in Pretrial Decision Making. UCLA. 2018. ProQuest ID: Mizel_ucla_0031D_16777. Merritt ID: ark:/13030/m5n063xw. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/7dg565rr>. Acesso em: 4 ago. 2020.

MORAND, Charles-Albert. **Le droit neo moderne des politiques publiques**. Paris: LGDJ, 1999.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 55, p.42-56, ago.-set. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul.-set. 2011.

NEWMAN, Franz. **The democratic and the authoritarian state**. London: Collier-Macmillan, 1964.

NIETO GARCIA, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2012.

NOAH, Lars. Administrative arm-twisting in the shadow of congressual delegations of authority. **Wisconsin Law Review**, 873, 1997.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Renovar, Rio de Janeiro, v. 1, n. 219, 2000.

NUSDEO, Fabio. A crise da regulação e a autorregulação. **R. de Dir. Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 33-47, out.-dez. 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) como experiência

cooperativa interinstitucional de governo aberto no Brasil. *In*: 48 visões sobre a corrupção. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte**, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr.-jun. 2008.

OLIVEIRA Gustavo Justino de; SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. Controladoria-Geral da União: uma agência anticorrupção? *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 4º. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 61-79.

OLIVIERI, Cecília. Os controles políticos sobre a burocracia. **Revista de Administração Pública**, v. 45, n. 05, set-out 2011.

OSBORNE, Stephen P. Public governance and public services delivery: a research agenda for the future. *In*: The new public governance? OSBORNE, Stephen P. (org.). New York: Routledge, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativa sancionador**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador e direito penal: quais os limites do *ius puniendi* estatal na repressão aos atos de improbidade administrativa. **Revista Ibero Americana de Ciências Penais**, vol. 1, n. 1, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria de improbidade administrativa**: má-gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OSTROM, Elinor. Polycentric systems for coping with collective action and global environmental change. **Global Environmental Change**, 20, p. 550–557, 2010.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção**: a contribuição do direito econômico. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2010.

PAL, Leslie A.; SPENCE, Jennifer. Event-focused network analysis: a case study of anti-corruption networks. **Policy and Society**, 39:1, 91-112, 2020. DOI: [10.1080/14494035.2020.1716559](https://doi.org/10.1080/14494035.2020.1716559).

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Faculdade de Direito, USP, 2010.

PAZZAGLINI F., Mário; ROSA, Márcio Elias; FAZZIO JR., Waldo. **Improbidade administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. *In*: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 1215 p. ISBN 85-7674-140-7. p.627-659.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. **Revista CEJ**, Brasília, v. 17, n. 59, p. 84-99, jan.-abr. 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada**: legitimidade e procedimento - aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado - revista e atualizada de acordo com a Lei 12.850/13. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 77, p. 175-202, mar.-abr. 2009.

PEREZ, Adolfo Carretero; SANCHEZ, Adolfo Carretero. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.

PIRES, Maria Coeli Simões; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; CORDEIRO, Caio Barros; CARDOSO, José Luiz Ferreira. Conferência de serviços: reflexões e perspectivas para a construção de um novo instrumento de governança democrática. V Congresso CONSAD. Brasília, DF. Jun. 2012.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. **Há um sistema brasileiro administrativo de combate à corrupção?** Inovações, avanços e retrocessos da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 56, p. 24-29, out.-nov. 2013.

PLATT, Stephen. **Capitalismo criminoso**: como as instituições financeiras facilitam o crime. Trad. Celso Roberto Paschoa. São Paulo: Cultrix, 2017.

POLLITT, C. **Managerialism and the public services: The Anglo-American experience.** Oxford: Basil Blackwell, 1990.

POPE, Jeremy. Transparency International Source Book 2000 - Confronting Corruption: Elements of a National Integrity System. 2000. Disponível em: archive.transparency.org/publications/sourcebook.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos.** 2º v. Lisboa: Edições 70, 2019.

PORTUGAL, Sílvia. Contributos para uma discussão do conceito de rede na teoria sociológica. **Oficina do CES**, Coimbra, n. 271, março de 2007.

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey; CORREA, Izabela. Brazilian Clean Company Act: using institutional multiplicity for effective punishment. **Osgoode Hall Law Journal**, 53.1, p. 107-163, 2015

PRATS I CATALÁ, Joan. Direito e gerenciamento nas administrações públicas – notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas. **Revista do Serviço Público**, ano 47, v. 120, n. 02, maio-ago. 1996.

RAGAZZO, Massimo. La conferenza di servizi: esiti della riforma ex lege n. 15/2005 e novità giurisprudenziali. Disponível em: http://www.lexitalia.it/articoli/ragazzo_conferenza.htm. Acesso em 29 jul. 2020.

RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. *In*: Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal - ASF. **Estudos de processo penal.** São Paulo: Scortecci, 2011. 393 p., 19 cm. p.141-197. ISBN 978-85-366-2307-8.

REVELLINO, Silvana, MOURITSEN, Jan. Knotting the net: From “design by deception” to an object oriented politics. **International Journal of Project Management**, 35, p. 296–306, 2017.

RHODES, R. A. W. Policy Network Analysis. *In*: M. Moran, M. Rein and R. E. Goodin (Eds.) **The Oxford Handbook of Public Policy.** Oxford: Oxford University Press, p. 423-45. R A W Rhodes, 2006.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Breves considerações sobre o Instituto da Delação Premiada no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 20, n. 537, p. 5-11, ago. 2008.

RIZZO, Eloy; MOUSHEY, Leah. Eight Tips for Performing Effective Corruption Investigations in Brazil. **Anticorruption Report**, 2019.

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

ROOT, Veronica. The monitor - "client" relationship. **Virginia Law Review**, v. 100, Issue 3, 63 p., p. 523-585, May 2014.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge University Press, 1999.

ROSENAU, J. The governance of fragmentation: Neither a world republic nor a global interstate system. **Studia Diplomatica**, 53, (5), p. 15-40, 2000.

RYVKIN, D.; SERRA, D. Corruption and competition among bureaucrats: An experimental study. **Journal of Economic Behavior and Organization**, forthcoming, 2018. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167268117303761>.

RYVKIN, D.; SERRA, D.; TREMEWAN, J. I paid a bribe: I paid a bribe: An experiment on information sharing and extortionary corruption. **European Economic Review**, 94, p. 1-22, 2017. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0014292117300284>.

RUFINO, V. S. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015.

RUFINO, V. S. **Os fundamentos da delação**: análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de *compliance*. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**, ano 2, v. 2, n. 2, dezembro 2014.

SALERNO, Giulio M. Verso un' amministrazione trasparente: principi costituzionali e regole legislative. **Giornale di storia costituzionale / journal of constitutional history**, 31, 2016.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; CANETTI, Rafaela Coutinho. Conflitos nos programas de acordos de leniência brasileiros nos casos de fraudes em licitação. **Revista da AGU**, v. 17, n. 04, p. 273-292, out.-dez. 2018.

SANCTIS, Fausto Martins de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Kleber Bispo dos Santos. **Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção**. – Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016.

SHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change. **Law & Social Inquiry**, v. 37, Issue 2, p. 229–264, Spring 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Aspectos do pedido na ação de improbidade administrativa. **Revista de Processo**, São Paulo: RT . v. 34, n. 178, p. 76-105, dez-2009.

SILVA, Fernando Muniz. A delação premiada no direito brasileiro. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 10, n. 17, p. 121-165, jul.-dez. 2011.

SILVA, João Nuno Calvão da. Contratualização e governança europeia. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 79-89, mar.-ago. 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. **Revista dos Tribunais**, v. 947/2014, p. 157 – 177, set. 2014. DTR\2014\9948.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa**: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Toward a New Common Sense**: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition. New York: Routledge, 1995.

STROGATZ, Steven. **SYNC**: How order emerge from chaos in the universe, nature and daily life. Hyperion, 2003.

STRUECKER, Denise Regina; HOFFMANN, Micheline Gaia. Participação social nos serviços públicos: caracterização do estado da arte por meio da bibliometria e da revisão sistemática. **REGE - Revista de Gestão**, 24, p. 371–380, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.rege.2017.03.008>.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. **Corrupção política**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993.

TEUBNER, Gunther. **Networks as Connected Contracts**. Trad. Michelle Everson. Oxford: Hart Publishing, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Da democracia na América**. Princípia Editora: Estoril, 2007.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/13. RT 947, set. 2014, p. 281-294.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Editora RT, 2017.

TONETO JR., Rudinei. Buchanan e a análise econômica da política. **Revista Lua Nova**, n. 38, São Paulo, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32ª ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

TURCATO COSTA, Adriano. Acordo de leniência. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev. 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14475&revista_caderno=16. Acesso em: abr. 2015.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; REIS, Erica do Vale. Justiça criminal premial: introdução à regulamentação jurídica da delação premiada no ordenamento brasileiro e às alterações da lei nº 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 62, p. -49, out.-nov. 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e não oferecimento da denúncia: o espaço de oportunidade do art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/2013. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 268, p. 13-15, março de 2015.

WARDE, Walfrido; SIMÃO, Valdir Moysés. **Leniência**: elementos do direito da conformidade. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

WEBB, Philippa. The United Nations Convention Against Corruption: global achievement or missed opportunity? *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 1, p. 191-229, 2005.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo; Revisão Antônio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martin Claret, 2015.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF : Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. 586 p.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5ª ed. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WEBER, Max. **Escritos políticos**. Trad. Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

WINTERS, Michelle A. Too many cooks in the kitchen: battling corporate corruption in Brazil and the problems with a decentralized enforcement model. 682, **Richmond Journal of Global Law & Business**, v. 13:4, 2015.

YUAN, Y; CHEN, X; SUN, Q; HUANG, T. Analysis of topological relationships and network properties in the interactions of human beings. **PLOS ONE**, 12(8), 2017. Disponível em: e0183686. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0183686>.