

# ACORDOS DE LENIÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRO

*Marcos Augusto Perez*

## 1. ACORDO DE LENIÊNCIA

O que é um acordo de leniência? Quais são as suas finalidades? Sua conformação atual no direito administrativo brasileiro é suficiente para a realização dessas finalidades? Que impactos a prática da leniência trouxe ou pode vir a trazer para processos administrativos sancionatórios anticorrupção entre nós? Essas questões dão a medida da relevância de tratar-se do acordo de leniência no processo administrativo anticorrupção, um dos temas novos e ainda pouco abordados no direito administrativo brasileiro.

De forma objetiva, a legislação brasileira chama de acordo de leniência a convenção celebrada entre um particular potencialmente infrator da lei e o Poder Público, com o objetivo de substituir a imposição unilateral da sanção administrativa que, em tese, lhe seria aplicada. Por meio do acordo a Administração obtém a declaração do particular infrator quanto à prática de ilegalidades; eventualmente aplica contra o infrator sanções administrativas, de forma consensual, sem que se dedique a longas disputas judiciais, e ainda obriga o mesmo a colaborar com a Administração, carreando-lhe provas e evidências capazes de penalizar outros infratores. O infrator tem o benefício da redução das sanções, mediante negociação protegida pela confidencialidade.

Observe-se, como salienta Menezes de Almeida (2012, p. 297), que a Administração possui nesse caso o poder de impor unilateralmente uma sanção à outra parte, "contudo decide substituir o exercício desse poder por um acordo de vontades". Há, obviamente, discricionariedade administrativa a lastrear essa decisão, o que dá ao administrador relativa liberdade para, no caso concreto, decidir ou não pela aceitação do acordo e, notadamente, para negociá-lo, tudo visando a alcançar as finalidades públicas inerentes à atividade sancionatória desempenhada ou, dizendo de forma mais abrangente, visando à realização do interesse público.

Em sentido estrito, a legislação brasileira prevê os acordos de leniência na Lei 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência)<sup>1</sup> e, mais

<sup>1</sup> Anteriormente, no terreno da concorrência, a Lei 8.884/1994, com a redação que lhe deu a Lei 10.149/2000, já fazia referência ao acordo de leniência.



recentemente, na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Mas de modo mais amplo, em função de sua natureza jurídica, com algumas nuances normativas caso a caso, a leniência pode ser comparada a outras convenções substitutivas da decisão unilateral da Administração, tais como o compromisso de ajustamento de conduta, da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), e o compromisso de cessação de conduta, da Lei 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Instrumentos análogos ao acordo de leniência podem ser encontrados, ademais, na legislação criminal: a delação ou colaboração premiada, prevista inicialmente na Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) e posteriormente na Lei 12.850/2013 (Organizações Criminosas) e o instituto da transação penal, regulado pela Lei 9.099/1995, com o qual também guarda algumas semelhanças.

## 2. AS FINALIDADES DA LENIÊNCIA

Todos esses exemplos ilustram que o *jus puniendi* do Estado, que se expressa tanto por meio do direito penal, quanto por meio do direito administrativo, pode ser objeto de transação com o intuito de se conseguir sancionar, obter colaboração para investigações, adequar condutas ou reparar danos gerados pelo infrator de modo célere e mais eficaz. A leniência, aliás, é especialmente eficiente nos casos em que há mais de um infrator envolvido, nos quais a colaboração de um dos infratores pode trazer para a Administração evidências suficientes para descortinar e punir toda uma rede de infratores (é o caso, geralmente, das infrações à ordem econômica, como e.g. a formação de cartéis). Ao infrator colaborador garantem-se benefícios relacionados à redução das sanções em tese a ele aplicáveis, que serão negociados, caso a caso, em função de suas peculiaridades e dos limites impostos pela legislação.

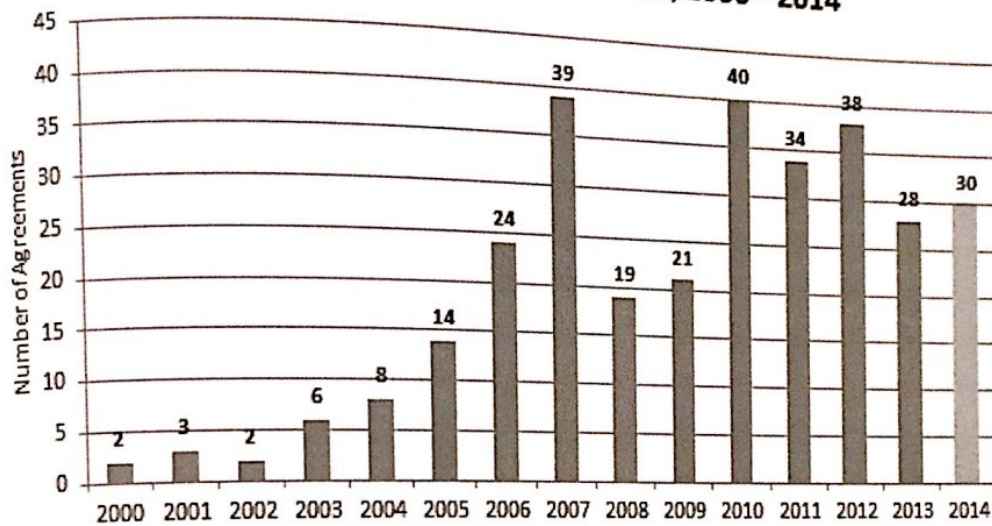
A leniência, portanto, ainda que seu nome jurídico expresse a ideia de abrandamento ou suavização, visa à atuação mais eficiente da Administração em sua função sancionadora ou, caso se prefira, no exercício de seu *jus puniendi*. A leniência tem o condão, enfim, como diz Marrara (2015, p. 331), de aperfeiçoar o “*processo sancionador*” quando levado a cabo pela Administração.

Essa finalidade é bastante evidente e fica ainda mais clara quando se visita a prática da leniência no ordenamento norte-americano, onde o acordo se tornou recentemente a ferramenta mais poderosa de atuação de órgãos voltados ao combate de desvios e crimes empresariais, como os chamados DOJ



(US Department of Justice) e SEC (Securities and Exchange Commission)<sup>2</sup>. Segundo relatos publicados, por meio de acordos que geralmente são rubricados como DPA (Deferred Prosecution Agreement) ou NPA (Non Prosecution Agreement), a Administração norte-americana recuperou de empresas que se admitiram infratoras e colaboraram com intrincadas investigações administrativas nove bilhões de dólares em 2012; dois bilhões e novecentos em 2013 e cinco bilhões e cem em 2014. Os quadros abaixo indicam respectivamente o número de acordos firmados por ano e o volume de recursos recuperados (ou sanções aplicadas) em milhões de dólares contra as respectivas empresas<sup>3</sup>:

**Chart 1: Corporate NPAs and DPAs, 2000 – 2014**



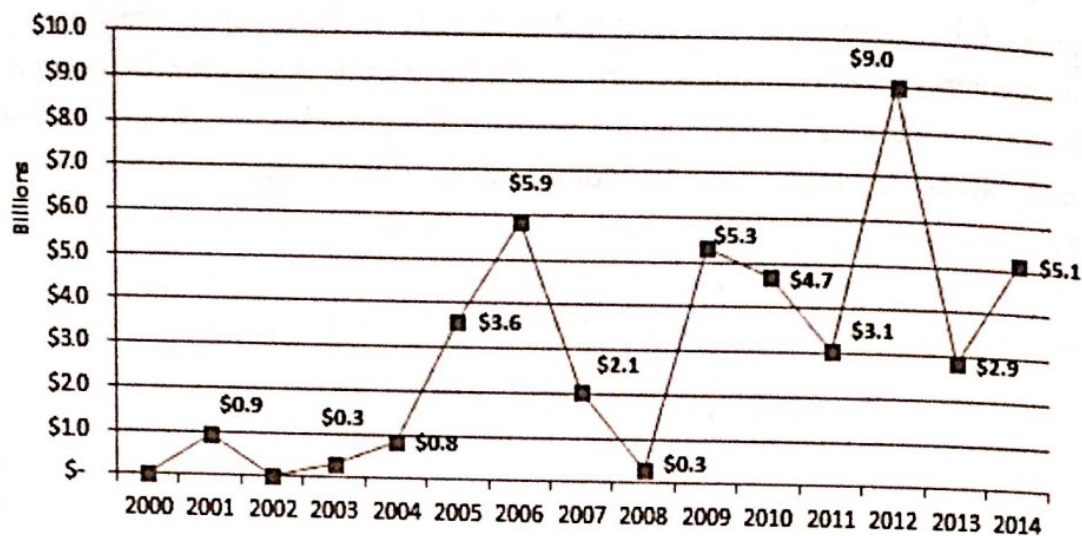
Note: The SEC entered into seven of the above corporate NPAs and DPAs: 2010 (1), 2011 (3), 2012 (1), 2013 (1), and 2014 (1).

<sup>2</sup> Para a procuradora-geral assistente da divisão criminal do DOJ, Leslie Caldwell: "No sistema dos Estados Unidos, ao menos, o acordo é uma ferramenta mais poderosa realmente do que o processo judicial.". Disponível em <<https://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/18/2014-year-end-update-on-corporate-deferred-prosecution-and-non-prosecution-agreements/#more-67766>>. Acesso em: 19 set. 2016.

<sup>3</sup> Disponível em <<https://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/18/2014-year-end-update-on-corporate-deferred-prosecution-and-non-prosecution-agreements/#more-67766>>. Acesso em: 19 set. 2016.



**Chart 2: Total Monetary Recoveries Related to NPAs and DPAs,  
2000 – 2014**



Observe-se que as estatísticas acima, além de revelar a efetividade dos acordos de leniência do ponto de vista da satisfação das funções sancionatórias da Administração, expõe de modo indireto que na economia de mercado, mesmo nos chamados países do capitalismo central e mesmo no que toca à atuação de gigantescas corporações empresariais com atuação global, é bastante comum a prática de infrações legais, algumas altamente lesivas à sociedade e ao próprio livre mercado. Como testemunha Baker (2005, p. 373) em seus impressionantes estudos, se de um lado a democracia depende do “*rule of law*”, da legalidade, do estado de direito, de outro o capitalismo consegue operar incrivelmente bem fora da legalidade. Tudo isso é ratificado pela narrativa cotidiana da grande imprensa, segundo a qual grandes empresas da área financeira e de diferentes indústrias globais, como energia, petróleo, fármacos, infraestrutura, construção civil, alimentos, entre muitas outras, envolvem-se mais constantemente do que se poderia imaginar em práticas ilegais, tais como corrupção, lavagem de dinheiro, utilização de informação privilegiada, formação de cartéis e outros variados crimes contra a economia.

E é justamente esse fenômeno, o envolvimento de grandes corporações econômicas em práticas ilegais, que acaba por indicar a segunda finalidade dos acordos de leniência, que não é inerente à função sancionatória, mas à função estatal de promoção do desenvolvimento econômico: dar oportunidade às empresas flagradas em práticas ilegais de ajustar sua conduta à legalidade e dar continuidade as suas atividades, de modo a preservar os investimentos realizados e os empregos oferecidos por essas corporações.



O desenvolvimento econômico é um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro (art. 3º, II, da CF/88) e parece quase uma obviedade dizer que a existência de grandes empresas e de grandes investimentos privados são fatores que convergem para a geração de trabalho, produtividade, renda e consequentemente para o desenvolvimento econômico<sup>4</sup>. É de interesse público, portanto, investir e a promover o trabalho e a renda, desde que seu comportamento passe a se adequar à legalidade.

Ainda que o interesse público no desenvolvimento econômico reste patente a partir da leitura do texto constitucional brasileiro, é preciso reconhecer que também há uma preocupação mundial crescente com o tema do desenvolvimento-trabalho. As crises econômicas globais mais recentes, notadamente a grave crise do sistema financeiro dos anos de 2008 e 2009, cujos efeitos ainda perduram, fez crescer a sensibilidade em torno do grave problema do desemprego, o qual tem levado os teóricos do direito a preconizar que doravante toda atuação estatal no domínio econômico deva ser precedida de análise prévia de seu impacto no mercado de trabalho, na criação de empregos ou, enfim, no desemprego<sup>5</sup>.

Sabe-se que o desemprego cria efeitos socioeconômicos negativos de longo prazo<sup>6</sup>. O desemprego afeta a saúde pública: pessoas que perdem o emprego tendem a contrair uma variedade de doenças das quais não se livram mesmo quando encontram um novo trabalho. Essas pessoas tendem ainda a morrer mais cedo. Isso importa em custos significativos para o sistema de saúde, e para o sistema previdenciário. Há ainda custos de grande monta que o desemprego gera para o sistema de seguro desemprego, com o treinamento e a com a recolocação dos trabalhadores desempregados. Por fim, mas não menos importante, encontram-se os efeitos do desemprego para os dependentes de pais desempregados; nesse plano o desemprego acaba por afetar não só a geração presente de trabalhadores, mas a formação e a saúde de uma geração futura, gerando consequências bastante nefastas do ponto de vista da produtividade, do desenvolvimento e até mesmo da paz social.

Desse modo, se há interesse público no desenvolvimento econômico, na manutenção e no crescimento de investimentos privados e no mercado de tra-



balho – e reafirmo que há –, os acordos de leniência acabam por visar também a esse escopo. Portanto, ao lado de facilitar a punição de empresas infratoras e a indenização por danos que estas causaram, além de eventualmente resultar em colaboração para a investigação de condutas de outras empresas e grupo empresariais e de se voltar-se a ajustar as condutas empresariais à legalidade, os acordos de leniência devem possibilitar a continuidade da vida das empresas, a continuidade do investimento privado e a manutenção do mercado de empregos. A ponderação, o balanço, ou melhor, o equilíbrio de todos esses fatores é fundamental para o sucesso do acordo de leniência, para que o mesmo atinja plenamente seu escopo, para que efetivamente se volte ao interesse público.

### 3. A EXPERIÊNCIA DA LENIÊNCIA

No Brasil, a experiência na negociação e na celebração de acordos de leniência está praticamente toda concentrada no CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) o qual, como já foi dito, utiliza-se para tanto das faculdades criadas pela Lei 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). O CADE, segundo dados públicos, realizou 54 (cinquenta e quatro) acordos, desde 2003<sup>7</sup>.

Segundo o art. 86, I e II, da Lei 12.529/2011, a celebração de acordo de leniência fica condicionada à identificação dos demais envolvidos na infração e ao oferecimento de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Observe-se, portanto, que no campo da defesa da concorrência a colaboração para o desbaratamento de cartéis ou de arranjos interempresariais com vistas a prejudicar a concorrência e o livre mercado são os móveis principais do acordo substitutivo da sanção.

No caso, o infrator que colaborar com o CADE, por meio do seu programa de leniência, pode ser beneficiado ou com a extinção das pretensões punitivas da Administração, ou com uma significativa redução das penalidades “redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços)” (art. 86, da Lei 12.529/2011).

A legislação brasileira de defesa da concorrência, inspirada ademais pela prática internacional, fixa algumas outras condições para a celebração de acordos de leniência, a saber (§ 1º do art. 86, da Lei 12.529/2011): (1) que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou

7

Disponível em <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 19 set. 2016.



sob investigação<sup>8</sup>; (2) que a empresa cesse a conduta sob investigação; (3) que as evidências trazidas pela empresa que pleiteia o acordo sejam relevantes para a sua condenação e não estejam à disposição do CADE salvo se celebrado o acordo; (4) que a empresa confesse sua participação no ilícito e passe a cooperar plenamente com as investigações e o processo administrativo.

Observe-se que muitas vezes a configuração de uma infração à ordem econômica traz consequências jurídicas não só para a empresa envolvida, mas para outras empresas do mesmo grupo e, especialmente, para seus dirigentes e traz consequências jurídicas não só no plano administrativo, mas também no plano criminal. O tema esteve nas preocupações do legislador da concorrência, pois a impossibilidade de se transpor para a esfera da direitos e obrigações das pessoas físicas os efeitos dos acordos eventualmente entabulados com empresas praticamente inviabilizaria a realização de acordos leniência, diante do desincentivo criado. Assim é que se estabeleceu, tanto por meio do § 6º, do art. 86, como pelo art. 87, da Lei 12.529/2011, que os efeitos administrativos dos acordos de leniência devem ser estendidos às empresas do mesmo grupo e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, “desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas” e que a celebração e posteriormente o cumprimento do acordo de leniência, na respectiva ordem, impede o oferecimento de denúncia criminal e extingue a punibilidade dos crimes contra a concorrência tipificados na Lei 8.137/1990, na Lei 8.666/1993 e no art. 288, do Código Penal.

Já no âmbito da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), muito embora haja normas bastante parecidas com as do sistema de proteção da concorrência, restam algumas lacunas e imprecisões que têm dificultado em muito a utilização dos acordos de leniência. De qualquer sorte, o art. 16, da Lei 12.846/2013 efetivamente possibilita à Administração realizar acordos de leniência com empresas que tenham praticado corrupção, desde que estas empresas venham a colaborar com as investigações promovidas pela Administração, de modo a identificar eventualmente outros envolvidos em práticas ilícitas, ou facilitar a obtenção de evidências sobre os fatos em apuração.

8 Os §§ 7º e 8º, do art. 86, da Lei 12.529/2011 temperam a prerrogativa do primeiro aqui referida, possibilitando que a empresa ou pessoa física que não seja a primeira, que portanto não consiga se habilitar para a celebração do acordo em um dado processo, realize acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o CADE não tenha qualquer conhecimento prévio, e que isso lhe traga os benefícios do acordo de leniência no processo original. É o que se costuma chamar de “leniência plus”.



Corrupção não é uma expressão unívoca<sup>9</sup> e é um conceito muito amplo do ponto de vista do tratamento que lhe confere a legislação brasileira, a qual já tratava do tema muito antes da vigência da Lei 12.846/2013. Só para que se tenha breve ideia disso, tipificam condutas que poderiam ser consideradas como corrupção, além do Código Penal brasileiro, por meio dos artigos 312 e seguintes, ao tratar dos chamados crimes contra a Administração Pública; a Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade do Presidente da República e de outras autoridades; a Lei 4.717/1965, da ação popular; a Lei 7.429/1986, dos crimes contra o sistema financeiro nacional; a Lei 8.429/1992, de improbidade administrativa a Lei 8.666/1993, lei de licitações; entre muitos outros diplomas legais.

Apesar de toda essa fragmentação jurídica, a Lei 12.846/2013 tentou unificar o regime jurídico anticorrupção a partir das cominações que lança em seu art. 5º, a saber:

- I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV – no tocante a licitações e contratos:
  - a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
  - b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
  - c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
  - d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
  - e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
  - f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

<sup>9</sup> Cf. FERREIRA FILHO, 1995, p. 108.



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

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

Estabeleceu, ainda, a Lei 12.846/2013 que os processos administrativos anticorrupção, no que toca à União, devem ser conduzidos pela CGU (Controladoria Geral da União), recentemente transformada em Ministério da Transparência Fiscalização e Controle (Medida Provisória 726/2016).

O Ministério, entretanto, só divulgou até agora um único acordo de leniência celebrado, com a empresa SBM Offshore, em 15/07/2016<sup>10</sup>, acordo, há que se dizer inclusive, questionado pela decisão tomada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal<sup>11</sup>. A baixa procura por acordos de leniência anticorrupção, em contraste com os dados acima apontados do CADE, é seguramente fruto das inconsistências da Lei 12.846/2013.

#### 4. OS PROBLEMAS DA LENIÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTICORRUPÇÃO

Aprovada e sancionada a toque de caixa, ao cabo de grandes manifestações de rua havidas no curso de 2013, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), em que pese possibilitar a celebração de acordos de leniência no contexto da apuração administrativa de condutas empresariais consideradas lesivas ou corruptas, como acima visto, deixou muitas lacunas e trouxe grande insegurança para a sua aplicação.

A edição de seu regulamento, o Decreto 8.420/2015, trouxe alguma luz aos aplicadores do direito – como a dosimetria das sanções prevista em seu art. 17 –, mas ainda assim não sanou as questões centrais para sua aplicação, relacionadas às diferenças entre o processo anticorrupção e o processo para apuração de lesão à ordem econômica; ao eventual *bis in idem* entre as esferas anticorrupção, antitruste, de responsabilidade civil, improbidade administrativa e criminal e, por fim, relacionadas aos efeitos jurídicos na esfera penal da admissão de conduta e de culpa perante a Administração.

<sup>10</sup> Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/07/ministerio-da-transparencia-celebra-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore>>. Acesso em: 19 set. 2016.

<sup>11</sup> Disponível em <[http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/IC-1.30.001.00111.2014-42\\_Reduzido.pdf](http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/IC-1.30.001.00111.2014-42_Reduzido.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2016.



O art. 16, I, da Lei 12.846/2013, fortemente inspirado pelo direito antitruste, previu como condição para a realização de acordos de leniência que “a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito”. Porém, no contexto anticorrupção, nem sempre as condutas ilegais são fruto da ação coletiva (o que é frequente nas infrações à ordem econômica, como ocorre no caso de formação de cartéis), o que faz a norma citada, a chamada prerrogativa do primeiro, perder sentido jurídico, se interpretada de modo literal, como uma condição *sine qua non* para a celebração de um acordo de leniência.

De fato, no contexto do direito anticorrupção, as empresas podem simplesmente vir a descobrir, por meio de seus controles internos, que um funcionário mais ou menos graduado de sua estrutura tenha cometido ilícitos considerados atos de corrupção, agindo como representante da empresa ou simplesmente defendendo os interesses desta e que, uma vez descortinados esses fatos, a empresa queira relatá-los à autoridade pública e celebrar um acordo que substitua a sanção que em tese lhe seria aplicável. Daí ser completamente descabido falar em prerrogativa ou exclusividade do primeiro, pois, na maior parte das vezes, não haverá segundo, a conduta é única, de uma só empresa, o que não deveria retirar dela a possibilidade de celebrar acordo de leniência.

Note-se que, mesmo no contexto da legislação antitruste, no qual os desbaratamento de condutas empresariais coletivas de lesão à ordem econômica é fundamental, flexibilizou-se a prerrogativa ou exclusividade do primeiro, possibilitando que outras empresas que não sejam as primeiras a relatar os fatos para as autoridades administrativas celebrem os chamados TCC (Termo de Cessação de Conduta), compromisso, que também tem a natureza jurídica de um acordo substitutivo da sanção administrativa (muito embora não dê ao particular benefícios “automáticos” na esfera criminal) e os chamados acordos de “leniência plus” (art. 86, §§ 7º e 8º, da Lei 12.529/2011), já referidos anteriormente neste estudo.

Desse modo, encarar a prerrogativa do primeiro como um fator *sine qua non* para a celebração de acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção é simplesmente criar um entrave para a utilização desse instituto sem qualquer

... e Administração e, portanto, sem cabimento em termos jurídicos.



propositura do acordo; III – admitir sua participação na infração administrativa; IV – cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; e V – fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa”, são por si só úteis para a Administração, que terá interesse público na celebração de um acordo de leniência, mesmo que a empresa proponente não seja a única ou a primeira a delatar-lhe os fatos, ou mesmo que esta (por não atuar coletivamente) não tenha condições de apontar coautores da infração.

O Decreto 8.420/2015 tentou esclarecer a questão ao estabelecer em seu art. 30 que: “A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I – ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, **quando tal circunstância for relevante**” (grifos do autor), mas o contraste do texto do regulamento com o texto original da lei, por mais que se possa ponderar pela interpretação teleológica e sistemática da lei, acaba por gerar insegurança jurídica e novas dificuldades de interpretação, as quais acabam se tornando um obstáculo à utilização mais amíuade da leniência no plano de aplicação da lei anticorrupção.

Mas não é só. A Lei 12.846/2013, no afã de editar normas que perante a opinião pública aparentassem um extremo rigor no combate à corrupção, não se preocupou com a garantia do *ne bis in idem*. Ora, há atualmente uma tendência global em se admitir que, em matéria sancionatória, as esferas penal e administrativa devem se combinar para evitar a dupla punição do infrator em virtude da mesma conduta. Como asseveram Silveira e Gomes Júnior (2015, p. 289): “verifica-se uma crescente jurisprudência internacional no sentido de garantias mínimas, dadas penalmente, e que não poderiam ser abrandadas jamais”, dentre as quais se encontraria o *ne bis in idem* “em relação às sanções administrativas e penais”. Pode-se dizer que, com o avanço do poder sancionatório do Estado, de modo a impor muitas vezes a penalização da mesma conduta nas esferas administrativa e criminal, o *ne bis in idem* tornou-se uma garantia inerente ao devido processo legal, princípio consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal, na perspectiva de contensão do poder do Estado e de proteção do indivíduo contra o arbítrio e o abuso de poder.

De fato, a Lei 12.846/2013 não cuidou de criar um sistema de integração das sanções criminais e administrativas. Observe-se que isso é um problema e



um desincentivo gigantesco à leniência, justamente na medida em que muitos ilícitos, quando cometidos por uma empresa que eventualmente admita a sua prática na esfera administrativa, geram sanções para as pessoas físicas na esfera criminal (dirigentes ou representantes da empresa, responsáveis individual ou coletivamente pelo ilícito). Sem atenuação das penas criminais para a pessoa física, como decorrência da leniência da empresa na esfera administrativa e sem qualquer preocupação com a integração dessas esferas sancionatórias (criminal e administrativa), a leniência só tem condições materiais de ocorrer quando o corpo diretivo da empresa deseje a punição criminal de seus prepostos, supostamente responsáveis por infrações que favoreceram a empresa, situação que tem se demonstrado rara, a vista da baixa adesão à leniência anticorrupção no Brasil.

Atente-se, ainda, para o fato de que se o Ministério Público tem competência para a realização de acordos de colaboração premiada, não o tem, por outro lado, para a celebração de leniência para os fins da Lei 12.846/2013, o que agrava a fragmentação jurídica com que o tema vem sendo tratado no Brasil e majora os desincentivos aqui tocados. Do mesmo modo, também na esfera relacionada à improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), o Ministério Público não consegue se comprometer com a celebração de um acordo que elimine a aplicação dos consectários punitivos da Lei 12.846/2013. Neste caso, a fragmentação jurídica, a qual já flerta com o caos, é agravada pela estrutura institucional do próprio Ministério Público, pois o promotor ou o conjunto de promotores da causa não possuem autonomia para a celebração do acordo substitutivo da sanção, tendo que submetê-lo ao órgão colegiado competente, o qual pode decidir em sentido contrário e não homologar eventual acordo<sup>12</sup>.

Mas, como se isso não bastasse, a Lei 12.846/2013 vai mais adiante e cria hipóteses de *bis in idem* dentro da própria esfera sancionatória administrativa. Observe-se que os §§ 2º e 3º, do art. 16 estabelecem que o acordo de leniência reduz a “multa aplicável” à empresa infratora, mas não a “exime” de “reparar integralmente o dano causado”. Fora a imensa generalidade e falta de objetividade dessas regras, note-se que já há duas consequências punitivas ou sanções sendo aplicadas pelo mesmo ilícito: multa e reparação do dano, sendo que não há redução qualquer em relação à última sanção.

12 É justamente isso o que ocorreu no acima referido caso do acordo de leniência da SBM Offshore, em que, após o Ministério da Transparência, a Advocacia Geral da União e o Ministério Público (no caso os promotores da causa) concordarem com a celebração do acordo de leniência, a 5ª CCR do MPF resolveu não homologar o acordo. Disponível em <[http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/IC-1.30.001.001111.2014-42\\_Reduzido.pdf](http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/IC-1.30.001.001111.2014-42_Reduzido.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2016.



Porém, o art. 17, da Lei 12.846/2013 vai mais além ao admitir que, se as infrações objeto da leniência forem ilícitos previstos na Lei 8.666/1993, as sanções anticorrupção serão aplicadas conjuntamente com as indicadas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993. Ou seja, as sanções previstas na Lei 8.666/1993 são atenuadas, mas, de qualquer modo, somadas às sanções também atenuadas da Lei 12.846/2013, um *bis in idem* explícito.

Como se isso fora pouco, o art. 30, da Lei 12.846/2013 estabeleceu que a aplicação das sanções anticorrupção "não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de [...] improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992", ou seja, mesmo após a celebração de um acordo de leniência no âmbito da Lei 12.846/2013, remanesceriam ainda as sanções administrativas por improbidade.

A mesma conduta, apesar de eventual celebração de acordo de leniência pela empresa – que buscaria justamente um acordo substitutivo de sanções –, geraria: sanções administrativas atenuadas em função do acordo de leniência; sanções criminais para as pessoas físicas que representaram as empresas na infração; ressarcimento integral do dano; sanções da Lei 8.666/1993 (Licitações e Contratos) e sanções da Lei 8.429/1992 (Improbidade Administrativa). *Summun jus summa injuria* já ensinavam os clássicos, mas o legislador brasileiro esqueceu-se claramente disso.

## 5. É PRECISO ALTERAR A LEGISLAÇÃO

É evidente, portanto, que a Lei 12.846/2013 não tem gerado a utilização mais frequente dos acordos de leniência, na proporção, por exemplo, do que faz o CADE em relação aos seus processos. Mesmo em um ambiente em tese profícuo para tanto, em função de grandes e crescentes descobertas a respeito da conduta ilícita de empresas que contratam com o Estado ou com empresas estatais<sup>13</sup>, não há notícia da aceleração ou da conclusão dos processos sancionatórios por meio de acordos de leniência.

Infelizmente há que se reconhecer que a Lei 12.846/2013 criou um ambiente de grande insegurança jurídica para que os acordos de leniência ocorram. A partir das regras da Lei 12.846/2013, somente com um grande esforço

<sup>13</sup> Refiro-me às dezenas de investigações e processos criminais e mesmo a processos administrativos para apuração de conduta lesiva à ordem econômica e processos administrativos sob a responsabilidade do atual Ministério da Transparência instaurados a partir da chamada "operação lava jato" - Cf. <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 19 set. 2016.



interpretativo e com a boa vontade e razoabilidade de diferentes atores estatais (advocacia pública ou procuradoria, controladorias e ministério público) é que se criariam eventualmente condições para a celebração um acordo de leniência substitutivo das sanções anticorrupção.

Se existem e até sobram razões de interesse público para a celebração de acordos de leniência, como acima destacado, a legislação anticorrupção deveria ser alterada, pois as normas atuais são insuficientes, contraditórias com as finalidades próprias do instituto da leniência, além de gerar insegurança e desincentivar a celebração de acordos do tipo na esfera do controle anticorrupção.

A bem da verdade, esse ambiente de insegurança inspirou a edição da Medida Provisória 703/2015, que perdeu seus efeitos por decurso de prazo, sem votação no Congresso Nacional, bem como gerou o Projeto de Lei (PL) 3.636/2015<sup>14</sup>, atualmente em discussão na Câmara de Deputados<sup>15</sup>.

O PL 3.636/2015 está longe de representar um efetivo avanço para uma política sancionadora integrada, como defende Costa (2015, p. 117), e de eliminar plenamente as diferentes formas de *bis in idem* da Lei 12.846/2013, mas, caso seja aprovado, dará, sem dúvida, um pouco mais de segurança jurídica para a celebração de acordos de leniência no contexto acima abordado.

O PL, em boa hora, propõe revogar a prerrogativa do primeiro a fazer a leniência (art. 16, § 1º, I, da Lei 12.846/2013), o que, de fato, pode destravar uma série de acordos que até então pareciam impossíveis.

Mas a principal novidade do projeto está no fato de possibilitar que do acordo de leniência anticorrupção participem conjuntamente o Ministério Público, a advocacia pública e as controladorias, que poderão, conforme o caso, unificar as sanções que continuam individualmente previstas: criminal, anticorrupção, indenizatória, de improbidade e de suspensão dos direitos de contratar e licitar. Não há uma integração obrigatória e nem há unificação das sanções, mesmo a colaboração entre o Ministério Público, a advocacia pública e as controladorias depende, em cada caso, da convergência de interesses des-

<sup>14</sup> Encontra-se o inteiro teor do PL em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=90EB342897D28E01EB73B408229553C7.proposicoesWeb2?codteor=1413698&filename=PL+3636/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=90EB342897D28E01EB73B408229553C7.proposicoesWeb2?codteor=1413698&filename=PL+3636/2015)>. Acesso em: 19 set. 2016.

<sup>15</sup> As emendas parlamentares que o PL recebeu na Câmara dos deputados, até o momento, não mudam fundamentalmente o espírito do projeto, como se pode conferir: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=90EB342897D28E01EB73B408229553C7.proposicoesWeb2?codteor=1433529&filename=Tramitacao-PL+3636/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=90EB342897D28E01EB73B408229553C7.proposicoesWeb2?codteor=1433529&filename=Tramitacao-PL+3636/2015)>. Acesso em: 19 set. 2016.



ses organismos, mas se pode dizer que a chance de celebração de acordos de leniência tenderá a aumentar, caso o projeto de lei seja aprovado.

Em suma, os acordos de leniência são instrumentos modernos voltados, ao mesmo tempo, à execução mais rápida e eficiente do poder sancionatório da Administração e à continuidade e regularização da atuação empresarial, de modo a preservar-se de um lado a legalidade e de outro o desenvolvimento econômico, no ângulo pertinente à preservação ou ao crescimento da renda e do trabalho. Apesar de sedimentado, entre nós, na prática do CADE, no combate à infrações contra a ordem econômica, a legislação prevê a utilização dos acordos de leniência também no combate à corrupção, nos termos da Lei 12.846/2013. Essa lei, entretanto, diante de omissões e contradições de seu texto, não permite a prática mais amíuade dos acordos de leniência pelos órgãos incumbidos de processar administrativamente infrações legais tipificadas como corrupção. Para que acordos de leniência sejam utilizados nesse último contexto, a Lei 12.846/2013 precisa ser alterada. O PL 3.636/2015 volta-se a alteração da Lei 12.846/2013 e traz importantes novidades tendentes a destravar a celebração de acordos de leniência, muito embora não se traduzam, como seria desejável, na plena integração das esferas sancionatórias penal e administrativa.

Diante dos desafios que a conjuntura política e econômica impõem nesse momento aos brasileiros e às empresas nacionais, oxalá possamos, mais adiante, uma vez alterada a Lei 12.846/2013, voltar a tratar da leniência anticorrupção, comentando a sua experiência concreta entre nós.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAKER, Raymond W. *Capitalism's Achilles Heel*. New Jersey: Wiley, 2005.
- COSTA, H. R. L. da. *Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: Necessidade de Desenvolvimento de uma Política Sancionadora Integrada*. BLAZECK, L. M. S.; MARZAGÃO JÚNIOR, L. I. (Coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FURTADO, Celso. *Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MASUR, J. S.; POSNER, E. A. *Unemployment and Regulatory Policy*. COGLIANESE, C.; FINKEL, A. M.; CARRIGAN, C. *Does Regulation Kill Jobs?* Philadelphia: Penn, 2013.