

A tuação do Ministério Público no acordo de leniência da Lei Anticorrupção

Alexandre Schneider

Procurador da República em Bento Gonçalves(RS)
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio
Grande do Sul (UFRGS)
Mestrando em Direito na Universidade Católica de Brasília

RESUMO: Examina-se o acordo de leniência da Lei Anticorrupção pelo prisma do Ministério Público, buscando-se compor perfil pragmático da atuação ministerial voltado aos resultados eficazes da colaboração premiada, considerando a participação (ou não) do *Parquet* no acordo e os efeitos dessa participação nas esferas penal e da improbidade administrativa. Com arrimo na teoria da agência, analisa-se a maximização da segurança jurídica do acordo em razão da atuação do Ministério Público no acordo de leniência, indutora de comportamentos societários que buscam a participação da Instituição na celebração do ato.

PALAVRAS-CHAVES: Ministério Público. Colaboração premiada. Acordo de leniência. Lei Anticorrupção.

ENGLISH

TITLE: Proceedings of the public prosecutor's office in the leniency agreement of the Anti-Corruption Law.

ABSTRACT: The leniency agreement of the Anti-Corruption Laws is included as part of the broad spectrum of examinations by the public prosecutor's office, attempting to project a pragmatic profile of the ministerial activity focused on the effective results of the awarded collaboration, considering Parquet's participation (or not) in the agreement and the effects of this participation in criminal law and administrative misconduct. Based on the theory of the agency, we analyze the maximization of legal security of the agreement due to the performance of the public prosecution service in the leniency agreement, which promotes corporate behavior that seeks the participation of the institution in such an act.

KEYWORDS: Public ministry. Award-winning collaboration. Leniency agreement. Anti-Corruption Law.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 152) – 2 Lei anticorrupção e acordo de leniência (p. 157) – 3 Teoria da agência (p. 160) – 4 Autonomia constitucional e independência do Ministério Público (p. 166) – 5 Atuação nas searas criminal e improbidade administrativa (p. 169) – 6 Interpretação sistemática à luz do sistema de proteção de interesses difusos (p. 173) – 7 Conclusão (p. 175).

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa as vicissitudes envolvidas na concretização do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção brasileira – como instrumento de colaboração premiada previsto às pessoas jurídicas corruptoras como salvaguarda para minimização das sanções previstas no regime jurídico anticorrupção, em contrapartida com a entrega de elementos de prova ao Estado *persecutor* – com a interface de atuação do Ministério Público.

A Lei nº 12.846/13, editada pelo parlamento no contexto das manifestações cidadãs de 2013¹, veio a compor e amalgamar o chamado “microsistema de enfrentamento à corrupção” (DINO, 2016), inovando o ordenamento jurídico ao aditar a esfera de responsabilização da pessoa jurídica corruptora – até então inexistente – em complemento à eficácia legal específica da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), dos crimes contra a Administração Pública e da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93).

Perfilando o sistema normativo brasileiro às convenções e tratados internacionais de combate à corrupção (Convenção Interamericana contra a Corrução – OEA, Convenção sobre a Corrução de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – OCDE e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), a lei brasileira anticorrupção possui similitude com a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) do direito norte-americano (EUA), com a *Bribery Act* do direito inglês (Reino Unido) e com o Decreto Legislativo nº 231/2001 *Della Responsabilitá Amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalitá giuridica* (Itália).

A Lei Anticorrupção prevê, portanto, um regime de responsabilização da pessoa jurídica autônoma, interdependente da responsabilização individual dos agentes corruptos e corruptores (perseguidos processualmente segundo a legislação penal e de improbidade administrativa), inovando a normatividade com a introdução de sanções civis e administrativas calcadas na responsabilidade objetiva da empresa.

As sanções previstas na Lei Anticorrupção em face das práticas corruptoras das pessoas jurídicas (art. 5º da Lei nº 12.846/13) – condutas previstas nos incisos I a V, que espelham praticamente as mesmas espécies típicas previstas nos Crimes contra a Administração Pública, nos Delitos de Lavagem de Dinheiro, Crimes Licitatórios e Fraudes Contratuais, Obs-

¹ Quando a Nação acompanhava com expectativa a tendência de aprovação da chamada PEC nº 37, que sepultaria a possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público.

trução à Justiça e outros – consistem no perdimento de bens, direitos e valores obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica, proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, multas, publicação da decisão sancionatória a expensas da empresa, podendo culminar, inclusive, no extremo da dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Atento aos graves e nefastos efeitos que possam decorrer para a corporação econômica que se depara com eventuais práticas corruptivas praticadas por seus agentes, de forma isolada, divorciada dos propósitos socioeconômicos diretivos e de governança da corporação, o legislador criou o instituto do acordo de leniência, previsto no art. 16 da Lei nº 12.846/13.

O acordo de leniência visa a que a pessoa jurídica se esquive legalmente de ser severamente sancionada, de modo a isentá-la das sanções previstas no inciso II do art. 6º (publicação extraordinária da decisão condenatória) e no inciso IV do art. 19 (proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de 1 a 5 anos), viabilizando igualmente a diminuição do valor da multa aplicável em até 2/3 (dois terços).

Por se tratar de instituto de direito premial, a concessão dos benefícios legais convencionados no acordo de leniência exige que a pessoa jurídica processada colabore efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de modo que desta colaboração resultem a identificação dos demais atores envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Dada a independência e autonomia das esferas legais de responsabilização dos atos corruptores (administrativa, cível e penal) e, principalmente, das chamadas “condições de eficácia”, não se torna difícil projetar que o resultado do acordo de leniência poderá implicar sérias consequências para a viabilidade persecutória criminal, principalmente.

O produto resultante do acordo de leniência (elementos de prova carreados pela pessoa jurídica, hábeis a propiciar a identificação dos demais envolvidos na infração e que comprovem o ilícito sob apuração) influirá nas demais esferas processuais de responsabilização em razão da congruência fática inescapável em casos envolvendo práticas corruptivas.

Além disso, a pessoa jurídica corruptora haverá de exigir segurança jurídica para seus dirigentes, agentes e demais gestores, sob pena de não pretender correr o risco de, celebrado o acordo de leniência, ver-se surpreendida com atos autônomos de persecução noutras searas de responsabilidade não vinculadas ao ato bilateral, notadamente nos processos penal e de improbidade administrativa.

Desse panorama é que surge o problema cuja solução se pretende apresentar no presente artigo.

A Lei Anticorrupção, em seu art. 16, refere que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos corruptivos. A “autoridade máxima” a que alude o art. 16 faz crer que se trata da mesma “autoridade máxima” elencada no art. 8º, responsável por instaurar e julgar o processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica corruptora, que causou lesão à Administração Pública, sendo, portanto, a autoridade administrativa que, organicamente, estiver designada pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, no âmbito de suas esferas exclusivas de competência, tanto no âmbito federativo da União como dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como já referido, na esfera administrativa, o acordo de leniência estará estrito a eximir (isentar) a pessoa jurídica das sanções correspondentes à publicação extraordinária da decisão condenatória, proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, e redução do valor da multa.

A literalidade da regra legal omite a possibilidade de que acordos de leniência possam ser capitaneados pelo Ministério Público. Ademais

disso, a regra prevista no art. 15 da Lei Anticorrupção², afeta à necessidade de persecução penal dos fatos apurados no processo administrativo sancionatório, demanda a necessidade de se descortinar solução para a falta de regra explícita de celebração de acordo de leniência pelo *Parquet*, notadamente considerando as diversas estruturas de atuação do Ministério Público em núcleos mistos de combate à corrupção^{3 4 5}.

Cabe, portanto, indagar se, a despeito da ausência de previsão legal expressa, é possível a celebração de acordo de leniência pelo Ministério Público, na condição de proponente, sem a participação do poder público, com a pessoa jurídica corruptora? Noutras palavras, seria conveniente alijar o Ministério Público da celebração dos acordos de leniência, relegando a iniciativa unicamente à esfera administrativa dos demais poderes estatais?

Procuraremos sustentar que a legitimidade do Ministério Público para propor acordos de leniência às pessoas jurídicas implicadas em atos de corrupção decorre de interpretação sistemática do conjunto de normas que integram o arcabouço de proteção dos interesses difusos e coletivos. Ademais, negar tal possibilidade constituiria fator de desestímulo à medida premial, à luz da teoria da agência, considerando que o Ministério Público está menos infenso às contingências políticas (se comparado aos demais ór-

² Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

³ Vide, a propósito, os Enunciados n^{os} 4 e 28 da 5^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, revisado e editado, respectivamente, sob os auspícios da Resolução n^o 148/14, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, que conferiu atribuição cumulativa à 5^a CCR para atuação tanto na persecução criminal como no âmbito da improbidade administrativa, com vistas ao “combate à corrupção”.

⁴ <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/institucional/nucleos-de-combate-a-corrupcao>>

⁵ A propósito, também, da criação de estruturas ministeriais mistas de combate à corrupção, é de se ver a Recomendação n^o 42/16 do Conselho Nacional do Ministério Público – <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9574-aprovada-recomendacao-que-cria-no-mp-estruturas-especializadas-no-combate-a-corrupcao>>

gãos vinculados ao poder executivo, principalmente), a par de a titularidade privativa da ação penal pública e o protagonismo nas ações de improbidade administrativa serem fatores que atraem o protagonismo do Ministério Público nos acordos de leniência, como forma de alcançar a desejada segurança jurídica por parte das pessoas jurídicas e a efetividade dos resultados no combate à corrupção.

2 LEI ANTICORRUPÇÃO E ACORDO DE LENIÊNCIA

A Lei nº 12.846/13, com eficácia legal plena sobre os fatos ocorridos a partir do dia 27 de janeiro de 2014, dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Logo se vê que a disciplina normativa introduzida pela novíssima legislação aplica-se ao flanco de responsabilização da pessoa jurídica, carecedor que se encontrava o ordenamento pátrio de alcançar sanções jurídicas às pessoas formais, infensas até então de consequências repressivas por atos corruptivos para além da mera responsabilidade subjetiva e individual dos agentes implicados.

Dessa forma, o art. 5º da Lei Anticorrupção (LAC) arrola os tipos objetivos nos quais as empresas e corporações serão enquadradas por conta de atos levados a efeito por seus agentes ou prepostos, configuradores de práticas perniciosas contra a Administração Pública, atos lesivos praticados no interesse ou benefício, exclusivo ou não, da pessoa jurídica (art. 2º) – cuida-se, como referido, de esfera de responsabilização autônoma⁶.

Serão passíveis, portanto, de responsabilização pelo novel regime de sancionamento, as sociedades empresárias, as sociedades simples, personi-

⁶ Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*.

ficadas ou não (independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado), bem como as fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (art. 1º, parágrafo único), em razão da prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos os “tipos objetivos”:

I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Da leitura dos tipos percebe-se, desde logo, tratarem-se de hipóteses fáticas reveladoras, igualmente, de suportes fáticos já previstos em legislações anteriores, a exemplo do Código Penal, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), da Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), dentre outros.

A nova Lei Anticorrupção prevê, em virtude das condutas corruptivas constatadas, duas esferas de responsabilidade, a administrativa (arts. 6º a 15) – encetada no âmbito de competência do órgão público da Administração vitimado pelo ato corruptivo – e a judicial (arts. 18 a 21) – instaurada por provocação do Estado-Juiz pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou pelo Ministério Público.

Na esfera administrativa, serão aplicadas as sanções de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória. A esfera judicial, diversamente, comporta a aplicação de sanções ainda mais gravosas, a saber, perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

Sobreleva interesse, contudo, ao presente *paper*, o protagonismo conferido ao Ministério Público pela Lei Anticorrupção, inspirada na atribuição constitucional de defesa do patrimônio público (CF, art. 129, inciso III), ao referendar que:

Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa (art. 20, LAC).

A superlativa legitimidade reconhecida pela Lei Anticorrupção ao *Parquet* para buscar a aplicação das sanções às pessoas jurídicas – tanto as sanções previstas para a esfera judicial, como legitimado concorrente, como para as penalidades elencadas para a esfera administrativa, de forma subsidiária, na hipótese de omissão da Administração Pública – não foi despretensiosa ou aleatória por parte do legislador.

A meta social engendrada pelo art. 20, LAC, está atrelada ao perfil constitucional do Ministério Público, justamente por se tratar de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF), alicerçada na unidade, indivisibilidade e independência funcional (§1º do art. 127, CF).

Na prática, o predicado de independência funcional, reconhecido pela Constituição e leis complementares, antes de assegurar garantias pessoais aos membros do Ministério Público, deu-lhes garantias funcionais para que possam servir aos interesses da lei e não aos dos governantes (MAZZILLI, 2013, p. 134), de modo que os órgãos do *Parquet*, no exercício da atividade-fim, só estão adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis; não estão adstritos a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da própria instituição, no que diga respeito ao que devam ou não fazer (MAZZILLI, 2013, p. 226).

3 TEORIA DA AGÊNCIA

Necessitamos, doravante, propiciar a interligação dos conceitos jurídicos afetos à autonomia e independência funcional do Ministério

Público e de seus órgãos com o mundo econômico, onde atuam os agentes do mercado, destinatários das sanções previstas na LAC. Para tanto, utilizar-se-á de instrumental próprio da economia e das ciências da administração, a exemplo da Teoria da Agência.

Uma relação de agência é aquela que se estabelece, segundo a ótica da economia e das organizações societárias, entre um principal (titular do interesse ou direito tutelável) e um agente (delegatário escolhido pelo principal para maximizar a concretização do interesse ou direito do principal).

Segundo Posner (2000), o principal será beneficiado na medida em que o agente executa uma tarefa (de interesse do principal), voltada à satisfação, com a máxima eficiência, do interesse ou direito tutelado, com diligência, cuidado e esforço, de modo a maximizar os resultados esperados pelo titular do interesse velado.

Usemos um exemplo citado por Posner em seu artigo intitulado *Agency Models in Law and Economics*⁷. Suponhamos que alguém pretenda vender sua propriedade imobiliária (casa), mas não tem conhecimento do mercado nem experiência nas formalidades e negociações típicas da seara imobiliária. Especialmente, essa pessoa (principal) não conhece os contatos certos a quem ofertar a casa. Por isso, o principal contrata um agente imobiliário, dele esperando que atue com cuidado e, ao mesmo tempo, despendendo esforço possível e necessário para mostrar a casa para os compradores potenciais. O principal espera que o agente estimule os potenciais compradores a fazerem boas propostas, em decorrência da habilidade do agente de fazer ver aos interessados que a casa possui vários atrativos e poucos defeitos, capazes de a tornar cobiçada no mercado imobiliário e, em razão disso, maximizar o valor final da transação – objetivo relevante do principal (e, licitamente, de qualquer agente econômico, segundo as regras usuais do tráfego comercial).

Na dinâmica dessa relação, poderá ocorrer uma série de variantes e dissintonias, todas aptas a desencadear o que a doutrina chama de “con-

⁷ *The Coase Lecture, Winter 2000*. The law school the University of Chicago, Chicago. <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=204872>

flito de agência”. Por exemplo, o agente pode não ter interesse (ou estar estimulado a) em despender seus melhores esforços quanto o principal espera que ele o faça. O proprietário da casa (principal) gostaria que o agente trabalhasse na prospecção de interessados na compra durante o dia todo, manhã e tarde, mas o agente entende que o melhor horário para abordar o público-alvo é no horário noturno, quando as pessoas estão mais cansadas e, portanto, com suas defesas mais vulneráveis. Mas o agente pode não querer trabalhar à noite, dedicando esse tempo aos seus filhos. Ou ele pode ser preguiçoso ou não querer se dedicar à venda da sua casa, por entender que outras são mais atrativas para venda. Desse modo, o principal teria dificuldade em conseguir um agente que se dedique com afinco para a venda da sua casa e, além disso, quando conseguisse um agente, teria dificuldade em monitorar o seu esforço para vender a casa.

Mas, como monitorar esse agente? Poder-se-ia pensar, por exemplo, em instalar um gravador ambiental para detectar as vezes em que o agente entra na casa para a apresentar aos interessados. Nessa investida, suponhamos que o principal constate que o agente, no dia anterior, mostrou a casa a apenas uma pessoa interessada. Confrontado com a informação, o agente poderia dizer que a maioria dos clientes a quem ele anunciou a propriedade estava preferindo, naquele momento, visualizar casas em valores menores. Como saber se o agente está mentindo ou falando a verdade?

Outra solução possível é esperar por algum tempo mais para que a casa seja vendida e dispensar o agente, em caso de não se obter êxito na venda imobiliária. Novamente, supondo que o principal aguarde um mês e a casa não é vendida. Indagado, o agente responde que o mercado imobiliário não está “aquecido” (propenso a vendas, retraído), mas sabe que algumas pessoas interessadas poderiam pagar um preço mais baixo pelo imóvel do principal; entretanto, o agente está confiante que, por mais um tempo de dedicação, encontrará um comprador que aceite pagar um valor mais elevado, o que viria a satisfazer melhor as expectativas do principal.

Percebe-se, desse modo, que o grande dilema na relação encetada entre o principal e o agente reside na dificuldade que o principal tem de

avaliar o agente, justamente porque o principal não é um especialista no mercado habitacional; e, ainda que o fosse, possivelmente, não teria tempo para acompanhar o trabalho daquele. Mais: ainda que fosse especialista e tivesse tempo, não haveria sentido em contratar o agente, pois o proprietário, diretamente, poderia se encarregar de buscar o melhor negócio.

O problema, assim, no conflito de agência é a dificuldade de o principal observar diretamente os esforços do agente. Por conta disso, o principal não consegue inferir, a partir do resultado do trabalho do agente (venda ou não-venda da casa dentro de um certo período de tempo), se pode continuar nele confiando, pois não conhece a influência da sorte e de outros fatores estranhos na venda da sua casa.

Esse é um exemplo simplificado para explicar no que consiste a teoria da agência, bastante aplicada nas relações de índole privada, as quais se resolvem, via de regra, na celebração de contratos de risco, cujas cláusulas abarcam estímulos e compensações variáveis, negociadas para incentivar o agente a despender seus melhores e mais efetivos esforços, buscando uma solução eficiente ao negócio, assim entendida como aquela obtida em menor tempo e com o mais significativo resultado econômico possível⁸.

No modelo de relação de agência, em sua dinâmica, poderá ocorrer o chamado “risco moral” (POSNER, 2000), compreendido como a situação em que o agente pode prometer dispensar determinada carga de esforço, mas essa promessa não é executável. A menos que o principal tenha meios de controlar o agente e observar seus níveis de esforço, o principal não terá motivos para não acreditar na promessa do agente – a qual, repita-se, é inexecutável.

Em qualquer relação de agência, por conseguinte, o problema de agência decorre da chamada “assimetria de informação”, cuja solução pas-

⁸ A teoria da agência – na órbita das relações jurídicas de direito privado – aplica-se à relação entre acionistas e diretores de uma corporação, na qual os acionistas representam o principal, que contratam diretores para atuarem como agentes, na expectativa de que estes empreendam e maximizem cuidados e esforços na consecução dos objetivos societários (lucro), de modo que o principal se beneficie diretamente dos resultados advindos da atuação do agente.

sa pelo conceito de “custos de agência”, solvidos, em regra, pela contratualização antes referida, que engendre um sistema de compensações ao agente. A solução também pode advir do monitoramento da atividade do agente, com o emprego de sistemas e procedimentos de controle.

Transpondo-se o conceito e as características da teoria da agência para o setor público, pode-se afirmar que o Estado e a sociedade são os atores dessa relação. A sociedade, credora de direitos e garantias fundamentais, situa-se no polo do “principal”. O Estado, de seu turno, será considerado o “agente”, no seu moderno papel prestacional dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensões (vida, liberdade, propriedade, saúde, educação, segurança pública, meio ambiente e saúde pública sadios, probidade administrativa, etc) titulados pelos indivíduos em particular e pela sociedade em geral.

O Estado executa, densifica, os direitos fundamentais diretamente por seus “agentes” (e, nesse prisma, poder-se-ia dizer que o Estado também é o principal na relação com os seus agentes diretos, os servidores públicos em geral).

Entretanto, busca-se jogar luz na complexa relação que se estabelece, de um lado, entre a sociedade (principal) e as agências estatais (agente), especificamente pelo flanco descortinado com a nova Lei Anticorrupção, que estabeleceu a responsabilização objetiva da pessoa jurídica corruptora, impondo severo sancionamento, cujo potencial retributivo é capaz de impor sensíveis efeitos negativos ao pleno desenvolvimento do objeto social da empresa (multas pecuniárias e proibição de contratar com o poder público), quiçá conduzindo à dissolução compulsória nos casos mais extremos.

Ao tratar da responsabilidade administrativa, a Lei Anticorrupção trata do processo administrativo, conduzido, na administração pública direta federal, segundo o Decreto nº 8.420/15, pela Controladoria-Geral da União, atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Nos termos do art. 29 do Decreto nº 8.420/15, caberá à CGU celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal, no âmbito do chamado

Processo Administrativo de Responsabilização – PAR, voltado à aplicação das sanções administrativas à pessoa jurídica corruptora.

Repise-se, ao largo da responsabilização administrativa da pessoa jurídica corruptora, flui de forma autônoma o processo judicial de aplicação das sanções à pessoa jurídica corruptora (art. 19 da Lei nº 12.846/13), cuja legitimidade ativa é concorrente entre os Entes Federados (por suas advocacias públicas) e o Ministério Público.

Para além dessas duas esferas de responsabilidade da pessoa jurídica corruptora, não se pode olvidar a responsabilização criminal das pessoas físicas autoras dos atos de corrupção. De um lado, os catalisadores do ato, indivíduos que agiram investidos da condição de agentes da pessoa jurídica corruptora (funcionários, gerentes, diretores, etc), a responderem, hipoteticamente, pelo delito de corrupção ativa (art. 333, Código Penal); de outro, os funcionários públicos *lato sensu* recebedores ou que aceitaram a promessa de vantagem indevida (art. 317, Código penal). Nessa relação processual, de natureza sancionatória penal, o titular privativo é o Ministério Público (art. 129, I, Constituição Federal).

Não se pode deixar de mencionar, igualmente, a responsabilidade subjetiva dos mesmos indivíduos pela ação civil de improbidade administrativa, comumente⁹ aparelhada pelo *Parquet* (art. 17 da Lei nº 8.429/92).

Por conta desse arranjo normativo constitucional e legal, surgem diversas controvérsias a respeito da formalização do acordo de leniência, principalmente quanto a que “agência” estatal seria mais conveniente atuar em tais colaborações, dadas as repercussões que os fatos possam gerar, por exemplo, na esfera de responsabilidade criminal.

Muito embora a Lei Anticorrupção seja taxativa quanto à celebração do acordo de leniência entre a pessoa jurídica corruptora e a administração

⁹ O dia a dia forense demonstra que a grande maioria das ações de improbidade administrativa são aforadas pelo Ministério Público, notadamente pelo fato de já se encontrarem em seu aparato os elementos de prova dos fatos ímprobos, colhidos em inquérito policial que investiga o crime contra a administração pública, ou em inquéritos civis.

pública (“autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública” - art. 16 da LAC), não se pode afastar a possibilidade concreta de os elementos de prova entregues pela pessoa jurídica como condição para receber os benefícios legais serem reveladores de fatos criminosos – e, quase sempre, sê-lo-ão.

De que forma, então, a Controladoria-Geral da União¹⁰, órgão puramente executor de atribuições do Poder Executivo, poderia barganhar a modulação de sanções penais, se não possui titularidade para a lide penal? O Ministério Público, frente a um acordo de leniência ao qual teve conhecimento somente após a sua perfectibilização (por força do art. 15, LAC), estaria obrigado a acatar, sem questionamentos, a colaboração premiada celebrada na órbita administrativa? E a pessoa jurídica e seus agentes criminosos, que segurança jurídica teriam de que o processo penal seria conduzido de forma mitigada e condicionado pelos termos de modulações do acordo de leniência formulado por quem não detém competência constitucional para a ação penal, e no qual o titular da ação penal pública não teve oportunidade de intervir?

Eis alguns dos problemas em que a teoria da agência – amoldada e adequada ao campo publicístico – pode auxiliar na solução.

E a solução traspassa a necessidade de determinar qual “agente” público encontra-se normativa e funcionalmente mais bem vocacionado para atender aos interesses e anseios do “principal”, sem descurar e sem violar a separação dos poderes, de modo, a um só tempo, a conferir também a segurança jurídica para a pessoa jurídica e aos seus representantes e funcionários envolvidos nesse processo.

4 AUTONOMIA CONSTITUCIONAL E INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Para Assunção e Silva (2013), o Ministério Público passou da condição de órgão administrativo (da formatação anterior à Constituição de

¹⁰ E os demais Entes Federados e autoridades máximas dos poderes legislativo e judiciário, na dicção do art. 16 da Lei nº 12.846/13.

1988) para a de instituição política, pois deixou de ser defensor do Estado para agir em defesa dos interesses da sociedade e dos direitos sociais, podendo, a tanto, atuar de forma preventiva ou repressiva. Entende o citado doutrinador, inclusive, que a Constituição de 1988 “transformou o Ministério Público num verdadeiro poder, ao desvinculá-lo dos outros e prever como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público”.

O autor, fazendo remissão analógica à obra Moisés de Michelangelo (ASSUNÇÃO E SILVA, 2013), o Ministério Público, tal com o libertador dos hebreus recebeu no Monte Sinai as tábuas da lei, recebeu da Constituição Federal a missão de fiscalizar o cumprimento da lei (principalmente da Constituição), devendo defender a ordem pública e também buscar a transformação da sociedade mediante o correto cumprimento da lei.

Efetivamente, os princípios constitucionais que norteiam a morfologia e a atuação do *Parquet* conferem à Instituição envergadura e musculatura para atuar em prol dos interesses e direitos sociais de forma independente e infensa a injunções e pressões de ordem política ou administrativa. O princípio da independência funcional significa que o Membro do Ministério Público não se submete a autoridades internas ou externas ou a qualquer tipo de hierarquia, de molde a garantir à sociedade que o agente ministerial atue somente conforme sua própria consciência e de acordo com os ditames legais, na defesa da Constituição e do interesse público (ASSUNÇÃO E SILVA, 2013). Desse modo, procuradores e promotores são considerados agentes políticos, pois agem como órgãos independentes do Estado, posicionados no topo da esfera hierárquica de suas áreas de competência – do mesmo modo que os agentes do Executivo, Legislativo ou Judiciário – razão por que decidem com plena liberdade funcional (MAZZILLI, 2007).

Para densificar tal princípio da independência funcional, a Constituição Federal reconheceu aos membros do Ministério Público algumas garantias e vedações, entre elas a da inamovibilidade do agente ministerial (art. 128, I, ‘b’, CF), que assegura a permanência do Membro do Ministério

Público no órgão de sua titularidade, do qual somente será removido caso o desejo ou, excepcionalmente, de forma compulsória, quando o interesse público o exigir (GARCIA, 2015). O objetivo da inamovibilidade é o de evitar que pressões externas ao membro ministerial influam sobre sua atuação funcional, de modo a conferir liberdade ao agente ministerial e coartar que os juízos valorativos formados pelo agente sejam norteados pelo receio de ser removido (GARCIA, 2015).

Da Constituição Federal extraem-se outros princípios, garantias e vedações aos Membros do Ministério Público, assim como da legislação orgânica podem-se observar regras procedimentais que colmatam o regime jurídico do *Parquet*. Para o presente ensaio, contudo, bastam as considerações antes esposadas para se concluir que o Ministério Público está institucionalmente situado em regime jurídico-constitucional que imuniza tanto a Instituição frente aos demais poderes como os seus agentes individualmente considerados.

Essa imunidade funcional, conjugada ao seu papel de defensor da ordem jurídica e do regime democrático, faz com que o Ministério Público seja considerado a agência estatal que menores riscos traz em sua atuação em prol dos interesses sociais, comunitários. O Ministério Público, posicionado esquematicamente numa relação de agência, tal como a delineamos no item anterior, posta-se como agente da sociedade (principal), ao passo que a Controladoria-Geral da União situa-se como agente do Estado (principal).

A Administração Pública, ao contrário do Ministério Público, buscará atingir ou preservar os interesses do Estado, que nem sempre coincidem com o interesse público e social primário. Válida, nesse ponto, a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário ofertada por Barroso:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário

dário que seja parte da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

Nessa perspectiva, o Estado nem sempre perseguirá o chamado interesse público primário, pois, via de regra, contentar-se-á com a satisfação do interesse fiscal e pecuniário, de materialização menos complexa se comparado ao interesse primário, da sociedade.

Ademais disso, os servidores da Controladoria-Geral da União não contam com a independência funcional e com as demais garantias dos agentes ministeriais, situação que não os alberga das ingerências e injunções de ordem política que possam advir de seus superiores hierárquicos.

5 ATUAÇÃO NAS SEARAS CRIMINAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme previamente sinalizado, cabe considerar as atribuições do Ministério Público nos círculos de responsabilização criminal e da improbidade administrativa.

Nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, o Ministério Público é o titular privativo da ação penal pública, o que significa que cabe ao *Parquet*, unicamente, decidir, frente a uma investigação criminal ou notícia de crime, se instaura ou não a ação penal pública, buscando perante o Poder Judiciário a concretização da pretensão punitiva estatal decorrente da prática do ilícito criminal. Segundo Garcia (2015), a propositura da ação penal, como projeção da soberania estatal, é atribuição que se confunde com a própria existência do Ministério Público, dístico presente em todos os países que adotaram esse modelo institucional. Tal modelo privilegia o sistema acusatório e preserva a imparcialidade do órgão judicial. Ao abolir os procedimentos penais *ex officio* (que podiam

ser instaurados e julgados pelo mesmo órgão judicial), assim como os procedimentos judicialiformes (instaurados e instruídos pelo delegado de polícia), a Constituição Federal excluiu a possibilidade de qualquer outra estrutura estatal ajuizar a ação penal pública – assim como a qualquer do povo¹¹.

Decorre da construção constitucional que o Ministério Público será o condutor das ações penais e, por conta disso, o coordenador da fase pré-processual, investigatória, com a finalidade de coletar as provas e evidências pertinentes, adequadas e legítimas para comprovação do fato criminoso e da sua autoria. A investigação poderá ser conduzida diretamente pelo *Parquet*, em razão da instrumentalidade da investigação criminal, bem como poderá acompanhar a colheita de provas realizada no âmbito do inquérito policial – condição em que o agente ministerial será o coordenador mediato da investigação.

Na fase investigatória, via de regra, a coleta de evidências e provas que constituirão o supedâneo fático para a propositura (ou não) da ação penal perante o Estado-juiz é marcada pelo timbre da sigilosidade, a teor do artigo 20 do Código de Processo Penal. A segregação da informação quanto aos termos, extensão e objetividade investigada também decorre, especialmente, de diversas leis esparsas que tratam de medidas investigatórias especiais e invasivas que, *in re ipsa*, devem ser conduzidas com discricção, sob pena de ineficácia da colheita de provas e elementos de convicção, a exemplo das buscas e apreensões, interceptação telefônica, telemática, infiltração de agentes, etc.

Consideradas tais premissas, imaginemos um cenário em que determinado fato (ou multiplicidade de fatos) considerado “corrupção”¹², envolvendo agentes públicos e privados (estes, na condição de empregados de

¹¹ Exceção feita aos crimes de ação penal privada, de iniciativa do ofendido, nenhum cidadão possui legitimidade, por exemplo, para iniciar ação penal pública para expor alguém a situações vexatórias, com espírito emulativo, o que reforça o rol de direitos fundamentais.

¹² *Lato sensu*, assim considerado todo e qualquer delito praticado em face da Administração Pública, em seu prejuízo.

determinada pessoa jurídica), esteja sendo investigado em inquérito policial sigiloso, acompanhado pelo *Parquet*, com medidas invasivas autorizadas judicialmente. Suponhamos que a investigação esteja transcorrendo há significativo período de tempo, durante o qual foram angariadas diversas evidências da prática corruptora. Nesse mesmo cenário, imaginemos que, internamente, a empresa envolvida nos atos de corrupção praticados por seus prepostos, descubra os fatos praticados e, na ânsia de se precatur, acesse a Controladoria-Geral da União¹³, aviando requerimento para, espontaneamente, relatar os fatos de que tomou conhecimento e, ato contínuo, proceder à celebração de acordo de leniência, para evitar a aplicação de sanções mais graves.

Considerando que tanto a empresa como a CGU não possuem conhecimento da investigação criminal que já caminha a passos largos, ambos ajustam as bases da colaboração premiada, na qual a empresa, por força da lei, compromete-se a colaborar com a investigação, entregando provas dos fatos ao poder público.

Reconhecendo que, a um só tempo, o Ministério Público não foi chamado a intervir na pactuação do acordo de leniência (por falta de previsão legal explícita), nem a CGU detinha conhecimento da tramitação da investigação criminal, muito provavelmente será levado a efeito acordo de leniência inútil, inadequado e sem valor para a Administração Pública. As provas que a empresa corruptora vier a entregar serão redundantes e desinteressantes para a Administração Pública, pois as mesmas evidências (ou até mesmo, informações muito mais amplas e detalhadas) foram ou serão coletadas no inquérito policial. Nesse contexto, a Administração Pública estará renunciando à aplicação de sanções de forma pueril e açodada, evitável se tivesse conhecimento da tramitação do inquérito policial via intervenção do Ministério Público.

Outro cenário – este de desigualdade e insegurança para a pessoa jurídica – poder-se-ia cogitar na situação em que a apuração dos fatos reve-

¹³ Ou o órgão estatal simetricamente postado no Estado ou Município.

ladores da “corrupção” tivesse sua gênese no processo administrativo iniciado pela Administração Pública. Nesse cenário hipotético, inexistente qualquer inquérito ou investigação criminal a respeito dos mesmos fatos em tramitação sob a batuta do Ministério Público.

Imaginemos que, sem a atuação do *Parquet*, as partes (pessoa jurídica e Administração Pública) avancem para a celebração do acordo de leniência, no qual a empresa compromete-se a entregar provas do fato e colaborar para que os responsáveis sejam identificados e processados pelo Estado. Finalizado o processo administrativo, e identificada a prática de crimes contra a Administração Pública, a autoridade administrativa processante haverá de encaminhar cópia para o Ministério Público, por força do art. 15 da Lei Anticorrupção. Aportada a cópia do processo administrativo ao *Parquet*, o Ministério Público entende que os fatos têm outra conformação legal ou visualiza que o acordo de leniência fora firmado em bases e sob condições *contra legem*¹⁴, e decide impugnar judicialmente o ato administrativo, na defesa do patrimônio público. Ou, ainda, decide por ingressar em juízo com ação penal pública em razão da prática de outros fatos, diversos dos constatados no processo administrativo. A pessoa jurídica, diante dessa aparente contradição ou incongruência¹⁵, muito possivelmente, sentir-se-á vítima de um déficit de segurança jurídica, pois imaginava estar negociando a redução das sanções, quicá a imunidade ampla perante o Estado.

Cuida-se, assim, de situações problemáticas, em tudo aplicáveis considerando a ótica de responsabilização subjetiva dos agentes públicos e privados prevista tanto nas leis penais como na Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei nº 8.429/92), cujos tipos abertos elencados nos arts. 9º, 10 e 11 abarcam o enquadramento de todos os crimes contra a administração pública na condição de conduta ímproba, sujeita ao sancionamento cominado nos diversos incisos do art. 12 da lei.

¹⁴ *Ad exemplum*, o órgão público estatal abre mão e deixa de consignar nos termos do acordo a obrigação legal de reparar o dano – art. 16, §3º, da Lei nº 12.846/13.

¹⁵ APARENTE, pois a legislação, dada a sua atecnia, não atentou para a particularidade e a interação dos diversos sistemas e instâncias persecutórios.

6 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA À LUZ DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS

A falta de previsão expressa para que o Ministério Público atue proativamente, propondo e firmando acordos de leniência no *enforcement* da Lei Anticorrupção, não impede, contudo que tais acordos sejam firmados, a despeito, inclusive, da desconsideração, em último caso, dos demais órgãos da Administração Pública. Com efeito, ainda que desejável (sempre) a atuação coordenada dos agentes estatais no combate à corrupção, situações poderão existir em que o agente ministerial não poderá (ou, estrategicamente, não deverá) contar com a atuação coordenada dos demais atores estatais, a exemplo das situações em que os órgãos estiverem visivelmente comprometidos com a prática corruptiva.

Nada obstante a LAC seja silente quanto à iniciativa do *Parquet* na celebração de acordos de leniência fora do processo administrativo engendrável pela Administração Pública, vedação expressa igualmente inexistente. Nem se diga que haveria vedação à celebração do acordo de leniência diretamente entre o MP e a pessoa jurídica, sem a participação da Administração Pública, por força da extinção da eficácia da Medida Provisória nº 703/2015¹⁶ – a norma previa unicamente a viabilidade de celebração do acordo de forma incidental à ação civil pública, excepcionalmente à regra de acordo firmado antes e com o intuito de olvidar a tramitação da ação judicial, como sói ocorrer.

Para colmatar dita lacuna, traz-se à remissão a lei da ação civil pública, aplicável subsidiariamente ao regime de responsabilização da Lei Anticorrupção, expressamente inclusive no que tange ao rito da ação judicial (art. 21, LAC). E, nesse particular, o art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85, refere que “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante

¹⁶ Em sua redação vigente, a MP 703/15 inseria o parágrafo único ao art. 20, LAC, com a seguinte redação: “A proposta do acordo de leniência poderá ser feita mesmo após eventual ajuizamento das ações cabíveis”.

cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”, no âmbito do sistema de proteção dos interesses difusos e coletivos consagrado pela Lei da Ação Civil Pública, especialmente pelas hipóteses contidas no rol exemplificativo do art. 1º, incisos IV e VIII, da referida lei.

Desse modo, encontra-se franqueada legalmente a legitimidade ativa para que o Ministério Público firme acordos de leniência no âmbito de responsabilização das pessoas jurídicas, criada pela Lei Anticorrupção, especialmente com relação à modulação das sanções previstas no art. 21, LAC.

Com relação às sanções previstas no art. 6º da LAC, contudo, pode remanescer alguma discussão, por eventual incompatibilidade e invasão de poderes da Administração Pública. Dois cenários são visualizáveis nessa situação:

- a) A Administração Pública encontra-se omissa na tomada de decisão a respeito dos fatos caracterizados como corrupção;
- b) Mesmo não se podendo caracterizar omissão, a Administração Pública atua de forma insuficiente ou negligente na celebração do acordo de leniência.

Na primeira situação, a resposta é-nos apresentada pela própria lei. Se, de acordo com o art. 20, LAC, “Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, [...] desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa”, a mesma *ratio* justifica a tomada de decisão extrajudicial pelo Parquet voltando-se a celebrar o acordo de leniência de forma proativa e independente da participação da Administração Pública – segundo o aforisma “quem pode o mais pode o menos”.

De outra sorte, situação diversa é decorrente da atuação insuficiente ou inconsistente da Administração Pública em acordos de leniência voltados à aplicação das sanções do art. 6º, LAC. O contexto permite visualizar, por exemplo, soluções *contra legem*. Na hipótese de acordos contrários à norma legal, as consequências de acordos de tal jaez seriam passíveis de desconsideração pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

7 CONCLUSÃO

A análise da interface de atuação do Ministério Público no chamado “microsistema de enfrentamento à corrupção”, especialmente na novel Lei Anticorrupção, permite divisar vários caminhos que recomendam a atuação do *Parquet* na celebração dos acordos de leniência.

Em primeiro lugar, a Controladoria-Geral da União e seus congêneres nas demais esferas federativas não possuem competência legal para barganhar a modulação de sanções penais, uma vez que não possuem legitimidade ativa para a titularidade da lide penal.

Ao depois, o Ministério Público, frente a um acordo de leniência do qual não teve conhecimento prévio, não está jungido aos termos do ajustado, podendo, por conta de ilegalidades, buscar a invalidação da colaboração premiada na via judicial.

Nesse contexto, a pessoa jurídica e seus agentes criminosos não teriam qualquer segurança jurídica de que eventual ação penal seria ajuizada com as modulações pretendidas em razão do acordo de leniência, em face da falta de participação do titular da ação penal no acordo de leniência.

Conclui-se, dessa forma, a participação do Ministério Público na celebração dos acordos de leniência afigura-se desejada, a fim de evitar prejuízo tanto para o poder público e para a sociedade (na ampla e integral tutela de seus interesses) como para a pessoa jurídica corruptora e para seus prepostos individualmente considerados – que buscam, ao fim e ao cabo, segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO E SILVA, A. *Ministério Público: Doutrina e Regime Jurídico*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2013.

BARROSO, L. R. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL, Constituição Federal, 1988.

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

BRASIL, Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

BRASIL, Decreto nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

DINO, N. A colaboração premiada na improbidade administrativa: Possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende et al (Org.). *A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. Cap. 19, p. 515-535.

GARCIA, E. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZILLI, H. N. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POSNER, E. Agency Models in Law and Economics. *The Coase Lecture*, Winter 2000. The law school the University of Chicago, Chicago. http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=204872.