

**PROGRAMA DE DOUTORADO EM DIREITO
UNINOVE – UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO**

**POR UMA TEORIA DOS VASOS COMUNICANTES
ENTRE OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL E CIVIL
e seus reflexos nas empresas**

Maria Eugênia de Andrade Rossini

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho - Uninove para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Empresarial:
Estruturas e Regulação

Linha de Pesquisa: Empresa Transnacional e
Regulação

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Benacchio

São Paulo

2023

**POR UMA TEORIA DOS VASOS COMUNICANTES ENTRE
OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E CIVIL
e seus reflexos nas empresas**

Maria Eugênia de Andrade Rossini

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial da Universidade Nove de Julho - Uninove como exigência à aprovação no Curso de Doutorado em Direito.

Área de Concentração: Direito Empresarial:
Estruturas e Regulação

Linha de Pesquisa: Empresa Transnacional e
Regulação

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Benacchio

São Paulo

2023

**PROGRAMA DE DOUTORADO EM DIREITO
UNINOVE – UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO**

**POR UMA TEORIA DOS VASOS COMUNICANTES ENTRE OS
ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E CIVIL
e seus reflexos nas empresas**

Tese apresentada ao Programa de Doutorado
em Direito da Universidade Nove de Julho -
Uninove, submetida à apreciação da Banca
Examinadora composta pelos seguintes
membros:

Professor Doutor Marcelo Benacchio
(Orientador)

São Paulo

2023

Com gratidão, dedico a Deus o sucesso deste trabalho. Que seja um instrumento de Sua paz.

Ao meu amado esposo Augusto Eduardo de Souza Rossini, por me manter focada e na trilha certa, me motivando e incentivando ao longo de todo o projeto. Foi sua a cogitação para cursar o Doutorado e a ele dedico o resultado. Gratidão por ser a fonte de inspiração em minha vida.

Agradeço aos meus pais, Elizabete Maria de Almeida Andrade e Carlos Artur de Andrade (in memoriam), pelo estímulo aos estudos e por serem pilares da minha formação de caráter.

Ao meu falecido avô paterno, Genésio Assis de Almeida, que sempre está presente em meu coração e me ensinou a alegria de viver.

Ao meu orientador, Professor Marcelo Benacchio pela dedicação, paciência e confiança. Muito obrigada.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Augusto Eduardo de Souza Rossini, meu esposo, amigo, companheiro de vida e profissão, pelos exemplos e seu profundo conhecimento que lhe permitiram me auxiliar o tempo todo nesta jornada. Os anos de sua trajetória como educador e membro do Ministério Público do Estado de São Paulo realçam a grandiosidade de seu bondoso coração compromissado com a formação humanista e com um país melhor.

À minha mãe querida que, como experiente acadêmica, contribuiu com muitos detalhes importantes que me ajudaram em momentos cruciais do trabalho.

À UNINOVE, pela oportunidade do Doutorado e pela Bolsa concedida, instituição cuja missão engrandece a educação inclusiva.

Ao Professor Doutor Marcelo Benacchio, meu orientador, pelo apoio e disponibilidade incondicionais, pelos aconselhamentos que muito contribuíram para melhorar o desenvolvimento do trabalho, e pela sua amizade.

Aos docentes do Doutorado que desde o ingresso me ensinaram, instruíram e contribuíram para alcançar o Doutorado, agradecimento que faço na pessoa do Professor Doutor Reynaldo Soares da Fonseca e do Professor Doutor Paulo Dias de Moura Ribeiro que lecionaram com maestria, trazendo na Banca de Qualificação pontos fundamentais para a elaboração final do trabalho.

Aos familiares e amigos, que compreenderam a minha ausência e pelo apoio demonstrado ao longo de todo o período de tempo enquanto me dedicava à realização deste trabalho.

“O menor desvio inicial da verdade multiplica-se ao infinito na medida em que avança.”

Aristóteles

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo inaugurar um debate sobre a atividade empresarial - nacional e transnacional, através de uma definição contemporânea pautada em uma gestão responsável e consciente. A partir do exame de uma governança corporativa respeitadora da ética e dos direitos humanos é que se buscam soluções negociais como instrumentos jurídicos para dar segurança às empresas. Uma teoria dos vasos comunicantes entre os acordos de não persecução penal e civil, discutindo a proibição do *bis in idem*, assim como as vantagens da consensualidade na seara do direito sancionador permitem às empresas mais estabilidade na execução de suas atividades, com a certeza e a confiança de que o Estado trará soluções a elas para o cumprimento da lei. Embasados nos princípios da proporcionalidade, segurança jurídica e fraternidade, pretende-se demonstrar como é possível a aplicação da integração entre os acordos ainda que não haja norma expressa nesse sentido. A análise do direito negocial fortalece a pesquisa ao confirmar a consagração de instrumentos eficazes de negociação já inseridos na ordem jurídica pátria, que permitem uma solução sem conflito. Continuar as atividades econômicas e evitar o excesso de punição é a pretensão da aplicação dos vasos comunicantes a fim de atrair emprego de capital nacional e estrangeiro, seguro de que não haverá surpresas no percurso da atividade empresarial, como impedir a impunidade. Adotar a estratégia jurídica dos vasos comunicantes entre os acordos de não persecução exalta a ética e a criatividade empresarial contemporânea ao beneficiar empresas com gestão programada e que buscam a dignidade humana e o desenvolvimento nacional. A teoria acaba por combater a corrupção privilegiando os acordos de forma educativa e obstando a injustiça de ser sancionado duas vezes pelo mesmo fato.

Palavras-chave: Teoria da Empresa e Direitos humanos. Ética Empresarial. Justiça Negociada. Vasos Comunicantes entre os Acordos de Não Persecução Penal e Civil.

ABSTRACT

The aim of this essay is to launch a debate on business activity spanning across borders by introducing a novel interpretation that prioritizes responsible and conscientious management. The scrutiny of corporate governance that holds ethics and human rights in high regard has initiated the pursuit of business solutions as a legal tool to grant companies with protection. The present essay proposes a theory of communicating vessels concerning non-prosecution agreements in criminal and civil law. It analyzes the prohibition of *bis in idem* and highlights the benefits of a consensus in the domain of sanctioning law. This framework provides companies with greater stability in carrying out their activities, ensuring they can count on State intervention to assist them in complying with legal requirements. Demonstrating the adherence to the principles of proportionality, legal certainty, and fraternity, the aim is to showcase the implementation of covenant integration even in the absence of an explicit rule. The analysis of the legal principles governing negotiation enhances the research by confirming the authentication of constructive negotiation strategies that have already been embedded into the national legal system, allowing for a resolution that is free of disputes. The application of communicating vessels aims to sustain economic activities and prevent excessive punishment while attracting national and foreign capital. This also ensures that business activities are conducted with no surprises and impunity is prevented. By implementing the legal strategy of communicating vessels between non-persecution agreements, companies with programmed management seeking human dignity and national development can benefit from elevated contemporary business ethics and creativity. The theory's strategy for fighting corruption involves prioritizing educational agreements and preventing double sanctions for the same crime.

Keywords: theory for businesses and human rights. Business Ethics. Negotiated justice. Communicating vessels between criminal and civil non-prosecution agreements.

RIEPILOGO

Il presente lavoro si propone di inaugurare un dibattito sull'attività imprenditoriale nazionale e transnazionale, attraverso una definizione contemporanea basata sulla gestione responsabile e consapevole. Dall'esame della governance aziendale rispettosa dell'etica e dei diritti umani, la ricerca ricerca soluzioni negoziali come strumenti giuridici per garantire sicurezza alle imprese. Una teoria dei vasi comunicanti tra patti di non procedibilità penale e civile, che discuta il divieto del bis in idem, nonché i vantaggi della consensualità in materia di diritto sanzionatorio, consentono alle imprese maggiore stabilità nello svolgimento delle proprie attività, con certezza e la fiducia che lo Stato porterà loro soluzioni quando cercheranno di rispettare la legge. Basandosi sui principi di proporzionalità, certezza giuridica e fraternità, l'obiettivo è dimostrare come sia possibile applicare l'integrazione tra accordi anche se non esiste una norma espressa in tal senso. L'analisi del diritto commerciale rafforza la ricerca confermando la consacrazione di efficaci strumenti negoziali già inseriti nell'ordinamento giuridico nazionale, che consentono una soluzione non conflittuale. Proseguire l'attività economica ed evitare punizioni eccessive è l'obiettivo dell'applicazione dei vasi comunicanti al fine di attrarre occupazione di capitali nazionali ed esteri, con la certezza che non ci saranno sorprese nello svolgimento dell'attività imprenditoriale, come impedire l'impunità. Adottare la strategia legale dei vasi comunicanti tra i patti di non prosecuzione esalta l'etica e la creatività d'impresa contemporanee avvantaggiando le imprese dalla gestione programmata e che cercano la dignità umana e lo sviluppo nazionale. La teoria finisce per combattere la corruzione privilegiando gli accordi in modo educativo ed evitando l'ingiustizia di essere sanzionati due volte per lo stesso fatto.

Parole chiave: Teoria della Società e Diritti Umani. Etica professionale. Giustizia negoziata. Vasi comunicanti tra patti non processuali penali e civili.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. Empresa e Observações sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica	15
1.1. Empresa e a Constituição Federal	15
1.1.1. Atividade negocial e a Teoria da Empresa	17
1.1.2. Empresa nacional e transnacional.....	22
1.1.3. A empresa na busca de definição contemporânea	23
1.1.3.1. Função econômica	28
1.1.3.2. Capitalismo engajado: consciente e corajoso	29
1.1.3.3. Gestão responsável	31
1.1.4. Empresa e Direitos humanos	34
1.1.4.1. Governança corporativa no âmbito do Pacto Global e os Direitos humanos.....	40
1.1.4.1.1. Governança corporativa: definição.....	40
1.1.4.1.2. Governança corporativa no âmbito do Pacto Global.....	41
1.1.4.1.3. Responsabilidade empresarial e violações	42
1.1.5. Ética empresarial	49
1.2. Responsabilidade da pessoa jurídica (desconsideração da personalidade jurídica)	51
1.3. Responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	58
1.3.1. Breve histórico.....	64
1.3.1.1. Herança do desenvolvimento histórico da legislação para a percepção atual sobre o direito penal econômico	70
1.3.1.2. Responsabilidade na legislação constitucional e ordinária	73
1.3.2. Culpabilidade da pessoa jurídica	77
2. Justiça Negociada	82
2.1. Acordos Penais	83
2.2. Acordos Administrativos	93
3. Pacote Anticrime: Acordos de Não Persecução Penal e Civil	103
3.1. Acordo de não persecução penal	105
3.1.1. Conceito.....	105
3.1.2. Previsão legal.....	108
3.1.3. Influências normativas e requisitos	113

3.1.4.	Procedimento	121
3.2.	Acordo de não persecução civil.....	127
3.2.1.	A Constituição Federal e o acordo de não persecução civil.....	131
3.2.2.	Características e modalidades.....	137
3.2.3.	Procedimento	144
3.3.	Os Vasos Comunicantes entre os Acordos de Não Persecução Penal e Civil como Instrumento de Segurança Jurídica para as Empresas	150
CONCLUSÃO		161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		164

INTRODUÇÃO

O presente tema tem por finalidade buscar soluções para o atingimento da segurança jurídica às empresas, delimitado à celebração dos acordos de não persecução penal e civil, introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19). Uma teoria dos vasos comunicantes entre os dois acordos se origina da insatisfação dos acordos previstos na legislação vigente, no que se refere à justiça penal negociada e ao direito administrativo sancionador, em que predomina a possibilidade de a empresa e seus dirigentes serem responsabilizados mais de uma vez pelo mesmo fato e, conseqüentemente, impossibilitando a celebração de um acordo de não persecução em substituição ao outro, pois mesmo se tratando de matérias diversas, as sanções são, muitas vezes, as mesmas. A independência de instâncias não é mais suficiente para resolver as questões práticas das empresas, fazendo com que fiquem hesitantes na colaboração com o Estado, dificultando a justiça negocial empresarial no Brasil.

Uma vez que partimos do pressuposto de que o empresariado nacional ou transnacional deve ter por objetivo a adoção de regras éticas e atuação consciente, os acordos de não persecução visam abarcar essa realidade, já que os acordos abririam possibilidades de corrigir eventuais erros, sem prejudicar a atividade de empresas não criminosas. Aplicar-se-ia o direito a partir do consenso, evitando-se o processo litigioso, imposto, desnecessário quando a lei permite os acordos de não persecução para as empresas e às pessoas físicas a ela vinculadas. Inaceitável a aplicação de sanções às pessoas jurídicas e físicas, com o risco de novamente serem processadas e punidas em outra seara do direito pelo mesmo fato.

Desta feita, qual é a vantagem de uma empresa, nacional ou transnacional, celebrar um acordo em uma esfera da jurisdição – civil ou penal, e depois ser novamente investigada na outra esfera? Será que não existem no ordenamento jurídico brasileiro soluções plausíveis, princípios que poderiam servir de balizas para evitar as incertezas omitidas pelo sistema jurídico?

É neste aspecto que se propõe caminhos e parâmetros para o Estado evitar o cometimento de injustiças e atrofamento do desenvolvimento econômico nacional ao não se preocupar com a insegurança jurídica, caso não haja vasos comunicantes entre os acordos

de não persecução civil e penal. Deixar de olhar os acordos por esta perspectiva e atravancar a justiça penal e civil negociada, nos crimes e atos de improbidade administrativa, contrariam a intenção do legislador de inserir a consensualidade no direito público.

É para dar efetividade aos ajustes de não persecução que se percorre uma linha de raciocínio perpassando-se pelo conceito de atividade negocial, direitos humanos, pela ética e a responsabilidade civil e penal da pessoa jurídica, a fim de apresentar e analisar soluções concretas que possam ser úteis no momento da aplicação dos acordos de não persecução envolvendo as empresas.

A problemática da proibição do *bis in idem* é o ponto alto da discussão dos vasos comunicantes entre os dois acordos de não persecução. Como é possível evitar o *bis in idem* entre os acordos de não persecução e quais os caminhos para alcançar essa proteção às empresas?

A hipótese desse problema se apoia na identificação da relação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da proporcionalidade, escorados no princípio da fraternidade, este último como fonte moral para a criação de uma consciência de conciliação.

O método de pesquisa utilizado quanto à abordagem é a pesquisa qualitativa. Ao se coletar informações detalhadas sobre o tema de cada capítulo, o trabalho se materializa com a descoberta de problemas e oportunidades sobre os quais a doutrina e os Tribunais Superiores têm se debruçado em assuntos afins, levando a ideias que se tornam comprovação das hipóteses buscadas pela pesquisa.

Quanto à epistemologia a pesquisa adota a abordagem interpretativista. Por essa abordagem, a pesquisa pretende construir significados baseados em como a doutrina e jurisprudência têm enxergado e aplicado os acordos da justiça negocial em geral e sua correlação com o princípio do *ne bis in idem*, adotando um pensamento mais voltado a compreender os significados do fenômeno da consensualidade no direito penal e no direito administrativo sancionador.

O método dialético é o método adotado para examinar os acordos de não persecução penal e civil através de ideias e conceitos diversos, com o fito de se afluir para um conhecimento confiável. Por meio da arte do diálogo, pensamentos distintos são trazidos,

surgindo as contradições a serem harmonizadas, servindo para o encontro de respostas por uma teoria dos vasos comunicantes dos acordos em prol das empresas.

Tudo com o objetivo final de se aproveitar as alternativas dos acordos de não persecução penal e civil para se encontrar soluções mais rápidas e eficazes de forma pacífica, sem enjeitar a necessidade de maior efetividade no combate à corrupção, estimulando a livre iniciativa e o desenvolvimento social.

Na proteção dos direitos humanos o Estado deve buscar soluções às empresas nacionais e transnacionais para o respeito e o crescimento desses direitos defendendo práticas empresariais com a observância dos Princípios Norteadores sobre Empresas e Direitos humanos (POs), aprovados pela Organização das Nações Unidas (ONU). Os acordos de não persecução penal e cível, neste aspecto, podem modelar o sistema jurídico para solucionar os conflitos de forma mais célere e eficaz, afastando o excesso de formalismo, deveras prejudicial a atividade empresarial devido à morosidade.

Os acordos de não persecução incentivariam uma atividade empresarial mais focada em resultados sociais e humanos, sem se preocupar tanto com a burocratização normativa do Estado brasileiro já que as empresas teriam apoio caso cometessem algum deslize e buscassem se adequar aos moldes da lei. É de se considerar que o sistema normativo nacional é excessivo, com incontáveis leis muitas vezes conflitantes que podem confundir a empresa, em especial a transnacional, que devido à dificuldade na aplicação normativa, deixa de investir no país com receio de responsabilização sem a intenção de praticar ilícito.

Dessa forma, o caminho que se procura percorrer no presente trabalho é a sistematização dos fundamentos esparsos existentes no país e apontar, via acordos de não persecução penal e civil e demais aspectos procedimentais, a fim de se alcançar segurança jurídica e a justa solução do conflito em todas os seus aspectos, com o precípua objetivo de valorizar as empresas que procuram o cumprimento da lei.

1. Empresa e Observações sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

1.1. Empresa e a Constituição Federal

Empresa é uma unidade econômica que realiza produção e circulação de bens ou serviços mediante a organização de capital, trabalho humano, matéria prima e outros elementos, cujo objetivo é exercer atividade econômica com a finalidade de lucro. A pessoa responsável pela empresa é o empresário que deve gerenciar os processos administrativos e financeiros, através de um planejamento estratégico previamente definido.

A Constituição Federal prevê a atividade empresarial como um de seus objetivos fundamentais. Há um sistema constitucional da empresa, composto por normas constitucionais com conteúdos jurídicos materiais orientados para uma atuação coordenada de esforços entre Estado e iniciativa privada¹.

O texto constitucional possibilita a intervenção do Estado na economia na perspectiva de induzir o desenvolvimento nacional. Quando a empresa não cumpre a normatização o Estado poderá intervir na atividade empresarial. O Estado poderá intervir para planejar a atividade econômica, implementando políticas públicas, com dever de transparência e de combate à corrupção.

O Estado não deve interferir na liberdade de empreender, tendo em vista o planejamento da atividade econômica, mas deve fiscalizar através de seus órgãos de controle. Porém, o excesso de controle e de normatização burocratiza a tomada de decisões dos órgãos controladores exigindo das empresas condutas que somente podem ser cumpridas por poucos. Conseqüentemente estabelecem diretrizes desarrazoadas que colocam as empresas numa situação de irregularidade generalizada² impedindo ou dificultando a atuação empresarial e o desenvolvimento nacional.

¹ CAMPOS DA SILVA, Guilherme Amorim. Constituição da República, empresa e desenvolvimento nacional. In: Direito empresarial: Estruturas e Regulação, v. 2. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018, p. 99.

² HECTOR Marial. Ibid., p. 101-102.

A previsão constitucional da intervenção do Estado na economia procura dotar os Poderes Legislativo, Judiciário e especialmente o Executivo de instrumentos de ação de políticas públicas para a promoção do desenvolvimento nacional. Mas a rigidez, que por vezes é interpretada como motivo de segurança jurídica, inversamente, traz instabilidade nas relações econômicas e insegurança jurídica.

Os instrumentos de regulação e intervenção do Estado devem ser utilizados de forma maleável com o objetivo de assegurar o alcance dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF) para a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, com erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, vetores de planejamento da atividade estatal para garantir o desenvolvimento nacional.

A regulação estatal na atividade econômica, seja no plano normativo, seja no administrativo, destina-se a estabelecer vetores que condicionam a atividade empresarial com a finalidade de preservar o interesse público. A obrigação do Estado é proteger a eficácia das normas constitucionais e garantir uma livre iniciativa não como liberdade individual e sim como um sistema complexo de atuação por razões de interesse social ao nível dos interesses coletivos e difusos.

Ao que parece o constituinte de 1988 deseja menos intervenção na economia e mais desenvolvimento econômico na medida em que vislumbra diversas parcerias com a iniciativa privada como forma de expansão da atividade econômica, com instrumentos de cooperação para implementar política pública que atinja qualidade na gestão e nos gastos públicos.

A Constituição vigente, em seu artigo 174, prevê ser o Estado o agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo funções de fiscalização, incentivo e planejamento. A última função é um indicativo ao setor privado, estabelecendo diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado (§ 1º).

1.1.1. Atividade negocial e a Teoria da Empresa

Atividade negocial é um campo do Direito das obrigações que ordena o exercício habitual de negócios³. Uma das formas dessa organização é representada pela empresa, quando a atividade tem como finalidade a produção ou circulação de bens ou de serviços. A atividade empresarial não abrange outras formas habituais de atividade negocial. São quatro atividades que são negociais, mas não são atividades empresariais: a) a do pequeno empresário; b) a dos profissionais liberais; c) a da sociedade simples; d) a do empresário rural.

A atividade do pequeno empresário tradicionalmente caracteriza-se pela natureza artesanal da atividade ou pela predominância do trabalho próprio ou familiar. Atualmente o pequeno empresário é o empresário individual caracterizado como microempresa ou de pequeno porte, na forma da Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), lei essa que regulamenta o tratamento simplificado e os benefícios a essa categoria de empresários, conforme disposto na Constituição Federal (art. 170, inc. IX e 179) e artigo 970 do Código Civil. Os profissionais liberais exercem atividades intelectuais de natureza científica, literária ou artística e só se submetem ao direito empresarial se sua atividade constituir elemento de empresa⁴. As sociedades simples são uma sociedade entre duas ou mais pessoas que tem por objetivo a prestação de serviços, exercendo sua profissão de maneira pessoal; realizam operações econômicas, mas não são registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não se subordinando às normas da atividade empresária. São exemplos dessa sociedade a parceria entre advogados, médicos, dentistas, escritores, entre outros, que formam uma sociedade para oferecer serviços relacionados às suas atividades pessoais.

A diferenciação entre a sociedade simples e a sociedade empresária nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

³ FERREIRA, Waldemar. Instituições de direito comercial. São Paulo: Freitas Bastos, s.n., 1952, v. 2. In: Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020, p. 13.

⁴ Art. 966, parágrafo único, CC. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

“A distinção entre sociedade simples e empresária não reside, como se poderia pensar, no intuito lucrativo. Embora seja da essência de qualquer sociedade empresária a persecução de lucros – inexistente pessoa jurídica dessa categoria com fins filantrópicos ou pios –, este é um critério insuficiente para destacá-la da sociedade simples. Isto porque também há sociedades não empresárias com escopo lucrativo, como as sociedades de advogados por exemplo. O que irá, de verdade, caracterizar a pessoa jurídica de direito privado não estatal como sociedade simples ou empresária será o modo de explorar seu objeto. O objeto social explorado sem empresarialidade (isto é, sem organização profissional dos fatores de produção) confere à sociedade o caráter de simples; enquanto a exploração empresarial do objeto social caracterizará a sociedade como empresária (Cap. 1)”⁵.

As atividades rurais estão sujeitas a regime próprio. Independentemente do elemento organizacional é facultado às atividades rurais a inscrição no Registro de Empresas. Neste caso, estarão subordinadas às normas que regem a atividade empresária⁶, salvo se for constituída como sociedade por ações.

A única sociedade que estará sempre sujeita ao regime do direito empresarial independentemente da atividade econômica por ela exercida é a sociedade anônima (Lei nº 6.404/76, art. 2º, §1º).

A teoria da empresa tem origem no direito italiano em contraponto ao direito francês da teoria dos atos de comércio. O objeto da teoria da empresa não é orientado pela espécie de ato jurídico praticado, mas pelo sujeito que o pratica, enquanto a teoria dos atos de comércio o que define a atividade comercial são os atos praticados em um rol previsto na norma como compra e venda de imóveis, indústria, bancos, seguradores etc.

⁵COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Teoria da Empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 28ª ed., rev., atual., ampl., 2016. p. 67-68.

⁶ Art. 971, CC. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Sempre que alguém se dedicar à organização de uma atividade econômica com características determinadas estará sujeito ao direito empresarial e não ao direito civil⁷. O direito positivo brasileiro passou por um longo processo para chegar à teoria da empresa. O Código Comercial nacional de 1850, acompanhado pelo Regulamento 737/1850, adotava o sistema francês listando uma série de atos chamados “atos de comércio” (MENDONÇA, 1963, p. 444)⁸. Atividades não previstas no rol normativo, que hoje são consideradas atividades típicas da teoria da empresa como imobiliária e de prestação de serviços, eram disciplinadas pelo direito civil e não pelo direito empresarial.

Com a insuficiência de critérios de delimitação do âmbito do direito comercial é que surgiu em meados do Século XX a teoria da empresa para alcançar o aumento da complexidade da economia e que as leis esparsas já não diferenciavam as atividades econômicas, tratando igualmente as atividades incluídas e excluídas da relação dos atos de comércio, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (1990).

O Código Civil de 2002 ao partir do conceito de empresário em seu artigo 966 é que passa a adotar a teoria da empresa por conceituar empresa como atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços⁹.

A partir da Teoria da Empresa, que sucedeu a Teoria dos Atos de Comércio na inspiração do legislador na atividade regulatória do direito de empresa, a concepção jurídica do que seja empresa passou a ser fundamentada na noção econômica desta, que reporta aos fatores de produção, organização da mão de obra e do capital, empregados no desenvolvimento de forma profissional de uma determinada atividade econômica, voltada a produção e circulação de bens e prestação de serviços.

A despeito de não se definir legalmente a empresa, esta concepção serviu de base ao conceito legal de empresário, consoante se verifica no artigo 966 do Código Civil que reproduz a norma constante no artigo 2082 do Códice

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020, p. 61.

⁸ Id., p.61.

⁹ Art. 966, CC. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

*Civile Italiano que inaugura o Titolo II, Del Lavoro Nell'impresa do Libro Quinto, Del Lavoro*¹⁰.

A lei civil traz quatro características da empresa: atividade, econômica, organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços. A atividade é um empreendimento econômico cuja manutenção interessa à coletividade, podendo ser exercida tanto por pessoa natural (empresário individual) como por pessoa jurídica (sociedade empresária). Econômica porque a empresa visa obter lucro, sendo a motivação principal do empresário ao organizar uma atividade com todos os seus riscos. Organizada por não poder ser considerada qualquer tipo de atividade como atividade empresária.

A redação do artigo 966 do Código Civil foi trazida do direito italiano, através da doutrina de Alberto Asquini. Ele compilou vários entendimentos da época e sem se afastar da fonte econômica do Direito Comercial ele entendeu a empresa como um fenômeno econômico poliédrico. A empresa passa a ter um conceito multiforme com quatro perfis a partir dos elementos que a integram: subjetivo, funcional, patrimonial e objetivo/corporativo. Perfil subjetivo: a empresa como empresário. Perfil funcional: a empresa como atividade empresarial. Perfil patrimonial e objetivo: a empresa como um conjunto de bens e direitos que constituem o patrimônio da empresa. Perfil corporativo: A empresa como instituição¹¹.

No perfil subjetivo a empresa é vista como sujeito de direito - o próprio empresário. É a pessoa que exerce a atividade econômica em nome próprio e de forma habitual, assumindo os riscos da atividade. Pode ser pessoa física ou jurídica. O artigo 966 do Código Civil brasileiro adotou este perfil para conceituar empresa.

No perfil objetivo (patrimonial) a empresa está relacionada aos seus bens, materiais ou imateriais. O Código Civil se utiliza deste conceito para definir estabelecimento empresarial do artigo 1.142 (*“considera-se estabelecimento todo complexo de bens*

¹⁰ MENDONÇA, Saulo Bichara; ARRUDA, Pablo Gonçalves e. Revista Jurídica. Vol. 04, n°. 45, Curitiba, 2016. pp.590-591. DOI: 10.6084/m9.figshare.4667842.

chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.45.25.pdf

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da empresa (Alberto Asquini, *Profili dell'impresa, in Rivista dei Diritto Commerciale*, 1943, v. 41, L), p. 113-123. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série -Ano XXXV • n. 104 • outubro-dezembro de 1996. São Paulo: Edição da Editora Revista dos Tribunais Ltda.

organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”). Asquini discerne neste perfil um patrimônio distinto do patrimônio remanescente do empresário.

O perfil funcional está enlaçado com a própria atividade econômica da empresa. Refere-se a atuação que tem por objetivo o lucro, por meio de uma atividade organizada com variados fatores de produção ou circulação. Neste perfil, para Asquini, *a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo*¹².

O perfil corporativo vê na empresa uma instituição¹³, como uma organização de pessoas – empresário, empregados e colaboradores, com objetivos comuns. Pela teoria de Asquini:

*O empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção*¹⁴.

Este último perfil não encontra previsão anterior no direito brasileiro. É conhecido também como perfil hierárquico, o empresário ocupando o topo, seguido pelos demais funcionários, conforme os quadros de carreiras da empresa.

É indispensável que se articulem os fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia) com a complexidade da atividade empresarial, reunindo capital próprio ou de terceiros, adquirindo ou desenvolvendo tecnologia, contratando empregados e adquirindo insumos. Há um complexo de atividades e responsabilidades que o empresário deve articular para o sucesso de sua empresa.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. Id., p. 116.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Id., p. 122.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Id., p. 122.

1.1.2. Empresa nacional e transnacional

Empresa nacional é a empresa constituída sob as leis internas e que tenha sua sede administrativa no País. Empresa brasileira de capital nacional é aquela constituída sobre leis brasileiras com sede no Brasil. Uma empresa nacional pode atuar em um ou mais Estados brasileiros, mas sua administração tende a ser mais centralizada. Não costuma ter tanto acesso a novidades tecnológicas e seus gestores não se preocupam em frequentar congressos e feiras para conhecer as novidades. O Código Civil de 2002 passou a regular o direito da empresa nos artigos 966 e seguintes. A lei brasileira prevê diversos tipos de empresas a serem constituídas no Brasil: microempreendedor individual (MEI), empresário individual (EI), sociedade limitada unipessoal (antiga empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) revogada pela Lei nº 13.874/19), sociedade limitada, sociedade anônima, sociedade empresarial, sociedade em comandita simples, sociedade em nome coletivo.

Multinacionais ou transnacionais¹⁵ são empresas com atividades que se realizam entre diferentes países e apesar de as empresas internacionais atuarem em vários países, elas possuem uma única sede. Caso as multinacionais tenham sede ou filial no Brasil precisam ser constituídas em um dos tipos societários previstos na lei brasileira.

Por muito tempo, o termo multinacional foi utilizado para designar as empresas que atuavam em mais de um país, por todo o globo.

Entretanto, esse termo passou por revisão, pois dá a entender que uma multinacional possui várias nacionalidades, pertencendo a várias nações, o que não ocorre na prática.

O termo transnacional é o mais adequado para nomear esse tipo de empresa, pois pode ser interpretado como algo que transpassa as fronteiras de origem ou mesmo que transita entre várias nações, mas pertence a apenas uma, ao país que possui sua matriz.

De forma positiva, tais empresas geram muitos empregos nos locais de atuação, além de oferecer grandes oportunidades de crescimento para os colaboradores.

¹⁵ ROBÉ, Jean-Philippe. Multinational enterprises: the constitution of a pluralistic legal order. In: TEUBNER, Gunther (Org.). Global law without a state. Vermont: Dartmouth, 1997, p. 45-77.

Além disso, propiciam trocas culturais entre os profissionais, o que pode trazer benefícios corporativos e deixar o ambiente agradável e estimulante para os trabalhadores.

Como pontos negativos recebem incentivos fiscais dos governos, como isenção de impostos, doação de terrenos, entre outros. E na sua maioria, não investem seu lucro nos países em que possuem filiais, mas sim na empresa original, além da poluição nas grandes cidades.

As políticas públicas voltadas ao consumo podem induzir a atuação das empresas transnacionais no tocante ao respeito aos direitos humanos. As ferramentas jurídicas tradicionais a serviço dos Estados e da comunidade internacional para a responsabilização dos conglomerados empresariais mundiais não são suficientes para o respeito dos direitos humanos. Uma melhor análise econômica do Direito pode contribuir para a arquitetura de normas que induzam as empresas e indivíduos a terem condutas socialmente desejadas.

São necessárias *mudanças de hábitos de consumo* para alterar o comportamento e a forma de atuação de empresas transnacionais. A sociologia econômica sugere que as *novas formas das cadeias de valor* adotadas no setor privado são respostas à pressão da sociedade civil global por regras que promovam o desenvolvimento nos países pobres.

As demandas normativas são incorporadas pelas empresas¹⁶. Estas passam a operar com base em uma *agenda política* que as obriga a assumir compromissos e a internalizar padrões sociais. As políticas públicas fazem parte desse movimento cujo objetivo é promover a inclusão social e a preservação ambiental. No entanto, de nada adianta essa estratégia competitiva se ela não vier acompanhada de políticas públicas que produzam um marco regulatório que projete a boa reputação da empresa.

1.1.3. A empresa na busca de definição contemporânea

¹⁶ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: M. Fontes, 2009.

Qual é o propósito de uma empresa consciente? Qual a contribuição que a empresa quer dar? O mundo ficará melhor com a presença da empresa?¹⁷ Estas devem ser perguntas para toda a empresa em busca de uma definição contemporânea. O propósito é a essência que deve nutrir a força organizacional, inclusive como forma de atrair clientes, investidores, fornecedores. O propósito é mais poderoso quando contém uma “verdade humana universal”, conforme Abraham Lincoln colocou¹⁸. A negligência com o propósito pode gerar o declínio da reputação aumentando o declínio ético da empresa. Foi o que ocorreu com as companhias farmacêuticas na estíma popular em razão da obsessão implacável por receitas e lucros cada vez mais elevados, afastando-se do propósito essencial de desenvolver drogas para salvar, melhorar e prolongar vidas. Em 1997, 80% dos norte-americanos tinham uma posição positiva do setor, caindo para menos de 40% até 2004¹⁹.

Quando as empresas abraçam somente o propósito de lucro, sacrificam um propósito maior afastando-se da busca de metas dignas e transcendentais que conduzem maior criatividade, colaboração, lealdade, diligência e paixão das partes interessadas (*stakeholders*)²⁰.

Superar a desigualdade social dentro de um contexto capitalista é realmente desafiador. Para alcançar o bem-estar social dentro de um contexto social, marcadamente individualista, ávido pelo poder, pelo consumo, que não respeita as diferenças entre as pessoas, não respeita o meio ambiente, não respeita os direitos sociais, enfim, não respeita o próximo como uma expressão de si mesmo, é necessário adotar estratégias que vão além dos preceitos econômicos e sociais, de forma a desenvolver um comportamento moral e ético, permitindo que a vida humana seja vivida em sua plenitude²¹.

¹⁷ RAJ SISODIA, Mackey John. Capitalismo consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios. Rio de Janeiro: Alta Books. Tradução: Rosemarie Ziegelnaier, 2018, p. 50.

¹⁸ RAJ SISODIA, Mackey John. Id., p. 51.

¹⁹ RAJ SISODIA, Mackey John. Id., p. 54.

²⁰ RAJ SISODIA, Mackey John. Id., p. 55.

²¹ LUCCA, Newton De; SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. Ética e capitalismo no Estado Democrático de Direito. Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Roberto Epifanio Tomaz – Florianópolis: CONPEDI, 2021. Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações, p. 12.

O lucro é o resultado essencial para as empresas, até porque sem ele a empresa não desenvolve seus propósitos mais elevados de progresso. Se a empresa não persegue somente os lucros, mas faz negócios com um senso de propósito maior, construindo o empreendimento com base no amor e no cuidado – e não no medo e no estresse, paradoxalmente os lucros ficam mais perto, gerando um retorno (*feedbacks*) positivo ao ambiente corporativo e às partes interessadas²².

O capitalismo na visão de Adam Smith, que ficou consagrado ao defender a não intervenção do Estado na economia, entendendo que as leis de mercado autorregulariam a economia, gerando um equilíbrio, seria suficiente para estancar os abusos cometidos na busca incessante de lucro pelas empresas. Para ele, a livre concorrência faria a oferta deste produto aumentar, já que os produtores estariam estimulados a produzir²³, sem necessidade de intervenção do Estado a partir de uma consciência da própria economia de mercado.

Apesar da ordem constitucional brasileira não ter adotado as ideias liberais de Adam Smith em sua totalidade, pelas várias limitações na ordem constitucional ao livre mercado, não se pode negar que o modelo econômico adotado é o capitalista da livre economia de mercado pensada por ele²⁴. Suas ideias de atuação do Estado somente para manter a segurança pública na economia e a liberdade contratual entre empresários e seus funcionários não foram suficientes para a economia de mercado encontrar o equilíbrio entre a ética e o lucro e, por isso, é necessária uma visão contemporânea que transcende a visão liberal tradicional.

Quando a empresa é despertada por um propósito maior que o lucro, *a motivação é intrínseca ao negócio, revelando-se muito mais eficaz e poderosa do que incentivos financeiros extrínsecos. Em um negócio de motivação intrínseca, quando a*

²² RAJ SISODIA, Mackey John. Id., p. 57.

²³ OLIVEIRA, Eduardo Matos. A intervenção do Estado na economia regulada pela Constituição de 1988 – Uma análise da retórica liberal e uma crítica a partir e além da escola estruturalista. II Conferência do Desenvolvimento – CODE 2011.

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo6.pdf

²⁴ SMITH, Adam. *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*: (Livro I a IV). México: Fondo Mexicano de Cultura, 1990.

performance da empresa cai, a retomada é mais rápida e é mantida a fidelidade dos colaboradores²⁵.

O conceito de empresa tem origem na teoria da ficção jurídica pensada pelos romanos. Antes centrada nas relações contratuais entre pessoas, contemporaneamente está compreendida em um mundo globalizado, com atuação na ordem econômica pelo Estado em face de um constitucionalismo moderno. A sociedade de capital a partir do século XIX, passa a ser uma das maiores conquistas do direito ocidental, e a organização empresarial é uma realidade de transformação social à medida que a dinâmica da empresa está diretamente ligada às modificações por que passa a economia. Daí a importância de pensar o futuro da empresa, levando em conta a atividade empresarial sobre o enfoque das relações de poder econômico dos agentes envolvidos. O estudo da empresa no século XXI precisa se voltar à importância da empresa não apenas como detentora de capital e controle, mas para toda a sociedade, constituindo um tema de direito fundamental para o desenvolvimento de um país²⁶.

Para o desenvolvimento de um mundo mais equânime, ético, com respeito à diversidade cultural, há necessidade de uma ordem negociada e não imposta, através de acordos de respeito à identidade cultural, com um sistema de regulação de mercado, com reflexos na Sociedade Civil, adequada às novas realidades além das fronteiras do Estado. Adaptar-se às inovações tecnológicas é essencial para a sobrevivência da empresa, além da relativização do princípio da soberania e a desformalização dos direitos da pessoa humana, dentre outras grandes mudanças sociais²⁷.

Newton de Lucca entende que seria conveniente a elaboração de um código de ética por parte das empresas e seria um compromisso social, além de explicitar sua postura em favor da coletividade. Assim, haveria a formalização dos compromissos éticos da empresa, comunicando-se de forma consciente com todos os parceiros²⁸ e sociedade.

A empresa deve desempenhar-se a cumprir sua função social, confrontando a ampliação da eficiência dos mercados com a regulação estatal, ora liberal, ora

²⁵ RAJ SISODIA, Mackey John. Id., p. 60.

²⁶ ADEODATO, João Maurício. Os futuros da empresa. In: Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020, p. 51.

²⁷ ADEODATO, João Maurício. Id., p. 53.

²⁸ DE LUCCA, Newton. Da Ética Geral à Ética Empresarial. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 345.

intervencionista²⁹. A esse confronto se soma o problema de adaptação às regras locais que as empresas transnacionais e seus códigos corporativos globalizados têm que passar e que, muitas vezes, desafiam a hegemonia jurídica pretendida pelo Estado moderno.

Somente com o reconhecimento dos reveses do capitalismo é que poder-se-á construir uma ética empresarial preocupada com a promoção da dignidade humana, cabendo ao Estado, como ente protetor dos direitos fundamentais do homem, ditar as diretrizes do desenvolvimento econômico e fiscalizar sua implementação, cabendo à Ética, verdadeiro atributo do homem, ser por ele incorporada à prática empresarial, com a edição de normas autorregulatórias e com a observância dos preceitos legais, ditadas pela ética de seu tempo³⁰.

As empresas devem buscar a ética para orientar sua atividade criadora e precisam ampliar seus conhecimentos, abrindo-se para a diversidade, balizada a partir do conceito de dignidade da pessoa humana³¹. A ideia de flexibilização das relações negociais, da garantia do negócio jurídico perfeito, da irretroatividade da lei e o culto da eficiência a todo custo, o estigma de perdedor e vencedor, devem ser repensados, cedendo lugar a atividades e formas de pensar mais coletivas e colaborativas.

“Ganhar dinheiro não é mais o critério definidor do fracasso e da vitória, parâmetro característico da antiga mentalidade de explorar e ganhar a qualquer custo. Já se fala em indicadores tão relevantes quanto o sucesso financeiro e o produto (PIB) de outrora”³².

O papel do empreendedorismo é afastar-se da atividade econômica predatória, da atuação de maus empreendedores ligados a ideologias políticas e práticas de corrupção, capacitando e educando futuros empreendedores na busca de lucro equilibrado, norteado pelo valor da dignidade humana.

²⁹ ADEODATO, João Maurício. Id., p. 53.

³⁰ LUCCA, Newton De; SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. Ética e capitalismo no Estado Democrático de Direito. Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Roberto Epifanio Tomaz – Florianópolis: CONPEDI, 2021. Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações, p. 22.

³¹ ADEODATO, João Maurício. Id., p. 54.

³² ADEODATO, João Maurício. Id., p. 55.

1.1.3.1. Função econômica

A empresa é o fator de impulsão da economia, pois não há desenvolvimento sem atividade empresarial. A Constituição Federal de 1988 prevê como fator fundamental da ordem econômica (artigo 170) a livre iniciativa, assegurando o exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização do Poder Público, salvo os casos expressamente previstos em lei.

As empresas são as verdadeiras criadoras das riquezas nacionais e o Estado, como regra, não deve explorar diretamente atividade econômica, salvo quando necessária para proteção da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (artigo 173). O Estado deve se incumbir basicamente da regulação e promoção do desenvolvimento empresarial³³.

A atividade econômica para a proteção contra o abuso econômico privado ou estatal e para garantir a segurança jurídica deve conter normas claras e objetivas a fim de reduzir incertezas decorrentes de ausência de regras regulatórias que permitem o exercício do direito de propriedade com melhores avaliações de riscos de sua atividade.

A falta de um marco regulatório claro sobre a atividade empresarial cria um clima de incerteza e insegurança jurídica que inibe o investimento e a inovação, com a possibilidade de diminuir a produtividade e aumentar os custos da transação³⁴.

A proteção da atividade empresarial através de um ordenamento jurídico com regras diretas e transparentes é importante para a apuração dos custos e a determinação das atividades de mercado quanto ao preço, qualidade, quantidade, data da entrega, o crédito e as garantias³⁵, incentivando o progresso do exercício da atividade empresarial com políticas públicas que direcionem à promoção do desenvolvimento social através da produção e circulação de bens e serviços, com seus objetivos voltados ao interesse coletivo. O planejamento e execução de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento nacional constitui

³³ DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da função social da empresa à responsabilidade social. In: MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, et al (Coord.). Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito: homenagem ao Professor Newton de Lucca. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 473-504.

³⁴ BARBOSA, Leonardo Garcia. Conceito e função econômica da empresa. In: Revista de Informação Legislativa, ano 51, n. 202, abr/jun, 2014, p. 251-277.

³⁵ BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord.). Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.2, p. 191-213.

fonte de renda para o Estado a partir do pagamento de tributos pelas empresas, incentivando a livre concorrência e permitindo que os direitos fundamentais da liberdade econômica e da propriedade interajam os sujeitos por meio da oferta e da procura a redundar um equilíbrio³⁶ entre as forças do Estado e da atividade empresarial.

A empresa, nessa perspectiva, recebe a atenção necessária do Estado e ao adquirir personalidade jurídica própria, separada da do empresário, minimiza riscos e evita desvio de finalidade, pois o dever creditício da empresa se restringe somente ao capital social. A função econômica da empresa deve voltar-se à sua função social, com o fim da tendência utilitarista da atividade empresarial³⁷.

Segundo Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, são quatro modernas funções sociais da empresa: condições de trabalho e relações com os empregados; interesse dos consumidores em relação ao preço e qualidade dos produtos; interesse dos concorrentes, com o afastamento do abuso do poder econômico e da concorrência desleal, cumprindo com os deveres éticos da empresa; por fim, compromisso com a preservação do meio ambiente³⁸, urbano e natural.

Amparada na livre iniciativa e na livre concorrência, com a intervenção mínima do Estado e na autorregulação do mercado, a função econômica da empresa deve se vincular à movimentação do capital e na produção e circulação dos bens e serviços. Sem deixar de realizar a finalidade individual do empresário – o lucro, proporcionando o desenvolvimento do Estado e da sociedade através da busca do pleno emprego, assegurando uma existência digna às pessoas, em conformidade com os ditames da justiça social³⁹.

1.1.3.2. Capitalismo engajado: consciente e corajoso

O capitalismo historicamente foi construído com base na teoria de que pessoas abrem empresas para satisfazer seus próprios interesses. Os economistas e críticos

³⁶ BENACCHIO, Marcelo. Op. cit., p. 192.

³⁷ KARIM, Regina Nascimento Possato; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Função econômica da empresa. In: JORGE, André Lemos, et al (Coord.). Coletânea da atividade negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho – UNINOVE, 2020, p. 304.

³⁸ CARVALHOSA, Modesto; LATORACA, Nilton. Comentários à lei de sociedades anônimas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 237-238.

³⁹ KARIM, Regina Nascimento Possato; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Op cit. p. 307.

muitas vezes desconsideram o aspecto do desejo e a necessidade de cuidar dos outros e de promover causas que estão acima dos interesses individuais⁴⁰. Adam Smith, em *A riqueza das nações*⁴¹ desenvolveu uma ética baseada na capacidade do ser humano de se solidarizar com o outro e se preocupar com suas opiniões, referindo-se à teoria econômica como um sistema ético. Infelizmente, a abordagem ética de Adam Smith foi ignorada e o capitalismo se desenvolveu desprovido da face humana. Por isso Karl Marx ataca o sistema como explorador de trabalhadores, ante a crueldade dos mercados⁴². Os ambientes corporativos até hoje são vistos como um ambiente frio, predador, duro e desumanizado.

Essa percepção ignora o grau elevado de capacidades humanas que o capitalismo de livre iniciativa pode proporcionar. O capitalismo é uma fonte de riqueza que deve ser compartilhado por todos de forma justa e equânime, com habilidade para a combinação de trabalho, recursos e inovação. O capitalismo de livre iniciativa deve ser virtuoso, necessário para a democracia e não antiético e constituir grave ameaça à liberdade e exploração humana. O capitalismo deve criar valor ético que deve tirar as pessoas da pobreza e criar prosperidade. Deve ser eficaz para despertar e direcionar as habilidades humanas e industriais para gerar valores para todos os envolvidos e não apenas lucros. O dinheiro deve ser considerado uma medida de valor, mas não a única. Despertar para essa consciência pode levar a um espírito de coletivismo, com mais reciprocidade e, antagonicamente, mais lucro, por engajar todos no mesmo objetivo⁴³.

Necessitamos de um discurso mais rico e ético, capaz de revelar mais bondade e heroísmo do capitalismo, deixando de lado velhas práticas de interesse próprio e maximização de lucros. Caso contrário, haverá o risco de governos cada vez mais coercitivos, da corrupção nos meios corporativos e o conseqüente prejuízo a um capitalismo mais social e humano.

Os empreendedores que já pensam desta forma são verdadeiros heróis que comandam o progresso e a transformação e mudanças no mundo. Conseguem descobrir

⁴⁰ RAJ SISODIA, Mackey John. Id., p. 16.

⁴¹ Adam Smith (1723-1790) é considerado o pai do capitalismo moderno e o mais importante teórico do liberalismo econômico. Nascido na Escócia, graduou-se em Humanidades aos 17 anos, na Universidade de Glasgow, Escócia, e pós graduou-se em Filosofia na Universidade de Oxford, na Inglaterra (https://univesp.br/noticias/adam-smith#.Y7y_8XbMJPY).

⁴² RAJ SISODIA, Mackey John. Id., p. 17.

⁴³ RAJ SISODIA, Mackey John. Id., p. 23.

possibilidades que enriquecem a vida de outras pessoas e realizam ações que causam impacto na vida das delas e da sociedade. São os fundadores de uma nova era de modo a proteger a comunidade, revolucionando processos e produtos que trarão melhorias para pessoas e comunidades.

O capitalismo consciente vem ao encontro das ideias de desenvolvimento econômico com base na dignidade humana. É uma forma de pensar o negócio com muito mais consciência de seu propósito maior, de seus impactos sobre o mundo e suas relações com os diversos públicos. São quatro princípios do capitalismo consciente: propósito maior, integração entre os colaboradores, liderança consciente e cultura e gestão conscientes. São princípios fundamentais, pois se baseiam num propósito além do lucro, valorizando a criatividade humana através de líderes com compromisso e que acompanham as mudanças evolutivas do ser humano, por meio de ações responsáveis e éticas com propósito de resultado mais humano e flexível.

O Estado deve acompanhar essas mudanças e buscar as reais intenções das empresas para lhe aplicar corretamente medidas e auxiliar sua reestruturação quando bem-intencionadas e desejosas dessa mudança de consciência.

1.1.3.3. Gestão responsável

Uma empresa com gestão responsável deve ser verdadeiramente consciente e para isso exige-se um realinhamento filosófico essencial. Há necessidade de uma transformação cultural, abraçando um propósito consciente e assumindo um compromisso autêntico com as partes interessadas, afastando-se de uma cultura hostil e indiferente a valores humanos. A confiança, responsabilidade, cuidado, transparência, integridade, lealdade e igualdade devem ser incorporados à organização como uma forma de agir.

As estruturas e estratégias da empresa precisam ser revistas para avaliar a maneira de pensar dos gestores, aproveitando as oportunidades, com resultados inovadores, ágeis, combinando capacitação, inovação e colaboração, a fim de gerar uma organização aberta e transparente.

Eric Hoffer destaca a importância do crescimento e do aprendizado constantes: *“Em tempos de mudança, os que aprendem herdarão a Terra, enquanto os eruditos estarão muito bem aparelhados para lidar com um mundo que já não existe”*⁴⁴.

A empresa criativa e inovadora deve estabelecer uma estrutura de comando que a organize com o equilíbrio dinâmico entre o espírito empreendedor e o desejo de estabilidade. Sistemas com regras rígidas tendem a ser mortais para a criatividade e a inovação. O espírito empreendedor deve garantir que a burocracia não sufoque as oportunidades para implementar ideias inovadoras, premiando o sucesso e não punindo os fracassos⁴⁵.

Os gestores precisam desenvolver estratégias que recompensam o comportamento inovador, dando autonomia para os colaboradores, mas com responsabilidade para não desembocar na quebra de promessas, na baixa qualidade de desempenho e na insatisfação dos clientes. Bill George quando se tornou CEO da Medtronic descobriu a importância da autonomia com responsabilidade:

*“Para mim, a cultura é o encontro de dois fatores: os valores e as regras. Quando entrei na empresa, a Medtronic tinha uma boa cultura baseada em valores, mas não uma cultura de desempenho. Era comum perder prazos, e os programas de pesquisa e desenvolvimento, que deveriam durar dois anos, levavam quatro. As pessoas não cumpriam compromissos e não havia preocupação com a prestação de contas. Isso não era saudável ou sustentável. Tivemos que determinar normas bem mais desafiadoras, e isso gerou dificuldades para as pessoas. Propus a autonomia acompanhada da prestação de contas, o único caminho possível. Nossos atrasos podiam representar a morte de pessoas a cada dia”*⁴⁶.

Quando é cobrada a responsabilidade, alguns deixam a empresa e outros passam a ter atribuições inferiores porque não conseguem se adaptar. Toda a empresa precisa estar envolvida, pois é assim que se constrói a cultura de valores fundamentais de

⁴⁴ HOFFER Eric, apud RAJ SISODIA, 2018, p. 267.

⁴⁵ RAJ SISODIA, Mackey John. Id., p. 265.

⁴⁶ GEORGE, Bill, apud RAJ SISODIA, 2018, p. 267.

autenticidade, transparência, integridade, lealdade e cuidado para a empresa movimentar-se em direção a um mundo melhor⁴⁷.

Raj Sisodia em seu *Capitalismo Consciente* entende que:

“A gestão consciente procura concentrar as energias criativas de forma mais eficiente possível, por meio da criação de um ciclo virtuoso que reforça as práticas organizacionais. A descentralização, combinada com a delegação de poderes, estimula a inovação. Por meio da colaboração, as inovações são compartilhadas, aperfeiçoadas e difundidas por toda a empresa, multiplicando seu efeito e ajudando a organização crescer, evoluir e prosperar.”

O papel dos gestores deve ser de motivar a liberdade de atuação dos colaboradores para que cresçam ao mesmo tempo que ajudem a empresa a cumprir seu propósito maior de evolução atenta a dois valores: mais amor e mais cuidado ao ser humano. As organizações devem ter o cuidado de escolher as pessoas com grau de inteligência emocional e o propósito de oportunidades de crescimento sem se amedrontar com julgamentos e condenações.

E como permitir esta atuação empresarial diante de uma estrutura jurídica impositiva, retráida e opressora? Não é só a empresa tradicional que precisa mudar, mas os mecanismos judiciais de responsabilização punitiva estatal devem ser revistos, buscando encontrar o equilíbrio adequado para estimular as empresas a incentivarem a criatividade e a autonomia de gestão e a busca de inovação, em um caminho oposto à cultura do temor, estimulando formas de resolução de problemas que exaltem o cuidado e a solidariedade como virtudes a serem estimuladas, através de meios dialógicos e negociais de solução de conflitos quando as empresas descumprem alguma normativa estatal.

A cooperação deve ser o norte para a relação entre empresa e Estado, com a colaboração do Estado na solução da desobediência às leis quando a empresa percebe suas falhas e tenta se amoldar às exigências feitas pelo Estado. Os governos devem ter como

⁴⁷ A ideia de Mackey John Raj Sisodia em sua obra *Capitalismo Consciente* defende a livre iniciativa com um propósito maior, através de uma postura mais humanista. A adoção de uma livre iniciativa bem implementada, segundo ele constitui um sistema econômico mais benéfico à humanidade, concluindo que o capitalismo predador não é vantajoso e está fadado ao insucesso no século XXI.

paradigma para a solução pacífica de problemas e erros cometidos por empresas a ética, o bom senso e o socialmente aceitável. O medo, a hostilidade, a desconfiança com a empresa que errou devem ser substituídos por valores que representam o cuidado e a auxílio para uma mudança positiva e vibrante que crie na empresa uma cultura consciente, com um propósito e compromisso mais humanista e ético.

1.1.4. Empresa e Direitos humanos

A Constituição Federal brasileira no seu artigo 170 estabelece que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados princípios que devem ser tidos como parâmetros⁴⁸ para a atividade empresarial. Dentre eles estão previstos os princípios da soberania nacional, livre concorrência, da redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego. Os princípios da ordem econômica se somam os princípios fundamentais constitucionais do artigo 1º, incisos III e IV – da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e aos objetivos fundamentais do artigo 3º da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (I), com a garantia do desenvolvimento nacional (II), erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (III).

O Estado quando pratica intervenção prestando serviço público ou regulando a prestação desse serviço atua em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Porém, Eros Grau diferencia essas duas atividades ao considerar a *intervenção* como sendo a atuação estatal em área de titularidade do setor privado (atuação estatal em sentido estrito) e a *atuação estatal* propriamente dita como a ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado (atuação estatal em sentido amplo). *Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo*

⁴⁸ EROS GRAU, Roberto. Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020, p. 18.

*da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo*⁴⁹.

*A atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito acarretou uma série de transformações no direito. Um dos flancos mais atingidos foi justamente o do regime dos contratos. Tem-se afirmado, sistematicamente, que os dois valores fundamentais juridicamente protegidos nas economias do tipo capitalista são, simetricamente, o da propriedade dos bens de produção — leia-se propriedade privada dos bens de produção — e o da liberdade de contratar (ainda que se entenda que tais valores são preservados não em regime absoluto, mas relativo)*⁵⁰.

E, dessa forma, a atuação do Estado sobre o domínio econômico também impacta *de modo extremamente sensível* o regime jurídico dos contratos. A liberdade contratual *sofre limitações ponderabilíssimas* que, *sob o impacto das técnicas intervencionistas*, acabam incidindo *disposições que acabam por alterar os seus elementos essenciais* ficando na dependência de disposições normativas ou atos administrativos externos à vontade das partes, não se esquecendo da *padronização dos contratos*⁵¹.

Os parâmetros constitucionais devem ser observados pelas empresas no desempenho de suas atividades, sem desconsiderar dirigismo contratual apontado. Todos esses princípios têm por fim assegurar dignidade de vida e bem-estar a todos os cidadãos e a livre iniciativa deve ser dirigida para cumprir este papel social. A valorização do trabalho humano deve ser o norte para a atuação da livre iniciativa e a empresa deve consagrar esse princípio como elemento a ser valorizado. A liberdade econômica deve trazer melhores condições de vida ao indivíduo e à sociedade, com a *sensibilidade*⁵² de criar condutas e comportamentos que valorizem as liberdades individuais e sociais. Eros Grau⁵³ acrescenta a necessidade de descrever a liberdade econômica também como *acessibilidade* buscando

⁴⁹ EROS GRAU, Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 92.

⁵⁰ EROS GRAU, Roberto. Id., p. 92.

⁵¹ EROS GRAU, Roberto. Id., p. 93-94.

⁵² EROS GRAU, Roberto. Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020, p. 20.

⁵³ EROS GRAU, Roberto. Id., p. 20.

maneiras alternativas de conduta e resultado com fim de dar acesso a condições de vida mais digna e justa.

“A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho, pois a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho, e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho” (EROS GRAU)⁵⁴.

O valor do trabalho, portanto, não é um valor indissociável da livre iniciativa, mas um parâmetro fundamental para o desenvolvimento nacional e social com o propósito de construir uma sociedade mais justa, equânime e solidária, em busca do pleno emprego. A livre iniciativa não deve ser vista apenas como fonte geradora de capital, mas também como fonte geradora de trabalho. Daí a necessidade de a empresa buscar uma nova mentalidade de gestão responsável e por outro lado o Estado conscientizar-se de que a empresa não é adversária do Estado, punindo de forma legalista e vigorosa. O governo também deve criar mecanismos de solução pacífica de conflitos enxergando a empresa não somente através dos seus dirigentes e de suas atividades, mas acima de tudo através do olhar social e da manutenção e valorização do trabalho como valores a serem ponderados na punição fria da lei, considerando ao se aplicar o direito a dignidade do ser humano trabalhador, suas famílias e o respingo dessas ações à toda a sociedade local, regional e por vezes nacional.

O Estado deve dispor também de instrumentos políticos e normativos para regular a atividade econômica transnacional, resultante da globalização econômica, com todas as considerações sobre o trabalho humano como valor e parâmetro do controle estatal. Os direitos humanos devem ser defendidos nas práticas empresariais globais. Pensando na necessidade de proteção desses direitos a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou em 2011 os Princípios Norteadores sobre Empresas e Direitos humanos (POs), reconhecido pelo Conselho de Direitos humanos e adotado pelo Brasil.

Os POs são estruturados em três pilares – proteger, respeitar e reparar: (I) o dever do Estado de proteger contra abusos de direitos humanos por parte de terceiros, incluindo empresas; (II) a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos; e

⁵⁴ EROS GRAU, Roberto. Id., p. 21-22.

(III) o acesso das vítimas a recursos judiciais e não-judiciais para remediar e reparar violações⁵⁵.

Os preceitos previstos nos artigos 2 e 22 dos Princípios Norteadores sobre Empresas e Direitos humanos (POs) preveem a observância pelas empresas dos direitos humanos:

2. Os Estados devem estabelecer claramente a expectativa de que todas as empresas domiciliadas em seu território e/ou jurisdição respeitem os direitos humanos em todas as suas atividades e operações.

22. Quando as empresas constatarem que causaram ou contribuíram para causar impactos adversos nos direitos humanos, elas devem reparar ou contribuir para sua reparação por meio de processos legítimos.

Preveem também a obrigação dos Estados de criar mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias, diálogo ou outros processos culturalmente adequados e compatíveis com os direitos humanos. Esses mecanismos podem oferecer vantagens concretas, como rapidez de acesso e reparação, custos reduzidos e/ou alcance transnacional:

27. Os Estados devem fornecer mecanismos de denúncia extrajudiciais eficazes e apropriados, paralelamente aos mecanismos judiciais, como parte de um sistema estatal integral de reparação de violações a direitos humanos relacionadas às atividades empresariais.

28. Os Estados devem disponibilizar formas de facilitar o acesso a mecanismos não-estatais de denúncia efetivos que tratem de violações a direitos humanos relacionadas às atividades empresariais.

A Cartilha dos Princípios Norteadores (POs) em seus comentários sobre os artigos supra esclarecem que qualquer mecanismo extrajudicial, sejam administrativos, legislativos ou outros meios extrajudiciais desempenham um papel essencial na

⁵⁵ <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/observatorio-nacional-da-familia/principios-orientadores-sobre-empresas-e-direitos-humanos>

complementação de mecanismos judiciais. E mesmo nos casos em que os sistemas judiciais são efetivos e dotados de recursos, eles não podem carregar o ônus de lidar com todas as violações alegadas, pois nem sempre se faz necessário recorrer a uma reparação judicial e nem sempre ela é a melhor solução para as partes.

E acrescenta⁵⁶:

As lacunas no processo de reparação de violações a direitos humanos relacionadas às atividades empresariais podem ser preenchidas, quando apropriado, ampliando-se os mandatos dos mecanismos extrajudiciais existentes e/ou criando novos mecanismos. Pode-se tratar de mecanismos de mediação, resolução de conflitos ou de outros processos culturalmente apropriados e compatíveis com direitos — ou de uma combinação dessas opções —, dependendo das questões propostas, dos interesses públicos em jogo e das necessidades das partes. Para assegurar sua eficácia e efetividade, devem atender aos critérios apresentados no Princípio 31⁵⁷.

Os direitos humanos devem ser respeitados e concretizados pelas empresas em todo o mundo como um meio de proteção e realização da dignidade humana, tanto nas relações públicas como nas relações privadas, no âmbito nacional ou internacional⁵⁸.

⁵⁶ <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/observatorio-nacional-da-familia/principios-orientadores-sobre-empresas-e-direitos-humanos>, p. 34.

⁵⁷ CRITÉRIOS DE EFICÁCIA DOS MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS DE DENÚNCIA 31. Para garantir sua eficácia, os mecanismos extrajudiciais de denúncia, estatais e não-estatais, devem ser: (a) Legítimos: suscitar a confiança dos indivíduos e grupos interessados aos quais estão destinados, e responder pelo correto desempenho dos processos de denúncia; (b) Acessíveis: ser conhecidos por todos os indivíduos e grupos interessados aos quais estão destinados, e prestar a devida assistência aos que possam ter dificuldades para acessá-los; (c) Previsíveis: dispor de um procedimento definido e conhecido, com prazo indicativo de cada etapa, e esclarecimento sobre os processos e resultados possíveis, assim como os meios para monitorar a sua implementação; (d) Equitativos: assegurar que as vítimas tenham acesso a fontes de informação, assessoramento e conhecimentos especializados necessários para iniciar um processo de denúncia em condições de igualdade, com plena informação e respeito; (e) Transparentes: manter as partes em um processo de denúncia informadas sobre sua evolução e fornecer informação suficiente sobre o desempenho do mecanismo, visando fomentar a confiança em sua eficácia e salvaguardar o interesse público que esteja em jogo; (f) Compatíveis com os direitos: assegurar que os resultados e as reparações estejam em conformidade com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos; (g) Uma fonte de aprendizagem contínua: identificar experiências relevantes a fim de melhorar o mecanismo e prevenir novas denúncias e violações no futuro; Os mecanismos de nível operacional também devem: (h) Basear-se na participação e no diálogo: consultar indivíduos e grupos interessados, para os quais esses mecanismos são destinados, sobre sua concepção e desempenho, com especial atenção ao diálogo como meio para tratar as denúncias e resolvê-las.

⁵⁸ BENACCHIO, Marcelo. Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020, p. 27.

Até porque:

*A dificuldade de proteção dos direitos humanos no espaço internacional em virtude da crise da soberania dos Estados gerou conhecidas violações, a exemplo do caso Nike consistente na realização de trabalho infantil, e condições trabalho impróprias na Ásia, e as operações da Shell na Nigéria provocando degradação ambiental e grave omissão na violação de direitos da comunidade local*⁵⁹.

A compreensão dos Princípios Norteadores (POs), segundo Marcelo Benacchio, envolve a eficácia horizontal dos direitos humanos entre os particulares, competindo ao Estado a obrigação de proteger pessoas e comunidades de eventuais violações praticadas pelas empresas⁶⁰.

Paulo Dias de Moura Ribeiro e Marcelo Benacchio ressaltam que problemas sociais como o caso da Nike *implicaram a busca de um sistema protetivo para impedir a violação dos direitos humanos pelas empresas no espaço transnacional pela Organização das Nações Unidas*⁶¹. E, para isso, os Estados devem criar novos mecanismos efetivos de mediação e de resolução de conflitos com o fim de assegurar a efetividade dos direitos humanos, adequando as condutas das empresas com as necessidades humanas, tudo combinado com a manutenção do trabalho e a distribuição equitativa das riquezas geradas.

Apesar das críticas referentes ao seu caráter voluntário e não previsão expressa da aplicação das declarações e tratados de direitos humanos para as empresas transnacionais no campo do direito interno brasileiro e internacional, assim como a ausência de previsão de possibilidade de investigação pelas instituições internacionais e pelos Estados quando houver ameaça ou violação aos direitos humanos pelas empresas transnacionais - como ocorre com o Tribunal Penal Internacional, *tornando-se fraca a proteção a ser*

⁵⁹ BENACCHIO, Marcelo; MOURA RIBEIRO, Paulo Dias de. As empresas transnacionais e os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos da organização das nações unidas. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/5894-371381030-1-SM.pdf -p.3.

⁶⁰ BENACCHIO, Marcelo. Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020, p. 27.

⁶¹ BENACCHIO, Marcelo; MOURA RIBEIRO, Paulo Dias de. As empresas transnacionais e os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos da organização das nações unidas. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/5894-371381030-1-SM.pdf -p.3.

*oferecida pelos Estados*⁶², é inquestionável a importância dos Princípios Orientadores (POs) como o início de um processo de consensualidade internacional e de busca de soluções extrajudiciais e pacíficas pelo Estado de solução de conflitos entre empresas transnacionais e pessoas ou coletividade que tiveram seus direitos violados.

*Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços*⁶³ tendo a atuação estatal e a atividade empresarial que observar tanto a Constituição Federal como os Princípios Orientadores de forma integrada ao sistema normativo interno e global, a fim de encontrar um equilíbrio entre o exercício da atividade empresarial, o dirigismo estatal e a proteção dos direitos humanos.

1.1.4.1. Governança corporativa no âmbito do Pacto Global e os Direitos humanos

Nas últimas décadas do século XX, almejou-se um novo estágio de inovação na forma como gerir as organizações caracterizadas pelas buscas de um novo sistema de decisão e de sustentação organizacional.

Logo, a expansão de novos conhecimentos, produtos e processos derivados do progresso científico e tecnológico transformam estruturas sociais, modos de comportamento e atitudes mentais.

A Governança Corporativa é um marco do século XX e vem para contribuir com a reconstituição de um sistema decisório mais equilibrado, com adoções de novas práticas por parte dos gestores e a necessidade de fazer prevalecer os interesses das principais partes interessadas (*stakeholders*).

1.1.4.1.1. Governança corporativa: definição

Atualmente, de acordo com IBGC (Instituto Brasileiro de Governança

⁶² BENACCHIO, Marcelo; MOURA RIBEIRO, Paulo Dias de. Id., p. 15.

⁶³ EROS GRAU, Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 164.

Corporativa, 2016) as práticas da Governança Corporativa vêm assumindo o papel principal na administração das empresas, com a finalidade de alinhar os processos e otimizar o tempo e os recursos.

Para o Instituto, as boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios básicos⁶⁴ em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e aprimorar o valor econômico de longo prazo da organização, ou seja, facilitar o acesso aos recursos e contribuir para a qualidade e eficiência da gestão, a longevidade organizacional e o bem comum.

Para tanto, há que se considerarem os méritos da ligação entre Governança Corporativa e desempenho organizacional, uma vez que se referem quase exclusivamente ao sistema orientado para o mercado.

Nessa perspectiva, a eficiência organizacional possui relação com a Governança Corporativa e se evidencia pela necessidade de o gestor fortalecer o processo decisório, bem como seus propósitos organizacionais refletindo no desempenho da gerência.

Além disso, é possível organizar seus processos e ampliar sua transparência, uma vez que há uma ligação entre Governança Corporativa e evasão fiscal, e ambas estão associadas a fim de capturar o nível de evasão fiscal das empresas.

Desse modo, no âmbito das organizações cooperativas, discutem-se os controles internos e externos, que permitem aos cooperados definir e assegurar a execução dos objetivos das empresas.

Assim, a Governança Corporativa contribui por ser um conjunto de mecanismos instituídos para fazer com que o controle atue de fato em benefício das partes envolvidas com direitos legais⁶⁵ sobre a empresa, minimizando o oportunismo.

1.1.4.1.2. Governança corporativa no âmbito do Pacto Global

⁶⁴ KELSSEN, Hans. Princípios do direito internacional. Ijuí: Unijuí, 2010.

⁶⁵ FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: Microfísica do poder. Org. e trad. Roberto Machado. 20. ed. São Paulo: Graal, 2004, p. 100-107.

O Pacto Global tem por objetivo encorajar o diálogo entre empresas, governos, sociedade civil e demais componentes, aproximando-os pela busca do desenvolvimento de um mercado global mais justo, inclusivo e sustentável.

As diretrizes da iniciativa foram pensadas para serem aplicadas universalmente e atender diferentes setores da economia, independente da nacionalidade da organização.

Considerada a maior iniciativa de sustentabilidade corporativa do mundo, o Pacto é composto atualmente por mais de 11 mil companhias de 156 países diferentes.

O Pacto Global não é um órgão regulador, um código de conduta obrigatório ou uma ferramenta para fiscalizar as políticas e práticas gerenciais. Trata-se de uma iniciativa totalmente voluntária, aberta a qualquer instituição, orientadora de lideranças corporativas comprometidas com a promoção do crescimento sustentável⁶⁶.

A sigla ESG (Ambiental, Social e Governança) tem ganhado grande visibilidade, graças a uma preocupação crescente do mercado financeiro sobre a sustentabilidade. As questões ambientais, sociais e de governança passaram a ser consideradas essenciais nas análises de riscos e nas decisões de investimentos, colocando forte pressão sobre o setor empresarial.

A aparente novidade não é uma evolução da sustentabilidade empresarial, mas sim a própria sustentabilidade empresarial. O termo foi cunhado em 2004 em uma publicação do Pacto Global em parceria com o Banco Mundial. Os critérios de aplicabilidade ESG ampliam a competitividade do setor empresarial e a governança é um dos pilares para Desenvolvimento Sustentável.

1.1.4.1.3. Responsabilidade empresarial e violações

Por outro lado, é a luta por responsabilidade das empresas no âmbito das

⁶⁶ <https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>

Nações Unidas. A responsabilização das empresas por violações a direitos humanos⁶⁷ depende em grande parte do Direito doméstico, na medida em que incumbe aos Estados criar normas jurídicas que viabilizem investigações, processamento, julgamento e exigência de reparação.

Muitos Estados partilham um contexto histórico de profunda desigualdade social, democracias ainda em processo de consolidação, *déficit* institucional de proteção de direitos humanos, e empresas transnacionais acabam por se beneficiar dessa disparidade na tentativa de elisão da responsabilidade civil por violações a esses direitos.

Neste contexto, os direitos humanos podem sofrer violações diretas ou indiretas:

As violações diretas ocorrem quando os responsáveis pela transgressão são partes da própria empresa transnacional e causam danos ou ofensas ao meio ambiente ou ao direito do trabalho, por exemplo.

As violações indiretas verificam-se nos casos em que os danos são identificados como consequências dos atos das transnacionais, tais como fraudes fiscais, corrupções ou quaisquer outros atos que violem e atinjam a democracia estatal⁶⁸.

A responsabilidade civil exige basicamente três elementos: violação ao direito (“a wrong”), dano e a relação de causalidade entre esses dois.

Nessa perspectiva, a imputabilidade de uma violação a direitos humanos a corporações transnacionais surgirá quando ela age diretamente na produção do dano – como se verificou com os atos praticados por empresas na Alemanha nazista durante a Segunda Guerra Mundial.

Empresas alemãs se beneficiaram do uso do trabalho escravo, usurpação da propriedade de judeus, uso de trabalho de prisioneiros civis em condições subumanas.

⁶⁷ FEENEY, Patrícia. A Luta por Responsabilidade das Empresas no Âmbito das Nações Unidas e o Futuro da Agenda de Advocacy. Disponível online em: www.revistasur.org

⁶⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. Direitos humanos e Democracia Editora Unijuí • ISSN 2317-5389 • Ano 7 • nº 13 • Jan./Jun. 2019 • Qualis B1 Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuí <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>, p.6.

Esses atos, por si, representaram violações de direitos humanos, justificando a responsabilização dessas empresas.

A responsabilização civil é mais promissora que a penal, por uma série de fatores:

- (i) afasta dificuldade inerente ao reconhecimento da responsabilidade penal de pessoas jurídicas;
- (ii) desestimula violações em razão de condenações vultosas, bem como alerta os acionistas desejosos de proteção do seu capital;
- (iii) pode ser desencadeada diretamente pelas vítimas ou seus representantes;
- (iv) exige apenas provas que indiquem a existência do dano.

Mas seria possível afirmar que as empresas transnacionais estariam vinculadas aos tratados internacionais de direitos humanos independentemente da postura adotada pelos Estados em que estabelecem suas atividades?

A resposta implicaria a possibilidade de o ente jurídico privado estar obrigado a respeitar normas⁶⁹ de direitos humanos mesmo que não haja esse comprometimento por parte do Estado.

Nesse sentido, vale levar em consideração que os Estados Unidos e o Canadá não são signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, nem do Protocolo de San Salvador.

Ainda, há que se avaliar que um Estado pode se retirar da OEA⁷⁰, como anunciou a Venezuela recentemente. As empresas ali instaladas estariam, então, livres dos compromissos envolvendo direitos humanos estabelecidos nestes instrumentos internacionais? Se a resposta for negativa, é preciso justificá-la.

Para além dos tratados, existem previsões específicas de *soft law* (normas

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. 2. ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1986.

⁷⁰ OEA: Organização dos Estados Americanos

facultativas do direito internacional) que demandam que as empresas respeitem os direitos humanos reconhecidos em tratados.

Em 2003, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas tentou aprovar as denominadas “Normas sobre Responsabilidades de Corporações Transnacionais e Outras Empresas a Respeito de Direitos humanos”, que estabelecia que as empresas deveriam compensar pessoas, entidades ou comunidades afetadas por atos em descumprimento das responsabilidades previstas no instrumento. Todavia, por serem demasiadamente impositivas às corporações, foram rejeitadas. Essas normas teriam vindo em resposta à proposta feita em 1999, pelo então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, para vinculação das empresas transnacionais, chamada Pacto Global, a qual contou com o apoio da Câmara Internacional do Comércio – ICC.

O programa do Pacto Global estabelece dez princípios voltados a medidas anticorrupção, defesa do meio ambiente, respeito aos direitos humanos e à legislação trabalhista e se baseia na capacidade autorregulatória das empresas, cuja adesão se dá nas bases do voluntarismo. De fato, o número de empresas que aderiram ao Pacto foi significativo (cerca de 12 mil), porém seus princípios não especificaram punições para corporações que deixem de cumprir suas disposições, comprometendo sua efetividade.

Se o Pacto Global (2000) se mostrou de baixa efetividade, as Normas sobre Responsabilidades de Corporações Transnacionais (2003), por sua vez, sequer foram aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A dificuldade está em criar normas com característica de *ius cogens* (normas cogentes). Mas esta característica pode derivar da substituição de normas facultativas por normas com caráter de ordem pública, gerando obrigações *erga omnes*.

Isso atribuiria natureza objetiva capaz de atingir todos os destinatários das normas jurídicas⁷¹, sejam eles órgãos do poder público, sejam particulares. Precisamente afirmando essa dimensão cogente, a própria Convenção Americana dos Direitos Humanos, no artigo 1º, exige dos Estados a obrigação de garantir o pleno exercício dos direitos humanos.

⁷¹FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. In: Revista de Direito internacional. Disponível em: www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.

Com isso, deduz-se que no âmbito doméstico, tanto os órgãos estatais devem proteger direitos humanos, quanto os particulares devem respeitar – ou do contrário o Estado estaria obrigado a intervir para exigir esse respeito. Parece certo afirmar que indivíduos e empresas estão vinculados a esses tratados. A solução seria uma jurisdição universal não só para a persecução penal, mas também para a responsabilidade civil.

Essas hipóteses, contudo, ainda estão longe de lidar com a perspectiva da responsabilização de empresas transnacionais. Para esse caso, surgem duas dificuldades: de um lado, admitir que a jurisdição universal se aplique às corporações, e não só aos indivíduos, como tem ocorrido. De outro, possibilitar que se promova a responsabilização civil, e não a imputação penal, para as violações de direitos humanos. Até o presente momento não há tratado internacional autorizando a instituição da jurisdição universal civil para graves violações de direitos humanos por empresas transnacionais.

Mas, conforme indica a Base de Dados de Implementação Nacional do Direito Internacional Humanitário, do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, diversos países já dispõem em sua legislação interna de mecanismos que autorizam a jurisdição universal – ainda que em caráter penal, mas que poderia, com algum esforço, ser estendida para responsabilização civil (Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2018).

Quando falham Estados de acolhimento e Estados de origem, o surgimento de uma jurisdição universal civil faria com que qualquer Estado se comprometesse com a repressão a graves violações de direitos humanos, podendo desencadear um processo de responsabilização das empresas sem com elas guardar vínculo de nacionalidade, tampouco com as vítimas ou ainda com o local em que tenha ocorrido a violação.

Trata-se de mecanismo carente ainda de maior profundidade conceitual, bem como dependente da adesão do Direito interno dos Estados, a fim de institucionalizar essa operacionalização. Porém, diversos estudos vêm ganhando força neste sentido.

O desenvolvimento sustentável tem sido uma das principais preocupações dos Estados contemporâneos, caracterizadas, inclusive em um contexto globalizado, pela gestão de riscos e ganhos econômicos de um lado e do outro pela preservação do meio ambiente e a verificação da responsabilidade social.

Diante deste quadro, torna-se necessário a criação de uma governança regulatória (*global governance*), com a fixação de princípios e parâmetros que orientem as ações dos atores públicos e privados, com comprometimento desses atores por meio de um modelo mundial de prosperidade econômica, mediante valores de responsabilidade social e proteção ambiental que possam ser aplicados e adotados, de modo generalizado, a todas as organizações internacionais públicas e privadas, Estados e empresas⁷².

Os objetivos e metas de desenvolvimento sustentável atualmente verificados de forma generalizada na Agenda 2030⁷³ permite introduzir uma governança regulatória (pública) e autorregulatória (privada) com o fim de implementar indicadores e parâmetros adequados para incorporá-los nas políticas públicas dos Estados. Deve-se implementar um plano de ação com participação social, com troca de informações nas tomadas de decisões, com transparência na seleção e execução das metas estatais que possam contribuir para melhoria nas condições de vida em termos econômicos, socioambientais e de uma democracia participativa em uma sociedade globalizada mais pacífica⁷⁴.

Em que medida os princípios dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)⁷⁵ podem compor e incentivar a governança regulatória (*global governance*)? Com um plano de ação de políticas públicas locais comprometidas com a ODS, em uma ação governamental nacional e local alinhada com o modelo elaborado pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Em um mundo globalizado a governança é uma expressão utilizada para demonstrar a cooperação internacional que provém de um sistema internacional não dotado de governo ou hierarquia (*global governance*)⁷⁶ marcada pela criação pela ONU da Comissão

⁷² CALDAS, Roberto Correia. Governança regulatória e os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS): um plano de ação para as políticas públicas locais. In: JORGE, André Guilherme Lemos, et al (Coord.). Direito empresarial: estrutura e regulação. São Paulo: Universidade Nove de Julho – UNINOVE, 2018, p. 48.

⁷³ A Agenda 2030 é um plano de ação global que reúne 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e 169 metas, criados para erradicar a pobreza e promover vida digna a todos, dentro das condições que o nosso planeta oferece e sem comprometer a qualidade de vida das próximas gerações.
<http://ecam.org.br/blog/o-que-e-a-agenda-2030-e-quais-os-seus-objetivos/#:~:text=A%20Agenda%202030%20%C3%A9%20um,de%20vida%20das%20pr%C3%B3ximas%20gera%C3%A7%C3%B5es.>

⁷⁴ CALDAS, Roberto Correia. Op cit, p. 49.

⁷⁵ <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/desenvolvimento-sustentavel/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>

⁷⁶ FINKELSTEIN, Lawrence S. What is global Governance? Global Governance, Boulder, v.1. n.3. 1995, p. 367.

sobre Governança Global, em 1994, que esclareceu que a governança não diz respeito somente a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendam aos interesses de pessoas e instituições⁷⁷.

A governança é um instrumento para o Estado alcançar legitimidade de suas ações em um contexto global, traduzindo-se no aspecto de concretizar metas, segundo uma gestão de risco socialmente aceitos e devidamente previstos⁷⁸ de modo a propiciar um ambiente favorável ao pleno desenvolvimento sustentável.

A governança regulatória assentada nos parâmetros dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) demanda a criação de mecanismos de ações estrategicamente planejados para o fortalecimento da democracia, com a participação dos cidadãos nos processos decisórios – hoje alijados desse processo e com a inclusão de metas sustentáveis. A governança regulatória deve implicar na criação de um sistema jurídico próprio, com instrumentos de acompanhamento e monitoramento social⁷⁹.

O sucesso da implementação da governança regulatória depende da participação da sociedade civil no processo de tomada de decisões que só pode ser alcançado por meio do diálogo⁸⁰ entre a sociedade e as instituições competentes. A Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)⁸¹ vem tentando criar um espaço de participação da vontade popular, objetivando reduzir a deficiência democrática e fortalecer as ações implementadas no Plano de ação para a implementação de metas estatais alinhadas com os ODS.

A abertura para o diálogo no plano internacional demonstra o movimento a ser procurado também no plano interno nacional. Uma vez que uma empresa, nacional ou transnacional, pratique alguma violação de direitos humanos o Estado pode reparar os prejuízos com mecanismos de justiça negocial já internalizados como se verá adiante. O direito global, mais especificamente no estudo da governança, ao escrutinar soluções mais

⁷⁷ ONU – Organização das Nações Unidas. Comissão sobre Governança Global. Nossa Comunidade Global. O Relatório da Comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: FGV, 1996, p.2.

⁷⁸ BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade. Barcelona: Paidós, 1998.

⁷⁹ CALDAS, Roberto Correia. Op cit, p. 75.

⁸⁰ CALDAS, Roberto Correia. Op cit, p. 75.

⁸¹ Comissão Nacional para os ODS. Plano de ação. 2017, p. 18. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/desenvolvimento-sustentavel/comissao-nacional-para-os-objetivos-do-desenvolvimento-sustentavel-cnods>.

informais, se assimila com a ideia da solução pacífica que se pretende expor no presente trabalho, anunciando ser possível a adoção também nas infrações cometidas no solo brasileiro.

1.1.5. Ética empresarial

Segundo José Renato Nalini ética:

“É a ciência do comportamento moral do ser humano em sociedade. Tem autonomia científica e seu objeto é a moral, acervo consolidado de costumes e hábitos dos seres racionais com vocação de permanência. Há quem sustente a sinonímia entre ética e moral, diante de sua raiz etimológica: ethos, do grego e mos, do latim, ambos verbetes designariam costumes”⁸².

Aristóteles (384 a.C - 322 a.C.) em sua obra *Ética a Nicômaco*⁸³ traz uma teoria da virtude ao dizer que os valores éticos estão determinados pelo caráter virtuoso de uma pessoa. Para o filósofo grego a virtude só pode ser alcançada na justa medida entre os vícios de omissão e os de excesso. Por exemplo, só é possível alcançar a prudência se a pessoa não tiver uma atitude omissa pela insegurança e ao mesmo tempo uma atitude impulsiva, sem pensar antes de falar. Outro exemplo é a coragem que é a justa medida entre a covardia (omissão) e a temeridade (excesso).

A ética é uma preocupação desde os primórdios da humanidade, mas na era pós-moderna, diante da exacerbação do individualismo, o enfraquecimento de dogmas – que conduziam a pessoa a agir sem pensar, assim como o surgimento da democracia representativa, a permissividade parecem aumentar as vicissitudes e afrouxar a busca do bem, da alteridade e das ações virtuosas. A busca da prática reiterada do bem (ética para Aristóteles) é condição *sine qua non* para os seres humanos adotarem ações virtuosas. Mas a virtude para Aristóteles precisaria ser desenvolvida e exercitada, pois era adquirida através do hábito.

⁸² NALINI, José Renato. *Coletânea da Atividade Negocial*. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020, p. 221.

⁸³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Capítulo 5. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret. 2007.

Não é diferente em relação à empresa. Também deve pautar sua atividade na ética. Deve exercitar a virtude pelo hábito, e por isso deve existir um propósito maior que o lucro. As ações virtuosas devem acompanhar a empresa através da ideia de responsabilidade social, valores sociais indissociáveis ao respeito à dignidade humana, incluída a valorização do trabalho humano, criando *novos padrões para harmonizar valores materiais e espirituais*⁸⁴.

O dever de responsabilidade social, atenção à natureza, ao trabalho digno, buscando encontrar sucesso, sem incorrer na tentação do único propósito de lucro são valores interligados com a ética e comprometimento social. A sociedade não aceita mais empresas que busquem o lucro a qualquer custo, desrespeitando pessoas, com o pagamento de salários injustos ou assediando-as moralmente no ambiente de trabalho. Da mesma forma, se condena as empresas que poluem a água e o ar, prejudicando diretamente a natureza e os seres humanos⁸⁵.

A empresa para desenvolver hábito de virtude deve ter atitudes e comportamentos que possam demonstrar e servir de exemplos de boa ação. Os valores sociais e humanos devem constituir prioridade para a empresa, impondo-se nova concepção de liderança, hábil a pensar concretamente em distribuição equânime de benefícios, gestão de externalidades e garantia de um futuro focado na humanidade. Os avanços científicos e tecnológicos devem estar impregnados de valores para evitar riscos potencialmente nefastos para o bem-estar geral de todos os seres humanos.⁸⁶

Os responsáveis pelas empresas precisam ter sensibilidade para não usar a tecnologia e a visão de lucro de forma livre, desconsiderando valores sociais e não priorizando a ética. As regras e leis devem ser aplicadas, mas sempre norteadas pela dignidade da pessoa humana e pelo bem comum.

“A ética empresarial do século XXI traz o dever empresarial de se ocupar não apenas com os interesses estritos da empresa, com os de seus donos ou seus acionistas. Mas impõe uma preocupação abrangente, que envolva os

⁸⁴ Castro e Lúcia Maria propõem um novo modelo empresarial que passam a qualificar como empresa consciente. CASTRO, Messias Mercadante de; OLIVEIRA, Lúcia Maria Alves de. A Gestão Ética, Componente e Consciente. Tributo à memória de E. F. Schumacher. São Paulo: M. Books, 2008, p.13.

⁸⁵ ARANTES, Elaine Cristina. Ética Empresarial.

http://redeetec.mec.gov.br/images/stories/pdf/proeja/etica_rel_interp.pdf, p. 58.

⁸⁶ NALINI, José Renato. Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020, p. 222.

viventes e também a posteridade. O mundo precisa ser mais justo, generoso e sustentável”⁸⁷.

A sustentabilidade empresarial está ligada à ética empresarial. O atingimento de todas as potencialidades, através de uma opção por valores que buscam a ética como parâmetro para uma efetiva equidade, com pensamentos tolerantes e envolvidos com a diversidade, são diretrizes para a sustentabilidade empresarial do novo milênio.

O uso da tecnologia não deve perder de vista a missão de preservar valores humanos e investir em projetos éticos, essencial para impulsionar os negócios e propulsar a reputação da empresa. A ética efetivada nas empresas é sinônimo de melhor técnica e sustentabilidade favorável à pessoa humana, encontrando boas soluções para o desenvolvimento da empresa, com uma economia compartilhadora de seus resultados com a sociedade e com seus colaboradores.

O Estado também deve observar esse paradigma para aplicar as sanções. Só assim, os dois atores da responsabilidade do direito sancionador – Estado e investigado, poderão ter o objetivo comum de alcançar a ética empresarial, por meio da celebração dos acordos.

1.2. Responsabilidade da pessoa jurídica (desconsideração da personalidade jurídica)

A liberdade econômica é um direito constitucionalmente previsto no artigo 170 da Constituição Federal que prevê a livre iniciativa como forma de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A atividade empresarial é uma atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços⁸⁸ que, por sua independência econômica, não depende de autorização do Estado – salvo nos casos previstos em lei, para exercer sua atividade.

⁸⁷ NALINI, José Renato. Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020, p. 223.

⁸⁸ Artigo 966 do Código Civil: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Existem diversas teorias para definir a pessoa jurídica; as principais são cinco: as teorias ficcionistas, do patrimônio, da realidade ou organizacionista, institucionalista e as teorias ecléticas ou da realidade técnico-jurídicas.

“As teorias ficcionistas, cujo expoente principal foi Savigny defendiam que a capacidade conferida às pessoas jurídicas não seria absoluta, plena. Essa limitada capacidade decorreria de uma ficção criada pela lei, diferentemente do que ocorre com as pessoas naturais, cuja criação é da própria natureza. Pessoas jurídicas seriam, assim, seres fictícios criados artificialmente pelo Direito, tendo uma ligação com as pessoas naturais que a compõem por uma relação meramente patrimonial. A lei seria a fonte criadora da pessoa jurídica.

Já as Teorias do Patrimônio de afetação ou negatórias da personalidade jurídica, cujos principais precursores foram Aloys Ritter Von Brinze Ernst Immanuel Bekker, defendiam uma mera relação de atribuição das pessoas físicas com os bens destinados a uma atividade. A personificação de qualquer ente seria subordinada ao patrimônio de afetação, ou seja, as coisas pertencem não a um determinado ente ficto, mas a um fim estabelecido. O vínculo não era entre a pessoa e seus bens, mas entre estes e uma finalidade predeterminada, constituindo o patrimônio de afetação⁸⁹.

A teoria da realidade ou organizacionista é criada por Otto Friedrich Von Gierke. O autor considerava a pessoa jurídica como uma realidade social, um fenômeno associativo. As pessoas jurídicas por esta teoria têm vontade própria, como organismos vivos, desprendido da pessoa física.

A Teoria Institucionalista assinada por Maurice Hauriou, mediante o estudo da estrutura das instituições de Direito Público, buscou explicar a natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades anônimas. As pessoas jurídicas são instituições sociais, organizações sociais destinadas à obtenção de um fim. A criação das pessoas jurídicas apresenta um caráter

⁸⁹ GAIA, Renata Dantas. Distinções entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização pessoal. Revista Brasileira de Direito Empresarial, 2016, p. 154. <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/1018/1013>

jurídico comum: (i) uma “obra” a realizar pelo grupo social; (ii) um poder organizado posto a serviço dessa “obra”, refletindo o poder de governo da instituição; (iii) manifestações de comunhão que se reproduzem no grupo social, a respeito da ideia e de sua realização, traduzido por um estado subjetivo pela manifestação do poder comungado. Nesta teoria podem ser vislumbrados elementos consensuais, mas não contratuais. A diferença ainda existe no cunho social atribuído à instituição. Há outros interesses a serem tutelados, que não sejam somente os interesses dos contratantes-sócios (teoria contratual). É o caso dos interesses daqueles que interagem com a sociedade – interesses dos trabalhadores, da comunidade que ela atua, dos investidores, credores – aí se refere à natureza institucional da sociedade”⁹⁰.

As teorias ecléticas ou da realidade técnico-jurídicas entendem a pessoa jurídica como uma realidade objetiva, com personalidade jurídica própria, adquirida por força de lei. Seria uma pessoa com capacidade de adquirir direitos e obrigações, formada por uma organização de pessoas ou bens. São as mais utilizadas atualmente.

As teorias da responsabilidade da pessoa jurídica buscam atribuir a ela personalidade jurídica, tornando-a entidade autônoma e independente daqueles que a compõem, capaz de contrair obrigações e exercer direitos.

Independente da teoria a ser adotada, porém, as sociedades empresárias, pessoas jurídicas de direito privado, possuem seus limites segundo o tipo empresarial escolhido, podendo as sociedades serem personificadas ou não personificadas. As não personificadas são as sociedades em comum (art. 986 do CC) e as sociedades em conta de participação (art. 991 do CC), enquanto as personificadas são as sociedades simples, em nome coletivo, em comandita simples, sociedades limitadas e as sociedades anônimas⁹¹.

Nas sociedades não personificadas não há separação entre o patrimônio do sócio e o da sociedade, assim como nas sociedades simples e em nome coletivo. Na sociedade em comandita simples os sócios comanditados respondem solidária e ilimitadamente pelas

⁹⁰ GAIA, Renata Dantas. Id, p. 155.

⁹¹ As microempresas e as empresas de pequeno porte se enquadram nas sociedades simples ou limitada e são classificadas a partir do seu faturamento anual (Lei Complementar nº 123/2006).

obrigações sociais e os sócios comanditários obrigados somente pelo valor correspondente a sua cota. Nas sociedades limitadas a responsabilidades dos sócios é limitada ao capital social, na proporção de suas quotas⁹² e na sociedade anônima⁹³ a responsabilidade dos acionistas está limitada ao valor das ações subscritas ou adquiridas por eles⁹⁴.

No entanto, caso haja abuso da personalidade jurídica a responsabilidade pode atingir as pessoas dos sócios. Com a finalidade de evitar fraudes, recuperar direito dos credores é possível desconsiderar a personalidade jurídica para determinadas obrigações recaírem nos bens dos sócios ou administradores. O benefício, ainda que indireto, se caracterizado desvio de finalidade ou confusão patrimonial permitirá a desconsideração da personalidade jurídica⁹⁵ e o atingimento dos bens particulares dos responsáveis pela empresa que praticou o ilícito.

A autonomia patrimonial da sociedade empresária pode dar margem à realização de fraudes.

“Para coibi-las, a doutrina criou, a partir de decisões jurisprudenciais (nos EUA, Inglaterra e Alemanha, principalmente) a “teoria da desconsideração da pessoa jurídica”, pela qual se autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para a realização de fraude. Ignorando a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar se, direta, pessoal e ilimitadamente, o sócio por obrigação que originariamente cabia à sociedade”⁹⁶.

Condição para a desconsideração da pessoa jurídica é a ocorrência da fraude com o manejo da autonomia patrimonial. Não é suficiente *a simples insolvência da pessoa*

⁹² Artigo 1.052 do Código Civil: Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

⁹³ Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

⁹⁴ PINTO, Felipe Chiarello de Souza. Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020, p. 103/104.

⁹⁵ Art. 50 do Código Civil: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 76.

*jurídica, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios devem ter ampla vigência*⁹⁷.

O objetivo da desconsideração é deter o mau uso da pessoa jurídica. O credor que pretende a desconsideração da sociedade terá que provar a fraude no mau uso da autonomia patrimonial e caso não consiga provar a fraude terá que arcar com o dano da insolvência da empresa devedora. Só caberá a desconsideração da pessoa jurídica se a autonomia patrimonial for utilizada indevidamente.

A decisão judicial que acolha o pedido de desconsideração da pessoa jurídica somente atingirá o ato fraudulento⁹⁸ não atingindo a validade do ato constitutivo. A empresa que tiver sua autonomia patrimonial desconsiderada, continua válida, bem como todos os demais atos praticados por ela. Os sócios responderão com seus patrimônios particulares somente em relação ao objeto da fraude.

*“A teoria da desconsideração da personalidade jurídica preserva a empresa, que não será necessariamente atingida por ato fraudulento de um de seus sócios, resguardando-se, dessa forma, os demais interesses que gravitam ao seu redor, como o dos empregados, dos demais sócios, da comunidade etc.”*⁹⁹.

*“Na lei, a desconsideração da personalidade jurídica é mencionada nos arts. 28 do CDC, 34 da Lei Antitruste (LIOE), 4.º da legislação protetora do meio ambiente (Lei 9.605/98) e 50 do CC”*¹⁰⁰.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao prever o incidente de desconsideração da personalidade jurídica que será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo¹⁰¹, podendo ser requerido na

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 76-77.

⁹⁸ Art. 137 do CPC: Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

⁹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 77.

¹⁰⁰ Ibid., p. 77.

¹⁰¹ Art. 134: O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

própria petição inicial¹⁰² ou em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

O pedido de desconsideração da personalidade jurídica deverá observar os seguintes pressupostos: a pessoa jurídica deve estar constituída regularmente; estar presente abuso ou fraude; haver prejuízo a terceiros e ser utilizada como medida excepcional, quando não houver outra solução senão a mitigação da autonomia patrimonial.

“A interpretação e aplicação da teoria da confusão patrimonial não são suficientes sem a sua constatação fática, o que ocorre, no âmbito jurídico-processual, por meio da apresentação de provas perante o juiz. Assim, faz-se necessário analisar a correta forma de demonstração da ocorrência do fenômeno, a fim de permitir a melhor apreciação judicial dos fatos, sempre com o objetivo de reduzir inseguranças e incertezas e delimitar a aplicação do remédio da desconsideração da personalidade jurídica”¹⁰³.

Desta forma, o Novo Código de Processo Civil busca assegurar o devido processo legal e a segurança jurídica¹⁰⁴, evitando, assim, os abusos cometidos por alguns tribunais que desconsideram a personalidade jurídica sem considerar se houve a concretização de fraude. O pressuposto essencial para a desconsideração é a ocorrência de fraude executada com a utilização da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

“A estruturação de normas referentes à desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil vigente acarretou resultados positivos para os consumidores, eliminando-se a insegurança jurídica que existia com relação a determinados aspectos, superando dúvidas reinantes no

¹⁰² § 2º do Art. 134: Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

¹⁰³ VIDIGAL, Fernanda Marra. A confusão patrimonial como tipo: repensando a desconsideração da personalidade jurídica. Tese apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2020, p. 160.

¹⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, em um artigo denominado “O que se espera do novo CPC?”, esclarece os objetivos do NCPC e a necessidade de existir segurança jurídica: “fundamentalmente que cumpra três finalidades: 1ª) que resolva o problema das partes definitivamente; 2ª) que o faça com agilidade; e 3ª) e que haja melhora na performance do Judiciário, no que diz respeito a dois aspectos: a sua lentidão e a incapacidade de gerar segurança jurídica, no sentido de previsibilidade” [...] “a instabilidade e a desuniformidade da jurisprudência desacredita o Poder Judiciário, decepciona o jurisdicionado, desrespeita, inaceitavelmente, o princípio da isonomia, desacredita o país até no âmbito internacional”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que se espera do Novo CPC?, p. 198.)

campo doutrinário e jurisprudencial. Dessa forma, os consumidores possuem, atualmente, regras processuais positivadas claramente a favor de se pugnar o afastamento do manto protetor de pessoas jurídicas fornecedoras quando presentes os pressupostos ou requisitos que autorizem a medida protetiva”¹⁰⁵.

A previsão do incidente estabelece um procedimento próprio destinado à desconsideração da personalidade jurídica, buscando dirimir controvérsias, harmonizando-se com a lei civil, com vistas ao encontro da segurança jurídica que repercutirá no empreendedorismo e no surgimento de empresas conscientes.

Não é diferente em relação à desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). Segundo Wallace Paiva Martins Júnior, Beatriz Lopes de Oliveira e Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Júnior:

“o escopo da desconsideração da personalidade jurídica é garantir o adimplemento das obrigações, estendendo-as aos bens dos sócios e administradores. Contudo, casos os sócios e administradores tenham atuado como verdadeiros autores ou partícipes dos atos de improbidade administrativa imputados na petição inicial, deverão figurar no polo passivo da respectiva ação na forma do art. 3º da Lei nº 8.429/92, afigurando-se despicienda a desconsideração da personalidade jurídica”¹⁰⁶.

Em conformidade com esse raciocínio o Ministro Relator Francisco Falcão em agravo em recurso especial julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça ressaltou que:

“[...] IV - Segundo os acórdãos, os atos ilícitos, imorais e iníquos imputados ao agente foram pessoal e diretamente realizados. Não se deram na condição de representante da pessoa jurídica. Ora, se praticou a

¹⁰⁵ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC e a efetiva proteção dos consumidores. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/1003-Texto%20do%20artigo-1773-2-10-20200922.pdf>

¹⁰⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 223.

conduta em nome próprio, não há necessidade de responsabilização principal da pessoa jurídica. Em outras palavras, não há necessidade de instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (CPC/15, art. 133), com a demonstração da presença dos requisitos do art. 50 do CC, muito menos se exige o prévio esgotamento patrimonial da sociedade de advogados (Estatuto da Advocacia, art. 17) [...]”¹⁰⁷.

Não se pode confundir as condutas ilícitas. Não é cabível a desconconsideração da personalidade jurídica quando os atos ilícitos foram praticados diretamente pelos sócios ou administradores, pois a desconconsideração *exige abuso da personalidade jurídica por eles, por meio da prática de ato fraudulento e desvio de finalidade, com efeitos limitados àqueles sócios e administradores responsáveis pela conduta abusiva*¹⁰⁸. Assim, somente caberá a desconconsideração quando a presente os requisitos do artigo 50 do Código Civil¹⁰⁹, ou seja, quando identificado desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, desconsiderando a personalidade jurídica para estender aos bens particulares de administradores ou de sócios beneficiados naquelas obrigações certas e determinadas cometidas com abuso.

No caso de improbidade administrativa se provocará o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica em qualquer fase do processo de conhecimento ou cumprimento de sentença (art. 134, CPC) ou na petição inicial - neste caso com dispensa da instauração do incidente (§ 2º, art., 134, CPC), respeitando-se o contraditório e a ampla defesa¹¹⁰.

1.3. Responsabilidade penal da pessoa jurídica

¹⁰⁷ STJ- AREsp nº 1535119 PR, Relator: Min. Francisco Falcão. SEGUNDA TURMA, Data de Julgamento: 10/03/2020. Data da Publicação DJe 19/03/2020.

¹⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao Código de Processo Civil – volume III (arts. 119-187). São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 127 *apud* MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de, op. cit., p. 223.

¹⁰⁹ Art. 50, CC: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

¹¹⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Op. cit., p. 223.

Quanto às condutas criminosas as empresas *são penalmente responsáveis quando os crimes são cometidos em seu nome, por sua conta e no seu interesse. As pessoas jurídicas possuem vontade social e consciência coletiva, podendo praticar ilícitos e suportar sanções*¹¹¹.

A empresa pode suportar sanções penais, salvo a pena de prisão¹¹². É certo que há argumentos favoráveis e contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica¹¹³. Os argumentos contrários são no sentido de entender que a pessoa jurídica é desprovida de inteligência e vontade próprias, necessitando de intermediários, ou seja, *do concurso de pessoas singulares que lhe sirvam de órgãos*¹¹⁴.

Caio Mário da Silva Pereira elenca três pressupostos mínimos para uma reunião de pessoas e de bens dar origem à pessoa jurídica: *vontade humana criadora, observância das condições legais e liceidade de fins*¹¹⁵. Por esta visão, nada impediria a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Até porque no campo do direito civil, presentes esses pressupostos, a pessoa jurídica é portadora de direitos e deveres e caso pratique abuso de direito correrá o risco de se desconsiderar a personalidade jurídica para atingir os bens particulares dos sócios.

“No campo extrapenal, o abuso de direito no uso da pessoa jurídica leva à sua desconsideração e à responsabilidade das pessoas naturais que se valerem da pessoa moral para atuarem fora do amparo do Direito. Constituir ou empregar uma pessoa jurídica para a prática de crimes, isto é, fatos típicos, antijurídicos e culpáveis, nada mais é do que cometer um abuso de direito. Como já se defendeu em trabalho anterior, o instituto do

¹¹¹ ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Reflexões sobre a capacidade penal da pessoa jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997, p. 135. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/20294>

¹¹² ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Id., p. 135.

¹¹³ ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Id., p. 104.

¹¹⁴ LOPES ROCHA, Manuel António, 1985, p. 119/130 *apud* ROSSINI, 1997, p. 104.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. I. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 186.

*abuso de direito é perfeitamente aplicável no campo do Direito Penal, posto que o ordenamento jurídico é uno.*¹¹⁶.

Ainda contra a responsabilidade penal das empresas *invoca-se o princípio da personalidade das penas, uma vez que a condenação atingiria membros inocentes*¹¹⁷, como os acionistas que não participaram dessa decisão.

Este princípio *é facilmente refutável, pois no Código Penal vigente, há previsão de penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. Incontestável que qualquer delas, mesmo indiretamente, atinja terceiros, v.g. os familiares de qualquer preso*¹¹⁸.

O argumento de que certas penas seriam inaplicáveis a uma pessoa jurídica, em especial a de prisão, também não deve prosperar, tendo em vista que haverá a possibilidade de aplicação de pena mais grave do que a prisão que é a dissolução, ou seja, a 'pena de morte' do ente moral, além de existir outras reprimendas compatíveis com a pessoa jurídica¹¹⁹.

Quanto ao principal argumento de que a empresa é desprovida de inteligência e vontade própria Augusto Rossini traz diversos autores como Shecaira, Manuel Antônio Lopes Rocha, João Marcello de Araújo Junior para demonstrar que as pessoas jurídicas têm vontade¹²⁰.

As pessoas jurídicas têm vontade ao agir por seus órgãos e possuem responsabilidade social por suas ações e omissões. A falta de organização empresarial repercute na própria pessoa jurídica que será responsabilizada ao causar dano a alguém. A vontade da empresa é *orgânica, sendo esta a sua vontade. As grandes corporações possuem vontade própria que independem muitas vezes da vontade de seus dirigentes*¹²¹.

¹¹⁶ LOBATO, José Danilo Tavares. Teoria Geral da Participação Criminal. Curitiba: Juruá, 2009. In: LOBATO, José Danilo Tavares. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica - Uma Inconsistência Dogmática e de Princípios. Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010, p. 270.

¹¹⁷ LOPES ROCHA, Manuel Antônio, 1985, p. 119/130 *apud* ROSSINI, 1997, p. 105.

¹¹⁸ ROSSINI, *op. cit.*, p. 105.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 107.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 108-111.

¹²¹ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello, 1995 *apud* ROSSINI, 1997, p. 112.

São quatro requisitos para a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica¹²²:

- 1) A infração deve ser praticada no interesse da empresa.
- 2) A infração praticada pela conduta humana esteja dentro da esfera da atividade da empresa.
- 3) A pessoa física que praticou a conduta se encontre *estritamente* ligada à pessoa jurídica.
- 4) O poderio da empresa na prática da infração.

O Anteprojeto de criação do Código de Defesa do Meio Ambiente, em seu artigo 40, é elucidativo ao dizer que é responsável o controlador, diretor, administrador, membro de conselho e órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica que, sabendo ou devendo saber da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática quando podia agir para evitar. Ou seja, é imprescindível que a infração seja praticada sob o manto da força da pessoa jurídica. E mais: É o poder, que se oculta por detrás da pessoa jurídica, e a concentração de forças econômicas do agrupamento que nos permitem dizer que tais infrações tenham uma robustez e força orgânica impensáveis em uma pessoa física¹²³.

Apesar de todos os esforços no decorrer do trabalho, o entendimento majoritário da doutrina brasileira é a aceitação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas somente no campo do Direito ambiental.

O Supremo Tribunal Federal adota esta linha de raciocínio reconhecendo que a Constituição Federal consagra somente a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas em relação ao meio ambiente¹²⁴:

“A reconhecerem que a Constituição Federal de 1988 consagrou a viabilidade da imputação penal aos entes morais na seara do meio

¹²² ROSSINI, op. cit., p. 114.

¹²³ Ibid., p. 115.

¹²⁴ RE 548181 / PR. Relator(a): Min. ROSA WEBER. Julgamento: 06/08/2013. Publicação: 30/10/2014. Órgão julgador: Primeira Turma, p. 2.

ambiente, também os seguintes precedentes desta Suprema Corte: HC 92.921, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 26.9.2008; AgRg no RE 593.729, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, Dje 6.03.2009. Na doutrina brasileira, por todos: FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 70-1”¹²⁵.

Mais adiante a mesma Corte Suprema menciona:

“Resta, pois, superado, da ótica da ordem jurídica constitucional positiva, questionar sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. E não há aqui pretensão alguma de desmerecimento da discussão teórica sobre o tema, cujas raízes se assentam na doutrina penal, reflexão sempre indispensável na evolução científica e descritiva do direito positivo. A advertência é importante, pois, ante o objeto restrito do presente Recurso Extraordinário, nem cogito de enfrentar o árduo problema da compatibilização da responsabilidade penal da pessoa jurídica com a dogmática tradicional clássica do Direito Penal”¹²⁶.

O Superior Tribunal de Justiça também entende possível somente a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais. E, além disso, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada criminalmente independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome:

“É possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Conforme orientação da Primeira Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação" (RE 548.181, Primeira Turma, DJe 29/10/2014). Diante dessa

¹²⁵ RE 548181 / PR. Relator(a): Min. ROSA WEBER. Julgamento: 06/08/2013. Publicação: 30/10/2014. Órgão julgador: Primeira Turma.

¹²⁶ Idem, p.3.

interpretação, o STJ modificou sua anterior orientação, de modo a entender que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes citados: RHC 53.208-SP, Sexta Turma, DJe 1º/6/2015; HC 248.073-MT, Quinta Turma, DJe 10/4/2014; e RHC 40.317-SP, Quinta Turma, DJe 29/10/2013. RMS 39.173-BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 6/8/2015, DJe 13/8/2015)¹²⁷”.

Luiz Flávio Gomes tem posicionamento diverso, no sentido de exigir a dupla imputação:

“Forte doutrina entende que a lei ambiental contempla verdadeira situação de responsabilidade penal. Nesse caso, então, pelo menos se deve acolher a teoria da dupla imputação, isto é, o delito jamais pode ser imputado exclusivamente à pessoa jurídica. E quando não se descobre a pessoa física? Impõe-se investigar o fato com maior profundidade. Verdadeiro surrealismo consiste em imputar um delito exclusivamente à pessoa jurídica, deixando o criminoso (o único e verdadeiro criminoso) totalmente impune”¹²⁸

Embora Luiz Flávio Gomes tenha posicionamento no sentido da dupla imputação, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça entendem de forma diversa, que a responsabilidade da pessoa jurídica independente da responsabilização concomitante da pessoa física, afastando a aplicação da teoria da dupla imputação.

O Superior Tribunal de Justiça vai além ao entender que o princípio da intranscendência da pena se aplica também para pessoas jurídicas, reforçando a tese de que a empresa incorporadora não pode ser responsabilizada penalmente pelos crimes da incorporada:

¹²⁷ STJ - Informativo nº 566. Período: 8 a 20 de agosto de 2015.

<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=015498>

¹²⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Apud* THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental. Editora JusPodivm, 1ª edição. Salvador: 2011, p. 592.

“O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CR/1988, tem aplicação às pessoas jurídicas. Afinal, se o direito penal brasileiro optou por permitir a responsabilização criminal dos entes coletivos, mesmo com suas peculiaridades decorrentes da ausência de um corpo biológico, não pode negar-lhes a aplicação de garantias fundamentais utilizando-se dessas mesmas peculiaridades como argumento. 5. Extinta legalmente a pessoa jurídica ré – sem nenhum indício de fraude, como expressamente afirmou o acórdão recorrido –, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do CP, com a conseqüente extinção de sua punibilidade”¹²⁹.

Apesar da existência de posição da responsabilização penal da pessoa jurídica de forma ampla e, pelo outro extremo, da impossibilidade de responsabilidade penal da empresa sem a responsabilidade concomitante da pessoa natural, os Tribunais Superiores pátrios têm entendido não ser possível a responsabilidade penal em outros casos senão por crimes ambientais, além de ter entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que a empresa adquirente não poderá sofrer as sanções impostas à empresa anterior no caso de transmissão da empresa.

1.3.1. Breve histórico

*A associação de pessoas visando um mesmo fim é tão antiga quanto ao próprio homem*¹³⁰. Segundo Affonso Arinos de Mello Franco *a união de pessoas na busca do bem comum é coisa anterior à própria concepção de economia*¹³¹. Com o surgimento de sociedades organizadas o direito surge para proteger os mais fracos dos mais fortes e a troca de sobras de produções é feita entre grupos e a vontade do grupo prevalece sobre a vontade do indivíduo.

O grupo tem sua personalidade diversa do indivíduo e pode ser considerada como a etiologia do conceito de pessoa jurídica. Nas sociedades antigas como na China, Índia,

¹²⁹ REsp 1.977.172 / PR. Relator(a): Min. RIBEIRO DANTAS Presidente da Sessão: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. Julgamento: 24/08/2022 Publicação: 20/09/2022. Órgão julgador: Quinta Turma.

¹³⁰ ROSSINI, op. cit., p. 10.

¹³¹ Ibid., p. 10-11.

Babilônia, hebraica e mulçumana a codificação contemplava a responsabilidade coletiva e familiar, inclusive responsabilidade penal da família do delinquente por “cumplicidade” como no caso da Coréia e Índia.

Na Bíblia está disposto o primeiro castigo coletivo derivado do delito de Adão e Eva¹³² e as penas ultrapassavam a pessoa do criminoso e atingiam as famílias e as coisas¹³³, estendendo até a quarta geração do condenado¹³⁴. Sodoma e Gomorra também previam penas coletivas ao atingirem toda a localidade¹³⁵.

Os direitos judaico e cristão foram incorporados no direito mulçumano também prevendo responsabilidade coletiva¹³⁶. Na Grécia antiga, por volta do século VII, conforme Affonso Arinos¹³⁷, a terra pertencia ao grupo e o espírito da família era considerado como uma pessoa moral. As famílias já experimentavam um tipo de solidariedade penal¹³⁸ em cidades gregas como Creta e na Macedônia.

Em Roma não se reconhecia uma forma de vida coletiva com vontade própria e por isso cria-se a teoria da ficção jurídica a fim de responsabilizar pessoas reunidas com objetivo comum. Mas implicitamente reconheciam a possibilidade de prática de delitos por pessoas jurídicas punidas com sanções penais¹³⁹. A primeira noção de incorporação enlaça-se ao próprio povo romano (*populus romanus*), quer dizer, ao conjunto de cidadãos pertencentes ao Estado. Os publicanos gozavam de certa personalidade por serem grupos encarregados de serviços públicos de cobrança de impostos.

Na verdade, os romanos não se preocupavam em *saber se a pessoa jurídica era uma criação artificial da lei ou uma realidade social e jurídica*. Não adotavam um sistema definitivo, observando *antes de qualquer coisa as necessidades práticas da vida, recorrendo, para satisfazê-las, à analogia com a pessoa humana*¹⁴⁰.

¹³² Gênesis, Capítulo 3, versículos 16-24.

¹³³ 2º Livro de Samuel, Capítulo 3, versículos 28-29.

¹³⁴ Êxodo, Capítulo 34, versículo 7, Gêneses, Capítulo 15, versículo 16 e Números, Capítulo 14, versículo 16.

¹³⁵ Gênesis, Capítulo 19, versículos 24 e Deuteronômio, Capítulo 29, versículo 23.

¹³⁶ SOON, Tamara. Uma breve história do islã. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p. 40.

¹³⁷ FRANCO, Affonso Arinos de Mello. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930, p. 20-23.

¹³⁸ SALDANHA, Quintiliano. *Capacidad criminal de las personas sociales*, vol. I, p. 990 *apud* FRANCO, Affonso Arinos de Mello, op. cit.

¹³⁹ FRANCO, Affonso Arinos de Mello, op. cit., p. 23.

¹⁴⁰ Informações que se extraem do contexto do pensamento de Augusto Rossini, op. cit., p. 17.

Na Idade Média, com o declínio do Império Romano, ocorreu uma inversão do individualismo do direito romano para a coletividade com a valorização de grupos, famílias do direito germânico e canônico. *Os canonistas estabeleceram clara distinção entre a entidade ideal e os membros que a compunham.* Nos mesmos moldes do *direito germânico fundamentavam que a capacidade de querer da sociedade confundia-se com a de seus membros apesar da sociedade ser distinta deles, considerando fictícia a personalidade das corporações* distinta da personalidade do indivíduo que dela participasse¹⁴¹.

Tanto no direito germânico como no direito canônico foi ampliada a responsabilidade das sociedades, inclusive com previsão de delito corporativo. *Não existiam corporações que não tivessem capacidade jurídica. A existência da sociedade se confundia com sua personalidade jurídica*¹⁴². Personalidade jurídica era um favor do Estado e só tinha existência dentro da lei¹⁴³.

*“Ora, percebe-se claramente que a repressão às pessoas jurídicas é proporcional ao seu poder e ao risco que impõe à coletividade e ao próprio Estado. Ou seja, enquanto a pessoa jurídica não tem força, o Estado sequer se preocupa com sua regulamentação, deixando de indagar acerca de sua personalidade jurídica etc. No momento em que ela adquire efetivo poder (e o poder econômico é o maior deles), competindo inclusive com o próprio Estado, inicia-se uma política de franco combate”*¹⁴⁴.

Na história é incontestável as comunidades feudais, os grupos responsáveis pelas viagens coloniais que realizavam descobertas, desenvolvimento das ciências, das artes e que praticavam atividades econômicas as quais representavam riscos. Pelo exercício do poder poderiam praticar os mais diversos atos ilícitos que necessitariam de reprovação.

No direito português, na época das ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas não houve previsão da responsabilidade da pessoa jurídica. Mas, mesmo assim, por influência do direito canônico adepto dos costumes o direito português responsabilizava as pessoas jurídicas.

¹⁴¹ ROSSINI, op. cit., p. 20.

¹⁴² ROSSINI, op. cit., p. 21.

¹⁴³ FRANCO, Affonso Arinos de Mello, op. cit., P. 36.

¹⁴⁴ ROSSINI, op. cit., p. 21.

“Dados mais objetivos sobre a questão só vão surgir no século XVIII, por ocasião do Projeto de Código Criminal de 1789, de autoria de Pascoal de Melo Freire. O parágrafo 8º do Título 2º estabelece que os colégios, corporações e cidades podem delinquir pelas pessoas de que se compõe e que os representam e governam; e à universidade se atribui o delito, quando todos os representantes o cometem, ou a maior parte deles”¹⁴⁵

A Constituição portuguesa de 1822, no entanto, acaba por deixar de lado a responsabilidade penal da pessoa jurídica ao prever no seu artigo 11 que: “toda pena deve ser proporcionada ao delito; e nenhuma passará da pessoa do delinquente”¹⁴⁶.

No Direito Inglês não existe responsabilização sem a prática de uma ação ou omissão humana. *Embora se identifique um fato com determinada pessoa jurídica, deve concorrer a vontade de um ser humano para que se possa atribuir a responsabilidade ao ente moral*¹⁴⁷.

O modelo francês adota posição oposta daquela tradicionalmente rejeitada pelos sistemas romano e germânico. O Código Penal Francês de 1994, prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica. O sistema francês adotou o princípio *societas delinquere potest*, ao contrário do habitual princípio *societas delinquere non potest*.

O tradicional brocardo latino Societas delinquere non potest sempre defendeu a ideia de que uma pessoa coletiva não pode cometer crimes, porque não há vontade (elemento subjetivo). Assim, às pessoas coletivas não poderiam ser impostas sanções, entendidas como as mais graves consequências jurídicas criminais clássicas. Nos últimos tempos, o brocardo latino foi reavaliado. Um setor doutrinal e jurisprudencial considera que deve ser reconhecido às pessoas coletivas o mesmo

¹⁴⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tese apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Junho de 1997, p. 30/31.

¹⁴⁶ ROSSINI, op. cit., p. 24.

¹⁴⁷ BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. Revista dos Tribunais, 2015. RT Vol. 961 (novembro 2015), p. 6.

*tratamento que às pessoas físicas, pelo que devem estar sujeitas à imputação de tipos penais*¹⁴⁸.

São duas condições legais para a existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica na França:

(1.ª) *Substractum humanus* – a infração penal deve ser praticada por órgão ou representante legal da pessoa jurídica;

(2.ª) *Pour le compte* – o crime deve ser cometido por conta da pessoa jurídica ou no interesse desta¹⁴⁹.

O Direito Francês *baseia-se essencialmente nos princípios da especialidade e da ligação do ato à pessoa jurídica e estabelece uma responsabilidade indireta (responsabilidade por ato de órgão ou representante do ente). Todas as pessoas jurídicas, excepcionados o Estado e, em certas hipóteses, as “coletividades territoriais”, são imputáveis. As sanções penais aplicáveis são: dissolução, multa, interdição definitiva ou temporária de direitos etc.*¹⁵⁰.

*Conforme o princípio da especialidade, somente uma disposição textual definindo a incriminação da pessoa moral pode engajar a responsabilidade penal desta. É o que se contém no trecho “dans les cas prévus par la loi ou le règlement” (nos casos previstos em lei ou regulamento)*¹⁵¹.

O art.121-2 do Código Penal Francês dispõe:

“As pessoas coletivas, com exceção do Estado, respondem criminalmente pelas infrações praticadas, por conta própria, pelos seus órgãos ou representantes, nos termos dos artigos 121.º-4 a 121.º-7, e nos casos previstos na lei ou regulamento. Sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo

¹⁴⁸ LOURENÇO, Naldemar. Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas. *Societas delinquere non potest*, p. 6. Artigo-15336-1-10-20200630.pdf. <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/9175-Artigo-15336-1-10-20200630.pdf>

¹⁴⁹ BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. *Revista dos Tribunais*, 2015. RT Vol. 961 (novembro 2015), p. 7.

¹⁵⁰ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês. Ceará: *Revista Opinião Jurídica*. N. 10, 2008, p. 131.

¹⁵¹ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. op. cit., p. 136.

121.º-3, a responsabilidade penal das pessoas coletivas não exclui a das pessoas singulares que sejam autores ou cúmplices dos mesmos fatos”¹⁵².

Ademais, autores franceses entendem que não responsabilizar penalmente pessoas jurídicas ofenderia o princípio da igualdade.

Os franceses utilizam como fundamento para a responsabilidade penal da pessoa jurídica a necessidade de imputar apenas à pessoa moral alguns fatos delituosos, evitando que seus dirigentes venham a sofrer uma presunção de responsabilidade penal, alegando, ainda, a realidade criminal hodierna, em que as pessoas jurídicas possuem meios mais possantes para infringir a saúde pública, a ordem econômica e o meio ambiente. Ademais, acrescentam os autores franceses, a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica ofenderia o princípio da isonomia (ou da igualdade)¹⁵³.

Tanto a regra da especialidade como a da isonomia são importantes, para o Direito Francês, para garantir a segurança jurídica na aplicação do Direito Penal para a responsabilização da pessoa jurídica no âmbito penal.

Paradoxalmente, no Brasil, a Lei nº 9.605/1998, não especifica em quais infrações penais a pessoa jurídica poderá ser punida, deixando uma lacuna para arbitrariedades, haja vista que, em tese, a pessoa jurídica poderá ser punida por qualquer modalidade de crime ambiental¹⁵⁴.

No Direito Pátrio, existe muita controvérsia sobre a questão da responsabilidade da pessoa moral no âmbito constitucional. Alguns entendem que continua em vigor o princípio *societas delinquere non potest* não revogado e ratificado pela Carta de 1988. Outros, ao contrário, sustentam que a Constituição de 1988 desejou inovar e se adequar à tendência universal no sentido de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. Como adeptos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, podemos citar: Paulo Affonso Leme Machado, Gilberto Passos de Freitas, Ivette Senise Ferreira, Sérgio Salomão Shecaria,

¹⁵² Código Penal Francês (em espanhol), p. 4-5.

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/CP%20franc%C3%AAAs%20%28em%20espanhol%29.pdf

¹⁵³ BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. Revista dos Tribunais, 2015. RT Vol. 961 (novembro 2015), p. 7.

¹⁵⁴ BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. op. cit., p. 7.

Antônio Evaristo de Moraes Filho, Fausto Martin de Sanctis, Walter Claudis Rothenburg, José Afonso da Silva defende dentre outros ilustres. De outro lado, como adeptos da irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, temos: René Ariel Dotti, Luiz Vicente Cernicchiaro, Cezar Roberto Bitencourt, Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Luiz Regis Prado, José Carlos de Oliveira Robaldo, William Terra de Oliveira, dentre vários¹⁵⁵.

1.3.1.1. Herança do desenvolvimento histórico da legislação para a percepção atual sobre o direito penal econômico

Predomina na doutrina atual que a concepção do direito penal econômico é o conjunto de normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção da fabricação e da distribuição de bens econômicos¹⁵⁶ e para alguns também se inclui a produção, fabricação, distribuição e regulação do consumo de bens e serviços¹⁵⁷.

“No Brasil, não foi diferente o desenvolvimento histórico do direito penal econômico positivado. René Dotti recorda que as primeiras previsões legais brasileiras sobre a matéria também foram produto de um momento de anormalidade, quando, após a Crise de 1929 e, no Brasil, a Revolução de 1930, os interesses cafeeiros assumidos pela União levaram à adoção severas sanções criminais para os casos de falsificação ou fraude de gêneros alimentícios.

O primeiro diploma efetivamente significativo - muito embora algumas determinações penais esparsas possam ser identificadas anteriormente - no âmbito do direito penal econômico surge em 1939, com a Lei de Economia

¹⁵⁵ SOUZA, Keity Mara Ferreira. A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica.: Enfoques comparado, doutrinário e legal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1716>.

¹⁵⁶ TIEDEMANN, Klaus. Poder económico y delito: Introducción al Derecho Penal económico y de la empresa. Editorial Ariel, SA Barcelona. 1985, p. 19.

¹⁵⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, p. 14.

*Popular. Em 1951, com a edição da Lei 1.521/51, houve certa sistematização da matéria*¹⁵⁸.

Poucos estudos se voltaram para o direito penal econômico, por considerarem os crimes excepcionais os crimes desta natureza, ocorrendo somente nos anos 70 a partir dos estudos feitos na Alemanha, Espanha Brasil e Argentina. O fato de a legislação no direito econômico não ser precedida de estudos mais aprofundados não altera consolidação de novos aspectos, que acabam por adentrar no direito penal fornecendo novos parâmetros para sua interpretação¹⁵⁹.

*“A conferência feita por Sutherland, em dezembro de 1939, na Sociedade Americana de Sociologia, é considerada por muitos autores o verdadeiro marco do surgimento do direito penal econômico. Muito embora tal obra tenha, indubitavelmente, conferido grande impulso e atenção ao tema, a discussão já se fazia presente anteriormente, em alguns trabalhos esparsos de outros autores”*¹⁶⁰.

Willem Adriaan Bongger constrói uma teoria que busca explicar a criminalidade sobretudo a partir das condições econômicas, mais especificamente, do modo de produção capitalista. No trabalho publicado em 1905, Bongger entende que o comportamento criminoso se verificava nas classes pobres, *em razão das condições miseráveis que lhes eram impostas pelo capitalismo* e também na *burguesia em razão da cobiça e da mesquinhez igualmente causadas pelo capitalismo*¹⁶¹.

Edwin Hardin Sutherland volta-se para o estudo da prática de crimes cometidos por pessoas da classe alta, no exercício de suas ocupações profissionais. Seus textos, traziam destaque à impunidade ou à aplicação de sanção menos rigorosa. Ao conceituar o crime do colarinho branco o faz a partir dos seguintes elementos: *é um delito cometido por uma pessoa de respeitabilidade e status social alto, no âmbito de sua ocupação*

¹⁵⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013, p. 28.

¹⁵⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ibid*, p. 29-30.

¹⁶⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ibid*, p. 31.

¹⁶¹ BONGGER, Willem Adriaan. *Criminalité et conditions économiques*. Amsterdam: C.P. Tierie, 1905. P. 306. In: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ibid*, p. 31-32.

*profissional*¹⁶². Ou seja: Sutherland chama atenção para o tema, buscando reformular as explicações sobre as causas da prática de um crime e pessoas de classe socioeconômica alta que também praticavam diversas condutas delitivas.

Sutherland, para sustentar sua tese, procedeu a uma ampla pesquisa de decisões de tribunais contra setenta grandes corporações e contra quinze empresas de energia e luz concluindo a existência de diversas condutas delituosas que poderiam ser consideradas como crime. Para ele, a posição social dos homens de negócios e a tendência à impunidade desses crimes explicam as sanções mais brandas com relação a delitos praticados por pessoas de classes baixas.

Sutherland, no âmbito do crime econômico, partiu da premissa de que este tipo de crime ocorre por ser uma forma socialmente admitida de se fazer negócios, em razão da situação de desorganização social, que também decorre do conflito de normas¹⁶³.

Para explicar o fenômeno de sanções mais brandas em relação a pessoas de classe mais alta, Sutherland aponta três fatores: *status que reveste homem de negócios, uma tendência a que não seja castigado e um sentimento público de ressentimento difuso quanto a tais crimes*¹⁶⁴.

Sutherland desenvolve a chamada *teoria da associação diferencial* entendendo que o comportamento criminoso não é inato e sim aprendido a partir de definições favoráveis da conduta criminoso. Na questão da criminalidade econômica, Sutherland parte da premissa de que sua ocorrência é explicada por ser uma forma admitida socialmente ao se fazer negócios. Culturalmente a prática dos crimes econômicos são aceitáveis, levando a uma sanção menos rígida com condutas aceitáveis.

Apesar de sua teoria ser bastante criticada, especialmente por não levar em conta o fator pessoal, já que mesmo diante de influências criminosas a pessoa pode sucumbir ou não, ela tem relevância histórica na punição e refinamento dos crimes econômicos, além de dar um grande aporte na discussão da impunidade desses crimes. Por ser indicadora da injusta e desigual aplicação da lei em benefício dos poderosos, Sutherland tem sua importância ao

¹⁶² SUTHERLAND, Edwin Hardin. *El delito de cuello blanco*. Trad. Por Rosa dei Olmo. Caracas: Ediciones de la Biblioteca Central de Venezuela, c. 1969, p. 9-11.

¹⁶³ COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. cit. p. 35.

¹⁶⁴ Ibidem. p. 40 e ss.

criticar a criminologia positivista da época, marcando o desenvolvimento do tema e a compreensão da criminologia econômica até a atualidade.

O direito penal econômico, ainda que resumidamente, facilita a reflexão da possibilidade de apreciar os acordos de não persecução penal e civil como caminhos de impedir a impunidade aos atos ilícitos historicamente aceitáveis, como os crimes de colarinho branco¹⁶⁵. Esses crimes, cuja pena normalmente se restringe a dois anos, *por ser baixa, raramente é aplicada* sanção, já que facilmente costuma ocorrer o fenômeno da *prescrição*¹⁶⁶.

1.3.1.2. Responsabilidade na legislação constitucional e ordinária

O Brasil até a Proclamação da Independência vivia sobre a égide da legislação portuguesa. Na Constituição de 1824, apesar de constar que nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente (art. 179, inc. XX), os Códigos Criminais do Império e da República (1831 e 1890, respectivamente) previam a responsabilidade corporativa.

No Direito brasileiro até a independência aplicava-se o direito português e a Constituição de 1824 manteve a ideia portuguesa de não responsabilizar a pessoa jurídica; porém o Código Criminal republicano de 1890 assim dispôs:

*“Se este crime for cometido por corporação, será esta dissolvida; e, caso os seus membros se tornem a reunir debaixo da mesma, ou inversa denominação, com o mesmo ou diverso regime; Pena – aos chefes, de prisão celular por um a seis anos; aos outros membros, por seis meses a um ano.”*¹⁶⁷

Para Sérgio Salomão Shecaira, houve um erro de redação na legislação por prever a responsabilidade das empresas e não de seus representantes¹⁶⁸. O Código de 1890,

¹⁶⁵ Lei nº 7.492/1986 (Define os crimes contra o sistema financeiro nacional).

¹⁶⁶ DALLAGNOL, Deltan. Brasil é o paraíso da impunidade para réus do colarinho branco. Artigo ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República). Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/20886-brasil-e-o-paraíso-da-impunidade-para-reus-do-colarinho-branco>

¹⁶⁷ PIERANGELLI, José Henrique (Coord). Códigos penais no Brasil: evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980, p. 279.

¹⁶⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão, op. cit., p. 33.

em seu artigo 103, se referia à responsabilidade corporativa sem se referir à responsabilidade individual. Até 1932 ficou constando esse erro na legislação brasileira sanada neste referido ano.

Porém, para Sérgio Salomão Shecaira¹⁶⁹ e Augusto Rossini¹⁷⁰ não existia responsabilidade da pessoa jurídica no direito brasileiro até a Constituição de 1988. Suas conclusões são decorrentes de uma análise contextual através de um estudo sistemático, já que nesta época consagrava-se o individualismo e as ideias libertárias trazidas pela Revolução Francesa de 1789.

No entanto, não se pode perder de vista que o Código Criminal de 1890 ao menos sinalizava a responsabilidade corporativa quando mencionava a pior das sanções para uma empresa: a dissolução compulsória por prática de atos ilícitos. O Brasil, portanto, antes da Constituição de 1988 já tinha uma menção à responsabilidade penal empresarial e isso é inegável.

Entretanto, só o artigo 225, §3º¹⁷¹, da Constituição Federal de 1988 que se prevê expressamente no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade coletiva relacionada aos crimes contra o meio ambiente e no artigo 173, §5º¹⁷², ainda que de forma menos evidente, a responsabilidade da pessoa coletiva nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular¹⁷³.

A previsão constitucional de 1988 está em consonância com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pelo Decreto nº 5.687/2006¹⁷⁴. Esta Convenção incentiva a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, bem como a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações

¹⁶⁹ SHECAIRA, Sérgio, *ibid*, p.33.

¹⁷⁰ ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Reflexões sobre a capacidade penal da pessoa jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997, p. 24. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/20294>.

¹⁷¹ Art. 225, §3º, CF: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

¹⁷² Art. 173, § 5º, CF: A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

¹⁷³ ROSSINI, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em 26 jan. 23.

Comerciais Internacionais, internalizado pelo Decreto nº 3.678/2000¹⁷⁵. Todas essas previsões revelam a preocupação do Direito Penal com os grandes desastres e em razão das empresas assumirem na sociedade atual uma atividade geradora de riscos¹⁷⁶.

A partir do momento em que as empresas integram e interagem com a sociedade, estabelecendo contratos, relações consumeristas, os seres humanos sentem diuturnamente os impactos dessa relação e, na atualidade, ante a complexidade da atividade empresarial, não se pode afirmar que a empresa é incapaz de praticar crimes.

Guilherme de Souza Nucci entende que a interpretação constitucional permite afirmar que a responsabilidade penal das empresas não estaria restrita aos delitos ambientais e aos da ordem econômica e financeira. Para ele, haveria autorização para o legislador ordinário criar tipos penais, em quaisquer ramos do Direito Penal compatíveis com a natureza da atividade da pessoa jurídica. Seu fundamento está na *previsão formulada pelo artigo 173, parágrafo 5º, da mesma Constituição Federal, que delegou à lei ordinária a possibilidade de chamar a pessoa jurídica para os crimes econômicos, financeiros e contra o consumidor*¹⁷⁷.

Luiz Luisi expõe que a doutrina majoritária entende não ser possível a responsabilidade penal da empresa¹⁷⁸, mas Marcelo Carita Correra¹⁷⁹ entende de modo diverso, de ser possível a responsabilidade penal fundamentada na própria Constituição Federal, acolhendo a doutrina tida como minoritária (Lei nº 9.605/98¹⁸⁰).

A Constituição deve ser o ponto de partida e não o ponto final, porque é necessária previsão de responsabilidade penal da empresa na legislação ordinária. Assim como a Lei nº 9.605/98 reconheceu a conduta e a sanção penal (autorresponsabilidade) o legislador precisa fixar a responsabilidade penal das empresas na busca de viabilizar uma

¹⁷⁵Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em 26 jan. 23

¹⁷⁶ CORRERA, Marcelo Carita. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a teoria do delito em face da autorresponsabilidade do ente coletivo. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 56.

¹⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Se PJ é responsável por crimes ambientais também o é por outros delitos. CONJUR. Edição de 24/07/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-24/guilherme-nuccipj-responde-crimes-ambientais-outros-delitos>. Acesso em 26 jan. 2023.

¹⁷⁸ LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29-46.

¹⁷⁹ CORRERA, Marcelo Carita. op. cit., p. 59.

¹⁸⁰ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm.

sanção penal através de uma conduta, requisito essencial para a autorresponsabilidade. Não é o que parece acontecer com o Projeto de Lei nº 236 de 2012 do Senado Federal¹⁸¹, de elaboração de um Novo Código Penal, que sequer menciona a pessoa jurídica em seus dispositivos, permanecendo da forma que está a responsabilidade penal das empresas¹⁸².

Fernando Galvão arrazoa que¹⁸³:

“É possível afirmar que (o Projeto) acolhe o modelo de heterorresponsabilidade [...]. A proposta não contém um dispositivo que expressamente relacione a responsabilidade penal da pessoa jurídica a um defeito de organização ou à ausência de um programa efetivo de integridade”.

Na heterorresponsabilidade a empresa se confunde com os indivíduos responsáveis por ela. Logo, as ações dos indivíduos são ações dos próprios entes coletivos e o *agir humano, apesar de presente, é tido como mero instrumento da realização de vontade do ente coletivo*¹⁸⁴.

A Constituição de 1988 não prevê essa transferência de responsabilidade. Ao tratar no artigo 5º, inciso XLV¹⁸⁵, das sanções penais explicita que não deverá ser viabilizada a transferência de responsabilidades. Ou seja, se o legislador ordinário *pretende criar tipos penais que contemplem a sanção penal de ente coletivo, deve fazê-lo na forma de autorresponsabilidade*¹⁸⁶. Na heterorresponsabilidade é a conduta humana que está sempre presente para o cometimento de crime pela empresa.

Como bem ressalta Marcelo Carita Correra, o estudo sobre a responsabilidade penal das empresas somente versam sobre aquelas constituídas para fins

¹⁸¹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>.

¹⁸² CORRERA, Marcelo Carita. op. cit., p. 61.

¹⁸³ GALVÃO, Fernando. Teoria do crime de pessoa jurídica: Proposta de alteração do PLS nº 236/12. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 88.

¹⁸⁴ NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008, p. 89.

¹⁸⁵ Art. 5º, XLV, CF: Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

¹⁸⁶ CORRERA, Marcelo Carita. op. cit., p. 62.

lícitos, não se aplicando quando criadas para dissimular a prática de atividades criminosas por pessoas físicas¹⁸⁷.

É preciso diferenciar a empresa criada como veículo para a prática de crimes como o fez o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg¹⁸⁸ que, apesar de ser um tribunal de exceção, distinguiu as organizações como as entidades criminosas criadas para a prática de crimes e a responsabilidade penal da empresa quando criadas legalmente e para fins lícitos, que praticavam atos ilícitos para acobertar as ilegalidades das organizações criminosas¹⁸⁹.

A Lei nº 9.605/98¹⁹⁰ em seu artigo 24, reafirma esta postura ao decretar a liquidação da empresa que foi constituída ou utilizada licitamente, mas que no curso de suas atividades passa preponderantemente a praticar condutas violadoras da lei ambiental.

De fato, atualmente, não há previsão de modificação da parte geral do Código Penal ou a criação de um sistema próprio para responsabilizar penalmente a pessoa jurídica no Brasil. De outra parte, não há *tratamento processual para a questão, apesar de entender que as regras de integração (analogia, costumes etc.) poderiam muito bem funcionar, o que não é vedado em sede de direito adjetivo*¹⁹¹.

1.3.2. Culpabilidade da pessoa jurídica

O direito penal brasileiro adotou a teoria da culpabilidade que tem como pressuposto a vontade da pessoa humana. A falta de uma teoria da culpabilidade da empresa dificulta o estudo da conduta empresarial. O direito penal é pensado para indivíduos e por isso há tendência à heterorresponsabilidade, ou seja, a dependência da atividade delitiva humana para responsabilizar a empresa.

¹⁸⁷ CORRERA, Marcelo Carita. Ibid, p. 63.

¹⁸⁸ Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/international-military-tribunal-at-nuremberg>.

¹⁸⁹ CORRERA, Marcelo Carita. op. cit., p. 63.

¹⁹⁰ Art. 24 da Lei 9.605/98: A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

¹⁹¹ ROSSINI, op. cit., p. 29.

A teoria da culpabilidade, portanto, não pode abarcar a pessoa jurídica. Bernd Schünemann¹⁹² afirma que as normas jurídicas devem estabelecer pressupostos para acolher a pessoa jurídica, pois não é possível enquadrar a empresa nos moldes tradicionais a ponto de abandonar o conceito de culpabilidade no que tange às empresas.

Para Günter Heine¹⁹³ a responsabilidade penal da pessoa jurídica não deve estar fundamentada nos atos praticados por diretores, administradores ou outras pessoas que tenham poder de decisão na empresa. As naturezas são diversas, visto que a pessoa física está fundada num ato de vontade humana enquanto a ação da pessoa jurídica fundada na própria organização empresarial distinta das pessoas físicas a ela relacionadas.

O ambiente empresarial toma forma autônoma, com independência de vontade dos indivíduos que a compõem, diferenciando funcionalmente dos demais sistemas¹⁹⁴.

Esse conceito de sistema baseia-se em três *equivalentes funcionais* que tem como *paradigma os três pilares da culpabilidade da pessoa natural*. Apesar de equivalentes, a culpabilidade individual e a do ente coletivo são *essencialmente distintas*. O *primeiro equivalente funcional* perpassa da verificação de que a criação e vigência de determinadas normas depende de uma cultura empresarial de observância da lei, ou seja, da necessidade *de um autogoverno do ente coletivo que tenha como premissa o respeito às normas jurídicas*¹⁹⁵.

Neste sentido Carlos Gómez-Jara Díez preceitua que:

¹⁹² SCHÜNEMANN, Bernd. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea: hacia un derecho penal econômico europeo. Jornadas em Honor del Professor Klaus Tiedermann. Madrid: Boletim Oficial del Estado, 1995, p. 565-600.

¹⁹³ HEINE, Günter. *Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa*. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *Modelo de autorresponsabilidad penal empresarial*. Colômbia: Universidad Externado, 2009. Ebook Kindle. Posição 200.

¹⁹⁴ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. 1. ed. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Ebook Kindle. Posição 673.

¹⁹⁵ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.

“O conceito de cidadão corporativo fiel ao direito está ligado àquela empresa que tem o dever de institucionalizar uma cultura empresarial de fidelidade do direito”¹⁹⁶.

O ente coletivo deve ter um sistema de autorregulação, com mecanismos que garantam o equilíbrio entre seus objetivos econômicos, sua atuação na sociedade e o cumprimento das leis. Criar um sistema ético, com uma cultura de cumprimento das leis de forma a criar um *sistema autopoietico* de regulação¹⁹⁷.

O segundo *equivalente funcional* decorre da *liberdade de autogoverno frente à responsabilidade pelos atos ilícitos praticados*¹⁹⁸. A liberdade tem seu preço: a responsabilidade pelos atos praticados em desacordo com a lei.

O terceiro *equivalente funcional* é a possibilidade de a empresa ser capaz de ter direitos e deveres perante o Estado e não apenas como um instrumento de pessoas humanas. *Trata-se do reconhecimento da cidadania do ente coletivo*¹⁹⁹. A ausência de capacidade política do ente coletivo não retira, por si só, a condição de cidadão, *na medida em que são atribuídas outras formas de intervenção e participação na sociedade, inclusive no processo eleitoral, apesar de não exercer o direito de votar e ser votado*²⁰⁰.

Presentes esses três *equivalentes funcionais* é possível verificar a culpabilidade da empresa. Existindo a liberdade de autogoverno, com a responsabilidade penal pela prática de atos ilícitos e a participação na tomada de decisões dos Estados é possível auferir a culpabilidade da empresa. A atuação das empresas como cidadãs cumpridoras das normas e eticamente corretas traz à empresa uma cultura de respeito à ordem jurídica e afasta-a da prática de atos ilícitos. À medida que se torna possível a aplicação de sanção penal às empresas descumpridoras da lei, a culpabilidade da pessoa jurídica ganha

¹⁹⁶ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. 1. ed. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Ebook Kindle. Posição 142.

¹⁹⁷ CORRERA, Marcelo Carita. op. cit., p. 104.

¹⁹⁸ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 40.

¹⁹⁹ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. 1. ed. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Ebook Kindle. Posição 513.

²⁰⁰ CAVERO, Percy Garcia. *Esboço de um modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Revista de Estudios de la justicia. [s.l.]. Universidad de Chile. n. 16, p. 55-74, nov. 2012. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29493/31277>.

relevância, sendo possível apurá-la através de uma análise mais apurada do cumprimento dos direitos e deveres que deveriam ser observados pela empresa.

A existência de um efetivo programa de *compliance* é fundamental para determinar a culpabilidade da empresa²⁰¹. Significa dizer que, se a empresa possui uma cultura de cumprimento das leis e a observa não será responsabilizada penalmente. Porém, não possui esta cultura, ou possui, mas não a observa, pode ser reprovada pelo descumprimento das normas jurídicas.

“Essa premissa foi acolhida, no sistema do direito costumeiro, no caso Morgan-Stanley. O Departamento de Justiça Americano (D.O.J.), analisando eventual violação de pessoa jurídica quanto às normas da FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) por operações na China, decidiu pela *declination*, por ter restado demonstrado que a pessoa jurídica adotou todos os mecanismos de controle interno e treinamento (*compliance*) para evitar atos ilegais na China.²⁰²”

Nesta decisão ficou determinado que não se pode imputar crime a um ente coletivo quando representante da empresa agiu de forma contrária à cultura e determinações corporativas. No caso Morgan-Stanley entendeu-se que o ato ilegal decorreu exclusivamente de ato do gerente que descumpriu todos os mecanismos de controle, afastando a fiscalização da empresa vindo a responsabilizar somente o gerente.

Mesmo diante da discussão sobre a culpabilidade da empresa seria possível fazer uma comparação dos requisitos da culpabilidade para a pessoa jurídica:

- 1) Potencial consciência da ilicitude: *compliance* que deve prever a ilicitude do ato, sob pena de responsabilidade da pessoa jurídica. Se a empresa possui uma cultura, um sistema corporativo que preveja normas éticas e cumpridoras da lei, isso afasta a consciência corporativa da ilicitude, requisito indispensável tanto para a pessoa natural como para a pessoa jurídica.

²⁰¹ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10.

²⁰² CORRERA, Marcelo Carita. op. cit., p. 107.

- 2) Exigibilidade de conduta diversa: só haverá culpabilidade da empresa se ela se comportar de forma diversa daquilo que sabe que é errado. Mais uma vez um *compliance* com uma gestão cuidadosa com seus atos, em conformidade com a lei afasta a culpabilidade. Na obra de Günther Jakobs²⁰³ a empresa que elege como elemento essencial o descumprimento das normas jurídicas será culpável, mas aquela que descumpriu o ordenamento jurídico, apesar de adotar todas as cautelas, não será culpável.
- 3) Imputabilidade: capacidade penal para praticar ilício previsto em lei ordinária. A lei preverá a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e os crimes que poderão praticar. Sem a norma, a empresa será inimputável e não responderá pelo ilícito penal.

Na verdade, o ponto fulcral da responsabilidade penal da empresa está no fato da gestão ser ou não defeituosa quanto à organização e aos riscos. Só haverá responsabilidade se for possível aferir se a empresa tinha condições suficientes para ter o controle dos atos praticados pelo organismo corporativo. Se a empresa negligenciar os riscos típicos da atividade empresarial, sem o controle e monitoramento devido, deverá receber uma sanção penal pelo fato danoso. É o exemplo de mortes, incêndios ou outros danos ambientais que prejudicam as pessoas, comunidades e propriedades e que não devem somente ser reparadas no âmbito cível, mas também no criminal.

Segundo Luiz Regis Prado todo ente moral pode ser criminalmente responsabilizado, em obediência ao princípio constitucional da igualdade,

inclusive sindicatos, fundações, associações e partidos políticos. A ressalva atinge tão-só o Estado – detentor do jus puniendi – e as coletividades territoriais, sendo que estas respondem penalmente em caso de concessão de serviço público. Nesta hipótese, tanto o município quanto a empresa

²⁰³ JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal. Trad. André Luis Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 38/46.

*concessionária do serviço – por exemplo, tratamento e distribuição de água – podem ser objeto de processo criminal*²⁰⁴.

Apesar de a atual legislação prever expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica somente nos crimes ambientais – posição, aliás, que não é a apresentada no presente estudo, *de lege ferenda* poderia ser incorporado ao ordenamento jurídico uma norma penal geral para a responsabilização penal da pessoa jurídica. No cenário atual não é possível verificar a celebração de acordo de não persecução penal com pessoa jurídica a não ser por cometimento de crimes ambientais. No entanto, nada impede posterior elaboração de uma lei devidamente aprovada em cada Casa Legislativa do Congresso Nacional para abarcar a responsabilidade penal da empresa com critérios objetivos e bem definidos em lei.

2. Justiça Negociada

O Preâmbulo da Constituição brasileira prevê como meta do Estado Democrático a solução pacífica das controvérsias²⁰⁵. Ainda que o preâmbulo constitucional, quanto à natureza jurídica tenha suscitado enorme discussão na doutrina contemporânea²⁰⁶ não há dúvida de ser ele um norte interpretativo das normas constitucionais. Em decorrência da previsão da solução pacífica é que foi inserido o princípio da celeridade, efetivado paulatinamente pela legislação ordinária através dos institutos abaixo destacados.

A resolução consensual de conflitos está de acordo com o direito nacional no preâmbulo da Constituição de 1988 quando enuncia o compromisso da

²⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: O modelo francês. <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1834/> (12 de setembro de 1996).

²⁰⁵ “PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

²⁰⁶ SILVA, Luciano Nascimento. Natureza jurídica dos preâmbulos constitucionais. Revista de Estudos Criminais 4 Doutrina, p. 44.

*nação, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*²⁰⁷.

A negociação no direito público se refere basicamente aos acordos penais e administrativos como se verá a seguir.

2.1. Acordos Penais

Institutos despenalizadores clássicos no Brasil são: composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo e a remissão. São três os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95: composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo. A Lei nº 10.259/2001 dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. O Juizado Especial Criminal tem suas raízes na Constituição Federal, que estabelece, no art. 98, I:

“A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

A Lei nº 9.099/95 visa regulamentar esse preceito constitucional, estabelecendo o que se entende por infração penal de menor potencial ofensivo e delineando o procedimento sumaríssimo. *O instituto da negociação é aplicado por diversos países há algum tempo, como a Alemanha e nos Estados Unidos, sem impedimentos às negociações sobre as penas a serem cumpridas. No Brasil, o caráter negocial da justiça criminal se iniciou com a criação dos juizados especiais, onde se fazem presentes métodos como a suspensão condicional e a transação penal, diferentemente da simples aplicação objetiva do direito positivado de outrora*²⁰⁸.

²⁰⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Improbidade e Mercado. Publicado em 07/06/2023, p. 3. Disponível em: <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:871a897e-c803-39a9-8848-eaf544ebe7a2>

²⁰⁸ CARAVELO, Thiago Vinícius Pondian. A justiça negocial no Direito Penal: Juizados Especiais Criminais e colaboração premiada. Disponível em:

a) Composição civil - Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 72). A primeira providência a ser tomada na audiência preliminar é a tentativa de conciliação, ou seja, a composição civil dos danos, se possível. Essa composição, se homologada, implica a renúncia ao direito de queixa (ação penal privada) e de representação (ação penal pública condicionada), extinguindo-se a punibilidade da infração (par. único, art. 74). Se não houver possibilidade de composição dos danos, a audiência prosseguirá para a fase seguinte, podendo a parte lesada buscar a devida reparação na esfera cível.

A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente (art. 74). A composição dos danos por acordo entre as partes, com decisão homologatória transitada em julgado, faz título executivo no juízo cível (art. 515 do Código de Processo Civil).

Agora, a nova Lei dos Juizados Especiais Criminais trouxe a possibilidade de a vítima estancar a ação persecutória penal do Estado, bem como oportunizou um acordo, de natureza civil e reparatório dos danos decorrentes do fato criminoso. É um instituto de Direito Civil (o acordo, a transação, a composição civil dos danos) a atuar dentro do expressamente permitido pela lei criminal²⁰⁹.

Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo (art. 75). Nesse artigo, evidencia-se a primazia da reparação do dano sobre a punição criminal, fazendo com que o ofendido somente possa exercer seu direito de representação após frustrada a composição civil. Essa representação somente terá lugar nos casos de ação

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51709/a-justica-negocial-no-direito-penal-juizados-especiais-criminais-e-colaboracao-premiada>

²⁰⁹ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O acordo civil na lei do juizados especiais criminais. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, p. 266. Disponível em:

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Documents/DOUTORADO/TESE%20FINAL/ARTIGOS%20JUSTI%C3%87A%20NEGOCIAL/COMPOSI%C3%87%C3%83O%20CIVIL.pdf

penal pública condicionada à representação do ofendido. Na ação penal pública incondicionada, não obtida a composição dos danos civis, passa-se imediatamente à fase da transação.

b) Transação penal - A transação penal permitiu no campo do Direito Penal certo espaço para consenso²¹⁰, podendo ser proposta pelo Ministério Público quando houver representação da vítima ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, para as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 dois anos, cumulada ou não com multa (art. 61). *O critério utilizado, basicamente, pelo legislador para determinar o que seja delito de menor potencial ofensivo foi o da intensidade da sanção*²¹¹.

O membro do Ministério Público deve, antes de propor a transação, verificar se é caso de arquivamento do Termo Circunstanciado. Não sendo este o caso, poderá o Ministério Público propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (art. 76). Se o crime for de ação penal pública condicionada, somente poderá o Ministério Público fazer a proposta de transação após o oferecimento de representação do ofendido. Se o crime for de ação penal pública incondicionada, a proposta de transação poderá ser feita de imediato na audiência preliminar, independentemente da composição dos danos civis. Para ser admitida a proposta o autor da infração tem que ser primário, ter bons antecedentes e boa conduta social.²¹²

O Parquet não está obrigado a fazer a proposta de transação, pois se trata de hipótese de discricionariedade regrada, mitigando o princípio de obrigatoriedade no caso de ação penal pública. A sua decisão de não apresentação da proposta deve, entretanto, ser fundamentada, com base legal, indicando circunstanciadamente o porquê da não apresentação

²¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. Juizados especiais criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.2015, 4. ed. rev., ampl e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

²¹¹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/95. 4. ed. refor., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 380.

²¹² Art. 76, § 2º, Lei nº 9.099/95: “Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”.

da proposta. O Juiz não pode apresentar proposta de transação, substituindo-se ao Ministério Público, pois se trata de exercício de pretensão punitiva, de exclusividade expressa desse órgão (art. 129, I, da CF). Entretanto, a Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal pacificou a questão, dispondo: “*Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal*”. Essa Súmula, embora se refira à suspensão condicional do processo, pode ser aplicada, por analogia, no caso de transação.

Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz (§ 3º, art. 76). Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 05 anos (§ 4º). Se o autor do fato e seu advogado aceitarem a proposta de transação ofertada pelo Ministério Público, caberá ao juiz homologá-la, em sentença de natureza condenatória, uma vez que implica imposição de sanção. Não aceita a proposta de transação, a audiência prosseguirá em seus ulteriores termos, oferecendo o Ministério Público denúncia oral contra o autor do fato (art. 77).

Quanto ao descumprimento da transação, durante muito tempo foi entendimento pacífico nos Tribunais Superiores que a sentença homologatória da transação penal tinha natureza condenatória gerando eficácia de coisa julgada material e formal, impedindo oferecimento de denúncia contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado. Por esse entendimento anterior, descumprida a transação, portanto, o Ministério Público não poderia oferecer denúncia, devendo o acordo homologado ser executado. Entretanto, esse entendimento se modificou, restando pacificado que, uma vez descumpridas as condições estabelecidas em transação penal, é possível o ajuizamento de ação penal.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao examinar o RE 602.072/RS²¹³, cuja repercussão geral foi reconhecida, assentou a possibilidade de ajuizamento de ação penal quando descumpridas as condições estabelecidas em transação penal. Nesse sentido também o disposto na Súmula Vinculante 35 do STF diz: “*A homologação da transação penal prevista*

²¹³ STF- ARE nº 602072 RS. Repercussão geral na questão de ordem no recurso extraordinário, Relator: Min. CEZAR PELUSO. TRIBUNAL PLENO. Data de Julgamento: 19/11/2009. Data da Publicação: DJe 26/02/2010.

no art. 76 da Lei n. 9.099/95 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

c) Suspensão condicional do processo - A suspensão condicional do processo (ou *sursis* processual) está previsto no artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais e existe para os crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei. Neste caso, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Segundo o disposto na Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal: “*não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano*”.

Com relação, ainda, ao concurso de crimes, estabelece a Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça: “*O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano*”.

A suspensão do processo será por prazo de dois a quatro anos (período de prova), condicionada ao cumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 89²¹⁴. Se o réu não aceitar a proposta de suspensão, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos. A reparação do dano desponta como uma das condições mais importantes da suspensão

²¹⁴ Artigo 89, Lei nº 9.099/95: “1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”.

condicional do processo, não podendo o Juiz declarar extinta a punibilidade em caso de seu não cumprimento²¹⁵.

A proposta de suspensão condicional do processo é de iniciativa exclusiva do Ministério Público, não podendo o juiz da causa substituir-se a este, pois não se trata de direito subjetivo do réu, mas de faculdade do *Parquet*²¹⁶. Ressalte-se que o Ministério Público deve fundamentar sua negativa em propor a suspensão condicional em dados concretos, indicando claramente os motivos de sua decisão.

Quanto à aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, embora haja posicionamentos em contrário, entende o Supremo Tribunal Federal que a ausência de proposta de suspensão condicional do processo pelo promotor de justiça, em caso de discordância do juiz da causa, deve ser submetida à análise do Procurador-Geral de Justiça, que poderá designar outro promotor para tal ato, caso entenda justificadas as razões para a proposta. Nesse sentido a Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal dispõe: “*Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal*”.

Com a edição da Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça²¹⁷, é possível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime quando na sentença o juiz reconhecesse a prática de crime que comportaria, em tese, o benefício. Por exemplo, tendo o Ministério Público oferecido denúncia contra o réu por roubo simples (art. 157, caput – 4 a 10 anos de reclusão), crime que não comporta suspensão condicional do processo, e o juiz, ao final, concluísse pela ocorrência de furto simples (art. 155, caput – 1 a 4 anos de reclusão), a

²¹⁵ Nesse aspecto: PENAL E PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’ SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 171 DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO ANTES DO FINAL DO PERÍODO DE PROVA. ANULAÇÃO PELO TRIBUNAL ‘A QUO’. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO. CONDIÇÃO OBRIGATÓRIA. INAFASTABILIDADE. I – A reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-la, é condição legal obrigatória da suspensão condicional do processo, ‘*ex vi*’ do art. 89, § 1º, inciso I, da Lei n. 9.099/95 (Precedentes). II – A suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o termo final do seu prazo, se constatado o não cumprimento de condição imposta durante o curso do benefício, desde que não tenha sido proferida a sentença extintiva da punibilidade (Precedentes). Ordem denegada” (STJ – HC 39.031/SP – Rel. Min. Felix Fischer – 5ª T. – j. 4-10-2005 – DJ, 12-12-2005).

²¹⁶ STF – HC 75.343-MG – j. 12-11-1997; TRF – RT, 739/717; TARS – JTARS, 100/118; TACrim – RJD, 32/245 e RT, 738/629; TJSP – HC 204.579-3/0 – j. 19-3-1996

²¹⁷ Súmula 337 do STJ: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

Súmula 337 permitiu que, na desclassificação ou na procedência parcial da ação penal, seja possível a aplicação da suspensão condicional do processo, desde que satisfeitos os requisitos legais.

Entretanto, continua sendo atribuição exclusiva do Ministério Público a proposta do *sursis* processual, devendo o juiz, para tanto, após a desclassificação do crime ou a procedência parcial da pretensão punitiva, baixar os autos para que o *Parquet*, com exclusividade, avalie e justifique a conveniência ou não de propor a medida, que será, em seguida, submetida à aceitação do réu e de seu defensor. Nesse sentido, inclusive, está previsto pela nova redação do art. 383 do Código de Processo Penal, dada pela Lei nº 11.719/2008²¹⁸.

Estabelece a lei causas de revogação obrigatória e causas de revogação facultativa da suspensão, no art. 89, §§ 3º e 4º. A revogação obrigatória ocorrerá se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano (artigo 89, § 3º). A revogação facultativa ocorrerá se o acusado vier a ser processado no curso do prazo por contravenção ou descumprir qualquer outra condição imposta, caso em que a suspensão do processo poderá ser revogada. (§ 4º). O cumprimento das condições deve ser fiscalizado pelo Ministério Público, que deverá requerer a revogação da suspensão quando ocorrerem as causas. Revogada a suspensão condicional, o processo voltará ao seu trâmite normal.

Expirado o período de prova sem revogação da suspensão, o juiz declarará extinta a punibilidade. Não será o réu considerado reincidente, podendo receber normalmente os benefícios legais em caso da prática de nova infração penal. Inclusive, a extinção da punibilidade pelo cumprimento do período de prova sem revogação não impedirá que o réu obtenha novamente, em caso de prática de outra infração, nova suspensão condicional do processo. Apenas a transação é que impede, no período de cinco anos, idêntico benefício. Isso não acontece com a suspensão condicional do processo. Durante o prazo de suspensão do processo, não correrá prescrição. Assim, recebida a denúncia e determinada a suspensão

²¹⁸ “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.
§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei”.

condicional do processo, após a aceitação do réu e de seu defensor, ficará suspenso o prazo prescricional, que voltará a correr em caso de revogação do benefício.

O *sursis* processual visa apenas *evitar a instrução judicial e o julgamento da ação penal*, instituto diverso da suspensão condicional da pena (*sursis*) em que já *existe uma sentença penal condenatória e é a execução da pena que é suspensa*²¹⁹.

d) Remissão - A remissão está prevista nos artigos 126 a 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e não se confunde com a remição de pena prevista na Lei de Execução Penal (LEP – Lei nº 7.210/84). A remissão do ECA consiste no perdão como forma de excluir, suspender, extinguir o processo de apuração de ato infracional pelo menor, enquanto a remição de pena é o *direito do condenado de reduzir o tempo da pena imposta na sentença penal condenatória que pode ocorrer em razão do trabalho, estudo e pela leitura*²²⁰. A exclusão depende de atuação exclusiva do Ministério Público evitando a apuração do ato infracional. A suspensão e extinção depende de decisão judicial. *Em ambos os casos, o que se verifica como juízos valorativos aptos a ensejar uma das hipóteses, são as circunstâncias do fato inseridas no contexto social e na personalidade do adolescente*²²¹. Apesar de não se processar mediante ação penal pública e sim através de procedimento para aplicação de medida socioeducativa, a remissão serve apenas para elucidar outras formas de justiça negocial previstas em leis esparsas, além do acordo de não persecução penal e civil.

A remissão não necessita que o adolescente confesse, podendo aceitá-la independentemente de reconhecer sua responsabilidade. A remissão é para evitar que o processo se inicie ou iniciado ele continue. Seu reconhecimento não gera maus antecedentes, de forma que o adolescente pode ser beneficiado com mais de uma remissão em ação socioeducativa ou penal futura. Pode ser determinado ao adolescente remido o cumprimento de qualquer medida socioeducativa, com exceção das duas mais graves: colocação em regime de semiliberdade e internação.

²¹⁹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/95. 4. ed. refor., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 652

²²⁰ PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça penal negociada: uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 91.

²²¹ *Idem ibidem*, p. 91.

e) Delação e colaboração premiada – No influxo da Constituição Federal, no início dos anos 90 do século passado, antes da Lei nº 8.072/90, foi regulamentado pelo ECA o instituto da remissão como forma de aplicação de medida socioeducativa sem ação, conforme acima apontado. A delação premiada surgiu com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) que permitia a redução de um a dois terços para o participante que delatasse a quadrilha ou bando, repetido na Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), lei essa revogada pela Lei nº 12.850/2013. As Leis nº 7.492/86 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – art. 25, §2º²²²), nº 8.137/90 (Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo – art. 16²²³), nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro – art. 1º, §5º²²⁴) e nº 11.343/06 (Lei de Drogas – art. 41²²⁵) preveem a delação premiada trazendo benefícios ao delator desde a redução da pena até o perdão judicial.

A delação premiada não pode se confundir com a colaboração premiada. Há uma diferença entre os dois institutos. Ambas as figuras jurídicas se destinam a estimular a cooperação de investigados/réus com as autoridades ao proporcionar informações importantes para a elucidação de crimes, mas a delação é um ato unilateral do acusado²²⁶ enquanto a colaboração é um negócio jurídico bilateral firmado entre as partes interessadas²²⁷.

²²² Art. 25, § 2º: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

²²³ Art. 16: “Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

²²⁴ Art. 1º, § 5º: “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

²²⁵ Art. 41. “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

²²⁶ Julgados: AgRg no REsp 1793377/PR, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 31/03/2022; AgRg no REsp 1875477/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021; AgRg no REsp 1765139/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 09/05/2019; REsp 1691901/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 09/10/2017. (Vide Jurisprudência em Teses N. 167 - TEMA 11). Jurisprudência em Teses - N. 193. Os entendimentos foram extraídos de julgados publicados até 13 de maio de 2022, Tese 2, p 1.

²²⁷ CAPEZ, Rodrigo. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 17, nº 44, Julho-Setembro/2016, p. 118.

A colaboração premiada foi instituída no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.850/13 (nova Lei de Organização Criminosa) e *por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, gerando obrigações e direitos entre as partes celebrantes, não interfere, automaticamente, na esfera jurídica de terceiros, razão pela qual estes, ainda que expressamente mencionados ou acusados pelo delator em suas declarações, não têm legitimidade para questionar a validade do acordo celebrado*²²⁸.

Quanto ao efeito extensivo dos dois institutos penais *não é possível expandir os benefícios advindos da delação premiada, ato unilateral do acusado, para além da fronteira objetiva e subjetiva da ação penal, em virtude de sua natureza endoprocessual, sob pena de violação ou afronta ao princípio do juiz natural*²²⁹ diferente da colaboração premiada a qual *competete ao Poder Judiciário a análise da extensão dos benefícios firmados no acordo*²³⁰.

Segundo a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC 354.800, quando o Poder Judiciário homologar ou rejeitar o acordo de colaboração premiada, deve se limitar à análise de legalidade, voluntariedade e regularidade do negócio jurídico

chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/pp%209.pdf?d=636685514639607632

²²⁸ Julgados: AgRg no RHC 153360/CE, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2022, DJe 03/05/2022; REsp 1879241/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 10/08/2021; AgRg no REsp 1793377/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 07/06/2021; APn 976/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 11/02/2021, DJe 01/03/2021; APn 951/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2020, DJe 12/11/2020; APn 843/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/12/2017, DJe 01/02/2018. Jurisprudência em Teses - N. 193. Os entendimentos foram extraídos de julgados publicados até 13 de maio de 2022, Tese 3, p. 2.

²²⁹ Julgados: AgRg no REsp 1793377/PR, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 31/03/2022; AgRg no REsp 1765139/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 09/05/2019; REsp 1803638/RS (decisão monocrática), Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2019, publicado em 30/09/2019. Jurisprudência em Teses - N. 193. Os entendimentos foram extraídos de julgados publicados até 13 de maio de 2022, Tese 4, p. 2.

²³⁰ Julgados: AgRg no REsp 1784037/PR, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 13/10/2021; AgRg no AREsp 1669040/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020; REsp 1852049/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 23/10/2020; APn 843/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/12/2017, DJe 01/02/2018; REsp 1784037/PR (decisão monocrática), Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2019, publicado em 17/12/2019. Op. cit., Tese 5, p. 2.

processual personalíssimo, não lhe sendo permitido realizar juízo de valor – de conveniência e oportunidade – sobre as declarações ou os elementos informativos constantes do acordo²³¹.

As formas de negociação de natureza penal mitigam o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e são reconhecidamente negócios jurídicos processuais, respeitando-se os postulados da autonomia de vontade e da segurança jurídica e, por isso a decisão que homologa esses acordos, como toda a decisão judicial, está sujeita à imutabilidade própria da coisa julgada e as condições legais para sua validade. Para ser válido, o acordo de colaboração e as demais formas de negociação penal devem: *a) ser celebrado por pessoas capazes; b) possuir objeto lícito; e c) observar a forma prevista ou não proibida por lei*²³².

A realização da justiça pela via consensual busca estabelecer pontos de consenso que permitam economizar etapas de sua realização processual, sendo que a revelação da verdade não se apresenta como meta diretiva da justiça consensual, quando muito seria possível se falar em verdade consensualmente estabelecida. A justiça negocial representa um desvio antecipado da justiça conflituosa, estabelecendo caminhos alternativos de solução de conflito penal que não passam pela disputa sobre a imputação e a responsabilização penal. As políticas criminais não devem levar em conta a negociação penal como apenas uma questão de administração da justiça, mas sim, de grau de enfrentamento da criminalidade e de respostas possíveis²³³.

2.2. Acordos Administrativos

Os dois principais acordos na seara do Direito Administrativo estão previstos na Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste) e na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial). Em ambos os casos são acordos celebrados pela Administração Pública.

²³¹ STJ- HC nº 354.800 AP, Relator: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. QUINTA TURMA, Data de Julgamento: 19/09/2017. Data da Publicação: DJe: 26/09/2017. E Tese 6, p. 3.

²³² DIDIER JR, Fredie. Ensaios sobre negócio jurídico processual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 34.

²³³ ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativo. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 59-60.

A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) trouxe o acordo de leniência como forma de ajuste no processo administrativo sancionador - que até então estava limitado ao acordo de defesa administrativa concorrencial, *e possui como principal característica a possibilidade da negociação sob o comando de órgãos de controle com pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos e interessadas em colaborar para o devido andamento das investigações*²³⁴. Com a nova lei, surgem duas modalidades de leniência na Lei Anticorrupção Empresarial: o acordo relativo às infrações de corrupção e às infrações licitatórias.

*“Convém, aliás, ressaltar que antes dessa reforma da Lei de Improbidade Administrativa, em 01 de agosto de 2013 veio à lume a Lei n. 12.846 - conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial e que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira - prevendo o acordo de leniência, pelo qual a pessoa jurídica responsável colabora efetivamente com a investigação e o processo. Na redação dada pela Medida Provisória n. 703, de 2015, essa lei foi aprimorada enumerando como um dos requisitos (cumulativos) para a celebração do acordo de leniência o compromisso de a pessoa jurídica implementar ou melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta (artigo 16, inciso IV)”*²³⁵.

Ainda, segundo Kleber Bispo dos Santos:

” O acordo de leniência, previsto na Lei n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, é instrumento de grande utilidade na prevenção à corrupção por prever severas sanções administrativas às pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira, sobretudo nos grandes contratos de obras públicas, infraestrutura e prestação de serviços públicos. Todavia, antes do advento da Lei

²³⁴ LOPES, Cintia Barudi. LEITE, Flávia Piva Almeida. MENDONÇA, Camila Pereira. A legitimidade para firmar acordos de leniência, p. 6. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/3908-371375646-1-PB.pdf>

²³⁵ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Improbidade e Mercado. Publicado em 07/06/2023, p. 8. Disponível em: <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:871a897e-c803-39a9-8848-eaf544ebe7a2>

Anticorrupção, a Lei de Improbidade Administrativa, por força do seu artigo terceiro, já previa a responsabilização de pessoas jurídicas que induzissem, concorressem ou se beneficiassem desses atos de improbidade administrativa, que em sua tipificação se assemelham e em algumas hipóteses até mesmo coincidem com os atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção. Diante desse cenário, em que coexistem os dois sistemas de responsabilização das pessoas jurídicas, e considerando-se as incertezas e insegurança jurídica que giram em torno da adoção do instituto do acordo de leniência e que tem acarretado a sua pouca utilização, o que a nosso ver é uma perda para a coletividade, envidamos esforços para apresentar uma leitura e interpretação desse valioso instituto jurídico através da aplicação dos princípios previstos na Constituição Federal, abordando questões como requisitos para celebração, possibilidade de recusa da proposta, agentes competentes para celebração, efeitos sobre outras esferas ou sistemas de responsabilização com enfoque especial no sistema da Lei de Improbidade Administrativa, e ainda, sobre a possibilidade de celebração do acordo de leniência pelas pessoas jurídicas no sistema de responsabilização da Lei de Improbidade Administrativa - Lei n. 8.429/92”²³⁶.

A Lei nº 12.846/13 criou a responsabilidade objetiva contra pessoas jurídicas²³⁷ (art. 2º), tanto no âmbito civil como no administrativo, com a previsão da solidariedade do grupo econômico (art. 4º, § 2º) e da responsabilidade da sucessora, ambas restritas à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, que, no caso da sucessora (fusão e incorporação) até o limite do patrimônio transferido (art. 4º, § 1º). 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, mas nesse caso a responsabilidade será subjetiva das pessoas físicas (art. 3º).

²³⁶ SANTOS, Kleber Bispo dos. Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 8. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/19948>

²³⁷ MARRARA, Thiago. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica. RDDA (Revista digital de direito administrativo), vol. 6, n. 2, p. 95-113, 2019. Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i2p95-113>

A legitimidade ativa para negociar são a pessoa jurídica lesada com os entes federados, *por meio de suas respectivas Advocacias ou órgão de representação judicial e o Parquet*²³⁸. No âmbito do Poder Executivo Federal e nos casos de atos lesivos contra a Administração Pública Estrangeira a competência é exclusiva da Controladoria-Geral da União - CGU (art. 16, § 10, da Lei nº 12.846/2013²³⁹). Quanto ao Ministério Público²⁴⁰, o órgão não tem legitimidade expressa, mas sua legitimidade decorre da ampla legitimidade para punir eventuais crimes cometidos em detrimento à Administração Pública Federal, das atribuições que lhe foram dadas pela Lei de Improbidade Administrativa e pela Lei de Licitações, surgindo o entendimento de que este também seria legitimado para firmar acordo de leniência nos termos da Lei Anticorrupção²⁴¹. No entanto, na prática, o *Parquet tem encontrado dificuldades perante o Poder Judiciário para que seus Acordos de Leniência sejam reconhecidos*²⁴².

O acordo de leniência contra práticas de corrupção precisa ser compreendido a partir das considerações prevista na Lei Anticorrupção e as sanções dependem de prévio processo administrativo do ente público lesado pela prática de corrupção empresarial. Há necessidade de observância do devido processo legal e, segundo a lei, não afeta outros processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa e de atos ilícitos alcançados previstos na Lei de Licitações e na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11).

Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes duas sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último

²³⁸ ESTUDO TÉCNICO Nº 01/2017. 2017. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção do Ministério Público Federal. Disponível em:

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/arquivos/Estudo-Tecnico-01-2017.pdf

²³⁹ Art. 16, § 10: A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

²⁴⁰ ESTUDO TÉCNICO Nº 01/2017. 2017. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção do Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudotecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>.

²⁴¹ LOPES, Cintia Barudi. LEITE, Flávia Piva Almeida. MENDONÇA, Camila Pereira. A legitimidade para firmar acordos de leniência. P. 11. Disponível em:

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/3908-371375646-1-PB.pdf

²⁴² Idem ibidem, p. 18.

exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, Lei nº 12.846/13). Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, na hipótese do inciso I do *caput*, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) (§ 4º). De acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações as sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente (§ 1º). A Advocacia Pública - ou órgão equivalente de assistência jurídica do ente público, se manifestará sobre a aplicação das sanções previstas neste artigo (§ 2º). Essas sanções não excluem a obrigação da reparar integralmente o dano causado (§ 3º).

A publicação da decisão condenatória ocorrerá, a expensas da pessoa jurídica, nos meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e na internet (§ 5º) com o fim de *expor o infrator e submetê-lo a eventuais sanções sociais por parte de investidores, consumidores, concorrentes e outros agentes sociais e econômicos*²⁴³.

A responsabilidade da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização civil na esfera judicial (art. 18). A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – por meio de seus órgãos de representação judicial, e o Ministério Público poderão ajuizar ação para a aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras, que poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa (§ 3º): I - perdimento dos bens, direitos ou valores; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (art. 19). Nas ações de responsabilização judicial, será

²⁴³ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo. RDDA, v. 2, n. 2, 2015, p. 520-521.

adotado o rito previsto para as ações civis públicas da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (art. 21).

A dissolução compulsória prevista no inciso III do artigo 19 da Lei nº 12.846/2013 será determinada quando comprovado: a) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou b) ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (art. 19, § 1º). O Ministério Público²⁴⁴ ou ente público, por seu representante judicial, poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º²⁴⁵, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé (§ 4º, art. 19).

Algumas dessas sanções também estão presentes na Lei da Defesa da Concorrência²⁴⁶, mas na Lei nº 12.529/11 as sanções são de natureza administrativa, exigidas

²⁴⁴ “Conforme concebido pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, ainda que firmado o Acordo de Leniência junto à Controladoria Geral da União – CGU, detentora da legitimidade de acordo com a Lei Anticorrupção, as pessoas jurídicas lenientes podem ser demandados posteriormente pelo Ministério Público Federal, pelos mesmos temas que consequentemente já estariam sendo ou até mesmo já teriam sido ressarcidos ao erário público, sob o risco de incorrerem em bis in idem. Os artigos da Lei Anticorrupção nº 12.846/2013 que tratam desta possibilidade são, respectivamente, 1, 19 e 30. Nesse sentido, não há razões para que o Ministério Público Federal não seja legitimado para firmar um Acordo de Leniência em conformidade com a Lei Anticorrupção”. (LOPES, Cintia Barudi. LEITE, Flávia Piva Almeida. MENDONÇA, Camila Pereira. A legitimidade para firmar acordos de leniência. P. 16). Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/3908-371375646-1-PB%20(2).pdf

²⁴⁵ Art. 7º da Lei nº 12.846/13: Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;
- IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

²⁴⁶ Art. 38 da Lei nº 12.529/11: Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

- I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;
- II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;
- III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
- IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

pelo CADE em processo administrativo. Ao contrário, na Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção Empresarial), só serão aplicadas as sanções após o devido processo judicial, salvo o estabelecimento de multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º), conforme mencionado anteriormente.

A Lei nº 12.529/11 (assim como a Lei nº 12.846/13) previu o acordo de leniência para pessoa jurídica e adotou o sistema do “*first come, first serve*”²⁴⁷. Diferentemente, *a pessoa física pode realizar tanto a leniência prévia que lhe garanta uma imunidade administrativa e penal, quanto a leniência posterior a um acordo já firmado entre o CADE e uma empresa ou associação*²⁴⁸.

Na Lei Anticorrupção o ajuste surge como uma medida de colaboração do infrator que confessa ao ente público competente. No âmbito administrativo, a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções de *publicação extraordinária da decisão administrativa condenatória* (art. 6º, inc. II) e da *proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos* (art. 19, inc. IV), assim como reduzirá *em até 2/3 o valor da multa aplicável* (art. 16, § 2º²⁴⁹).

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

²⁴⁷ ‘A regra “*first come, first serve*” previstas em certas leis significa a *determinação de que a Administração Pública somente celebre a leniência com o primeiro infrator a se qualificar para colaborar no processo sancionatório, restando proibidas leniências com outros coautores da conduta ilícita*’. (MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo. RDDA, v. 2, n. 2, 2015, p. 514-515. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/99195-Texto%20do%20artigo-174379-1-10-20150703.pdf*)

²⁴⁸ MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. RDC, Vol. 8, nº 2. Dezembro 2020 ISSN 2318-2253 (p.78-103), p. 89.

Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/451-Texto%20do%20artigo-2305-1-10-20201207.pdf>

²⁴⁹ Art. 16, §2º da Lei nº 12. 8846/13: A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

“Outro ponto interessante da leniência no combate à corrupção diz respeito aos efeitos penais e civis. Em regra, não existe nenhum efeito penal. Com isso, a legislação deixou de aproveitar todas as discussões teóricas travadas no direito administrativo concorrencial e acabou tornando o acordo de cooperação pouco atrativo. Que pessoa física se motivará a propor o ajuste sob o risco de ser processada criminalmente? Na medida em que as pessoas jurídicas são movidas por pessoas físicas, será que a falta de benefícios penais a administradores e dirigentes não breará acordos buscados pelas próprias pessoas jurídicas?”²⁵⁰.

Já o único aspecto da lei quanto ao âmbito civil é de não eximir a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado ²⁵¹, permitindo a possibilidade de reparação. O ajuste gera somente o benefício de impedir a proibição de receber incentivos, subsídios do artigo 19, inciso IV, conforme mencionado acima.

A legislação não dispõe sobre a possibilidade de determinação judicial para extinção da pessoa jurídica ou de suspensão das suas atividades. *De que adianta conceder esse benefício ao infrator colaborador, se a leniência não impede que o juiz determine a sua extinção como pessoa jurídica? Para que os benefícios sejam reais e efetivos, portanto, é preciso reinterpretar a Lei Anticorrupção. Embora o art. 16 não o diga, a leniência impõe uma imunidade também contra a medida prevista no art. 19, inciso III. Se não for assim, de nada adiantará o benefício quanto ao inciso IV²⁵².*

O acordo relativo ao processo licitatório está previsto no artigo 17 da Lei nº 12.846/13. Dispõe que a Administração Pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas de multa pelo

²⁵⁰ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo. RDDA, v. 2, n. 2, 2015, p. 14.

Disponível em:

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/99195-Texto%20do%20artigo-174379-1-10-20150703.pdf

²⁵¹ Art. 16, § 3º da Lei nº 12846/13: O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

²⁵² MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Op. cit., p. 14.

atraso injustificado na execução do contrato (art. 86²⁵³). O ajuste de leniência também poderá deixar de suspender temporariamente a não participação em licitação como afastar o impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos (inc. III, art. 87).

Além disso, a Administração pode deixar de declarar a empresa inidônea para licitar ou contratar com a Administração Pública (inc. IV do art. 87), nos termos do artigo 88 da Lei de Licitação²⁵⁴.

O artigo 30 da Lei Anticorrupção prevê que os ilícitos incluídos na Lei de Licitação não são afetados pelas sanções da Lei nº 12.846/13 aplicadas às empresas, permitindo serem novamente responsabilizadas pelos ilícitos praticados em normas de licitações e contratos (inc. II), assim como os atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92 (inc. II).

“Em síntese, por força desse tímido e mal construído pacote de benefícios e do fato de que a leniência por ato de corrupção não produz efeitos em processos do CADE ou processos conduzidos com base na Lei de Licitações por outras entidades públicas, paira uma dúvida cruel: o instrumento de cooperação criado para o processo administrativo sancionador em debate é atrativo?”²⁵⁵.

O acordo inserido na Lei nº 12.529/2011 - Lei de Defesa da Concorrência (ou Lei Antitruste), por sua vez, está mais bem disciplinado normativamente do que o ajuste da Lei Anticorrupção, classificando em duas espécies de acordo de leniência: a prévia e a concomitante. Celebrado acordo prévio, ou seja, antes que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), pela sua Superintendência-Geral, tenha conhecimento

²⁵³ Art. 86 da Lei nº 8.666/93: O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

²⁵⁴ Art. 88 da Lei nº 8.666/93: As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

²⁵⁵ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes, Revista Digital de Direito Administrativo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo. RDDA, v. 2, n. 2, 2015, p. 14-15.

da infração será decretada a extinção da punibilidade do infrator (§ 4º, inc. I, art. 86) e a inaplicabilidade da multa. O CADE é o único órgão administrativo competente para a celebração do acordo na Lei Antitruste facilitando o funcionamento do programa de cooperação (art. 86, *caput*).

O objetivo do legislador é estimular a leniência anterior ao início do processo administrativo, quando o Estado ainda não tem conhecimento da infração. *Todos esses benefícios valem tanto para a pessoa física como a pessoa jurídica, a depender de quem celebrou a leniência.* A pessoa física, porém, não sofre a limitação do “*first come, first serve*”, podendo celebrar o acordo mesmo existindo outros acordos estipulados ao processo administrativo sancionador²⁵⁶.

A leniência concomitante é aquela firmada após a abertura do processo e terá como benefício a redução da multa administrativa²⁵⁷, mínima de 1/3 e a máxima de 2/3 (art. 86, § 4º, inc. II, Lei nº 12.529/2011). A multa deve considerar a gradação da pena, a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. *Nesta sistemática, a autoridade pública, diante do reconhecimento de cumprimento do acordo, detém discricionariedade para mensurar o benefício apenas na modalidade da leniência concomitante, pois para a leniência prévia a oferta é vinculada*²⁵⁸.

Na seara civil, os celebrantes do acordo não terão como impedir que os prejudicados pela conduta infratora ingressem com ação de reparação de danos (art. 47, Lei nº 12.529/11).

²⁵⁶ Idem ibidem, p. 11.

²⁵⁷ Art. 37 da Lei nº 12.529/2011: A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

²⁵⁸ Idem ibidem, p. 11.

No aspecto penal, os crimes diretamente relacionados à prática de cartel²⁵⁹, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/93, no artigo 288 do Código Penal, e os crimes contra a ordem econômica - tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, com a celebração do ajuste, terão como benefício a suspensão do curso do prazo prescricional e o não oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência (art. 87 da Lei nº 12.529/2011). Cumprido o ajuste, automaticamente a punibilidade será extinta para os citados crimes. A legislação difundiu os benefícios para todo e qualquer crime de cartel, *afastando interferências do Ministério Público nos acordos de colaboração celebrados pelo CADE. Essa modificação recebeu expressivo apoio doutrinário a exemplo de Bruno Correa Burini e Olavo Zago Chinaglia, tornando o acordo muito mais atrativo para pessoas físicas. Contudo, suscitou fortes críticas pelo fato de seu cumprimento obstar a ação de autoridades do Judiciário e do Ministério Público na esfera criminal*²⁶⁰.

*Fica aberta a pergunta se a aplicação concomitante das duas leis aplicáveis às pessoas jurídicas gera excesso punitivo aos administrados. Como a resposta é positiva, o poder sancionatório deve ser limitado pelo princípio do non bis in idem, como balizador da atuação estatal de restringir a imposição de sanções, para se respeitar os direitos das pessoas, neste caso, jurídicas. Essa limitação, além de propiciar uma maior segurança jurídica quando da ação punitiva incentivaria ainda mais o comportamento colaborativo das pessoas jurídicas, resultando num maior alcance dos objetivos dos acordos de leniência*²⁶¹.

3. Pacote Anticrime: Acordos de Não Persecução Penal e Civil

²⁵⁹ A Lei nº 8.137/90 considera como crime de cartel o crime contra a ordem econômica em que as empresas fazem um pacto com objetivo de fixar artificialmente os preços ou quantidades dos produtos e serviços, buscando controlar um mercado, limitando a concorrência. A lei prevê a pena de dois a cinco anos de reclusão e multa. Além de crime, o cartel também possui proibição administrativa, na Lei nº 12.529/11, que trata da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção, repressão às infrações contra a ordem econômica e descreve em seu texto todos os atos que implicam na formação de cartel. Nela, há previsão de penas administrativas no artigo 36 da referida lei. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/cartel>

²⁶⁰ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo. RDDA, v. 2, n. 2, 2015, p. 12.

²⁶¹ VIANNA, Marcelo Pontes; SOUZA, Renato Machado de. A pluralidade de regimes sancionatórios e institutos de leniência: uma proposta de aplicação dos institutos da *double jeopardy clause* e o excesso punitivo. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativo. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 894.

O Pacote Anticrime foi apresentado ao Congresso Nacional no dia 31 de janeiro de 2019 (PL – Projeto de Lei nº 882/2019), com a finalidade de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal (art. 1º da Lei 13.964/19). A meta principal era estabelecer *medidas efetivas contra a corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência à pessoa, sistematizando as mudanças em uma perspectiva mais rigorosa no enfrentamento à criminalidade*²⁶². Alguns dispositivos foram alterados do projeto anterior que se materializou na Lei nº 13.964/19, a Lei Anticrime.

*A Lei 13.964/2019 é extremamente complexa, pois é efetivamente um “pacote”, uma vez que seus 20 artigos são alteradas 18 diferentes leis. Algumas dessas leis são modificadas de forma bem superficial, mas algumas sofreram profundas reformas que modificaram a própria estrutura do texto legal, como ocorreu com o Código de Processo Penal e com a Lei de Execução Penal, por exemplo*²⁶³.

O Pacote Anticrime iniciou-se em outubro de 2017 com a Comissão de Juristas designada pelo Presidente da Câmara dos Deputados para elaborar proposta legislativa para o combate à criminalidade organizada presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes. PL nº 10.372/2018 (“Projeto Alexandre de Moraes”) tinha por objetivo modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Em 2019 foi substituído pela PL nº 882/2019 (“Projeto “Sérgio Moro”):

“O art. 28-A estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos

²⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 23.

²⁶³ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO. Gianpaolo Poggio. Comentários ao Pacote Anticrime. 2. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 4.

entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves”²⁶⁴.

Em 14 de março de 2019 o Presidente da Câmara dos Deputados instituiu Grupo de Trabalho para analisar e debater as duas propostas que gerou o substitutivo ao PL nº 10.372/18: contemplou-se quase a totalidade da redação do “Projeto Sérgio Moro”, à exceção da previsão para os crimes de ação penal de iniciativa privada, avaliação quanto aos antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime. Durante as discussões na Câmara dos Deputados excluiu-se a possibilidade do acordo de não persecução penal quanto aos crimes praticados no âmbito da violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. O Senado Federal o aprova sem alterações, entrando em vigor em 23 de janeiro de 2020²⁶⁵.

Assim, com a edição da Lei n.º 13.964/19 passou a ser permitida a celebração de acordo de não-persecução penal e civil nas ações de improbidade administrativa.

3.1. Acordo de não persecução penal

3.1.1. Conceito

O acordo de não persecução penal insere-se no rol de institutos voltados à justiça penal negocial, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo (arts.76 e 89 da Lei nº 9.099/95). A negociação entre os órgãos de investigação e autores e partícipes de um fato criminoso que barganham benefícios é conhecida em outros diplomas normativos bem antes da Lei nº 13.964/2019. A aplicação do acordo de não persecução penal

²⁶⁴ Projeto de Lei do Senador ELMANO FÉRRER. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8053755&ts=1576094923538&disposition=inline>

²⁶⁵ Disponível em: [https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/01/lei-anticrime-entra-em-vigor-nesta-quinta-feira-23#:~:text=Nesta%20quinta%20feira%20\(23\)%2C%20entra%20em%20vigor%20a,e%20processual%20penal%20do%20pa%C3%ADs.](https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/01/lei-anticrime-entra-em-vigor-nesta-quinta-feira-23#:~:text=Nesta%20quinta%20feira%20(23)%2C%20entra%20em%20vigor%20a,e%20processual%20penal%20do%20pa%C3%ADs.)

(ANPP) volta-se para as infrações de médio potencial ofensivo, cometidas sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos, a exemplo do uso de documento falso, furto qualificado e embriaguez ao volante.

Na sistemática adotada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente – pelo menos em regra, pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, inciso XVIII, incluído pela Lei n. 13.964/19) -, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor -, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente punida²⁶⁶.

O Projeto Anticrime reduzia o universo de infrações penais passíveis de celebração de acordo de não persecução penal, *o que era visto com preocupação, pois caminhava na contramão da ampliação dos espaços de consenso na Justiça criminal. O projeto permitia o acordo somente para infrações com pena máxima inferior a quatro anos²⁶⁷.*

O acordo é celebrado entre o membro do Ministério Público ou querelante (na ação penal privada) e o investigado que pactuarão condições – e não pena, com a homologação obrigatória pelo juiz, normalmente o juiz das garantias (artigo 3º-B, inc. XVII, do Código de Processo Penal)²⁶⁸. O acordo visa evitar a propositura da ação penal e daí ser

²⁶⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 225.

²⁶⁷ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021, p. 15.

²⁶⁸ “Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que julgava parcialmente procedentes as ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, para: (i) julgar inconstitucionais os artigos 3º-D, caput, 3º-F, caput e parágrafo único, e 157, § 5º, todos do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 13.964/2019; (ii) dar interpretação conforme aos seguintes dispositivos, que ficariam assim redigidos: Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória das partes, podendo o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito; **Art. 3º-B. O**

incorreto o membro do Ministério Público oferecer, na cota ministerial, a denúncia. No acordo haverá sempre a participação da defesa técnica e do membro do Poder Judiciário. O adimplemento integral evitará a propositura da ação penal, mas descumpridas injustificadamente as condições do acordo pelo investigado, o membro do Ministério Público comunicará tal fato ao Poder Judiciário mediante requerimento de rescisão judicial, intimação da vítima e vista dos autos para posterior oferecimento da denúncia²⁶⁹.

O ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Rogerio Schietti Cruz, no julgamento do HC 657.165/RJ definiu a relevância dessa espécie de negócio jurídico pré-processual:

“Uma maneira consensual de alcançar resposta penal mais célere ao comportamento criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com inexorável redução das demandas judiciais criminais”²⁷⁰.

E acrescenta que o acordo de não persecução penal não *foi feito com o propósito específico de beneficiar o réu – como se daria em caso de norma redutora da punibilidade ou concessiva de benefício penal –, mas para beneficiar a justiça criminal em sua integralidade, compreendidos, é certo, também os interesses dos investigados*. Portanto, o acordo se propõe beneficiar a atuação judicial, visto que o Estado *renuncia a obter uma condenação penal, em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva*. Por outro lado, o investigado também se beneficia ao *evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa de liberdade*²⁷¹.

Segundo o Ministério Público Federal (MPF), de 2019 a 2022 foram propostos 21.466 acordos em todo o Brasil. Um levantamento da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF para apurar quais os crimes com maior incidência do instituto em 2021, revelou-se que os mais comuns são contrabando ou descaminho, estelionato majorado, uso de

juiz das garantias poderá ser criado pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o controle da legalidade da investigação criminal e para salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente [...]”. STF – ADI: 6305/DF. Relator: Min. LUIZ FUX Data de Julgamento: 28/06/2023.

²⁶⁹ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021, p. 16.

²⁷⁰ STJ - HC 657.165-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 09/08/2022. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100976515&dt_publicacao=18/08/2022

²⁷¹ Idem ibidem.

documento falso, moeda falsa, falsidade ideológica, além de crimes contra o meio ambiente²⁷².

Apesar de aparentemente ser alto esse número, o ministro do Superior Tribunal de Justiça Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em apresentação na Rede de Inteligência e Inovação (Reint1), do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), advertiu que a *quantidade de processos resolvidos a partir do modelo negocial de resolução de conflitos no âmbito da esfera penal ainda é baixo. Ao citar dados do Conselho Nacional do Ministério Público, ele destacou que somente 2,6% dos processos foram decididos por acordo de não persecução penal, o que representa um total de 7.717 processos solucionados no modelo de Justiça penal negociada*²⁷³.

3.1.2. Previsão legal

O acordo de não persecução penal foi incluído no artigo 28-A do Código de Processo Penal com a seguinte redação, contando com quatorze parágrafos:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

²⁷² Acordo de não persecução penal: a novidade do Pacote Anticrime interpretada pelo STJ. Notícia. Data da Publicação: 12/03/2023.

Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/12032023-Acordo-de-nao-persecucao-penal-a-novidade-do-Pacote-Anticrime-interpretada-pelo-STJ.aspx>.

²⁷³ Idem ibidem.

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

*V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada*²⁷⁴.

²⁷⁴ Art. 28-A: § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

No *caput* do art. 28-A, observa-se que há uma cláusula aberta, com extensa discricionariedade, concluindo que:

“o acordo de não persecução penal é uma exceção ao chamado princípio da obrigatoriedade da ação penal, uma vez que desobriga o Ministério Público a oferecer a denúncia, ainda que presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, existentes as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de partes) e os pressupostos processuais, o Ministério Público é obrigado a ingressar com a ação penal, excetuados casos previstos expressamente em lei, como o caso da transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo²⁷⁵.

Essa previsão abrange o que previa o artigo 18, *caput*, da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público²⁷⁶. Dada a vagueza de sua redação, a cláusula de abertura permite que o membro do Ministério Público possa, com ampla discricionariedade, negar a investigados a oportunidade de acordo de não persecução penal²⁷⁷.

O grande obstáculo que se tem levantado contra a possibilidade de celebração de acordos penais – entre o Ministério Público e os investigados ou suspeitos da prática de delitos -, não há dúvidas, sempre foi o denominado princípio da obrigatoriedade da ação penal²⁷⁸.

Não poderia ser diferente. Do contrário, haveria incongruência entre o princípio da obrigatoriedade (legalidade) da ação penal e a viabilidade de solução consensual no âmbito dos acordos de não persecução penal, assim como os demais institutos negociais

²⁷⁵ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO. Gianpaolo Poggio. Comentários ao Pacote Anticrime. 2. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 104.

²⁷⁶ Art. 18: Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática [...].

²⁷⁷ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021, p. 48.

²⁷⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p 20.

cabíveis na persecução penal. A solução consensual vigora o princípio da oportunidade, constituindo uma resposta mais célere e efetiva aos litígios penais.

O “princípio da oportunidade encontra-se fundado em razões de igualdade, pois corrige as desigualdades do processo de seleção; em razões de eficácia, dado que permite excluir causas carentes de importância, que impedem que o sistema penal se ocupe de assuntos mais graves; em razões derivadas da atual concepção de pena, já que o princípio da legalidade entendido em sentido estrito (excludente de oportunidade), somente conjuga uma teoria retributivista de pena”²⁷⁹.

Não é mais admissível a utilização do princípio da obrigatoriedade no campo do Direito Penal como uma verdade absoluta. *Uma corrente mais moderna repensa a obrigatoriedade, defendendo que ela não deve ser encarada como uma imposição a ser seguida a todo e qualquer custo. O cerne desse princípio é que não pode o Ministério Público abrir mão de dar uma resposta às investigações penais sem justa causa²⁸⁰.*

Assim como ocorreu nos casos de suspensão condicional do processo - aplicável por ser a mesma inteligência aos acordos de não persecução penal, o Superior Tribunal de Justiça tinha inicialmente afirmado que presentes os requisitos previstos na lei o investigado teria o direito público subjetivo ao recebimento da proposta, não podendo ficar ao *alvedrio do MP* (HC nº 131.108/RJ²⁸¹). No entanto, em posicionamento mais recente o mesmo Tribunal Superior entendeu não ser direito subjetivo:

“A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada²⁸².

²⁷⁹ BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Processual Penal*, vol. I, 6. Ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 469.

²⁸⁰ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO. Gianpaolo Poggio. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 104.

²⁸¹ STJ - HC 131.108-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 18/12/2012.

²⁸² Julgados: HC 417876/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 27/11/2017; APn 871/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017; AgRg no AREsp 1141600/ SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017; HC 388586/BA, Rel. Ministro

O Supremo Tribunal Federal, no que tange à colaboração premiada, também tem entendido que não se trata de direito subjetivo do investigado, configurando poder-dever do Ministério Público:

DE COLABORAÇÃO PREMIADA. VOLUNTARIEDADE. INDISPENSABILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO JUDICIALMENTE EXIGÍVEL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que o acordo de colaboração premiada consubstancia negócio jurídico processual, de modo que seu aperfeiçoamento pressupõe voluntariedade de ambas as partes celebrantes. Precedentes. 2. Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao Ministério Público a celebração de acordo de colaboração premiada, notadamente, como ocorre na hipótese, em que há motivada indicação das razões que, na visão do titular da ação penal, não recomendariam a formalização do discricionário negócio jurídico processual. 3. A realização de tratativas dirigidas a avaliar a conveniência do Ministério Público quanto à celebração do acordo de colaboração premiada não resulta na necessária obrigatoriedade de efetiva formação de ajuste processual²⁸³.

Em decisão ainda mais recente, em sede do *Habeas Corpus* nº 161.251²⁸⁴ o Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

De acordo com entendimento já esposado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal é conferida exclusivamente ao Ministério Público, não constituindo direito subjetivo do investigado.

FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 22/08/2017; AgRg no HC 404028/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017; AgRg no RHC 74464/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017.

Jurisprudência em Teses nº 96, Tese 3. Brasília, 2018, p. 3.

²⁸³ MS 35.693 AgR, Rel. Min. Edson Fachin. Data do julgamento: 28-5-2019, 2ª Turma, DJE de 24-7-2020.

²⁸⁴ STJ - HC 161.251, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 10/05/2022.

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2171347&num_registro=202200554092&data=20220516&formato=PDF

Segundo o Relator Ribeiro Dantas a lei penal não obriga o Ministério Público oferecer o acordo de não persecução, *cabendo ao órgão – em decisão devidamente fundamentada – optar pela oferta ou prosseguir com a denúncia, de acordo com as circunstâncias do caso*. E o Parquet fundamentou a não celebração por *entender que a solução não seria suficiente para a repressão e a prevenção do crime, destacando que o delito foi praticado no contexto de uma rede criminosa com a participação de vários empresários do ramo alimentício e de servidores do Ministério da Agricultura*. Concluiu o Ministro que, em se tratando de uma faculdade do Ministério Público não caberia ao Poder Judiciário determinar que seja oferecido o acordo de não persecução penal²⁸⁵.

No geral, o sistema penal precisa buscar respostas mais adequadas capazes de dar ampla possibilidade de se celebrar acordos de não persecução penal, diminuindo a quantidade exorbitante de processos nas Varas Criminais de todo o país, violando o dever de o Estado-juiz dar uma resposta rápida e apropriada aos delitos. O fato de os Tribunais Superiores entenderem não ser direito subjetivo do investigado não retira a carga de responsabilidade do membro do Ministério Público procurar *buscar caminhos e instrumentos eficazes de atuação, que deverão pautar a eficiência de sua política criminal, privilegiando a solução rápida de conflitos*²⁸⁶.

3.1.3 Influências normativas e requisitos

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, não introduziu o acordo de não persecução penal na legislação brasileira, pois o instituto foi lançado pela primeira vez na Resolução nº 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público. A previsão por meio de uma Resolução do dito Conselho causou muita polêmica à época, diante da duvidosa constitucionalidade de sua edição sem prévia legislação a respeito. O Conselho editou em um momento que *a situação do Sistema Penal brasileiro vinha se deteriorando e a impunidade e*

²⁸⁵ Operação Carne Fraca: STJ reafirma que investigado não tem direito subjetivo a acordo de não persecução penal. Notícias: Decisão. Data da Publicação: 20/05/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20052022-Operacao-Carne-Fraca-STJ-reafirma-que-investigado-nao-tem-direito-subjetivo-a-acordo-de-nao-persecucao-penal-.aspx>

²⁸⁶ MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Por ATOJI, Juliano Carvalho. A eficiência da justiça e os acordos de não persecução penal: o momento da proposta. Data da publicação: 09/03/2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/58133/a-eficincia-da-justia-e-os-acordos-de-no-persecuo-penal-o-momento-da-proposta>

*a falta de credibilidade vinham (e vêm) acarretando uma série de movimentos em nosso tecido social, que são altamente nocivos e que, uma vez instalados, acarretam extrema dificuldade para a recuperação da normalidade, como no caso das milícias, de grupos de extermínio e de justiceiros que vêm se espalhando, com força cada vez maior, em nossa sociedade. Na própria polícia, tem-se notado grande sentimento de revolta contra a impunidade*²⁸⁷.

O Conselho acabou por prever, por meio de Resolução, também por dois motivos: primeiro, essa solução foi adotada em outros países de *tradição claramente democrática* que mesmo sem respaldo legal, diversos países que adotam o sistema *common law* como Estados Unidos e Inglaterra, previram o acordo. Segundo porque a Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1990, através da conhecida *Regras de Tóquio* (Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade) – Resolução nº 45/110 (II. 5.1.), mencionava a necessidade de os países efetuarem medidas alternativas ao processo penal, *a serem tomadas antes do início da persecução em juízo*²⁸⁸.

Segundo as Regras de Tóquio:

“II. Estágio anterior ao julgamento

5. Medidas que podem ser tomadas antes do processo

5.1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações

²⁸⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p 41.

²⁸⁸ Idem., pp. 42.

*menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado*²⁸⁹.

Como prediz Rodrigo Leite Ferreira Cabral, quanto à não vinculação à Resolução das Nações Unidas:

*“Ainda que a Resolução da ONU não substanciasse norma vinculante, é certo que essa recomendação tem força de soft law, no sentido de impor um constrangimento ao Brasil, para a implementação de tais medidas, o que somente reforça o acerto do legislador na ampliação do nosso sistema de acordo, relativamente aos delitos de pequena e média gravidade”*²⁹⁰

Certo é que o Conselho Nacional do Ministério Público apoiado na Resolução das Nações Unidas editou norma implementando o acordo de não persecução, vindo a Lei nº 13.964/19 regulamentar o acordo mais de dois anos depois, possivelmente baseando-se nos requisitos trazidos na Resolução nº 181/17, cujo texto original foi alterado pela redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018.

Quanto aos requisitos para celebração, eles são importantes para delimitar e controlar a atividade do Ministério Público, sobretudo para dar segurança ao investigado com critérios objetivos e claros. O artigo 28-A do Código de Processo Penal estabelece requisitos de natureza objetiva e de natureza subjetiva. Os requisitos objetivos estão vinculados ao fato delituoso e os requisitos subjetivos vinculados ao investigado.

*Os requisitos de natureza objetiva são relacionados: a) à pena mínima cominada ao delito; b) ao emprego de violência e grave ameaça no cometimento do delito; c) à necessidade do cumprimento das funções político-criminais*²⁹¹.

Os requisitos subjetivos devem ser cumpridos pelo investigado para que possa receber o benefício do acordo de não persecução penal, que se manifestam através de

²⁸⁹ Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Série tratados internacionais de direitos humanos. CNJ: Brasília, 2016, p. 9. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>

²⁹⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p 42.

²⁹¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 93.

duas vedações e uma condição a ser cumprida no momento da celebração do acordo: *a) sem reincidência, habitualidade, reiteração ou profissionalismo (CPP, art. 28-A, § 2º, inc. II); b) inexistência de acordo anterior (CPP, art. 28-A, § 2º, inc. III); c) confissão formal e circunstanciada (CPP, art. 28-A, caput)*²⁹².

Outra classificação é feita por Gianpaolo Smanio e Humberto Fabretti mencionando os pressupostos de admissibilidade, as condições a serem cumpridas pelo investigado e os requisitos negativos do acordo.

Os pressupostos de admissibilidade estão previstos no *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal e são²⁹³:

- a) Existência de procedimento investigatório: é obrigatório haver um *procedimento investigatório oficial devidamente instaurado* para as partes ajustarem as condições necessárias para o acordo;
- b) Não ser o caso de arquivamento dos autos da investigação: o acordo somente ocorre se houver justa causa para o oferecimento da denúncia ou queixa-crime;
- c) Cominada pena mínima inferior a quatro anos e crime não cometido com violência ou grave ameaça: por analogia, *para aferição da pena mínima, são consideradas as causas de aumento e diminuição* (§ 1º, art. 28-A) *aplicáveis ao caso concreto (na linha do que já dispõem os enunciados sumulados 243 e 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça*²⁹⁴ *e Supremo Tribunal Federal*²⁹⁵);
- d) Ter o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática do delito: entretanto, não há reconhecimento expresso da culpa do investigado.

²⁹² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 117-124.

²⁹³ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Comentários ao Pacote Anticrime. 2. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 104-105.

²⁹⁴ SÚMULA N. 243, STJ: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”.

²⁹⁵ SÚMULA N. 723, STF: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.

No acordo de não persecução penal, diferente da delação premiada da Lei nº 12.850/12 (artigo 4º) não há que se falar em culpa do acusado, por não haver condenação, sem que *se realize qualquer discussão sobre a culpabilidade do agente. Se é assim, por que exigir a confissão? Não violaria o direito ao silêncio? Qual seria a natureza jurídica da confissão se não há prova e nem processo? Teria ido muito melhor o legislador, se não tivesse exigido essa confissão, não tendo valor nenhum.* Ainda quanto à confissão, o Ministério Público deverá, antes do oferecimento da denúncia, garantir ao investigado o conhecimento de que, se fizer a confissão, terá direito ao acordo de não persecução penal²⁹⁶.

Quanto ao pressuposto da alínea “b”, *é importantíssimo que não se permita que os acordos de não persecução penal se tornem punição branda para quem não deveria ser punido, quando, na verdade, seria caso de arquivamento do inquérito policial, uma vez que não trazem os elementos mínimos que possibilitam o exercício do direito de ação pelo Ministério Público ou querelado. O acordo não pode ser “prêmio de consolação” do promotor que não pode oferecer a denúncia*²⁹⁷.

As condições que devem ser cumpridas pelo investigado estão elencadas nos incisos do artigo 28-A do Código de Processo Penal:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;*
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;*
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução;*
- IV - pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou*

²⁹⁶ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit., p. 105-106.

²⁹⁷ Idem., pp. 105.

*V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada*²⁹⁸.

Essas condições podem ser aplicadas alternativa ou cumulativamente e a vítima deve ser ressarcida da sua perda, podendo até mesmo *ser de forma parcelada*, com o objetivo de recomposição do prejuízo da vítima. Somente na impossibilidade de reparar ou restituir a coisa à vítima haverá, excepcionalmente, o acordo sem essa reparação. Neste caso, as demais condições de prestação de serviço à comunidade, renúncia a bens ou direitos que sejam produto ou proveito do crime, pagamento de prestação pecuniária a entidade pública e até mesmo outras condições indicadas pelo Ministério Público a exemplo de *comunicação de mudança*²⁹⁹, não frequentar estádios de futebol etc, devem permanecer.

Os requisitos negativos - ou vedação, à celebração do acordo de não persecução penal são as hipóteses nas quais o acordo não será admitido, conforme preceitua o § 2º do artigo 28-A do Código de Processo:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

*IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor*³⁰⁰.

A transação penal tem preferência sobre o acordo de não persecução penal e, neste caso, o agente fará *jus ao benefício previsto no artigo 76 da Lei nº 9.099/95*³⁰¹.

²⁹⁸ Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

²⁹⁹ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit., p. 106.

³⁰⁰ Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Aquele que comete novo crime no país ou no exterior, depois de transitar em julgado a sentença, *respeitado o lapso temporal de cinco anos* ou quando houver elementos probatórios indicando a prática de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional não caberá o acordo. *O conceito de criminoso habitual (habitualidade criminosa) não pode se confundir com o crime habitual a exemplo da casa de prostituição (CP, art. 229). No crime habitual o delito é único, figurando a habitualidade como elementar do tipo enquanto na habitualidade criminosa há pluralidade de crimes, sendo a habitualidade uma característica do agente e não da infração penal, demonstrando um estilo de vida do autor a exemplo do crime de lavagem de capitais (Lei nº 9.613/98)*³⁰².

O inciso II, na visão de Gianpaolo Smanio e Humberto Fabretti, é um pouco temerária, podendo gerar insegurança jurídica, *visto que elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional somente poderão existir após a instrução criminal, diante do contraditório e da ampla defesa. São apenas meros indícios as evidências existentes antes da instrução e deixar de conceder o benefício ao investigado, vez que ainda não se iniciou a fase probatória violaria o princípio da isonomia. Além das três expressões ser termos absolutamente vagos*³⁰³ dando margem para acordos injustos.

Não é possível o acordo de não persecução penal se existir celebração de acordo anterior (inc. III). Aqueles que nos cinco anos anteriores à infração que daria ensejo ao acordo tenham sido beneficiados por outro acordo, seja de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo terão seus processos instaurados ou prosseguidos. O móvel do legislador é *evitar a banalização do acordo de não persecução penal, consagrando a ideia de que sua celebração deva visar precipuamente a acusados primários, que tenham praticado uma infração penal pela primeira vez*³⁰⁴.

O termo *a quo* desse prazo deve ser da homologação do acordo de não persecução (art. 28-A, § 6º, CPP), da homologação da transação penal (art. 76, § 4º da Lei nº 9.099/95) e *do dia que o juiz suspender o processo, submetendo o acusado ao período de prova* (art. 89, § 1º da Lei nº 9.099/95). O registro adequado dos acordos de não persecução

³⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 237.

³⁰² Idem., pp. 238.

³⁰³ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit., p. 106.

³⁰⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 239.

realizados pelos Tribunais é imprescindível, para que constem das *certidões de antecedentes, que devem ser extraídas antes do exame de admissibilidade do acordo de não persecução, como recomenda o § 12 do artigo 28-A do Código de Processo Penal*³⁰⁵.

O crime cometido no contexto doméstico (inciso IV) abrange *todos os delitos que envolvam pessoas (não importando aqui o gênero) que convivam no mesmo lugar físico, que abrigue uma comunhão de vida, ainda que a convivência seja eventual e que não seja unida propriamente por uma relação familiar, abarcando, inclusive empregados domésticos e estudantes em uma mesma república*³⁰⁶.

Quantos aos crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas a Constituição de 1988, em seu artigo 225, § 3º³⁰⁷, prevê a responsabilidade penal do ente moral que comete esse tipo de crime, permitindo, por sua vez, a celebração do acordo de não persecução penal com pessoas jurídicas. Com a alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal que superou a teoria da dupla imputação³⁰⁸, isto é, a posição *até então firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça de que a punição penal da pessoa jurídica por atos lesivos ao meio ambiente demandaria a acusação simultânea com a pessoa física*³⁰⁹, significando que o ente moral possa figurar sozinho no polo passivo da ação penal, não há motivo para negar o acordo de não persecução penal a pessoas jurídicas. O que não se pode olvidar é a necessidade de se dialogar com os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 aplicáveis também aos crimes ambientais praticados pela empresa.

No entanto, recomenda-se que o acordo de não persecução penal somente seja celebrado com pessoa jurídica quando não existir a possibilidade de acordo mais benéfico ao ente moral em razão de outro instituto penal negocial, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal³¹⁰.

³⁰⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p 124.

³⁰⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Op. cit., p. 111.

³⁰⁷ Art. 225, § 3º, CF: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

³⁰⁸ Vide Capítulo 1.3. Responsabilidade penal da pessoa jurídica – fls. 52 a 58, do presente trabalho.

³⁰⁹ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021, p. 35-36.

³¹⁰ “Art. 5º (...), inc. XL, CF – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”

3.1.4. Procedimento

O Ministério Público propõe o acordo de não persecução penal e negocia as condições com o investigado e seu defensor, formalizando por escrito o acordo perante o Poder Judiciário (§ 3º, art. 28-A, CPP). Se o juiz considerar as condições abusivas, inadequadas ou insuficientes devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor (§ 5º). O Investigado ao analisar a reformulação da proposta do acordo e ajustar com o órgão ministerial as condições poderá firmar o acordo com a presença de defensor.

O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º do artigo 28-A (§ 7º).

Recusada a homologação (proposta que não atende aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação determinada pelo juiz) o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia (§ 8º). Também no descumprimento de quaisquer das condições haverá comunicação por parte do Ministério Público ao juízo, com a rescisão do acordo e o oferecimento da denúncia (§ 10). O *Parquet* pode utilizar o descumprimento como justificativa para não propor o *sursis* processual (§ 11).

No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28-A do Código de Processo Penal (§ 14).

O juiz deve analisar o acordo, em especial as condições. A homologação deve ser feita em audiência, observando a legalidade, a voluntariedade por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor (§ 4º). Após os autos devem ser encaminhados ao Ministério Público para que se inicie a execução perante o Juízo de Execução Penal (§ 6º). A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento (§ 9º). Cumpridas na integridade as condições do acordo o juiz declarará a extinção da punibilidade do investigado (§ 13).

Na eventualidade de o juiz recusar a homologação da proposta, quando ausentes os requisitos legais, caberá recurso em sentido estrito (art. 581, inc. XXV, CPP) a ser interposto tanto pelo Ministério Público como pela defesa, *haja vista seu evidente interesse na homologação da avença como meio de evitar a deflagração de um processo penal*³¹¹.

Quanto ao procedimento para celebração de acordo de não persecução penal com pessoa jurídica por crimes ambientais Igor Pereira Pinheiro e Mauro Messias esclarecem³¹²:

“Não há dificuldades em procedimentalizar essa persecução patrimonial: basta instaurar o procedimento autônomo de que cuida o artigo 14 da Resolução nº 181/2017 do CNMP³¹³. Caso a investigação sobre a materialidade e a autoria da infração penal já esteja concluída, como, por exemplo, em um inquérito policial relatado, poderá ser instaurado procedimento específico com o objetivo de realizar a persecução patrimonial (artigo 14, § 2º, da Resolução nº 181/2017 do CNMP³¹⁴)”

A despeito da recente inclusão do instituto no sistema jurídico pátrio, muita discussão já surgiu a respeito de sua aplicabilidade. A propósito, as Cortes Superiores vêm enfrentando questões sobre o tema. Quanto à aplicação do acordo segundo as regras de direito intertemporal, o Supremo Tribunal Federal encaminhou³¹⁵ o HC nº 185.913³¹⁶ para a deliberação ao Tribunal Pleno da Corte para uma decisão definitiva e vinculante acerca da

³¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 245.

³¹² PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021, p. 36.

³¹³ Art. 14, *caput*, da Resolução nº 181/2017 do CNMP: A persecução patrimonial voltada à localização de qualquer benefício derivado ou obtido, direta ou indiretamente, da infração penal, ou de bens ou valores lícitos equivalentes, com vistas à propositura de medidas cautelares reais, confisco definitivo e identificação do beneficiário econômico final da conduta, será realizada em anexo autônomo do procedimento investigatório criminal.

³¹⁴ Art. 14, § 2º, da Resolução nº 181/2017 do CNMP: Caso a investigação sobre a materialidade e autoria da infração penal já esteja concluída, sem que tenha sido iniciada a investigação tratada neste capítulo, procedimento investigatório específico poderá ser instaurado com o objetivo principal de realizar a persecução patrimonial. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>

³¹⁵ Processo que se encontra ainda na fase de ingresso de *amicus curiae*. STF - HC nº 185.913 DF, Rel. Min. GILMAR MENDES. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>

³¹⁶ STF - HC nº 185.913 DF, Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgado em 22/09/2020 (decisão monocrática). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344488197&ext=.pdf>

aplicação do acordo de não persecução penal aos processos em curso: a) somente até o recebimento da denúncia; ou b) até a ocorrência do trânsito em julgado. O próprio Min. Relator esclarece haver *divergência entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, o que certamente refletirá em visões distintas também no âmbito do Supremo Tribunal Federal*³¹⁷ e por isso a necessidade de julgamento pelo Plenário.

A Quinta Turma do STJ, consoante se percebe do trecho transcrito a seguir, tem assentado a aplicação do ANPP em processos em curso somente até o recebimento da denúncia:

“da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau”. (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020)

Já a Sexta Turma tem aceitado a aplicação do ANPP para processos em curso até o trânsito em julgado da condenação, conforme seguinte trecho:

*“o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)”. (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020)*³¹⁸

³¹⁷ Idem ibidem.

³¹⁸ Idem ibidem, p. 3.

O que falta definir atualmente ainda é até que ponto a norma pode retroagir. A resposta definitiva virá, como dito, do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 185.913, que começou a ser julgado em 2020, no qual o Ministro-Relator Gilmar Mendes defendeu a retroatividade do acordo até o trânsito em julgado das ações penais anteriores à Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime). Essa é a posição inclusive é defendida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal³¹⁹.

A Primeira Turma do Supremo tem decidido que o acordo somente seria cabível até o oferecimento da denúncia. Ou seja, estaria superada a possibilidade de celebração do acordo a partir da admissão da peça acusatória. O precedente é o Habeas Corpus nº 191.464 em que a Primeira Turma, com a participação dos Ministros Roberto Barroso, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Rosa Weber e Alexandre de Moraes, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixou a seguinte tese: o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia³²⁰.

A tendência das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça é defenderem a possibilidade de retroação somente enquanto o caso estiver na fase pré-processual - até o recebimento da denúncia. A posição foi reafirmada pela Quinta Turma do Superior Tribunal no julgamento dos recursos: AgRg no AREsp 2347087/SC³²¹ (Min. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca) e no AgRg no REsp 2004069/SC³²² (Min. Relator: Messod Azulay Neto).

No entendimento do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, essa *posição é corroborada pelo fato de que o Projeto de Lei nº 882/2019 (Pacote Anticrime) previa também a figura do acordo de não continuidade da ação penal, que poderia ser oferecido entre o*

³¹⁹ STF – HC nº 206660 SC, Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/12/2022. SEGUNDA TURMA, Data do trânsito em julgado: 24/04/2023. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357003030&ext=.pdf>

³²⁰ STF – HC nº 191464 AGR / SC, Relator: Min. ROBERTO BARROSO. PRIMEIRA TURMA, Data de Julgamento: 11/11/2020. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>

³²¹ STJ- AgRg no AREsp nº 2347087 SC, Relator: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. QUINTA TURMA, Data de Julgamento: 06/06/2023. Data da Publicação: DJe 14/06/2023.

³²² STJ- AgRg no AREsp nº 2004069 SC, Relator: Min. MESSOD AZULAY NETO. QUINTA TURMA, Data de Julgamento: 09/05/2023. Data da Publicação: DJe 12/05/2023.

recebimento da denúncia e o início da instrução processual. Porém, esse trecho foi rejeitado pelo Congresso Nacional³²³.

“Para ele, essa é a posição que melhor reflete a coerência e o alcance do artigo 28-A do CPP. Pessoalmente, por outro lado, diz que vai ficar muito feliz se a retroatividade até o trânsito em julgado prevalecer. “Acho que as portas da Justiça Penal negociada devem ser abertas no sentido de construção de um novo modelo onde se vá realmente atrás do que interessa com mais profundidade”, justificou, durante sessão da 5ª Turma”³²⁴.

Tendo como paradigmas o RESP 1.890.344/RS e o RESP 1.890.343/SC o Min. Reynaldo Soares da Fonseca submeteu a questão à proposta de afetação, sem a suspensão nacional de todos os processos, com o tema: *“(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia”³²⁵* ainda não julgado pela Corte Superior.

Nada obstante, o Ministro Edson Fachin reconheceu a retroatividade com sentença transitada em julgado no Ag. Reg. no Habeas Corpus nº 217.275/SP. *A despeito de haver um título judicial transitado em julgado, pois o feito ainda estava em curso quando a Lei 13.964/2019 entrou em vigor, o art.28-A do Código de Processo Penal tem efeito retroativo*, determinando que o Ministério Público analise a possibilidade de propor acordo de não persecução penal mesmo em caso com trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos³²⁶.

³²³ VITAL, Danilo. ANPP ganha força em meio a posições não consolidadas e retroatividade em disputa. Data da Publicação: 20/05/2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-20/uso-anpp-ganha-forca-meio-retroatividade-disputa#:~:text=A%20resposta%20definitiva%20vir%C3%A1%20do,penais%20anteriores%20ao%20pacote%20anticrime>.

³²⁴ Idem ibidem.

³²⁵ STJ - ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1.890.344 - RS (2020/0209104-0). Relator: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. TERCEIRA TURMA, Data da Afetação: 15/06/2021. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002091040. Última atualização: 17/02/2023

Ou:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&num_processo_classe=1890344

³²⁶ STF – AgRg no HC nº 217.275 SP, Relator: Ministro EDSON FACHIN. SEGUNDA TURMA. Data de Julgamento: 19/01/2023. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.conjur.com.br/dl/fachin-ordena-analise-anpp-transitado.pdf> ou: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur477027/false>

A Segunda Turma, por unanimidade, foi além ao conceder a ordem de *habeas corpus* para anular o trânsito em julgado, suspendendo eventual execução da pena, determinando o retorno dos autos ao procurador oficiante para consideração do entendimento firmado pela Câmara e análise dos demais requisitos exigidos para a celebração do acordo, nos termos do voto do Relator, o Ministro Gilmar Mendes, no HC nº 199.180/SC³²⁷.

No *Habeas Corpus* nº 206660/SC o Relator Ministro Lewandowski reiterou precedente (HC 180421) em que a Segunda Turma analisou o parágrafo 5º do artigo 171 do Código Penal, acrescido pelo Pacote Anticrime, que tornou necessária a manifestação da vítima para o prosseguimento de acusação de estelionato³²⁸. Nesse julgamento, o colegiado entendeu que o acordo se trata de norma penal mista (matéria penal e processual penal) mais favorável ao réu e, assim, deve ser aplicada de forma retroativa. Com base nesse julgado e em doutrina atual do processo penal, Lewandowski entendeu que o ANPP é aplicável também aos processos iniciados antes do Pacote Anticrime, desde que ainda não haja decisão definitiva e mesmo que não haja a confissão do réu até o momento de sua proposição³²⁹.

Ainda que haja divergências jurisprudenciais dos Tribunais Superiores acerca do momento da aplicação da retroatividade do acordo de não persecução penal há consenso de que o acordo de não persecução penal se trata de norma penal híbrida ou mista, significando dizer que possui natureza processual, mas com reflexo penal uma vez que, com o cumprimento integral do acordo de não persecução (art. 28-A, § 13) cria-se uma hipótese de extinção da punibilidade³³⁰. Em sendo uma norma mista, essa inovação legislativa, por ser norma penal de caráter mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, inciso XL, da

³²⁷ STF – HC nº 199.180 SC, Relator: Ministro GILMAR MENDES. SEGUNDA TURMA. Data de Julgamento: 22/02/2022. Data da Publicação: 22/04/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur462704/false>

³²⁸ STF – HC nº 206660 SC, Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/12/2022. SEGUNDA TURMA, Data do trânsito em julgado: 24/04/2023. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357003030&ext=.pdf>

³²⁹ 2ª Turma: acordo de não persecução penal deve ser aplicado retroativamente. Ao manter decisão do ministro Ricardo Lewandowski, o colegiado entendeu que o acordo, previsto no Pacote Anticrime, é norma penal mais favorável ao réu.

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504583&ori=1>

³³⁰ STF – AgRg no HC nº 217.275 SP, Relator: Ministro EDSON FACHIN. SEGUNDA TURMA. Data de Julgamento: 19/01/2023. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.conjur.com.br/dl/fachin-ordena-analise-anpp-transitado.pdf>

Constituição Federal, *deve ser aplicada de forma retroativa, no sentido de que o acordo de não persecução penal (ANPP) possa ser implementado também em processos iniciados antes da vigência do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019)*³³¹.

3.2. Acordo de não persecução civil

Quanto aos acordos de não persecução civil (ANPC) as modificações trazidas pela Lei nº 14.230/21, alterando a Lei nº 8.429/92, são compatíveis *com o mandamento constitucional de combate à improbidade e os demais marcos essenciais correlatos do ordenamento jurídico, sejam eles gerais (por exemplo, os princípios de razoabilidade e proporcionalidade) ou especiais (a dimensão do alcance da atuação dos órgãos de controle, por exemplo)*. Também se identificam *com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e internalizados pelos veículos normativos competentes no direito nacional*³³².

Os organismos internacionais suscitam a normatização firme *contra os atos de abuso de função, corrupção e improbidade porque eles atingem o mercado e setor privado, desvirtuando-se da necessária preservação da competitividade entre as empresas que atuam nos negócios públicos*³³³.

Assim como foi criado o acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal o legislador criou uma *figura análoga* para as infrações civis e administrativas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, por meio da inserção do artigo 17-A. Ocorre que este dispositivo não entrou em vigor pois foi objeto de veto presidencial mantido pelo Congresso Nacional. Portanto, os termos do acordo de não persecução civil não entraram em vigor por falta de regulamentação legal de como o acordo deveria ser feito. No entanto, outras duas modificações inseridas na Lei de Improbidade pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) não foram vetadas e se tornaram vigentes, *transformando o acordo de não persecução civil*

³³¹ 2ª Turma: acordo de não persecução penal deve ser aplicado retroativamente. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504583&ori=1>

³³² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Improbidade e Mercado. Publicado em 07/06/2023, p. 1-2. Disponível em:

<https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:871a897e-c803-39a9-8848-eaf544ebe7a2>

³³³ Idem ibidem.

*uma realidade conforme verifica-se, inclusive, pelo seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça*³³⁴

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ACORDO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO AJUSTE. ART. 17, § 1º, DA LEI N. 8.429/1992, COM REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI N. 13.964/2019. 1. Trata-se de possibilidade, ou não, de homologação judicial de acordo no âmbito de ação de improbidade administrativa em fase recursal. 2. A Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, alterou o § 1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, o qual passou a prever a possibilidade de acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa. 3. No caso dos autos, as partes objetivam a homologação judicial de acordo no bojo do presente agravo em recurso especial, o qual não foi conhecido, por maioria, por esta e. Primeira Turma, mantendo-se o acórdão proferido pelo TJSP que condenou o recorrente à modalidade culposa do art. 10 da LIA, em razão de conduta omissiva consubstanciada pelo não cumprimento de ordem judicial que lhe fora emitida para o fornecimento ao paciente do medicamento destinado ao tratamento de deficiência coronária grave, o qual veio a falecer em decorrência de infarto agudo de miocárdio, ensejando, por conseguinte, dano ao erário, no montante de R\$ 50.000,00, devido à condenação do Município por danos morais em ação indenizatória. 4. O Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo deliberou, por unanimidade, pela homologação do Termo de Acordo de Não Persecução Cível firmado entre a Promotoria de Justiça do Município de Votuporanga e o ora agravante, nos termos das Resoluções n. 1.193/2020 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, tendo em vista a conduta culposa praticada pelo ora recorrente, bem como a reparação do dano ao Município. 5. Nessa linha de percepção, o Ministério Público Federal manifestou-se favoravelmente à homologação judicial do

³³⁴ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO. Gianpaolo Poggio. Comentários ao Pacote Anticrime. 2. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 214-217.

acordo em apreço asseverando que: "Realmente, resta consignado no ajuste que apesar de ter causado danos ao erário, o ato de improbidade em questão foi praticado na modalidade culposa, tendo o Agravante se comprometido a reparar integralmente o Município no valor atualizado de R\$ 91.079.91 (noventa e um mil setenta e nove reais e noventa e um centavos), além de concordar com a aplicação da pena de 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 cinco anos (e-STJ 998/1005). Em suma, os termos do ajuste não distanciam muito da condenação originária (e-STJ 691), revelando adequação para ambas as partes. Resta a toda evidência, portanto, que a transação celebrada entre o Agravante e o Agravado induz a extinção do feito na forma do art. 487, III, "b", do CPC." (e-STJ fls. 1.036-1.037). 6. Dessa forma, tendo em vista a homologação do acordo pelo Conselho Superior do MPSP, a conduta culposa praticada pelo ora recorrente, bem como a reparação do dano ao Município de Votuporanga, além da manifestação favorável do Ministério Público Federal à homologação judicial do acordo, tem-se que a transação deve ser homologada, ensejando, por conseguinte, a extinção do feito, com resolução de mérito, com supedâneo no art. 487, III, "b", do CPC/2015. 7. Homologo o acordo e julgo prejudicado o agravo em recurso especial³³⁵.

Nota-se de o teor do acórdão haver uma diferença entre o acordo de não persecução penal e civil e o termo de ajustamento de conduta (TAC) celebrado pelo Ministério Público. No termo de ajustamento de conduta há sempre a necessidade de homologação do acordo junto ao Conselho Superior do Ministério Público, por significar o arquivamento do inquérito civil instaurado. Desse modo, o Conselho Superior do Ministério Público avaliará se o termo de ajustamento de conduta atende aos requisitos legais para sua celebração. Nos acordos de não persecução penal e civil isso não acontece: o que é necessário sempre é a homologação judicial para a celebração do acordo, diferentemente do

³³⁵ STJ- AREsp nº 1.314.581 SP, Relator: Min. BENEDITO GONÇALVES. PRIMEIRA TURMA, Data de Julgamento: 23/02/2021. Data da Publicação: DJe 01/03/2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ACORDOARESP%27.clas.+e+@num=%271314581%27\)+ou+\(%27Acordo%20no%20AREsp%27+adj+%271314581%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ACORDOARESP%27.clas.+e+@num=%271314581%27)+ou+(%27Acordo%20no%20AREsp%27+adj+%271314581%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)

arquivamento do inquérito civil ou da homologação do termo de ajustamento de conduta (art. 30 da Lei nº 8.625/93)³³⁶ cuja homologação, neste caso, será do Conselho Superior do Ministério Público³³⁷.

O acordo de não persecução civil tem por finalidade impedir o início de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa mediante a aceitação de algumas condições e aplicação de sanções aos agentes responsáveis pela prática dos supostos atos de improbidade administrativa, como forma de tornar mais célebre e efetiva a reparação do dano causado ao erário. *A proposta pode ser oferecida pelo Ministério Público tanto no curso da investigação quanto já durante a ação de improbidade ou ainda no momento da execução de sentença condenatória (artigo 17-B, §4º)*³³⁸, sendo seu principal propósito evitar o litígio, ainda que iniciada a ação judicial ou mesmo que já estiver na fase da execução³³⁹.

Tal alteração legislativa busca trazer mais efetividade e celeridade na punição em razão da prática de ato de improbidade administrativa, modificação que se agrega ao moderno direito administrativo que cada vez mais abre espaço para a utilização dos meios de solução alternativa de conflitos, trilhada também no Código de Processo Civil de 2015.

A Lei nº 14.230/21 prevê a complementação de mecanismos e procedimentos *internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas, consoante o § 6º de seu artigo 17*, trazendo inovação positiva, além da retirada, pelo Pacote Anticrime, do empecilho de não se aceitar a *consensualidade na*

³³⁶ Art. 30 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Cabe ao Conselho Superior do Ministério Público rever o arquivamento de inquérito civil, na forma da lei. (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993).

³³⁷ O § 1º do art. 10 da Resolução nº 1.193/2020 – CPJ do MPSP entende ser vedada a submissão direta a controle jurisdicional de acordos celebrados, na esfera administrativa pré-processual, em consonância com o artigo 17-B, § 1º, inc. II, da Lei 8429/92. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193c_ompilado.pdf

³³⁸ DRUMMOND, Fernando. Acordo de não persecução cível: solução para os processos de improbidade? Publicado em 09/01/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-09/drummond-acordo-nao-persecucao-civil-improbidade#:~:text=Como%20funciona%20o%20acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%20c%C3%ADvel&text=A%20proposta%20pode%20ser%20oferecida,%20DB%2C%2%A74%C2%BA>.

³³⁹ § 4º O acordo a que se refere o **caput** deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória (Art. 17-B da Lei nº 8.429/92).

*repressão de atos de improbidade administrativa ao admitir a solução negociada do acordo de não persecução civil*³⁴⁰.

Daí a importância de incluir cláusulas na avença indissociáveis do programa de *compliance* da empresa envolvida em atos de improbidade. Assim as empresas poderão *se reestruturar organicamente com recursos de governança que sirvam como instrumentos de detecção, prevenção e rejeição a prática desses ilícitos, de maneira a evitar o patrimonialismo e manter a integridade nas relações com o setor público e seus agentes. Nelas se compreende a assunção de medidas que assegurem a salutar concorrência*, um dos alicerces da ordem econômica constitucional, ligado ao *princípio de liberdade econômica* já que a corrupção compromete a competição, por se apropriar de *vantagens públicas* acarretando a desigualdade entre os concorrentes³⁴¹.

No que tange às empresas transnacionais, diante da possibilidade de permitir acordos em áreas de atividades públicas, como o Direito Penal e por atos de Improbidade Administrativa, através de marcos regulatórios, passa-se a exigir dessas empresas a criação de uma agenda para o cumprimento das demandas normativas.

As políticas públicas passam a ter um olhar para soluções conciliatórias com o único objetivo de resolver o problema do dano ao erário e ao mesmo tempo punir os infratores para evitar a impunidade. Com a possibilidade de conciliação no setor público há mudança de hábitos que alteram o comportamento das empresas transnacionais. Assim, o cumprimento da Lei³⁴² e dos direitos humanos são alcançados através do combate à corrupção por meio de célere e efetiva reparação do dano causado à Administração Pública.

3.2.1. A Constituição Federal e o acordo de não persecução civil

Os atos de improbidade administrativa estão previstos no artigo 37, §4º da Constituição Federal³⁴³ (Capítulo VII - Da Administração Pública). Constitui atos de

³⁴⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Improbidade e Mercado. Publicado em 07/06/2023, p. 2. Disponível em: <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:871a897e-c803-39a9-8848-eaf544ebe7a2>

³⁴¹ Idem ibidem, p. 3.

³⁴² A lei deve ser vista do ponto de vista plural. WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

³⁴³ Art. 37, §4º, CF: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

improbidade administrativa as hipóteses do artigo 9º (enriquecimento ilícito), artigo 10 (prejuízo ao erário) e artigo 11 (ofensa aos princípios da Administração Pública) previstos na Lei nº 8.429/92. A princípio, só seria possível punir atos de improbidade por meio de ação judicial, sendo vedada a transação para esses atos. Com o Pacote Anticrime, o acordo de não persecução cível surge como uma forma de punir o ato ímprobo, mas de forma consensual.

Não há nenhum impedimento na Constituição Federal que vede acordos para casos de improbidade administrativa. O artigo 37, §4º, *delega ao legislador a forma e o modo de punição, sendo o consenso uma opção viável*³⁴⁴.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), alterada pela Lei nº 13.655/18, dispõe expressamente que seria aplicável ao direito público a celebração de compromisso com interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa (art. 26).

Se no crime, em que a potencialidade lesiva é maior e é permitida a consensualidade, nada impede que na improbidade administrativa também seja permitido o acordo. O Princípio da Consensualidade no Direito brasileiro foi concretizado com a Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19), *cujas introdução ocorreu na década de noventa com a instituição dos mecanismos da justiça penal negociada no âmbito dos Juizados Especiais*³⁴⁵.

No âmbito do Direito Administrativo, como expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *o consenso tem o mérito de reduzir o lado autoritário da administração pública, contribuindo para sua democratização*³⁴⁶

A Lei nº 12.846/13, denominada de Lei Anticorrupção Empresarial, autorizava a negociação punitiva no campo administrativo, mas ainda não havia previsão para acordo na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Igor Pereira Pinheiro e Mauro Messias, *analisando essa complexa situação, já tinham - há tempos, se manifestado pela revogação tácita da proibição de acordos na seara da improbidade administrativa*³⁴⁷.

O Pacote Anticrime veio resolver a polêmica, ao estabelecer a possibilidade de celebração do acordo de não persecução civil. Entretanto, o veto presidencial ao artigo 17-

³⁴⁴ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021, p. 184.

³⁴⁵ Ibidem. p. 182.

³⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 2014, p. 229.

³⁴⁷ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Op. cit., p. 181.

A, acabou por gerar dúvidas, pois este dispositivo legal conferia legitimidade somente ao Ministério público para a celebração do acordo, além de trazer parâmetros mínimos a serem seguidos no momento do acordo.

A justificativa presidencial para o veto foi:

“A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com sistema jurídico vigente.”³⁴⁸

Com o veto presidencial, sem parâmetro para a celebração do acordo de não persecução cível, é necessário socorrer-se do artigo 4º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) para realizar o acordo nos atos de improbidade administrativa. Como a lei não prevê a regulamentação, a integração entre as normas do direito processual coletivo deverão ser aplicadas por analogia a normas cíveis de autocomposição aplicáveis no âmbito do Direito Público, quais sejam:

- a) *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que permitem a celebração de compromisso pelas autoridades administrativas quando presentes razões de relevante interesse geral (art. 26);*
- b) *Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), que traz a previsão do termo de ajustamento de conduta no seu artigo 5º §6º, segundo o qual “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados*

³⁴⁸ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Op. cit., p. 184-185.

compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”;

- c) *Lei nº 13.140/15³⁴⁹, que trata da autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, em especial do disposto entre os artigos 32 e 34.³⁵⁰*

Esses três diplomas legais adaptados são mecanismos de interpretação e de integração para a ausência de regulação do acordo de não persecução cível. As Resoluções nº 118/14³⁵¹, nº 179/17³⁵² e nº 54/17³⁵³ do Conselho Nacional do Ministério Público também se aplicam para os casos de acordo celebrados pelo *Parquet*. Ainda que não celebrados pelo Ministério Público, no entanto, servem de diretrizes para os demais acordos de não persecução cível.

³⁴⁹ Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

³⁵⁰ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Op. cit., p. 186.

³⁵¹ Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências.

³⁵² Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta.

³⁵³ Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro.

Na ausência de definição de parâmetros pela Lei nº 13.964/19 necessária a abordagem de dois limites para a celebração do acordo de não persecução civil. O primeiro limite é o limite temporal, para se saber até quando poderá ser celebrado o acordo.

Há 2 correntes sobre a aplicação do §10º-A da Lei nº 8.429/92³⁵⁴: a primeira, de que o acordo pode ser celebrado a qualquer momento do processo ou até mesmo na execução da sentença condenatória³⁵⁵, entendendo não fazer sentido limitar a aplicação deste instituto, em razão do princípio da consensualidade punitiva. A segunda entende que ocorre a preclusão após a apresentação da contestação, em razão da literalidade do dispositivo e do princípio da celeridade.

A Primeira Seção do Superior Tribunal e Justiça homologou acordo de não persecução cível em ação de improbidade na fase recursal. *Com decisão unânime, o colegiado homologou acordo entre o Ministério Público do Rio Grande do Sul e uma empresa condenada pela prática de ato de improbidade previsto no artigo 10 da Lei 8.429/1992. Segundo o processo, a empresa assinou contrato para a coleta de lixo no município de Pelotas (RS) por preço superior ao que seria devido, causando prejuízo ao erário. O Ministro-Relator Gurgel de Faria, afirmou que a Primeira Turma, diante de recentes alterações legislativas, tem reconhecido a possibilidade de homologação dos acordos de não persecução cível na instância recursal*³⁵⁶.

O Ministro esclareceu que essa posição da jurisprudência decorre das mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) que modificou o parágrafo 1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992. Enfatizou que a nova lei também introduziu o parágrafo 10-A ao artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, para estabelecer que, "havendo a possibilidade de solução consensual", as partes poderão requerer ao juiz a interrupção do

³⁵⁴ § 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

³⁵⁵ JUNIOR, Wallace Paiva Martins. Acordo de não persecução civil. In: BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. Acordos de não persecução penal e cível - 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 346-347.

³⁵⁶ STJ - Primeira Seção homologa acordo de não persecução cível em ação de improbidade na fase recursal. Notícias. Data da Publicação: 20/04/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20042022-Primeira-Secao-homologa-acordo-de-nao-persecucao-civel-em-acao-de-improbidade-na-fase-recursal.aspx>

prazo para a contestação, por não mais do que 90 dias, *possibilitando a homologação de tais avenças em sede recursal*³⁵⁷.

O Ministro ressaltou que a Lei 14.230/2021 *alterou significativamente o regramento da improbidade administrativa* incluindo o artigo 17-B à Lei 8.429/1992³⁵⁸ que traz previsão explícita quanto à possibilidade do acordo de não persecução cível até mesmo no momento da execução da sentença³⁵⁹.

Diante desta possibilidade de acordo da fase da investigação até a fase da execução (art. 17-B: § 4º) ou seja, em qualquer fase processual, o juiz deve designar audiência de tentativa de conciliação³⁶⁰, nos termos do artigo 139, inciso V, do Código de Processo Civil³⁶¹, determinando o esclarecimento pelo investigado, réu ou condenado quanto à possibilidade de acordo.

O segundo limite se refere à aplicação do acordo de não persecução civil em um perspectiva do razoável. Por analogia ao artigo 28-A, §2º, do Código de Processo Penal³⁶² o acordo não deve ser celebrado nas hipóteses em que o investigado ou réu for reincidente em quaisquer dos atos de improbidade administrativa, ou ainda praticar esses atos de maneira reiterada. Além disso, há impossibilidade de celebração do acordo quando a pessoa tiver sido beneficiada nos 5 anos anteriores ao ato sobre nova apuração.

³⁵⁷ STJ- Embargos de Divergência em EAREsp nº 102.585 RS, Relator: Min. GURGEL DE FARIA. PRIMEIRA TURMA, Data de Julgamento: 09/03/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2134317&num_registro=201102369460&data=20220406&peticao_numero=202100789271&formato=PDF

³⁵⁸ Art. 17-B: § 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.

³⁵⁹ STJ- Ementa nos Embargos de Divergência em EAREsp nº 102.585 RS, Relator: Min. GURGEL DE FARIA. PRIMEIRA TURMA, Data de Julgamento: 09/03/2022.

³⁶⁰ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

³⁶¹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

³⁶² Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal [...].

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses [...]:

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo [...].

Fato é que, com a nova redação do § 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, inserida pela Lei nº 13.964/19, expressamente está estabelecido ser possível a realização de acordo de não persecução cível, nos termos da própria Lei de Improbidade.

“Assim, parece-nos inegável que agora a Lei de Improbidade admita que se realize um “acordo de não persecução cível” nos termos do § 1º do art. 17”³⁶³.

E o acréscimo do § 10º ao artigo 17 possibilita a solução consensual nos casos de improbidade administrativa, *podendo as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para contestação, por prazo não superior a 90 dias, fato que reforça a possibilidade de acordo de não persecução civil*³⁶⁴.

3.2.2. Características e modalidades

O acordo de não persecução civil possui características importantes para instrumentalizá-lo na prática.

a) Prescrição - Uma vez celebrado o acordo de não persecução cível ocorre a interrupção da prescrição, vez que o artigo 202, inciso VI, do Código Civil, prevê que qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, interromperá a prescrição.

b) Negócio jurídico – A natureza jurídica do acordo de não persecução civil é de negócio jurídico se submetendo às normas que regulam os negócios jurídicos no Código Civil, quanto as condições de existência, validade e eficácia. No entanto, é também limitado pelo regime do direito público levando-se em conta os princípios da Administração Pública, especialmente o da indisponibilidade do interesse público, devendo os princípios serem condutores dos acordos.

³⁶³ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO. Gianpaolo Poggio. Comentários ao Pacote Anticrime. 2. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 217.

³⁶⁴ Idem ibidem, p. 218.

c) Facultatividade – O acordo de não persecução cível não é uma condição obrigatória³⁶⁵ para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa ou direito subjetivo da pessoa, devendo ser somente uma probabilidade a ser aferida no caso concreto. Trata-se de um ato bilateral e discricionário, em que os legitimados ativos e passivos possam recusar a proposta e no caso dos legitimados ativos a recusa seja fundamentada como todo ato administrativo deve ser³⁶⁶.

O Supremo Tribunal Federal já tinha entendimento quanto à voluntariedade no acordo de delação premiada, decidindo pela ausência de direito líquido e certo à celebração de acordo³⁶⁷ e assim como não há obrigatoriedade na celebração do acordo de não persecução penal também não há no de não persecução civil. Até porque o acordo de não persecução civil é *um negócio jurídico de natureza extraprocessual ou judicial (a depender da hipótese concreta)*³⁶⁸ que deve observar as regras dos negócios jurídicos do Código Civil, mas que, de forma híbrida, deve observar os princípios e regras da Administração Pública e do interesse público. Com os termos de ajustamento de conduta, é necessária a preservação da característica da voluntariedade nos ANPC:

“Sendo um acordo de vontades, surge lógica orientação do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁶⁹ no sentido de que os termos de ajustamento de

³⁶⁵ “O STJ entende que o Termo de Ajustamento de Conduta é destituído de caráter obrigatório, razão pela qual sua não proposição não induz à carência de ação”. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO LEGAL. ANÚNCIO DE EVENTO SEM INDICAÇÃO DOS LIMITES DE IDADE RECOMENDÁVEIS. LEGITIMIDADE. ART. 253 DO ECA. VALOR DA MULTA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ. (STJ - REsp: 1252869 DF 2011/0097909-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/09/2013)

³⁶⁶ Art. 50, inc. I, da Lei nº 9.784/99 - Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

³⁶⁷ STF - MS: 35693 DF, Relator: MIN. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 28/05/2019, SEGUNDA TURMA. Data de Publicação: 24/07/2020 (conforme mencionado na p. 84-85 do presente trabalho).

³⁶⁸ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021, p. 200.

³⁶⁹ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. NÃO OBRIGATORIEDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO ACEITÁ-LO OU DE NEGOCIAR SUAS CLÁUSULAS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO PARTICULAR.

1. Tanto o art. 5º, § 6º, da LACP quanto o art. 211 do ECA dispõem que os legitimados para a propositura da ação civil pública "poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais".

2. Do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar termo de cessação de conduta, o *Parquet* também não é obrigado a aceitar a proposta de ajustamento formulada pelo particular. Precedente.

*conduta devem sempre ostentar caráter voluntário, sem a possibilidade de validação do mesmo em caso de imposição das cláusulas ou obrigações*³⁷⁰.

Em resumo, a lógica de inexistência de direito subjetivo para celebração de acordo deve ser aplicada tanto para os acordos de não persecução penal como para o cível, assim como é aplicável a todos os institutos despenalizadores que permitem a aplicação de sanções de forma consensual³⁷¹.

d) Legitimidade para celebração – A legitimidade para a celebração do acordo é do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público legitimadas para propor a ação de improbidade administrativa³⁷². O Ministério Público é o legitimado principal, pois a União, Estados, Municípios e Distrito Federal³⁷³ não possuem legitimidade automática, uma vez que os órgãos estatais somente poderão celebrar esse acordo, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, utilizando os meios necessários para exercer sua competência³⁷⁴. Havia o entendimento de que os entes federados só poderiam celebrar o acordo de não persecução cível de forma extrajudicial, por meio de termo de ajustamento de conduta, pois este é o limite previsto no inciso III, do artigo 32, da Lei nº

3. O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes”.

STJ- REsp nº 596764 MG, Relator: Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA. QUARTA TURMA, Data de Julgamento: 17/05/2012. Data da Publicação: DJe 23/05/2012. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301772275&dt_publicacao=23/05/2012

³⁷⁰ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Op. cit., p. 200.

³⁷¹ [...]. “5. Quanto à pretendida concessão da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), anoto que a jurisprudência da Corte já decidiu que o benefício não é cabível se o Ministério Público, de forma devidamente fundamentada, como no caso, deixa de propô-la e o Juiz concorda com a recusa (HC nº 89.842/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 15/9/06). Desse entendimento, não dissentiu o aresto ora questionado. 6. **É pertinente se destacar que a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existindo, portanto, direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95** (HC nº 83.458BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 6/2/03; HC nº 101.369/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 28/11/11). 7. Ordem denegada”. (grifos nossos).

STF- HC nº 129346 ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI. SEGUNDA TURMA, Data de Julgamento: 05/04/2016. Data da Publicação: DJe 11/05/2016.

³⁷² Artigo 17, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

³⁷³ Artigo 32, da Lei nº 13.140/2015: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

³⁷⁴ STJ - RMS: 53213 RS 2017/0021869-8, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA. Data de Julgamento: 07/05/2019. Data de Publicação: DJe 13/05/2019.

13.140/2015. Em ação judicial, somente o Ministério Público entendia-se o legitimado para propor o acordo em juízo.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, pelo Tribunal Pleno, no julgamento da ADI nº 7043³⁷⁵, publicado no DJE em 28/02/2023, julgou, por maioria, parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta ajuizada pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais - ANAFE para *declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do caput e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do caput e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil*³⁷⁶.

Significa dizer que o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público são legitimados para a celebração do acordo de não persecução cível tanto na fase extrajudicial como na fase judicial, já que todos eles são legitimados para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa.

e) Legitimidade para execução do acordo – Para executar o acordo deve-se observar as orientações do microssistema do direito processual coletivo. *A priori* quem celebrou executa. Somente se constatada a inércia do celebrante surge a legitimidade superveniente do Ministério Público em executar, em decorrência do princípio da obrigatoriedade do processo coletivo, previsto no artigo 15 da Lei nº 7.347/85³⁷⁷. Nesse sentido, o artigo 12 da Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público estabeleceu que o *Parquet* tem legitimidade para executar o compromisso de ajustamento de conduta firmado por outro órgão público, no caso de omissão ao descumprimento das obrigações assumidas³⁷⁸.

³⁷⁵ E ADI 7042/DF, esta última com trânsito em julgado em 09/03/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>

³⁷⁶ ADI 7043 DF. Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Transitado em Julgado em 08/03/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315955>

³⁷⁷ Art. 15, Lei nº 7.347/85: Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

³⁷⁸ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021, p. 210.

f) Relação de pertinência e eficácia – O acordo de não persecução cível para existir deve guardar uma relação de pertinência e eficácia entre o ilícito praticado e as sanções aplicadas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.492/92). Pertinência esta suficiente para prevenir e reprimir condutas que ferem a moralidade administrativa, mas que encontrem a proporcionalidade para o atingimento do objetivo da lei que introduziu no sistema normativo a possibilidade de acordo de não persecução cível. Tanto a pena prescindivelmente rigorosa como a despropositadamente leniente é injusta³⁷⁹.

O acordo de não persecução cível para ter eficácia deve ter parâmetros mínimos para sua celebração. O ressarcimento integral do dano patrimonial é o mínimo que deve ser cumprido no acordo, tendo em vista a norma cogente do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Outro parâmetro mínimo está na observância do princípio anticorrupção³⁸⁰ que incide no ordenamento jurídico brasileiro. Esse princípio não está só previsto nos mandados constitucionais de combate à corrupção como também nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

As normas nacionais e internacionais restringem a utilização do acordo de não persecução cível quando enfraqueçam ou até mesmo anulem as regras atuais do *sistema brasileiro anticorrupção incorporadas via Direito Internacional* que trazem uma *verdadeira “cláusula de segurança” ou “tutela mínima anticorrupção”*.

Assim, só se admite que haja o reforço legislativo para combater a corrupção, nunca um afrouxamento voltado a excluir ou flexibilizar as normas anticorrupção que sejam decorrentes diretamente de imposições constitucionais ou convencionais. Trata-se, por assim dizer, de uma verdadeira proibição de retrocesso, que encontra fundamento no artigo 60, §4º, da atual Constituição Federal para as hipóteses em que os mandados constitucionais anticorrupção estão formalmente no rol dos direitos e

³⁷⁹ STJ, Resp 168296/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 23/11/2018, in PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021, p. 214.

³⁸⁰ FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. O princípio anticorrupção: E o seu papel na defesa e efetivação dos direitos humanos. Jundiaí, SP: Ed. In House; Ed. Brasília, 2019, p. 99-105.

*garantias individuais e nos artigos 27 e 46, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*³⁸¹ para os demais casos³⁸².

Essa conclusão vai ao encontro de uma gestão pública totalmente livre. As diretrizes constitucionais e internacionais devem ser respeitadas, compatibilizando-as com o princípio da proporcionalidade, permitindo não a imutabilidade do sistema anticorrupção, mas aperfeiçoando e adaptando esse sistema à realidade temporal, a fim de fortalecer a prevenção e repressão à corrupção.

g) (Des)necessidade de confissão - A confissão, diferentemente de norma expressa prevista no acordo de não persecução penal, não é requisito para o acordo de não persecução civil. *Antes mesmo da Lei Anticrime, a doutrina já vaticinava a necessidade de confissão para a interrupção do prazo prescricional, sendo, agora, maior essa recomendação. Apesar disso, é preciso ressaltar a manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade de atos normativos editados no âmbito do Ministério Público*³⁸³ que exigem a confissão para fins de acordo de não persecução cível. *Uma coisa é o ajuste espontâneo, outra é criar uma condição não prevista na lei e que viola o direito fundamental a não produzir prova contra si*³⁸⁴.

h) Modalidades - O acordo de não persecução cível pode ser realizado tanto na fase judicial como na extrajudicial. Na fase extrajudicial será celebrado durante os procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público ou pelos legitimados públicos, enquanto na fase judicial será no interior da própria ação judicial.

³⁸¹ Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm

³⁸² PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021, p. 215.

³⁸³ A exemplo do art. 5º, inc. V, da Resolução 1.193/2020 – CPJ do MPSP:” Art. 5º – *O instrumento que formalizar o acordo deverá conter obrigatoriamente os seguintes itens, inseridos separadamente: V – Assunção por parte do pactuante da responsabilidade pelo ato ilícito praticado*”, nos termos da Nota Técnica do CAOPP/MPSP n. 02/2020 que “fornece subsídios aos membros do Ministério Público do Estado de São Paulo para a celebração de acordos de não persecução cível, em conformidade com a Lei 13.964/2019, com a Resolução 179/2017-CNMP e com a Resolução 1.193/2020 – CPJ”, a qual menciona claramente a necessidade de confissão como pressuposto para a celebração do acordo de não persecução civil: “*I. confissão da prática do ato de improbidade administrativa (art. 5º, V, da Resolução 1193/2020-CPJ)*”, conforme p. 8. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_pag.e.show?_docname=2678080.PDF

³⁸⁴ PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Op. cit. p. 199.

O acordo na fase extraprocessual é orientado pela Lei nº 7.347/85 e, no caso de celebração pelo Ministério Público, se aplicará também as Resoluções nº 118/2014, nº 179/2017 e nº 54/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Cada Estado da Federação – e o Ministério Público Federal, por sua vez, podem editar Resoluções para disciplinar o acordo de não persecução cível, assim como o Ministério Público Estadual, a exemplo da Resolução nº 1.193/2020 – CPJ, de 11 de março de 2020 do Ministério Público do Estado de São Paulo.

O acordo judicial está previsto no artigo 17-B da Lei de Improbidade Administrativo, advindo com o Pacote Anticrime. A redação original estava prevista no § 1º do artigo 17 revogado pela Lei nº 14.230/21 que incluiu o art. 17-B.

i) Requisitos - A celebração do acordo precisa observar requisitos para que possa validamente produzir efeitos jurídicos. São de três espécies: subjetivos, objetivos e de ordem formal. Os requisitos subjetivos estão ligados às partes que podem pactuar, o Ministério Público ou as pessoas jurídicas de direito público e de outro aquele que concorreu com o ato ímprobo (agente público e/ou terceiro), juntamente com seu defensor. *No que tange aos requisitos objetivos, o acordo deve conter a descrição da conduta ilícita, a fim de delimitar corretamente o objeto da avença, com todas as suas circunstâncias, em especial as condições de tempo e local, com indicação da hipótese de subsunção à específica previsão legal de modalidade de ato de improbidade administrativa dos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, inclusive na conduta ímproba dos artigos 52 da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) e dos artigos 5º e 6º da Lei nº 12.813/13 (Conflitos de Interesses na Administração Pública Federal), sendo vedada a alteração da tipificação do ato ilícito constante no ajuste*³⁸⁵.

O ajuste deve conter também os requisitos de ordem processual ou procedimental (formal). Quando houver dano deverá conter a quantificação e a extensão do prejuízo ao erário juntamente com os valores acrescidos ilicitamente. Necessária a descrição da ação ou omissão ilícita, do nexos de causalidade e do dano material e moral difuso efetivo, com indicação dos bens *metaindividuais afetados, de acordo com o caso, e dos critérios*

³⁸⁵ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 249.

*objetivos de cálculo e mensuração*³⁸⁶. A sanção aplicável a cada modalidade de ato de improbidade administrativa deve considerar também para fins do ajuste a capacidade econômica do celebrante, antecedentes e a reprovabilidade social da conduta. *Outras medidas preventivas ou acessórias que, no caso concreto, guardem pertinência com o dano causado e com resguardo quanto à prática de novos ilícitos, tais como a adoção de medidas de governança e procedimentos internos de integridade voltados a mitigar o risco da ocorrência de novos atos lesivos, tal qual como previsto no §6º do artigo 17-B da Lei nº 8.429/92*³⁸⁷.

O celebrante, além disso, deve ter o compromisso de colaborar com as investigações, auxiliando na produção de provas, quando necessário³⁸⁸. Na falta de *tratamento mais profundo* sobre a colaboração e considerando se tratar de *composição sob condição*, deve-se aplicar por *analogia* as normas de *solução consensual no direito sancionador, como as da colaboração premiada (arts. 3º-A a 7º, Le nº 12.850/13,) do acordo de leniência (arts. 16 e 17, Lei nº 12.846/13) e do acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP)*³⁸⁹.

O ajuste deve conter *cláusula específica de aplicação de multa ou outra espécie de medida cominatória que se demonstre adequada e suficiente para o caso de descumprimento das obrigações assumidas, tal como a inserção em cadastro de inadimplentes (art. 782, § 3º, CPC), com destinação a fundos federais, estaduais ou municipais que tenham o mesmo escopo daquele previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/95, observado o disposto no artigo 5º da Resolução nº 179/17, do Conselho Nacional do Ministério Público*³⁹⁰.

3.2.3. Procedimento

O artigo 17-B da Lei de Improbidade Administrativa³⁹¹ regulamenta o acordo de não persecução civil como nova forma de instrumento consensual para resolução de conflitos no ramo da improbidade administrativa que assim dispõe:

³⁸⁶ *Idem ibidem*, p. 253.

³⁸⁷ *Idem ibidem*, p. 254.

³⁸⁸ *Idem ibidem*, p. 254.

³⁸⁹ *Idem ibidem*, p. 269.

³⁹⁰ *Idem ibidem*, p. 255-256.

³⁹¹ Lei nº 8.429/92. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm.

Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados³⁹²:

I - o integral ressarcimento do dano;

II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

§ 1º A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente:

I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação;

II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;

III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

§ 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará 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, da rápida solução do caso.

§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias³⁹³.

§ 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.

³⁹² Vide comentários quanto à legitimidade ativa e acerca da ADI 7042 e ADI 7043, na p. 115-113 do presente trabalho.

³⁹³ Redação com eficácia suspensa em ADI 7236 MC / DF, por entender o Ministro Relator Alexandre de Moraes que a intervenção interfere indevidamente na autonomia funcional constitucionalmente assegurada ao órgão ministerial. Julgado em 27/12/2022.

§ 5º *As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor*³⁹⁴.

§ 6º *O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.*

§ 7º *Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento*³⁹⁵.

A Lei nº 14.230/21 que alterou a Lei nº 8.429/1992, ao incluir o artigo 17-B na Lei de Improbidade Administrativa impôs limites mínimos para o acordo. Assim, o acordo de não persecução cível somente poderá ser celebrado pelo Ministério Público e pelas pessoas jurídicas de direito público (ADI 7043) desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: I - o integral ressarcimento do dano e II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

O acordo de não persecução civil, como outras formas de solução de conflitos no campo do Direito Administrativo Sancionador, é resultado do enfraquecimento da *invocação abstrata e generalista da supremacia do interesse público e de sua indisponibilidade, pois em diversos casos o melhor para o interesse público pode ser obtido por uma solução concertada, que atenda de um lado os interesses próprios da Administração*

³⁹⁴ ADI 7042 e ADI 7043 declararam a inconstitucionalidade parcial, com interpretação conforme sem redução de texto, do caput e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei nº 8.429/1992, na redação dada pela lei 14.230/2021, *de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356195111&ext=.pdf>

³⁹⁵ Vide comentários nota de rodapé nº 321.

e, de outro, os interesses individuais, que igualmente são protegidos pelo ordenamento jurídico³⁹⁶.

Segundo Ródenas:

“lo característico de la utilización de este tipo de conceptos es que implican una renuncia del legislador a introducir propiedades descriptivas en la norma y, en su lugar, suponen una remisión a los acuerdos valorativos vigentes en un determinado colectivo social”³⁹⁷.

A consensualidade passa a ser uma necessidade para um Estado mais eficiente, regrado por novos paradigmas cuja finalidade da Administração Pública passa a ser a busca de uma solução consensual como *forma de diminuição de riscos e de maximização do interesse público (especialmente pelo cumprimento espontâneo do direito material pelo administrado), fundando-se em uma releitura dos seus pressupostos tradicionais*³⁹⁸.

Não se pode olvidar que a negociação na tutela da Lei de Improbidade Administrativa sujeita-se às regras do Direito Público de modo que o Estado não pode renunciar seu poder sancionador, celebrando o acordo com o fim de impor sanção, mas de forma negociada. *Daí porque não se pode falar em mitigação do princípio do interesse público e de sua marca indelével de indisponibilidade*, já que a consensualidade deve ser compreendida *com vistas a alcançar a efetividade, nos termos preconizados pelos princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade*³⁹⁹.

O ressarcimento do dano não é sanção, mas consequência do ilícito e *nele não pode esgotar o acordo e cujo objeto se radica nas sanções legais. Havendo dano ao erário, o acordo deve obrigatoriamente estabelecer o seu ressarcimento agregado a uma ou*

³⁹⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 235.

³⁹⁷ “O característico da utilização deste tipo de conceitos é que implicam uma renúncia do legislador em introduzir propriedades descritivas na norma e, em seu lugar, supõem uma remissão aos acordos valorativos em vigor num determinado grupo social”. RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 30.

³⁹⁸ NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018, p. 16. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>.

³⁹⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Op. cit., p. 236.

*mais sanções do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, como é a tônica da jurisprudência*⁴⁰⁰.

O Superior Tribunal de Justiça considera:

*“que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, mas apenas consequência imediata e necessária de reparação do ato ímprobo, razão pela qual não pode figurar isoladamente como penalidade*⁴⁰¹.

As alterações providenciadas pela Lei nº 14.230/21 que substituiu o § 1º do artigo 17 pelo artigo 17-B passou a disponibilizar e disciplinar o acordo de não persecução civil. O Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas (ADI 7042 e ADI 7043) podem negociar com o investigado - ou réu, no processo de improbidade administrativa (§ 5º, art. 17-B) as condições do acordo, desde que presente o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados (art. 17, *caput*, incs. I e II, respectivamente).

A celebração do acordo dependerá, cumulativamente da oitiva do ente federativo lesado - em momento anterior ou posterior à propositura da ação (§ 1º, inc. I)⁴⁰², da aprovação pelo órgão do Ministério Público⁴⁰³ competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação, no prazo de até 60 (sessenta) dias (inc. II) e da homologação judicial (independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa) (inc. III). Em qualquer caso, o acordo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a

⁴⁰⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Acordo de não persecução civil. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). Acordos de não persecução penal e cível. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, cap. 1, p. 337.

⁴⁰¹ STJ- REsp nº 1376481 RN, Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES. SEGUNDA TURMA, Data de Julgamento: 15/10/2015. Data da Publicação: DJe 22/10/2015. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300950249&dt_publicacao=22/10/2015

⁴⁰² Segundo Wallace Paiva Martins Júnior o requisito da oitiva do ente federativo lesado é *totalmente inadequado* (inc. I). A oitiva, segundo ele, *pode ser útil*, mas se o acordo for celebrado por parte do Ministério Público a obrigatoriedade do oitiva do ente federativo *viola a independência do Poder Judiciário e do Ministério Público, considerando que o juiz ou o órgão revisor do Ministério Público podem acolher ou recusar o acordo. Daí porque ser dispensável e facultativa, considerando que o Parquet deve reunir elementos seguros também para exercer responsabilmente o direito de composição*. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Acordo de não persecução civil. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). Op. cit, Cap. 1, p. 339-340.

⁴⁰³ E pelas pessoas jurídicas de direito público (ADI 7043).

gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso (§ 2º).

O acordo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas (§ 6º)⁴⁰⁴.

A avença também deve contemplar a forma de execução, o modo de fiscalização do seu cumprimento e as hipóteses de extinção e rescisão, com suas respectivas consequências. Deve prever o impedimento de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento da autoridade celebrante (§ 7º)⁴⁰⁵ caso haja descumprimento do acordo. Neste caso, haverá a execução da pena de multa e das demais obrigações avençadas, como os *valores relativos ao ressarcimento ao erário, descontando-se os valores já pagos, com vencimento antecipado das obrigações em sua totalidade*⁴⁰⁶.

O ajuste de não persecução civil exige um juízo de oportunidade, conveniência e adequação ao caso concreto, isto é, quando for *o meio mais adequado para a solução do conflito, porque proporcionará a proteção do interesse público mediante solução negociada*⁴⁰⁷.

Seja o pacto celebrado judicial ou extrajudicialmente sempre deverá ser homologado judicialmente (art. 17-B, § 1º, inc. III). O magistrado não poderá conhecer de ofício, pois se trata de matéria afeta ao direito obrigacional⁴⁰⁸. A homologação judicial deve ocorrer em qualquer hipótese porque *o acordo adquire eficácia de título executivo judicial e*

⁴⁰⁴ Vide comentário na p. 117 do presente trabalho.

⁴⁰⁵ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Op. cit., p. 256.

⁴⁰⁶ *Idem ibidem*, p. 268.

⁴⁰⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. Revista de Processo, vol. 195, ano 36, p. 187-208. São Paulo: RT, maio, 2011. In MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Op. cit., p. 243.

⁴⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020, p. 12.

*elimina as incertezas, notadamente sobre as sanções restritivas de direito*⁴⁰⁹. Inclusive no caso de *suspensão de direitos políticos, a homologação judicial afasta qualquer alegação de tergiversação sobre a exigência legal prevista no artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa*⁴¹⁰.

O pacto poderá ser celebrado diretamente com pessoa jurídica interessada (arts. 1º e 17, da Lei nº 8.429/92) e, neste caso, sempre com a necessária participação do Ministério Público, devendo ocorrer submissão à homologação judicial com o fim de conferir segurança jurídica e a possibilidade de passar pelo crivo jurisdicional⁴¹¹.

3.3. Os Vasos Comunicantes entre os Acordos de Não Persecução Penal e Civil como Instrumento de Segurança Jurídica para as Empresas

O Brasil tem vivenciado a incorporação de novos mecanismos de justiça consensual, com o acréscimo de hipóteses de negociação para a solução de controvérsias, inclusive penais. *A adoção de instrumentos, ferramentas e políticas alternativas e consensuais permeia todo o ordenamento jurídico e atividade forense nacional: justiça restaurativa, termos de ajustamento de conduta, autocomposição no âmbito da administração pública, acordo de leniência, acordo de não persecução civil, mediação, conciliação, arbitragem, dentre outros, permeando uma tendência de resolução de conflitos cada vez mais distante das práticas tradicionais judicializadas*⁴¹².

O sistema da Justiça penal tem buscado instrumentos eficazes para prestação jurisdicional muitas vezes ineficientes de controle social, *inclusive do ponto de vista do seu custo-benefício, com índices inusitados de violência diante de tão escassos resultados*⁴¹³. Ao se ampliar o acesso à justiça consensual flexibiliza-se a ideia de que a via

⁴⁰⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Acordo de não persecução civil. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). Acordos de não persecução penal e cível. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. Cap. 1, p. 339.

⁴¹⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. *Op. cit.*, p. 268.

⁴¹¹ PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Campina Grande: CEI, 2020, p. 119.

⁴¹² TURESSI, Flávio Eduardo; MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Imputabilidade penal e o acordo de não persecução penal: ensaio sobre a aplicação da justiça penal negociada para inimputáveis e semi-imputáveis. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). Acordos de não persecução penal e cível. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, cap. 1, p. 337.

⁴¹³ RUSCONI, Maximiliano. Las fronteras del poder penal. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005, p. 2.

jurisdicional é a única e necessária via para a pacificação de conflitos e negociações livres de intervenção judicial, condicionada à homologação do magistrado, garantem a distribuição equilibrada de poderes entre os atores do processo na composição de interesses através do consenso⁴¹⁴, valendo essa ideia também para o direito administrativo sancionador.

*Nesse cenário, flagrantemente influenciado pelo sistema legal da Common Law anglo-saxão, vários ordenamentos jurídicos no mundo afora têm incorporado, em seus sistemas da Civil Law, medidas voltadas à simplificação e rapidez da prestação da tutela jurisdicional, com especial destaque para a ampliação dos horizontes do consenso entre acusação e defesa na esfera penal*⁴¹⁵.

A busca da solução de conflitos por meio do diálogo e da negociação (justiça restaurativa), com a participação ativa da vítima e do seu ofensor, está de acordo com a Resolução nº 2002/2012 da Organização das Nações Unidas (ONU)⁴¹⁶, que trata dos princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. A metodologia da negociação “significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador”⁴¹⁷.

A Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) nº 243/2021⁴¹⁸ prevê, em consideração à Resolução nº 40/34 da ONU, aprovada pela Assembleia Geral em 29 de novembro de 1985, a adoção de práticas de Justiça Restaurativa com políticas

⁴¹⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; PEZZOTTI, Olavo Evangelista. A discricionariedade da ação penal pública. Paraná: Argumenta Journal Law, n. 30, p. 371. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/1589-5689-1-PB.pdf>

⁴¹⁵ TURESSI, Flávio Eduardo; MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Imputabilidade penal e o acordo de não persecução penal: ensaio sobre a aplicação da justiça penal negociada para inimputáveis e semi-imputáveis. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). Acordos de não persecução penal e cível. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. Cap. 1, p. 278.

⁴¹⁶ Resolução 2002/12 da ONU - Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACult uradePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf

⁴¹⁷ Justiça Restaurativa. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvitas/o-ministerio-publico-e-a-vitima/justica-restaurativa#:~:text=A%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20pode%20ser,v%C3%ADtima%20e%20do%20seu%20ofensor.>

⁴¹⁸ Resolução nº 243, de 18 de outubro de 2021. Dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resolucao-n-243-2021.pdf>

de atuação em rede e de cooperação nas negociações reparadoras, com promoção de direitos e apoio às vítimas de criminalidade:

Art. 10. Incumbe ao Ministério Público implementar projetos e mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, por meio da negociação, mediação e conferências reparadoras dos traumas derivados dos eventos criminosos ou de atos infracionais, observando-se as diretrizes traçadas nas Resoluções CNMP nos 118, de 1º de dezembro de 2014, e 181, de 7 de agosto de 2017.

Parágrafo único. O Ministério Público deve implementar políticas de atuação em rede, mediante termos de cooperação e parcerias destinadas à implementação de políticas restaurativas, observada a assistência a que se refere o art. 6º, que visem à adesão e à integração voluntária e esclarecida da vítima⁴¹⁹.

De acordo com a regra, o Ministério Público deve fomentar e implementar políticas de atuação em rede, mediante termos de cooperação e parcerias, aplicando-se este regramento não só nos acordos de não persecução penal como também nos acordos de não persecução civil. Afinal, a Administração Pública, o erário público, a coletividade são vítimas dos atos de improbidade e devem ser equiparadas à vítima tratada na Resolução nº 243/2021 do CNMP e Resolução nº 40/34 da ONU.

A ampliação da justiça negociada no direito sancionador brasileiro - penal e civil, assim como em diversos países, é um caminho sem volta, pois através de uma política que busca a *via de concessões mútuas* a lei será aplicada *de forma mais célere, eficiente, com menor custo financeiro ao erário e com menor custo social para os envolvidos*⁴²⁰. O problema é que dentro deste *subsistema consensual de aplicação da lei, dentro do amplo espaço de consenso, há múltiplas formas de resolução de conflitos*⁴²¹ surgindo a necessidade de integração das normas e das responsabilidades.

⁴¹⁹ Idem, Resolução nº 243, de 18 de outubro de 2021.

⁴²⁰ Os autores mencionam esse ponto somente na questão da política criminal. No entanto, cabível o alargamento da ideia para o direito sancionador em geral. TURESSI, Flávio Eduardo; MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. cit., p. 280.

⁴²¹ Idem ibidem, p. 279.

Os infratores celebrantes podem formalizar conjuntamente acordos penais e administrativos (de leniência da lei de anticorrupção empresarial, da lei de defesa da concorrência e acordo de não persecução civil) e o *cumprimento de uns terá efeito no adimplemento de outros desses acordos, desde que devidamente homologados pela autoridade competente e todos os seus termos adimplidos. O Estado deve impedir novo processo pelos mesmos fatos, especialmente se todos os legitimados tiverem firmado o acordo*⁴²².

O problema, então, ocorre quando há um acordo celebrado pelos mesmos fatos e no caso dos acordos de não persecução penal e civil em que há a mesma titularidade (Ministério Público), o mesmo bem jurídico e as mesmas sanções. Em razão do princípio da unidade e da indivisibilidade do *Parquet* encontra-se a necessidade de se desenvolver uma política sancionadora integrada, com fixação de limites ao direito de punir, em razão da proibição do *bis in idem* entre os acordos quando houver ilícito penal e ilícito administrativo.

Calil Simão entende que, nas demandas coletivas, a *eficácia subjetiva da coisa julgada transcende as partes do processo e, portanto*, os efeitos do acordo e eventual decisão homologatória têm *efeito erga omnes*⁴²³. Assim, as pessoas jurídicas que já celebraram acordo ou tenham a seu favor acordo celebrado por seus dirigentes têm o direito de compensar as sanções eventualmente aplicadas em outras esferas, conforme o artigo 21, § 5º da Lei de Improbidade Administrativa, pois não sendo interpretado desta forma incorreria na pena de onerar duas vezes a empresa pelo mesmo fato, violando a proibição ao *ne bis in idem*.

Os princípios da economicidade⁴²⁴, segurança jurídica⁴²⁵, da duração razoável do processo⁴²⁶ e a justiça penal negocial⁴²⁷, juntamente com as garantias judiciais

⁴²² ARAS, Vladimir. Os acordos cíveis da lei de improbidade administrativa e da lei anticorrupção empresarial. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativo. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 599-600.

⁴²³ SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021, p. 455.

⁴²⁴ “Princípio da economicidade: é o critério utilizado para condicionar as escolhas que o mercado ou o Estado, ao regular a atividade econômica, devem fazer constantemente, de tal sorte que o resultado final seja sempre mais vantajoso que os custos sociais envolvidos”. MALIKI, Débora. Uso do Direito Econômico para cumprimento do princípio da economicidade. Publicado em: 7/10/2019. Disponível em: [https://www.editorajc.com.br/uso-do-direito-economico-para-cumprimento-do-principio-da-economicidade/#:~:text=20.395\).,que%20os%20custos%20sociais%20envolvidos](https://www.editorajc.com.br/uso-do-direito-economico-para-cumprimento-do-principio-da-economicidade/#:~:text=20.395).,que%20os%20custos%20sociais%20envolvidos).

⁴²⁵ Segundo José Afonso da Silva “a segurança jurídica consiste no 'conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da

previstas no artigo 8 do Pacto de São José da Costa Rica⁴²⁸ devem ser os valores norteadores dos vasos comunicantes entre os acordos de não persecução penal e civil - até mesmo, eventualmente, dos demais acordos, a fim de se atingir um direito integrador, evitando-se a punição da empresa duas vezes pelo mesmo fato.

Daí a conclusão de que os acordos devem estar interligados – vasos comunicantes, através da comunicação e cooperação entre os membros do Ministério Público e entre o *Parquet* e as demais autoridades competentes com titularidade para a celebração dos acordos para impedir dupla sanção e insegurança jurídica na aplicação da norma, ante a possibilidade de compensação de sanções já aplicadas em acordos anteriormente celebrados. As empresas nacionais e transnacionais esperam do Estado brasileiro a efetivação da justiça de forma equilibrada a fim de manter ou mesmo aumentar sua participação econômica no país, aperfeiçoando-se os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil do artigo 3º da Constituição Federal pátria⁴²⁹.

liberdade reconhecida””. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>

⁴²⁶ Para saber se a duração do processo se verificou dentro do razoável em face de suas peculiaridades é necessária a análise do caso concreto. Nesse sentido, “o posicionamento jurisprudencial da Corte Europeia dos Direitos do Homem fixa três critérios para verificar a razoável duração do processo: (i) complexidade do assunto; (ii) comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; e (iii) da atuação do órgão jurisdicional” (NOTORIANO JÚNIOR, p. 60). SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006, p. 27. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93271/Silva%20Enio.pdf?sequence=4>

⁴²⁷ “A justiça negocial criminal é um instrumento de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão e admite o erro, mas não pretende mais delinquir. No Brasil, com a inserção do Acordo de Não Persecução Penal, art. 28-A, no Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), nosso ordenamento jurídico passou a possuir mais uma oportunidade para evitar a aplicação ou cumprimento da pena, mediante certos requisitos e determinadas condições”. Processo Penal e Justiça Negocial. Escola Superior da Magistratura do Amazonas. Publicado em 14/09/2022. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/esmam-noticias/7097-live-esmam-processo-penal-e-justica-negocial#:~:text=A%20justi%C3%A7a%20negocial%20criminal%20%C3%A9,de%20N%C3%A3o%20Persecu%C3%A7%C3%A3o%20Penal%2C%20art.>

⁴²⁸ ARTIGO 8: Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

⁴²⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O mecanismo para a aplicação dos vasos comunicantes quando não celebrado o ANPP – ou não compensadas as sanções já aplicadas em ANPC, seria por meio da impetração de *Habeas Corpus* Coletivo já acolhido pela jurisprudência pátria⁴³⁰ no Processo Penal Coletivo. *Ao tratar do processo penal voltado à pessoa jurídica é preciso analisar sob o prisma do Processo Penal Coletivo. Os crimes envolvendo pessoas jurídicas, especialmente no Brasil, envolvem bens jurídicos difusos já que o meio ambiente é um bem jurídico coletivo nos termos do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, pois afeta a sociedade de forma abrangente, não podendo ser dividido em relação aos titulares (indivisibilidade) e envolve pessoas na mesma situação fática*⁴³¹.

E por *constituir um poder-dever do Ministério Público, o não oferecimento tempestivo do acordo de não persecução penal desacompanhado de motivação idônea constitui nulidade absoluta* passível de impugnação em sede de *Habeas Corpus*. A Sexta Turma, do Superior Tribunal de Justiça entendeu no AgRg no HC 762.049-PR⁴³², por unanimidade, que:

*“Acordo de não persecução penal - ANPP. Pressupostos legais configurados. Poder-dever do Ministério Público de propor o acordo no momento processual oportuno. Propositura do pacto após o oferecimento e recebimento da denúncia. Nulidade absoluta. Formalização do acordo que não pode ser condicionada a confissão extrajudicial. Presunção de prejuízo”*⁴³³.

Assim, a pessoa jurídica que se sentir lesada poderá impetrar *Habeas Corpus* Coletivo para, ainda que não tenha direito subjetivo, exercer seu direito a uma manifestação motivada do Ministério Público quanto à ausência de proposta de celebração do acordo de não persecução penal:

“Não deve ser entendido com um direito subjetivo do suposto autor do fato, mas um benefício legal, sendo certo que o Ministério Público, titular

⁴³⁰ STF - HC nº HC 143641 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. SEGUNDA TURMA, Data de Julgamento: 20/02/2018.

⁴³¹ CORRERA, Marcelo Carita. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a teoria do delito em face da autorresponsabilidade do ente coletivo. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 176.

⁴³² STJ - AgRg no HC 762.049 PR, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA. Data de julgamento: 7/3/2023. Data da Publicação: DJe 17/3/2023.

⁴³³ STJ - Informativo de Jurisprudência Número 769. Brasília, 4 de abril de 2023.

exclusivo da ação penal, desde que presentes os requisitos legais, deverá oferecer a proposta. Porém o Ministério Público detém o poder discricionário de não o fazer, desde que motivado o seu posicionamento na análise da necessidade e suficiência do ANPP para reprovação e prevenção do crime’⁴³⁴.

O *Habeas Corpus* na seara do acordo de não persecução penal, como dito, é o remédio cabível inclusive para exigir a compensação das sanções quando houver ligação com o mesmo fato pela proibição do *bis in idem*.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu inclusive, no REsp nº 1847488-SP em *Habeas Corpus*, a necessidade de adoção da cláusula do direito norte-americano da *double jeopardy*⁴³⁵ ou princípio da vedação à dupla incriminação, *também conhecido mais comumente no direito brasileiro como ne bis in idem*, por entender não ser possível o Ministério Público ajuizar duas ações penais referentes aos mesmos fatos violando a garantia contra a dupla incriminação⁴³⁶. Assim, é possível a impetração de *Habeas Corpus* para evitar o *bis in idem* na celebração do acordo de não persecução penal ou mesmo qualquer outro acordo celebrado pelo mesmo fato.

Já no acordo de não persecução civil a empresa que se sentir prejudicada poderá impetrar Mandado de Segurança, nos termos do artigo 5º, inc. LXIX, da Constituição Federal⁴³⁷, pois da mesma forma da avença penal, ainda que não exista direito subjetivo, a pessoa jurídica tem o direito de saber motivadamente a recusa do Ministério Público. Isso porque, a Constituição Federal *ao prever a concessão de mandado de segurança para*

⁴³⁴ SILVA, Marcelo Oliveira da. O Acordo de Não Persecução Penal. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 261-285, Setembro-Dezembro. 2020, p. 4.

⁴³⁵ “A “*Double jeopardy Clause*” encontra-se prevista na 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que estabelece que “ninguém poderá ser por duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde pelo mesmo crime “. Disponível em: <https://www.direitopenalbrasileiro.com.br/voce-conhece-o-conceito-double-jeopardy-clause-e-como-e-aplicado-no-stj/#:~:text=A%20E2%80%9CDouble%20jeopardy%20Clause%E2%80%9D%20encontra,ou%20sa%C3%BAde%20pelo%20mesmo%20crime%E2%80%9C>.

⁴³⁶ STJ- REsp nº 1847488 SP, Relator: Min. RIBEIRO DANTAS. QUINTA TURMA, Data de Julgamento: 20/04/2021. Data da Publicação: DJe 26/04/2021. RSTJ vol. 261 p. 1004.

⁴³⁷ Art. 5º, LXIX, CF: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “*habeas-corpus*” ou “*habeas-data*”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

*proteger direito líquido e certo, não desautoriza seu manejo por pessoa jurídica, haja vista que onde o Direito não restringe, não deve o intérprete restringir*⁴³⁸.

Ainda, quanto à aplicação do acordo de não persecução civil, na ausência de regramento expresso, deve-se seguir como um de seus parâmetros o disposto no artigo 7º, inc. VIII, da Lei nº 12.846 (Lei Anticorrupção Empresarial) que prevê a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Esse parâmetro serviria como *um instrumento que, para além de seu escopo direto e imediato de responsabilização, contribuiria para a implantação concreta da ética nas relações entre os setores público e privado e a efetiva realização dos vetores que orbitam em torno da liberdade econômica - em especial, a competitividade entre as empresas -, dogma absolutamente fundamental nas modernas e pujantes sociedades capitalistas*⁴³⁹. Desta maneira, também os procedimentos internos de integridade auxiliariam na captação de acordos de não persecução já celebrados, impedindo a repetição, com a aplicação de duas – ou mais, penas/acordos, sobre a mesma falta.

Não se pode olvidar, ademais, da aplicação do princípio da fraternidade também para a pessoa jurídica, pois além da proibição do *bis in idem* e da segurança jurídica, ele é capaz de se conceber *como fonte constitucional e moral para a construção de uma cultura de conciliação*⁴⁴⁰. *Em função da busca de uma sociedade que seja concomitantemente igualitária e liberal, a fraternidade coloca-se como um novo ponto de vista sobre a democracia, justamente focado na consensualidade*⁴⁴¹ e é razoável que as empresas não fiquem fora desta proteção. Com a fraternidade passando a se expressar *como categoria jurídica relacional com aptidão a regular a vida gregária e estabilizar as expectativas sociais no que tange às condutas humanas*, torna-se um anteparo para a empresa quando duas ou mais normas jurídicas, que contêm um mesmo ideal sancionador e estão conectados em um

⁴³⁸ Informativo de Jurisprudência n.º 191. Período: 01 a 15 de junho de 2010. (20070020004360MSG, Rel. Des. SÉRGIO BITTENCOURT. Voto minoritário - Des. LÉCIO RESENDE. Data do Julgamento 18/05/2010). Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2010/informativo-de-jurisprudencia-n-o-191>

⁴³⁹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Improbidade e Mercado. Publicado em 07/06/2023, p. 4. Disponível em:

<https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:871a897e-c803-39a9-8848-eaf544ebe7a2>

⁴⁴⁰ FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 45.

⁴⁴¹ Idem ibidem, p. 57.

mesmo fato, seja submetida a uma mesma sanção - ou ao menos à compensação de sanções, evitando-se o *bis in idem* e respeitando a segurança jurídica⁴⁴².

Vê-se, pois, a necessária racionalização e coordenação do direito penal e do direito administrativo sancionador, considerando que o ilícito penal e o ilícito administrativo somente se diferem *sob o ponto de vista normativo, não fazendo sentido buscar diferenças ontológicas entre eles*. Ainda que haja mais de uma autoridade competente, deve-se entender ser vedada a cumulação de sanções decorrentes do mesmo fato⁴⁴³.

Desse ponto, a fim de dar efetividade aos vasos comunicantes, serve o princípio da proporcionalidade como fundamento jurídico essencial para atender o *princípio do ne bis in idem*⁴⁴⁴. O princípio da proporcionalidade impõe ao Estado que atue com moderação, sobretudo no campo punitivo, adotando solução estritamente necessária para o atingimento do fim almejado na norma, auxiliando os parâmetros de identificação das hipóteses de aplicação do *ne bis in idem* que são: identidade de sujeitos, identidade de fatos e de fundamento jurídico. Insere-se no critério da identidade de sujeitos a pessoa física e jurídica, afastando a possibilidade de impor sanção aos dois pelo mesmo fato. Quanto à identidade de fatos, esse dado deve observando à luz do fato real praticado, pouco importando a tipicidade de cada sistema. O último critério é o da identidade do fundamento jurídico e a solução seria *de lege ferenda*, porém, enquanto não existir norma a respeito, a

⁴⁴² Segundo o Portal da Indústria: "Segurança jurídica é o princípio de previsibilidade e coerência na aplicação das leis sobre os ambientes de negócios garantindo aos investidores e empresas um cenário mais previsível, razoável e estável para maior segurança entre as relações de negócios. O conceito segurança jurídica busca maior clareza e melhor compreensão de direitos e deveres e de sua aplicação ao longo prazo.

A segurança jurídica favorece, portanto, a tomada de decisões de todos sobre como se portar e a previsão, com algum grau de certeza, das consequências que ocorrerão no futuro com relação aos atos que foram praticados no presente.

Em suma, há segurança jurídica quando o Direito serve de instrumento de orientação, de proteção e de tranquilidade para os cidadãos, de modo que eles possam praticar seus atos e realizar investimentos sem que sejam surpreendidos de modo abrupto e incoerente".

Portal das Indústrias: Segurança jurídica: o caminho para um bom ambiente de negócios. Disponível em <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/seguranca-juridica/#:~:text=Seguran%C3%A7a%20jur%C3%ADdica%20%C3%A9%20o%20princ%C3%ADpio,entre%20as%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20neg%C3%B3cios>. Acesso em: julho/23.

⁴⁴³ COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013, p. 145 e 184.

⁴⁴⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 183.

proporcionalidade seria o caminho para evitar a dupla sanção⁴⁴⁵. Assim decidiu a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 993658/SC:

“Os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, corolários do princípio da legalidade, são de observância obrigatória na aplicação das medidas punitivas, como soem sem ser as sanções encartadas na Lei 8429/92, por isso que é da essência do Poder Sancionatório do Estado a obediência aos referido princípios constitucionais”⁴⁴⁶.

Em paradigmática decisão sobre a proteção do *ne bis in idem*, o Ministro Gilmar Mendes deferiu medida cautelar nos autos da Reclamação 41.557/SP para determinar a imediata suspensão da indisponibilidade de bens e o sobrestamento de ação civil de improbidade administrativa, por entender pela proibição de dupla persecução, penal e administrativa, pelo mesmo fato, após o arquivamento da ação penal no Supremo Tribunal Federal por não haver provas da autoria (HC 158.319/SP)⁴⁴⁷:

“[...] a mesma narrativa fático-probatório que deu ensejo a uma decisão de mérito definitiva na esfera penal, que fixa uma tese de inexistência do fato ou de negativa de autoria, não pode provocar novo processo no âmbito do direito administrativo sancionador – círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o bis in idem vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos”⁴⁴⁸.

Ora, se na lei mais recente havendo a punição criminal de um dirigente de uma empresa ímproba, não poderá aquele ser novamente punido. Ou uma coisa ou outra. Desse raciocínio pode-se concluir que o mesmo deve acontecer com a pessoa jurídica que seria punida duas vezes, porquanto é ela que costumeiramente arca com o ônus da punição de

⁴⁴⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. cit., p. 217-220.

⁴⁴⁶ STJ – REsp 993658 SC. Relator: Min. FRANCISCO FALCÃO. Relator para Acórdão: Min. LUIZ FUX. PRIMEIRA TURMA. Data de Julgamento: 15/10/2009. Data da Publicação: DJe 18/12/2009.

⁴⁴⁷ LOPES JR., Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o *ne bis in idem*: um bom começo. Publicado em: 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/limite-penal-cautelar-reclamacao-41557sp-ne-bis-in-idem-bom-comeco>

⁴⁴⁸ STF - Rcl 41557 SP. Relator: Min. GILMAR MENDES. SEGUNDA TURMA. Data de Julgamento: 15/12/2020. Data da Publicação: DJe 10/03/2021.

seus comandantes. A título de exemplo a multa e/ou reparação do dano suportado por um presidente ou diretor deve ser aproveitado em benefício da pessoa jurídica.

Neste sentido, *ramos diferentes do Ministério Público ou ainda membros do Ministério Público de diferentes unidades judiciárias ou que atuem perante graus de jurisdição diversos*, diante de um fato único, com atribuições distintas, mas que cuidassem de fato único, deveriam atuar conjuntamente⁴⁴⁹. Isso significa que o órgão apurador/acusador, deve ter a mesma perspectiva de solução. Por isso, de se entender que o promotor de justiça criminal deve estar ombreado com o promotor de justiça do patrimônio público e social (cidadania) e devem trabalhar conjuntamente para além de evitar discrepâncias entre suas respectivas atuações, reduzir esforços, alcançar a resolutividade e celeridade da efetivação da justiça, impedindo que ocorra o abominável e indesejado *bis in idem*, e que tanto os responsáveis humanos (presidência, diretores e outros responsáveis) e a própria empresa, além de suportar proporcional e justa reprimenda, continuar no mais das vezes a exercer suas atividades, quer no âmbito pessoal, quer no empresarial, evitando-se não somente o desaparecimento de postos de trabalho, pagamento de tributos, mas, enfim, o prosseguimento das importantes atividades por eles exercidas em prol da sociedade como um todo.

Isso tudo exige para além da sensibilidade, regramento específico, tudo para evitar, como dito, excesso de punição e permitir a continuação das atividades econômicas, tão importantes para sociedade, alcançando-se, por óbvio, a necessária segurança jurídica e com isso a atração de investimentos tanto internos como externos. Não que se almeje a impunidade, mas que se atinja a efetivação dos constitucionais princípios da solução pacífica das controvérsias, da celeridade e de sua solubilidade, tudo em prol do também constitucional princípio da garantia da correta atividade econômica (art. 170, CF)⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ ARAS, Vladimir. Os acordos cíveis da lei de improbidade administrativa e da lei anticorrupção empresarial. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativo. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 570.

⁴⁵⁰ Como dito acima, nos capítulos 1.1.3.2. (Capitalismo engajado: consciente e corajoso); 1.1.3.3. (Gestão responsável) e 1.1.5. (Ética empresarial) do presente trabalho, a empresa deve ter uma gestão consciente e pautada na ética.

CONCLUSÃO

Em reflexões finais, o que fomentou a realização a pesquisa foi a necessidade de investigar e analisar como as empresas podem ser beneficiadas com a segurança jurídica ao se adotar uma teoria dos vasos comunicantes entre os acordos de não persecução penal e cível, evitando-se descumprir a proibição do *bis in idem*. A partir da previsão legal de composição no direito sancionador e do impedimento da dupla incriminação, os acordos facilitariam a vida do Estado, reduzindo custos e energia para a solução dos problemas. Construir-se-ia uma solução justa para os envolvidos, de maneira que a primazia da celeridade constitucional foi observada.

A necessidade de encontrar uma solução não prevista em lei para o *ne bis in idem* na celebração dos acordos de não persecução levou à execução desta pesquisa, que teve como finalidade, por meio da análise da interpretação doutrinária e jurisprudencial de casos equiparados, com o auxílio muitas vezes do uso da analogia, propor uma teoria que constituísse uma interligação entre os acordos de não persecução – e até mesmo, eventualmente, com outros acordos da justiça negocial. O objetivo dessa teoria é evitar de a empresa ser sancionada duas vezes pelo mesmo fato. A estrutura da pesquisa também propôs a elaboração de um sistema de cooperação e integração entre os Ministérios Públicos, inclusive com órgãos públicos autorizados a celebrar acordos do direito sancionador.

Desse modo, ao buscar respostas para a indagação sobre qual a vantagem de uma empresa - nacional ou transnacional, celebrar um acordo em uma esfera da jurisdição e ser novamente investigada em outra, constatou-se a coerência da adoção dos vasos comunicantes para a pessoa jurídica não ficar no limbo da insegurança jurídica e repentinamente não ser processada novamente pelo mesmo fato, com consequências econômicas catastróficas para sua atividade, que poderia até mesmo levar à sua inviabilidade econômica, prejudicando a economia nacional e a manutenção dos empregos.

Quanto ao questionamento inicial da existência ou não no ordenamento jurídico brasileiro de soluções plausíveis que poderiam servir de referência para se evitar as incertezas omitidas pelo sistema jurídico no que tange ao *bis in idem* entre os acordos de não persecução, averiguou-se ser possível no campo do acordo de não persecução penal a impetração de *Habeas Corpus* Coletivo pela empresa que se sentisse lecionada tanto pela

ausência de motivação por parte do Ministério Público, que não concedeu o direito de negociação à empresa investigada, quanto pela não compensação de sanções caso já tivesse celebrado acordo de não persecução civil por ato de improbidade administrativa pelo mesmo fato.

E no campo do acordo de não persecução cível, pelos mesmos motivos, apurou-se a possibilidade de impetração de mandado de segurança para que as empresas nacionais e transnacionais possam se valer do direito de celebrar acordo ou compensar a sanção já ajustada em acordo de não persecução penal.

Não menos importante a constatação da aplicação dos princípios, especialmente dos princípios da segurança jurídica, da proporcionalidade e da fraternidade para justificar a impossibilidade do *bis in idem*, dando efetividade aos vasos comunicantes.

Esta pesquisa, portanto, possibilitou a ampliação da proibição do *bis in idem* também para os acordos de não persecução, principalmente porque as regras jurídicas atuais são confusas e muitas vezes conflitantes, gerando insegurança para as empresas no momento da cogitação e celebração do acordo. O conjunto normativo não é suficiente para tranquilizar a pessoa jurídica que tem o desejo de se manter em conformidade com a lei, correndo o risco, nesta incerteza, de ser onerada excessivamente, com sérias repercussões sociais de descrédito para investimentos futuros.

Os acordos, por sua vez, estão em consonância com a função social da empresa e um capitalismo consciente e corajoso. Os vasos comunicantes trariam segurança jurídica às empresas, mormente às transnacionais que temem investir no país pelas incertezas decorrentes do sistema jurídico brasileiro com um modelo sancionador rígido. Essa integração acabaria por enaltecer uma cultura de criação de valores éticos emergida da consensualidade e da primazia da busca do desenvolvimento econômico nacional, auxiliando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, CF), além do caráter educativo e eficaz de combate à corrupção e a impunidade. Afinal, diversos processos são extintos pela prescrição em razão do grande volume de lides junto ao Poder Judiciário.

Os acordos de não persecução encorajados pela possibilidade de comunicação entre eles gerariam uma possível concepção empresarial de gestão responsável, cuidadosa, transparente, como práticas imanentes da empresa. Preservaria principalmente o

que de mais valoroso tem para uma empresa: seu bom nome, pois os acordos manteriam a confiabilidade da empresa que não foi condenada.

A aplicação dos vasos comunicantes entre os acordos permite estabilidade jurídica para a empresa organizar de maneira criativa e inovadora a estrutura de comando da empresa com o equilíbrio dinâmico para estimular o espírito empreendedor, já que os sistemas estatais que possuem regras rígidas tendem a ser mortais para a inventividade e a burocracia sufoca as oportunidades de implementar ideias arrojadas. Os vasos comunicantes entre os acordos de não persecução premiariam o sucesso e não deixariam impunes atos ilícitos ou corruptos. Com esta integração haveria apoio às empresas conscientes que buscam o desenvolvimento econômico com base na dignidade humana, pensando em praticar atividade econômica com propósito maior, de resultado mais humano e flexível.

Por essa teoria de integração dos acordos, nada impede que o acordo de não persecução seja celebrado com pessoa física ou jurídica: um acordo se comunicaria com o outro não só pela natureza da responsabilidade – cível e penal, como também em relação ao legitimado para a celebração do acordo com o Estado. Seja o acordo celebrado com pessoa física ele se comunicaria à pessoa jurídica praticante do mesmo fato e vice-versa.

Os acordos de não persecução funcionariam como uma espécie de proteção. A sanha persecutória de ver a empresa como adversária prejudica o desenvolvimento e interrompe os valores constitucionais da livre iniciativa, ou no mínimo os prejudica. A empresa quando possui uma força persecutória contra ela tem afetado o próprio empreendimento e toda a carga tributária a ser recebida pelo Estado. Uma teoria dos vasos comunicantes entre os acordos de não persecução vêm com o objetivo de alinhar a conduta ao regramento rígido.

Pensando no direito da empresa, no desenvolvimento nacional e no respeito à dignidade humana é que se propõe uma nova reflexão jurídica sobre a comunicação dos acordos de não persecução como instrumento da solução sem conflito, integrando as medidas sancionadoras com a finalidade de trazer segurança jurídica às empresas.

Em síntese, o que se procura inovar é exatamente a sistematização dos fundamentos esparsos no ordenamento jurídico, além de indicar os caminhos procedimentais – via a intersecção dos acordos de não persecução penal e civil, a fim de se alcançar a mais justa solução dos conflitos em todas as suas vertentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. Os futuros da empresa. In: Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020.

ARANTES, Elaine Cristina. Ética Empresarial. Disponível em:
http://redeetec.mec.gov.br/images/stories/pdf/proeja/etica_rel_interp.pdf

ARAS, Vladimir. Os acordos cíveis da lei de improbidade administrativa e da lei anticorrupção empresarial. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativo. São Paulo: Juspodivm, 2022.

ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco. Capítulo 5. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret. 2007.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal econômico. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. La delincuencia econômica desde el punto de vista criminológico. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord). Nuevas Tendências dei Derecho Penal Econômico y de la Empresa. Lima: Ara, 2005.

BARBOSA, Leonardo Garcia. Conceito e função econômica da empresa. In: Revista de Informação Legislativa, ano 51, n. 202, abr/jun, 2014.

BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. Acordos de não persecução penal e cível - 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

BECK, Ulrich. La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidade. Barcelona: Paidós, 1998.

BENACCHIO, Marcelo; MOURA RIBEIRO, Paulo Dias de. As empresas transnacionais e os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos da organização das nações unidas. Disponível em:

chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/5894-371381030-1-SM.pdf -

_____. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Ordes (Coord.). Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.2.

BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. Revista dos Tribunais, 2015. RT Vol. 961 (novembro 2015).

BURINI, Bruno Correa, Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: uma perspectiva instrumentalista. São Paulo: USP (tese de doutorado), 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

CALDAS, Roberto Correia. Governança regulatória e os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS): um plano de ação para as políticas públicas locais. In: JORGE, André Guilherme Lemos, et al (Coord.). Direito empresarial: estrutura e regulação. São Paulo: Universidade Nove de Julho – UNINOVE, 2018.

CAMPOS DA SILVA, Guilherme Amorim. Constituição da República, empresa e desenvolvimento nacional. In: Direito empresarial: Estruturas e Regulação, v. 2. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPEZ, Rodrigo. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 17, nº 44, Julho-Setembro/2016.

Disponível em:

chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/pp%209.pdf?d=636685514639607632

CARAVELO, Thiago Vinícius Pondian. A justiça negocial no Direito Penal: Juizados Especiais Criminais e colaboração premiada. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51709/a-justica-negocial-no-direito-penal-juizados-especiais-criminais-e-colaboracao-premiada>

CARVALHOSA, Modesto; LATORACA, Nilton. Comentários à lei de sociedades anônimas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASTRO, Messias Mercadante de; OLIVEIRA, Lúcia Maria Alves de. A Gestão Ética, Componente e Consciente. Tributo à memória de E. F. Schumacher. São Paulo: M. Books, 2008.

CHINAGLIA, Olavo Zago. Prefácio. *In*: Comentários à nova lei de defesa da concorrência. São Paulo: Método, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Teoria da Empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 28ª ed., rev., atual., ampl., 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da empresa (Alberto Asquini, *Profili dell'impresa*, in *Rivista dei Diritto Commerciale*, 1943, v. 41, L), p. 113-123. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. Nova Série -Ano XXXV • n. 104 • outubro-dezembro de 1996. São Paulo: Edição da Editora Revista dos Tribunais Ltda.

CORRERA, Marcelo Carita. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a teoria do delito em face da autorresponsabilidade do ente coletivo. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013.

COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. Nova lei de improbidade administrativa: análise da Lei n. 8.429/92 à luz das alterações empreendidas pela Lei n. 14.230/21. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). Acordos de não persecução penal e cível. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

DALCASTEL Marcia Bataglin; ALONSO, Pedro Moreira; CAMPOS FERREIRA, Yuri da Costa. Empresa e Direitos humanos: Governança Corporativa e capitalismo consciente como instrumentos de proteção.

DALLAGNOL, Deltan. Brasil é o paraíso da impunidade para réus do colarinho branco. Artigo ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República). Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/20886-brasil-e-o-paraiso-da-impunidade-para-reus-do-colarinho-branco>

DIDIER JR, Fredie. Ensaio sobre negócio jurídico processual. Salvador: Juspodivm, 2018.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. 1. ed. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Ebook Kindle. Posição 673.

_____. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 2014.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da função social da empresa à responsabilidade social. In: MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, et al (Coord.). Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito: homenagem ao Professor Newton de Lucca. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

DRUMMOND, Fernando. Acordo de não persecução cível: solução para os processos de improbidade? Publicado em 09/01/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-09/drummond-acordo-nao-persecucao-civel-improbidade#:~:text=Como%20funciona%20o%20acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%20c%C3%ADvel&text=A%20proposta%20pode%20ser%20oferecida,%2DB%2C%C2%A74%C2%BA>.

EROS GRAU, Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

FASANO, R. R. A competência repressiva universal no direito internacional penal. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: [file:///C:/Users/Ana/Downloads/Renata_Rossini_Fasano_ME%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Ana/Downloads/Renata_Rossini_Fasano_ME%20(1).pdf).

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO. Gianpaolo Poggio. Comentários ao Pacote Anticrime. 2. ed. Barueri: Atlas, 2021.

FEENEY, Patrícia. A Luta por Responsabilidade das Empresas no Âmbito das Nações Unidas e o Futuro da Agenda de Advocacy.

FERREIRA, Waldemar. Instituições de direito comercial. São Paulo: Freitas Bastos, s.n., 1952, v. 2. In: Coletânea da Atividade Negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020.

FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. O princípio anticorrupção: E o seu papel na defesa e efetivação dos direitos humanos. Jundiaí, SP: Ed. *In House*; Brasília, 2019.

FINKELSTEIN, Lawrence S. What is global Governance? Global Governance, Boulder, v.1. n.3. 1995.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O acordo civil na lei do juizados especiais criminais. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, p. 266. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Documents/DOUTORADO/TESE%20FINAL/ARTIGOS%20JUSTI%C3%87A%20NEGOCIAL/COMPOSI%C3%87%C3%83O%20CIVIL.pdf>

FONSECA, Reynaldo Soares da. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FORNASIER, Mateus de Oliveira e FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. Revista de Direito Internacional.

FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: Microfísica do poder. Org. e trad. Roberto Macha do. 20. ed. São Paulo: Graal, 2004.

FRANCO, Affonso Arinos de Mello. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930.

GAIA, Renata Dantas. Distinções entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização pessoal. Revista Brasileira de Direito Empresarial, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/1018/1013>

GALVÃO, Fernando. Teoria do crime de pessoa jurídica: Proposta de alteração do PLS nº 236/12. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 10. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. Juizados especiais criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.2015, 4. ed. rev., ampl e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Modelo de autorresponsabilidad penal empresarial. Colômbia: Universidad Externado, 2009. Ebook Kindle. Posição 200.

JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal. Trad. André Luis Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Jurisprudência em Teses nº 96, Tese 3. Brasília, 2018.

KARIM, Regina Nascimento Possato; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Função econômica da empresa. In: JORGE, André Lemos, et al (Coord.). Coletânea da atividade negocial. São Paulo: Universidade Nove de Julho – UNINOVE, 2020.

KELSEN, Hans. Princípios do direito internacional. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. Derecho y paz en las relaciones internacionales. 2. ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1986.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

LOBATO, José Danilo Tavares. Teoria Geral da Participação Criminal. Curitiba: Juruá, 2009. In: LOBATO, José Danilo Tavares. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica - Uma Inconsistência Dogmática e de Princípios. Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010.

LOPES, Cintia Barudi. LEITE, Flávia Piva Almeida. MENDONÇA, Camila Pereira. A legitimidade para firmar acordos de leniência. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/3908-371375646-1-PB.pdf>

LOPES JR., Aury; SABOYA, Keity. Medida cautelar da Reclamação 41.557/SP e o ne bis in idem: um bom começo. Publicado em: 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/limite-penal-cautelar-reclamacao-41557sp-ne-bis-in-idem-bom-comeco>

LOURENÇO, Naldemar. Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas. *Societas delinquere non potest*, p. 6. Artigo-15336-1-10-20200630.pdf. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/15336-1-10-20200630.pdf>

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/9175-Artigo-15336-1-10-20200630.pdf

LUCCA, Newton De; SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. Ética e capitalismo no Estado Democrático de Direito. Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Roberto Epifanio Tomaz – Florianópolis: CONPEDI, 2021. Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações.

LUIZI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MALIKI, Débora. Uso do Direito Econômico para cumprimento do princípio da economicidade. Publicado em: 7/10/2019. Disponível em: [https://www.editorajc.com.br/uso-do-direito-economico-para-cumprimento-do-principio-da-economicidade/#:~:text=20.395\).,que%20os%20custos%20sociais%20envolvidos](https://www.editorajc.com.br/uso-do-direito-economico-para-cumprimento-do-principio-da-economicidade/#:~:text=20.395).,que%20os%20custos%20sociais%20envolvidos).

MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Por ATOJI, Juliano Carvalho. A eficiência da justiça e os acordos de não persecução penal: o momento da proposta. Data da publicação: 09/03/2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/58133/a-eficincia-da-justia-e-os-acordos-de-no-persecuo-penal-o-momento-da-proposta>

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo. RDDA, v. 2, n. 2, 2015.

Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/99195-Texto%20do%20artigo-174379-1-10-20150703.pdf>

_____. Acordos no direito da concorrência. RDC, vol. 8, nº 2. Dezembro 2020 ISSN 2318-2253, p.78-103. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/99195-Texto%20do%20artigo-174379-1-10-20150703.pdf>

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/451-Texto%20do%20artigo-2305-1-10-20201207.pdf

_____. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica. RDDA (Revista digital de direito administrativo), vol. 6, n. 2, p. 95-113, 2019. Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i2p95-113>.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Juspodivm, 2023.

_____. Acordo de não persecução civil. In: BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. Acordos de não persecução penal e cível - 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

_____. Improbidade e Mercado. Publicado em 07/06/2023. Disponível em: <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:871a897e-c803-39a9-8848-eaf544ebe7a2>

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

MENDONÇA, Saulo Bichara; ARRUDA, Pablo Gonçalves e. Revista Jurídica. Vol. 04, n.º 45, Curitiba, 2016. pp.590-591. DOI: 10.6084/m9.figshare.4667842.

MICHELS, Gilson Wessler. As repercussões tributárias dos acordos e decisões da Organização Mundial do Comércio. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; PEZZOTTI, Olavo Evangelista. A discricionabilidade da ação penal pública. Paraná: Argumenta Journal Law, n. 30, p. 371. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/1589-5689-1-PB.pdf>

MORIN, Edgar. *Fraternidade: para resistir à crueldade do mundo*. Tradução: Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Palas Athena, 2019.

NALINI, José Renato. *Coletânea da Atividade Negocial*. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2020.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

OLIVEIRA, Eduardo Matos. *A intervenção do Estado na economia regulada pela Constituição de 1988 – Uma análise da retórica liberal e uma crítica a partir e além da escola estruturalista*. II Conferência do Desenvolvimento – CODE 2011. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo6.pdf>

OSLEN, Ana Carolina Lopes e PAMPLONA, Danielle Anne. *Violações a Direitos humanos por Empresas Transnacionais na América Latina Perspectivas de Responsabilização – Revista Direitos humanos e Democracia*.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado* - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. I. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça penal negociada: uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Campina Grande: CEI, 2020.

PETEAN, Fabiano Augusto.

PIERANGELLI, José Henrique (Coord). Códigos penais no Brasil: evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980.

PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: O modelo francês. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1834/> (12 de setembro de 1996).

RAJ SISODIA, Mackey John. Capitalismo consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios. Rio de Janeiro: Alta Books. Tradução: Rosemarie Ziegelnaier, 2018.

Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Série tratados internacionais de direitos humanos. CNJ: Brasília, 2016.

ROBÉ, Jean-Philippe. Multinational enterprises: the constitution of a pluralistic legal order. In: TEUBNER, Gunther (Org.). Global law without a state. Vermont: Dartmouth, 1997.

RÓDENAS, Ángeles. Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Reflexões sobre a capacidade penal da pessoa jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/20294>.

RUSCONI, Maximiliano. Las fronteras del poder penal. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005.

SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativo*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

SANTOS, Kleber Bispo dos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/19948>

SCHÜNEMANN, Bernd. *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea: hacia un derecho penal econômico europeo*. Jornadas em Honor del Professor Klaus Tiedermann. Madrid: Boletim Oficial del Estado, 1995.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tese apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em junho de 1997.

SILVA, Enio Moraes da. *A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006. Disponível em:

chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93271/Silva%20Enio.pdf?sequence=4

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo CP e a efetiva proteção dos consumidores*. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Maria/Downloads/1003-Texto%20do%20artigo-1773-2-10-20200922.pdf

SILVA, Luciano Nascimento. *Natureza jurídica dos preâmbulos constitucionais*. Revista de Estudos Criminais 4 Doutrina, p. 44. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2004_42.pdf

SILVA, Marcelo Oliveira da. O Acordo de Não Persecução Penal. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 261-285, Setembro-Dezembro. 2020.

SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021.

SMITH, Adam. *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*: (Livro I a IV). México: Fundo Mexicano de Cultura, 1990.

SOON, Tamara. Uma breve história do islã. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

SOUZA, Keity Mara Ferreira. A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica.: Enfoques comparado, doutrinário e legal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1716>.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. El delito de cuello blanco. Trad. Por Rosa dei Olmo. Caracas: Ediciones de la Biblioteca Central de Venezuela, 1969.

TIEDEMANN, Klaus. Poder económico y delito: Introducción al Derecho Penal económico y de la empresa. Editorial Ariel, SA Barcelona. 1985.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/95. 4. ed. refor., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TURESSI, Flávio Eduardo. Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____; MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Imputabilidade penal e o acordo de não persecução penal: ensaio sobre a aplicação da justiça penal negociada para inimputáveis e semi-imputáveis. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). Acordos de não persecução penal e cível. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, cap. 1.

VIANNA, Marcelo Pontes; SOUZA, Renato Machado de. A pluralidade de regimes sancionatórios e institutos de leniência: uma proposta de aplicação dos institutos da *double jeopardy clause* e o excesso punitivo. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis

Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativo*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

VITAL, Danilo. ANPP ganha força em meio a posições não consolidadas e retroatividade em disputa. Data da Publicação: 20/05/2023. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-mai-20/uso-anpp-ganha-forca-meio-retroatividade-disputa#:~:text=A%20resposta%20definitiva%20vir%C3%A1%20do,penais%20anteriores%20ao%20pacote%20anticrime>.

VIDIGAL, Fernanda Marra. *A confusão patrimonial como tipo: repensando a desconsideração da personalidade jurídica*. Tese apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

ZILLI, Marcos. *A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia*. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativo*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

Código Penal Francês (em espanhol). Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/CP%20franc%C3%AAs%20%28em%20espanhol%29.pdf>

Comissão Nacional para os ODS. *Plano de ação*. 2017, p. 18. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/desenvolvimento-sustentavel/comissao-nacional-para-os-objetivos-do-desenvolvimento-sustentavel-cnods>.

Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

ESTUDO TÉCNICO Nº 01/2017. 2017. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção do Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudotecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>.

Guia Prático de Acordos de Leniência – Ministério Público Federal. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>

Nota Técnica do CAOPP/MPSP n. 02/2020. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmninnkcbppcckcclcfndmkaj/http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2678080.PDF

ONU – Organização das Nações Unidas. Comissão sobre Governança Global. Nossa Comunidade Global. O Relatório da Comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

Operação Carne Fraca: STJ reafirma que investigado não tem direito subjetivo a acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20052022-Operacao-Carne-Fraca-STJ-reafirma-que-investigado-nao-tem-direito-subjetivo-a-acordo-de-nao-persecucao-penal-.aspx>

PET no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1611266 – SP (2019/0325309-4). Ministro Mauro Campbell Marques (Relator).

Portal das Indústrias: Segurança jurídica: o caminho para um bom ambiente de negócios. Disponível em <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/seguranca-juridica/#:~:text=Seguran%C3%A7a%20jur%C3%ADdica%20%C3%A9%20o%20princ%C3%ADpio,entre%20as%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20neg%C3%B3cios>. Acesso em: julho/23.

Princípios Norteadores sobre Empresas e Direitos humanos (POs), aprovado pela Organização das Nações Unidas (ONU). Disponível em: chrome-extension://efaidnbmninnkcbppcckcclcfndmkaj/http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2678080.PDF

[extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf)

Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em:

[extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf)

Resolução nº 1.193/2020 – CPJ, de 11 de março de 2020 do Ministério Público do Estado de São Paulo

Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020. Colégio dos Procuradores de Justiça Órgão Especial do Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193compilado.pdf](https://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193compilado.pdf)

São Paulo (Estado). Ministério Público. Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva. Patrimônio Público. Apontamento à Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13): MP-SP, 2015.

STJ - Informativo de Jurisprudência Número 769. Brasília, 4 de abril de 2023.

TJDF - Informativo de Jurisprudência n.º 191. Período: 01 a 15 de junho de 2010. (20070020004360MSG, Rel. Des. SÉRGIO BITTENCOURT. Voto minoritário - Des. LÉCIO RESENDE. Data do Julgamento 18/05/2010). Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2010/informativo-de-jurisprudencia-n-o-191>