

**DISCIPLINA: PODER ECONÔMICO E ÉTICA EMPRESARIAL: INTERFACES
ENTRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E COMBATE À CORRUPÇÃO**

**TEMA DA AULA: COMBATE À CORRUPÇÃO E ABUSO DE PODER ECONÔMICO
NO BRASIL. ACORDOS DE LENIÊNCIA, COLABORAÇÕES PREMIADAS E
COOPERAÇÃO ENTRE ÓRGÃOS INVESTIGATIVOS (15/10)**

Aluna responsável pelo artigo de reação: Maria Izabella Vilas Boas
(izabella.vboas@gmail.com)

Leitura Obrigatória:

SPAGNOLO, G. Chapter 7 - *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*. In Handbook of Antitrust Economics, BUCCIROSSI, P. (org). The MIT Press, pp. 259-303

OECD – *Use of Markers in Leniency Programmes*. Note by the Secretariat. 16 December 2014

“Cooperating with Authorities: the US Perspective” e “Negotiating Global Settlements: the US Perspective”, in **The Practitioner’s Guide to Global Investigations**, Global Investigations Review (2016), Chapter 10 (pp. 138-152) e Chapter 22 (318-336)

Plea Agreement between US Department of Justice and Siemens Aktiengesellschaft

Decisão da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal referente ao caso SBM Offshore

Leitura Complementar:

MARTINEZ, A. P. *Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience*. Journal of European Competition Law & Practice, 2015, pp. 1-8

STEVENSON, D. D. & WAGONER, N. J. *FCPA Sanctions: Too Big to Debar?* Fordham Law Review, 2011, vol. 80:2, pp. 775 – 820

Termos de Acordo de Leniência entre Ministério Público Federal e as empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A e Odebrecht S/A (versão publica disponível na internet)

* * *

ARTIGO DE REACÇÃO:

Os textos propostos permitem traçar um panorama do combate à corrupção e ao abuso do poder econômico no Brasil e no mundo por meio de argumentos teóricos e práticos relacionados aos diferentes mecanismos de colaboração com autoridades existentes nos diferentes ordenamentos jurídicos.

Como se pode notar dos textos propostos, os mecanismos de colaboração e delação constituem ferramenta de extrema importância para a detecção e persecução às condutas anticompetitivas e à corrupção. No caso dos cartéis, mais especificamente os cartéis *hardcore*, tem-se que esses são a mais grave violação antitruste¹ e, portanto, são o principal foco da política de defesa da concorrência. A lógica aplicada à persecução de cartéis por meio de acordos de leniência também é útil ao combate de uma série de outros crimes colusivos praticados por diversos agentes tais como a corrupção (SPAGNOLO, 2008).

Os cartéis são marcados pelas seguintes características: (i) a conduta é praticada por meio da colaboração entre diversos agentes; (ii) a relação entre os agentes é continuada; (iii) os agentes envolvidos na conduta têm informações sobre as práticas anticompetitivas um do outro. Além disso, os cartéis devem ter mecanismos de monitoramento e de coerção interna para que se sustentem durante o tempo. Em face dos danos decorrentes dos cartéis, muitas jurisdições desenvolveram programas de leniência com o objetivo de melhorar a detecção e a persecução de cartéis que, de outra forma, não seriam detectados pelas autoridades. Por meio dos acordos de leniência as evidências são obtidas de modo mais rápido e com menos custos (OCDE, 2014). Conforme exposto por Giancarlo Spagnolo, desde a introdução dos programas de leniência antitruste nos Estados Unidos em 1993, houve o que se chamou de “a revolução da leniência”, com um aumento sem precedentes no número de cartéis detectados e investigados. Houve, também, significativo aumento no montante das multas aplicadas aos participantes das condutas anticompetitivas nos Estados Unidos.

Dentre as vantagens dos acordos de leniência, tem-se que eles permitem a detecção de condutas pelas autoridades e são aplicáveis anonimamente a uma série de agentes que se

¹ OECD Council Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 1998. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningeffectiveactionagainstharcocartels.htm>

enquadrem em determinada situação e acreditem estar incorrendo em determinada conduta e que são públicos (SPAGNOLO, 2008).

O sucesso do programa de leniência antitruste implantado nos Estados Unidos levou outros países a adotarem programas similares. Nesse sentido, destaca-se o programa de leniência implantado pela Comissão Europeia em 1996 (revisado em 2002). As principais diferenças entre os programas de leniência antitruste adotados pela Comissão Europeia e pelos Estados Unidos são: somente nos Estados Unidos há responsabilização dos indivíduos pela prática de cartel e, por isso, há um programa de leniência para indivíduos; a Comissão Europeia, diferentemente dos Estados Unidos, permite que os líderes do cartéis firmem leniência e; a Comissão Europeia prevê mecanismos intermediários de cooperação para outros participantes da conduta (que não o primeiro) que se apresentem perante a autoridade.

A decisão de colaborar ou não com uma autoridade requer uma série de considerações por parte do agente envolvido em uma conduta, seja ela anticompetitivas ou ligada à corrupção. Além disso, o agente que decida colaborar tem que atender os requisitos necessários para garantir os benefícios decorrentes de sua colaboração. Nos Estados Unidos, por exemplo, a concessão de créditos por cooperação requer que o agente identifique como, onde, quando ocorreu a conduta e quais os agentes² envolvidos na mesma (WARIN, et. al, 2016)

A colaboração tem como primeira e principal vantagem a isenção ou a redução das penalidades. Além disso, ao colaborar a empresa pode participar mais ativamente da investigação conduzida pela autoridade e saber quais os “rumos” da investigação. No que se refere aos custos envolvidos na colaboração, os gastos despendidos pela empresa ao colaborar (por exemplo gastos com investigações internas) significam uma economia para a autoridade e, em última instância, ainda assim podem significar uma economia para a empresa a depender do desconto ou isenção obtidos após a negociação com a autoridade. Uma possível desvantagem a ser enfrentada pela

² Até 2015 o *Department of Justice* (“DoJ”) não exigia que empresas elegíveis a créditos por cooperação identificassem os demais participantes da conduta. Todavia, esse posicionamento mudou após a emissão do Yates Memorandum, o qual deixa claro que nenhuma empresa será elegível para o crédito por cooperação se ela se negar a conhecer e dividir com as autoridades todas as informações a que tenha acesso sobre indivíduos que se engajaram na conduta. Um efeito possivelmente negativo do Yates Memorandum é que, ao obrigar que a empresa entregue todos os funcionários envolvidos na conduta, esses podem não colaborar com a empresa uma vez que perderam o poder de negociar, com a empresa, a colaboração em troca de não serem listados como envolvidos nos acordos (WARIN, et. al, “*Cooperating with Authorities: the US Perspective*” in **The Practitioner’s Guide to Global Investigations**, Global Investigations Review (2016), pp. 138-152).

empresa que colabora/se torna leniente é a exposição a ações por reparações de danos civis além de eventuais distúrbios no curso dos negócios da empresa.

No que se refere às penalidades aplicáveis aos participantes de cartel, nos últimos anos o CADE tem aplicado multas cada vez mais altas aos agentes envolvidos em cartéis, além de outras punições como a proibição de participar em licitações realizadas pelo poder público e até mesmo medidas de desinvestimento (como foi o caso do cartel do cimento).

Traçando-se um breve paralelo entre a defesa da concorrência e o combate à corrupção, nos Estados Unidos, no âmbito do *Foreign Corrupt Practices Act*, os condenados por atos de corrupção com relação a agentes públicos estrangeiros são frequentemente punidos com multas e, às vezes, com prisão para os indivíduos envolvidos. Todavia, diferentemente do que se tem verificado nas condenações de cartéis pelo CADE, as autoridades norte-americanas não costumam aplicar aos agentes condenados por corrupção nos termos do FCPA a sanção de impedimento de participação em futuros contratos do governo federal – mesmo que temporariamente (STEVENSON e WAGONER, 2011).

O *Plea Agreement* firmado pela Siemens é um exemplo de acordo de colaboração firmado no âmbito de investigações de corrupção. A empresa, investigada por infração ao FCPA, firmou um acordo com o DoJ assumindo responsabilidade pela prática de atos de corrupção para vencer licitação em vários países em troca de benefícios na aplicação de suas penas. Dentre as obrigações previstas no acordo, uma que merece destaque é a obrigação de nomear um monitor independente para acompanhar a operação e o cumprimento dos termos do acordo pela Siemens. De modo similar, no âmbito da Operação Lava Jato, foram apontados dois monitores para fiscalizar as operações da Odebrecht – um brasileiro e um norte americano.³ A nomeação de monitores externos e isentos é uma recomendação comumente feita pelo DoJ.

À exemplo do praticado nos Estados Unidos e na União Europeia, o acordo de leniência, foi inserido no âmbito do direito antitruste pátrio no início dos anos 2000 e o primeiro acordo de leniência foi firmado em 2003. O programa de leniência no Brasil oferece imunidade ou redução das sanções administrativas. Nos termos do art. 87 da Lei nº 12.529/2011⁴, caso o acordo de

³ <https://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,odebrecht-comeca-a-ter-operacao-monitorada,70001713453> e <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1869560-entrevista-odebrecht.shtml>

⁴ Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os

leniência seja adequadamente cumprido, os signatários podem obter imunidade na esfera penal dos crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/90).⁵ Para que um agente seja elegível à leniência ele deve atender aos seguintes requisitos: (i) ser o primeiro (empresa ou indivíduo) a se apresentar diante do CADE e confessar a participação naquela conduta; (ii) cessação imediata de envolvimento na conduta anticompetitivas; (iii) cooperação ampla, integral e contínua com o CADE durante toda a investigação; (iv) identificar outros participantes da conduta e apresentar documentos que provem a sua ocorrência; (v) o CADE não deve dispor de informações suficientes sobre a conduta delatada quando da proposição da leniência (MARTINEZ, 2015). Se a Superintendência Geral do CADE (“SG”) desconhecia, em absoluto, a conduta relatada, o leniente pode obter imunidade total das sanções administrativas. Se, por outro lado, a SG já tinha conhecimento da conduta relatada, as sanções podem ser reduzidas de 1/3 a 2/3.

O agente que deseje firmar uma leniência com o CADE deve obter um *marker* junto à autoridade. Isto é, um documento que atesta e registra da data e do momento em que uma parte se aplicou para um programa de leniência (OCDE, 2014). A função do *marker* é estabelecer a posição do primeiro requerente em relação aos demais requerentes. Ele é garantido por um período de tempo limitado para que o requerente tenha tempo de obter informações adicionais para completar seu pedido de leniência – no caso do CADE, ele é concedido por 30 dias prorrogáveis.

A concessão do *marker* varia conforme o país. As principais diferenças são: (i) a quantidade de informações requeridas para dar o *marker*; (ii) o tempo que o detentor do *marker* tem para completar seu pedido de leniência (iii) a natureza automática ou discricionária do *marker*, (iv) o momento da investigação até o qual é possível obter um *marker*, (v) a disponibilidade de *marker* para os próximos requerentes e (vi) a possibilidade de requerer um *marker* de modo anônimo (OCDE, 2014).

Se o CADE rejeitar uma leniência, os documentos e evidências apresentados não podem ser utilizados como elementos de confissão da parte nem podem ser disponibilizados para outras

tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

⁵ Sobre esse ponto, Ana Paula Martinez expõe que a provisão genérica constante no artigo 87 da Lei nº 12.529/2011 relativa a “demais crimes relacionados à prática de cartel” gera insegurança na medida em que alguns procuradores teriam se manifestado no sentido de que o acordo de leniência celebrado com o CADE somente protege os signatários de persecução penal relativas às ofensas expressamente mencionadas em lei.

partes ou autoridades. Por outro lado, se o agente não estiver qualificado para firmar um acordo de leniência sobre uma conduta já investigada mas tiver informações sobre uma outra conduta, ele pode firmar o que se chama de leniência *plus* – obtendo 1/3 de redução na multa relativa à primeira conduta investigada e imunidade na segunda conduta delatada.

Traçando-se um paralelo entre os acordos de leniência firmados no âmbito antitruste e os acordos de leniência firmados no âmbito do combate à corrupção, tem-se na Decisão da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal referente ao caso SBM Offshore um exemplo de acordo de leniência não homologado. O acordo de leniência foi firmado no âmbito de investigação de prática de atos de improbidade administrativa em razão de danos ao erário e pagamento de propina no âmbito de contratos de construção e afretamento de navios-sonda. De acordo com a referida decisão, o acordo apresentava problemas que não permitiam a sua homologação, dentre os quais a ausência de informações e elementos⁶ que possam contribuir para a investigação dos atos de improbidade administrativa pelo MPF. Além disso, não haveria razoabilidade e proporcionalidade entre as renúncias e as vantagens concedidas à SBM.

Ana Paula Martinez levanta alguns desafios relacionados aos acordos de leniência antitruste no Brasil, dentre os quais destaca-se o fato de que o crescimento do *enforcement* privado pode levar a um desincentivo dos acordos de leniência na medida em que os lenientes são solidariamente responsáveis pelos danos decorrentes da conduta anticompetitivas. Além disso, outra preocupação seria o limite das informações fornecidas pelo CADE a terceiros tendo-se em vista o caráter confidencial de boa parte das informações fornecidas pelos signatários. A esse respeito é importante pontuar que o CADE aprovou no dia 05 de setembro de 2018 a Resolução nº 21/2018, que regulamenta procedimentos de acesso a documentos e informações constantes em processos administrativos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica.⁷

Dentre os demais pontos relevantes suscitados pela autora, destaca-se o referente às vantagens e desvantagens comparativas entre acordos de leniência e Termos de Compromisso de

⁶ De acordo com a decisão, o acordo não especificava quais dados, informações e outros documentos contribuiriam com a investigação dos referidos atos de improbidade administrativa. Além disso, o acordo conteria falhas tais como a não identificação adequada de todas as pessoas jurídicas que faziam parte do acordo e a falta de assinatura de advogados que representariam a SBM Offshore.

⁷ A íntegra da resolução está disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOBW1wi2BIgHkFzHYAbp2tiaipuTiy15xzmH33qiGjCWMDetWZR-kGnRQyG8vei7xM_nxTy3_CZ4xui30_UBNsN

Cessação (“TCC”). Até 2013 os TCC’s apresentavam vantagem em relação aos acordos de leniência devido, por exemplo, ao fato de que a confissão feita no âmbito do TCC poderia ser mais ampla e genérica, o beneficiário não tinha que cooperar com o CADE, o beneficiário de TCC, diferentemente do leniente, era excluído do processo antes do seu final, dentre outros. Após 2013, contudo, essas diferenças foram mitigadas na medida em que o CADE passou a exigir o reconhecimento de participação por parte dos beneficiários de TCC e a sua cooperação com investigação, além de determinar que a decisão sobre o cumprimento total do TCC somente ocorrerá no julgamento final do processo – da mesma forma que ocorre com o leniente. Por outro lado, uma vantagem apresentada pelos acordos de leniência sobre os TCC’s é que somente os primeiros permitem a obtenção de imunidade penal.

Para além dos desafios apontados acima, há algumas outras dificuldades que os programas de leniência antitruste e o sistema de concessão de *markers* podem enfrentar tais como as dificuldades enfrentadas por requerentes que desejem firmar acordos de leniência em mais de um país. Uma vez que requisitos para obtenção de *marker* variam conforme o país, os requerentes de leniência multi-jurisdicionais podem enfrentar grandes dificuldades. Isso gera insegurança sobre a obtenção de imunidade em outras jurisdições, o que pode diminuir a atratividade de leniência (OCDE, 2014). Uma opção que vem sendo discutida como possível solução para essa questão é a adoção de um sistema “*one-shop-stop for leniency marker*” ou seja, um guichê único para obtenção de *markers* para leniências. Trata-se de sistema único, multi-jurisdicional, disponível para o primeiro requerente que confesse determinada conduta e deseje firmar acordos de leniência em mais de um país (dentre os países que eventualmente venham a adotar esse sistema). Os defensores desse sistema reconhecem que seria necessária uma mínima harmonização entre os sistemas de *marker* existentes. Nesse sentido, haveria necessidade de mínima convergência quanto (i) ao prazo para ajustar a submissão da leniência e (ii) às informações que os requerentes têm que aplicar para obter o *marker* único (OCDE, 2014).

Embora o Guia da OCDE para obtenção de *markers* não defenda uma posição fechada quanto à viabilidade desse sistema, ele apresenta as vantagens e desvantagens do guichê único. O guichê único para obtenção de *markers* poderia beneficiar as empresas ao incentiva-las a firmar acordos de leniência em múltiplas jurisdições ao mesmo tempo. Da perspectiva das autoridades antitruste, o sistema geraria melhoria na informação fornecida pelo leniente; racionalização de gastos e tempo dispendidos pelas autoridades uma vez que apenas uma negociaria o *marker* e;

melhor alinhamento temporal das investigações entre as diferentes jurisdições. Outro desafio à cooperação internacional, que se repete e ganha relevância quando o tema sob discussão é acordo de leniência, é a garantia de confidencialidade da informação.

Além das autoridades de defesa da concorrência, outras autoridades utilizam-se de ferramentas de colaboração para detecção e punição de condutas ilegais. Warin, Chan, Soto e Yeh apresentam alguns exemplos de programas que oferecem créditos por cooperação, além do antitruste, existentes nos Estados Unidos:

- Cooperação no âmbito da *Securities and Exchange Commission* (“SEC”): a SEC considera os seguintes parâmetros para conceder créditos a empresas que cooperem: (1) auto-monitoramento; (2) delação; (3) implementação de medidas para remediar a conduta e; (4) colaboração. Se a empresa atender aos quatro parâmetros ela pode obter um acordo de colaboração que lhe garante uma persecução “diferenciada” ou nenhuma persecução.
- *US Sentencing Guidelines*: há previsão de concessão de créditos para empresas que colaborem com as investigações. Tais créditos são transformados em recomendações de reduções nas penalidades financeiras. Exemplo de utilização das provisões do *US Sentencing Guidelines* pode ser visto no *Plea Agreement* firmado pela Siemens com o DoJ.
- *FCPA Pilot Program*: para ser elegível à colaboração no âmbito da persecução a atos de corrupção com agentes públicos estrangeiros o requerente tem que atender a três requisitos (1) reportar voluntariamente todos os fatos relacionados à conduta; (2) oferecer cooperação total; (3) adotar, no tempo adequado e de forma adequada, medidas que corrijam o ocorrido.

Por fim, um último ponto abordado nos textos sugeridos diz respeito à prospecção, proteção, análise e apresentação de dados, documentos e informações no âmbito das investigações corporativas. As investigações corporativas servem a diversos fatores, dentre os quais (i) a detecção de condutas anticompetitivas, condutas de corrupção, fraude ou outras condutas ilegais, (ii) a obtenção de informações para corroborar com uma afirmação (feita, por exemplo, por meio de uma denúncia) ou (iii) auxiliar uma investigação já em curso. A esse respeito, e sobretudo em um contexto de ampla difusão e troca de informações por meios eletrônicos, merecem destaque as medidas empregadas obter e preservar as informações e documentos úteis à investigação. Nesse sentido, o processo de identificar, levantar e preservar as informações relevantes (sejam elas físicas ou eletrônicas) é comumente chamado de e-discovery (POMERANTZ, 2016). Importante notar

que, uma vez que a empresa constata que uma investigação interna será necessária ela deve expedir uma notificação para que nenhum documento (físico ou eletrônico) seja apagado ou destruído.

Segundo Pomerantz, no âmbito das investigações corporativas, quando se constata que houve uma violação interna é importante definir se o ato praticado pelo indivíduo foi ou não intencional. A determinação de intencionalidade é importante para fins de sanções penais, processos regulatórios e, principalmente, para contenção de danos e prevenção de novas ocorrências. Para estabelecer se houve intencionalidade é necessário conduzir uma investigação interna para identificar os sujeitos responsáveis por determinados setores e processos. Nesse ponto, é comum que haja necessidade de revisão de documentos e entrevistas com funcionários. Além disso, é importante revisitar os treinamentos que o sujeito alvo da investigação tenha recebido para compreender se este tinha uma correta compreensão de como os negócios deveriam ser conduzidos.

No caso de investigação corporativa para auxiliar em investigação já em curso, análise forense de dados pode ser de grande valia para identificar, dentre outros pontos, quais indivíduos se envolveram na conduta e quais outras práticas fraudulentas podem ter sido empreendidas pelos mesmos indivíduos. Isso pois, 45% de todos os esquemas de fraude ou corrupção envolveram mais de um indivíduo e em 31,8% dos casos em que um indivíduo se envolve em uma fraude ele se utiliza de múltiplas práticas para cometer seus crimes (POMERANTZ, 2016).

Algumas questões e desafios que têm surgido no âmbito da análise de dados e das investigações corporativas decorrem do fato de que as investigações, muitas vezes, cruzam fronteiras e envolvem graus cada vez maiores de complexidade. As práticas têm se tornado mais sofisticadas e complexas, muitas vezes em resposta a um implemento nos programas de controle interno das próprias empresas. Essa realidade impõe novos desafios à realidade de análise forense de dados, dentre os quais destacam-se a necessidade de se compreender as leis que regem a transferência de dado entre países, identificar quais documentos estão em cada jurisdição e identificar eventuais barreiras de linguagem.