

Entrevista • André Luiz Mendonça / Ministro do Supremo Tribunal Federal

PERGUNTA I. Senhor Ministro, sob o prisma do direito comparado e de sua trajetória na Administração Pública Federal, quais são os principais desafios e quais ações considera prioritárias para avançar na operacionalização da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção)?

RESPOSTA:

Primeiramente, é importante destacar que a Lei Anticorrupção (LAC ou Lei nº 12.846/2013) veio para fins de atendimento a compromissos firmados pelo Brasil em tratados internacionais, tais como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE. Isso porque, diferentemente de outras nações, havia, no Brasil, um déficit legislativo quanto à adequada responsabilização da pessoa jurídica por ilícitos relacionados à corrupção.

Antes da Lei Anticorrupção, a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas por esses ilícitos era bastante restrita. As hipóteses ficavam centradas basicamente no enquadramento da conduta como improbidade administrativa. Isso quando a pessoa jurídica havia atuado em concurso com um agente público e desde que comprovado seu dolo ou culpa. A depender do caso, também poderiam ser aplicadas as sanções da lei de licitações, sendo que as mais graves consistiam basicamente em vedar futuras contratações públicas com a pessoa jurídica infratora. Não havia, portanto, um regime jurídico sancionador independente aplicável às pessoas jurídicas, o que gerava um déficit inclusive nas situações que fugissem ao âmbito de contratações públicas.

Nesse sentido, além de implementar referido regime jurídico sancionador, a Lei Anticorrupção trouxe inovações de extrema importância para o combate à corrupção corporativa no Brasil, dentre as quais podemos citar: a responsabilização objetiva dessas entidades; a possibilidade de celebração de acordos de leniência entre pessoas jurídicas infratoras e o Poder Público; e, incentivos à adoção de programas de *compliance* anticorrupção empresarial.

Pode-se dizer que, antes do advento da LAC, as empresas que operavam no Brasil não possuíam os incentivos adequados para implantarem um ambiente corporativo íntegro e probo. Sendo assim, a Lei passou a fomentar uma relação mais ética entre o Poder Público e o mundo corporativo. Em termos de direito comparado, é relevante o exemplo dos EUA, que foi pioneiro (i) ao prever a responsabilização de pessoas jurídicas por atos delitivos cometidos por seus empregados contra a administração pública estrangeira, com o FCPA em 1977; e, (ii) ao adotar mecanismos de justiça negociada para os referidos casos.

No que toca aos desafios para a operacionalização dessa lei, posso apontar a necessidade de disseminação da LAC. Embora já venha sendo aplicada amplamente no âmbito federal, o mesmo não se verifica em relação aos demais entes federados (Estados e Municípios), com a finalidade não apenas de sancionar, mas também de aprimorar as investigações de casos de corrupção e de incrementar a solução negociada dos casos. Para tanto, faz-se prioritária a capacitação do corpo técnico desses entes, para que usufruam do ferramental trazido por este relevante diploma legal. Essa qualificação é indispensável para que Estados e Municípios possam conduzir processos administrativos de responsabilização, celebrar acordos de leniência e avaliar programas de *compliance* anticorrupção.

Um segundo desafio se relaciona à efetiva garantia de segurança jurídica ao instituto da leniência. Sem isso, perde-se muito da atratividade para que as empresas aceitem esse tipo de solução. A possibilidade, por exemplo, de uma entidade empresarial celebrar acordo de leniência com uma instituição da Administração Pública e ser punida por outra pelos mesmos fatos relatados debilita profundamente o instituto. Isso somente é mitigado a partir de uma postura colaborativa entre os órgãos que compõem o Poder Público. Foi isso inclusive que animou o STF a intermediar a assinatura do Acordo de Cooperação Técnica entre CGU, AGU, Ministério da Justiça e TCU em matéria de combate à corrupção, de modo a otimizar a atuação dos diversos órgãos, observadas suas competências institucionais, o que reforçou sobremaneira a segurança jurídica do processo de negociação e assinatura de um acordo de leniência.

Os tribunais superiores têm buscado esse mesmo objetivo ao adotar decisões que valorizam as competências institucionais e os parâmetros legais que permitem a colaboração com o Estado e a resolução das controvérsias com resultados mais efetivos para a sociedade.

PERGUNTA 2. O arranjo constitucional pátrio estabelece um sistema de defesa do Estado alimentado pelas atividades de órgãos e entidades que atuam ora isoladamente, ora em conjunto, ora em rede. O senhor poderia discorrer sobre a natureza jurídica dos instrumentos da Lei Anticorrupção - o Acordo de Leniência e o Processo Administrativo de Responsabilização - e a relevância da articulação entre as instituições de defesa do Estado para que eles sejam efetivos?

RESPOSTA:

Como a própria pergunta aponta, o microsistema anticorrupção brasileiro se fundamenta na lógica da multiplicidade institucional, ou seja, há múltiplas instituições que desempenham funções de monitorar, investigar e responsabilizar infratores. Este modelo fornece um aumento na probabilidade de detecção e punição de ilícitos. Todavia, a efetividade desse microsistema depende sobremaneira da articulação entre as instituições que o compõem. Assim, o processo administrativo de responsabilização (PAR) e o acordo de leniência constituem exemplos nos quais a articulação institucional é de primordial importância.

Ao contrário do processo judicial (que em regra é demorado), o processo administrativo de responsabilização possibilita que empresas infratoras sejam processadas e sancionadas de forma mais célere e eficiente. Essa possibilidade cria um importante incentivo para que as empresas fortaleçam seus mecanismos de controle interno e programas de *compliance*. Ao exercerem este tipo de autorregulação, as empresas tornam-se parceiras do Estado no combate à corrupção corporativa.

No âmbito do PAR, a importância da articulação institucional se encontra no compartilhamento de conhecimento e experiências entre os órgãos de defesa do Estado para garantir a uniformização do procedimento do processo de responsabilização, bem como a disseminação de melhores práticas entre todos os órgãos.

O acordo de leniência, por sua vez, cumpre três funções de grande relevância: constitui-se em mecanis-

mo de obtenção de provas; promove a reabilitação de empresas infratoras e possibilita a efetiva recuperação de ativos aos cofres públicos. No que se refere à obtenção de provas, o instituto permite que o Estado consiga revelar condutas ilícitas que permaneceriam indetectáveis se não houvesse a colaboração da empresa. No tocante à reabilitação, o instituto impõe às empresas obrigações de *compliance* anticorrupção, o que reduz a propensão de envolvimento futuro em novos atos ilícitos. Quanto à recuperação de ativos, é relevante citar os dados do Painel de Acordos da própria CGU, que aponta que, num enxuto número de 20 acordos de leniência celebrados desde 2015, envolvendo mais de 100 empresas, houve a pactuação do retorno de cerca de R\$ 15 bilhões de reais aos cofres públicos, dos quais um total de R\$ 6,2 bilhões já foram efetivamente restituídos.

Para que o instituto do acordo de leniência cumpra os objetivos almejados pelo Estado, é fundamental que haja segurança jurídica. Isso somente pode ser alcançado mediante a cooperação entre os órgãos que compõem o microsistema anticorrupção, principalmente evitando condutas contraditórias que inviabilizem os esforços realizados por outros órgãos. Importa consignar que a CGU tem implementado diversas iniciativas nesse sentido, como a edição da Portaria Conjunta N° 04/2019, que trouxe a AGU para a mesa de negociação dos acordos; e a pactuação do Acordo de Cooperação Técnica já mencionado anteriormente, que permitiu a articulação das competências da CGU, AGU, Ministério da Justiça e TCU no processo de negociação de um acordo.

Um caso de sucesso que ilustra os benefícios da cooperação institucional foi o acordo celebrado com a empresa *Samsung Heavy Industries*, que contou com a colaboração da CGU, AGU, MPF e o *Department of Justice* do governo norte-americano e possibilitou a recuperação de R\$ 811 milhões aos cofres públicos em tempo recorde.

PERGUNTA 3. É possível identificar evolução da segurança jurídica na sistemática que a Lei nº 14.230 imprimiu à ação de improbidade administrativa? Na avaliação do senhor, existem possíveis resistências às inovações trazidas ao instituto, por razões de ordem cultural e em razão da tradição jurídica brasileira?

RESPOSTA:

Sim. Há determinados elementos da nova Lei de Improbidade Administrativa (LIA) que trouxeram maior segurança jurídica. Posso elencar três alterações.

Uma primeira mudança foi o art. 2º, § 2º da nova LIA que prevê que as suas sanções não se aplicarão em cumulação à LAC. Anteriormente, havia uma controvérsia significativa no mundo jurídico se a imputação simultânea de responsabilidade às pessoas jurídicas por meio da LAC e da LIA constituiria *bis in idem*. Este dispositivo coloca fim a este debate, esclarecendo o âmbito de aplicação de cada lei. Nesse sentido, o atual regime da LIA deixa claro algo que já parecia estar se consolidando como posição mais adequada: de que a LAC tem uma prevalência de aplicação por especialidade, não podendo haver, para os mesmos fatos e mesmas pessoas, dupla cominação de sanções.

Uma segunda mudança foi a nova redação do art. 11 da LIA, que implementou um rol taxativo para os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública. Na redação original da LIA, adotava-se um rol meramente exemplificativo, significando que os aplicadores da lei poderiam vislumbrar outras condutas puníveis, fora das hipóteses expressamente previstas. Esta possibilidade atribuía aos aplicadores da lei um nível elevado de discricionariedade, criando um ambiente de insegurança jurídica aos gestores públicos. Assim, ao implementar um rol taxativo, diminui-se sobremaneira a possibilidade de utilização abusiva deste diploma legal. Tal alteração também parece mais consentânea com os próprios princípios de hermenêutica, inclusive impedindo a aplicação ampliada de dispositivos que, ao final, geram restrição a direitos fundamentais.

Uma terceira mudança é a nova redação do art. 17, § 6º, I, da LIA, que estabelece como requisito da petição inicial a individualização da conduta do réu e o apontamento de elementos probatórios mínimos que demonstrem a hipótese de ocorrência de ato ímprobo. Com esta mudança o legislador mitiga acusações genéricas baseadas em provas insuficientes. Além de onerarem o Poder Judiciário com ações mais tarde julgadas improcedentes, tais acusações genéricas também contribuíam para a formação de uma atmosfera de incerteza aos jurisdicionados.

Por fim, no Brasil, persiste a noção arcaica de que uma lei com teor mais rigoroso ou punitivo necessariamente trará melhores resultados para a sociedade. No entanto, a realidade não é essa. O regime sancionatório deve ser pensado de forma racional e inteligente na persecução de atores realmente coruptos. Desde a perspectiva da análise econômica do direito, o sancionamento de maneira excessivamente gravosa gera menor probabilidade de sancionamento efetivo, o que, por consequência, leva a

uma desestimação da lei e à sensação de impunidade por parte da sociedade. Por tudo isso, é importante que uma lei dessa natureza tenha conceitos claros e seja adequadamente aplicada. Enfim, penso que, em geral, as mudanças introduzidas na LIA avançaram bastante nesse sentido.

PERGUNTA 4. O artigo 159 da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), prevê que os atos nela previstos como infrações administrativas que simultaneamente sejam tipificados como atos lesivos na Lei Anticorrupção serão apurados e julgados conjuntamente. Quais as implicações que o senhor visualiza na interface entre a contratação pública e o regime sancionatório da Lei Anticorrupção?

RESPOSTA:

Sendo franco, acredito que tal artigo gera poucas mudanças práticas. Não por sua desnecessidade, mas porque, em verdade, tanto o revogado Decreto 8.420/2015 quanto o vigente Decreto 11.129/2022, destinados a regulamentar a LAC, já previam essa apuração conjunta, uma vez que os ilícitos previstos na LAC possuíam correspondência com as infrações da lei de licitações. A título de exemplo, o art. 17 da Lei 12.846/2013 já mencionava a possibilidade de celebração de acordo de leniência com pessoa jurídica responsável pela prática de ilícito previsto na Lei 8.666/1993. Assim, era de bom tom que as possíveis sanções de ambas as legislações fossem conduzidas conjuntamente, até para facilitar o direito de defesa da pessoa jurídica eventualmente implicada.

Desse modo, ao prever a apuração e julgamento conjunto de atos tipificados como ilícitos na LAC e na Nova Lei de Licitações, o art. 159 da Lei nº 14.133/2021 apenas privilegia a segurança jurídica, a eficiência e a economia processual.

PERGUNTA 5. Quais potencialidades o senhor antecipa no processo de atualização do nosso arcabouço jurídico à luz do processo de convergência com as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), especialmente nas políticas públicas anticorrupção e recuperação dos ativos?

RESPOSTA:

Especificamente com relação ao combate à corrupção, é importante destacar que o Brasil já é membro da Convenção temática da OCDE, e já teve seu arcabouço jurídico e suas instituições avaliadas nas 3 fases de monitoramento do Grupo de Trabalho An-

tissuborno (que é o mecanismo de monitoramento por pares da Convenção Anticorrupção), sendo que a quarta fase está planejada para ocorrer em 2023. Isso, por si só, já demonstra que o Brasil já vinha adotando várias medidas de estruturação legislativa e institucional conforme os padrões internacionais de combate à corrupção. Exemplo disso são as alterações que criaram a Lei Anticorrupção, a própria atualização do regime de licitações, a Lei das Estatais, e tantas outras leis aprovadas, regulamentadas e implementadas.

Ainda assim, a continuidade da atualização do arcabouço jurídico anticorrupção, segundo as diretrizes da OCDE, poderá repercutir no fortalecimento da integridade pública no Brasil. Por exemplo, um dos requisitos para a inclusão do Brasil na OCDE, ainda não cumprido, é a regulamentação do lobby, definido pela entidade como a comunicação com oficiais de governo com o intuito de influenciar leis, políticas públicas e decisões administrativas. Apesar do preconceito cultural existente contra a atividade de lobby, a sua regulamentação é considerada pela OCDE como uma boa prática de governança que visa conferir maior transparência e controle do processo decisório governamental.

Para atender a este requisito, a CGU inclusive elaborou a minuta do projeto de lei de regulamentação do lobby, o qual se encontra atualmente em trâmite no Congresso Nacional. O texto proposto pela CGU é aderente a todas as diretrizes da OCDE e prevê medidas como: divulgação pública da agenda de autoridades; criação de um regime jurídico próprio aos

representantes de interesses, constituído por obrigações e sanções a estes profissionais; obrigatoriedade de presença de dois agentes públicos em audiências com representantes de interesses; entre outras medidas. A inserção da regulamentação do lobby no Brasil, tal como preconizada pela OCDE, fomentará uma relação mais ética e transparente entre o Poder Público e agentes privados.

Sobre as políticas públicas de recuperação de ativos, deve-se frisar que agentes corruptos têm utilizado cada vez mais o sistema financeiro internacional para ocultar recursos ilicitamente obtidos. A evolução informatizada do sistema financeiro tornou a lavagem de dinheiro um crime com contornos transnacionais que desafia autoridades do mundo inteiro.

Neste contexto, a OCDE traz diversas recomendações para possibilitar a identificação de lavagem de dinheiro e posterior recuperação de ativos, que podem ser encontradas na versão atualizada da “Recomendação do Conselho para Aperfeiçoar a Luta contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (2021)”. Dentre as medidas elencadas pelo Organismo Internacional, encontram-se: o fomento à cooperação internacional por meio de assistência jurídica mútua entre os países; medidas de confisco; boas práticas de *compliance*; entre outras.

Tudo isso são medidas possíveis de se antever nesse aperfeiçoamento do regime jurídico pátrio para adequação das diretrizes da OCDE.