

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

FERNANDA GONSALVES

O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

CURITIBA

2016

FERNANDA GONSALVES

O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann
Moreira

CURITIBA

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Curitiba, __ de novembro de 2016.

"Do one thing every day that scares you"

(Eleanor Roosevelt)

AGRADECIMENTOS

Diante das dificuldades e alegrias vividas nesses cinco anos de Universidade Federal do Paraná, impossível não recordar hoje daqueles que possibilitaram a existência desse momento presente e que permanecerão nas minhas recordações futuras.

Primeiramente sou grata aos meus pais, Antonio e Janete, que são exemplo de perseverança e bom humor nas situações mais difíceis, e ao meu irmão, Anderson, por ter sido desde a minha infância, além de meu amigo, um exemplo de bondade a ser seguido.

À minha amiga Cindy por agigantar as minhas conquistas e amenizar as minhas tristezas.

Aos meus amigos, Ana, Amanda, Lucas, Luciano, Natália, Paula, Richel e João (em memória), por terem tornado esses cinco anos muito mais leves e divertidos; e, em especial ao Leonardo, pelo estímulo e carinho.

Ao meu orientador, Egon Bockmann Moreira, pela sinceridade e generosidade de sempre.

Enfim, agradeço a todos os advogados e juízes – cada um do seu jeito - que participaram da minha formação, me ensinando com dedicação e paciência a me tornar a profissional que eu um dia sonho em ser.

RESUMO

O presente estudo pretende abordar o Acordo de Leniência previsto na Lei nº 12.846/2013, que pretende um desfecho consensual, em âmbito administrativo, entre entidades públicas e pessoas jurídicas de direito privado envolvidas em esquemas de corrupção. A resolução consensual de conflitos advém da necessidade do Estado tornar-se eficiente na persecução de crimes complexos. Diante disso, surgiu na legislação penal nacional a Delação Premiada, com o objetivo de estimular os envolvidos a cooperar com as investigações e persecuções penais. Adiante, surge o Acordo de Leniência, inserido na legislação concorrencial brasileira em 2000, sendo modernizado e utilizado no combate à formação de cartéis. Tal mecanismo foi inspirado no Direito norte-americano, que o utiliza no combate à formação de cartéis há quase 40 anos. Com isso, o Acordo de Leniência surge na Lei Anticorrupção, muito semelhante ao acordo previsto na Lei do CADE, com o objetivo de fomentar o combate à corrupção no Brasil. A doutrina aponta diversas críticas a esse mecanismo, desde a impossibilidade de solução consensual pela Administração até as consequências da ausência de previsão de participação do Ministério Público no acordo. Apesar da necessidade de alguns ajustes, o programa de leniência da Lei Anticorrupção é um mecanismo que pode transformar a investigação do crime de corrupção no Brasil.

Palavras chave: Acordo de leniência, Lei Anticorrupção, Lei 12.846/2013.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	08
2. MECANISMOS DE ACORDO EM PROCESSOS SANCIONADORES.....	10
2.1. CONSENSUALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	10
2.2. DELAÇÃO PREMIADA.....	12
2.2.1 Requisitos para celebração da Delação Premiada.....	13
2.2.2 Valor probatório da Delação Premiada.....	15
2.2.3 Críticas à Delação Premiada.....	16
2.3. ACORDO DE LENIÊNCIA – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.....	17
2.3.1 Cartéis e a possibilidade de celebração de Acordo de Leniência.....	18
2.3.2. A evolução do Acordo de Leniência no Direito Concorrencial.....	21
2.3.3 Críticas ao Acordo de Leniência – Nova Lei do CADE.....	23
3. ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO NORTE-AMERICANO.....	27
3.1. Evolução histórica do Acordo de Leniência.....	27
3.2. Requisitos para a celebração do Acordo de Leniência.....	29
3.3. Procedimentos para concessão da Leniência.....	30
3.4. Resultados da aplicação do Acordo de Leniência.....	33
4. ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO.....	35
4.1. Pressupostos para celebração de Acordo de Leniência.....	36
4.2. Alterações geradas pela Medida Provisória nº 703/2015.....	39
4.3. Pontos sensíveis do Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção.....	42
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

1. INTRODUÇÃO

A corrupção é um problema global, atinge de maneira estrutural todos os países do mundo, em maior ou menor medida, estimula as desigualdades sociais e ameaça a legitimidade das escolhas políticas. Nesta medida, a preocupação com a ética e a moralidade vem de tempos imemoráveis, em “Ética a Nicômaco”, por exemplo, Aristóteles já se debruçava sobre o tema ao analisar a relação dos homens com as Instituições¹.

Ocorre que as verbas públicas que deveriam ser aplicadas de forma a combater as desigualdades, são desviadas tanto por agentes públicos quanto particulares com o objetivo de obterem vantagens pessoais, aumentando as desigualdades, formando um verdadeiro círculo vicioso fomentado pela corrupção. Fato é que a corrupção procura, principalmente, contratos administrativos e empresas públicas corrompendo os legisladores a aprovarem leis que os beneficiem, aproveitando-se do sistema burocrático que enseja, por si só, em mais obstáculos a serem ultrapassados e corrompidos².

Neste sentido, a ONG Transparência Internacional, através da medição global de corrupção (*Global Corruption Barometer*), em 2013, atestou que a maioria dos cidadãos entrevistados percebe como entes corruptos ou extremamente corruptos, em ordem decrescente: os partidos políticos, o Congresso nacional, a polícia, o sistema público de saúde e o judiciário³. Diante disso, extrai-se que, no Brasil, de maneira muito semelhante à média global⁴, as entidades intimamente relacionadas à Administração pública e à política são consideradas mais corruptas.

Em que pese a corrupção tenha status de problema global, o Brasil, especialmente, se deteriora ano após ano em razão desse problema, para demonstrar isso um estudo realizado pelo Departamento de Competitividade e

¹ NUNES, Antonio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In PIRES, Luis Manoel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte:Fórum, 2008. p. 17

² ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.. Corruption and Government. Nova Iorque: Cambridge, 2016. p. 11

³ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Global Corruption Barometer 2013. Disponível em: <http://www.transparency.org/gcb2013/country?country=brazil>. Acesso em 20 de out. 2016.

⁴ Neste mesmo estudo, na média global, os setores considerados corruptos foram, em ordem decrescente: partidos políticos, polícia, parlamento/legisladores, servidores públicos e judiciário.

Tecnologia (Decomtec) da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo revelou que, em 2008, o custo médio anual da corrupção no Brasil representava de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), ou seja, em torno de R\$ R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões. Tais valores representariam aumento de 89% do número de leitos em hospitais públicos, ou 47% a mais de jovens no ensino fundamental, ou mais de 74% no aumento de famílias recebendo casas populares⁵.

É evidente que esse estudo se baseia em projeções aproximadas e pode estar bem longe dos valores reais, até porque a principal característica da corrupção é o sigilo, mas não se pode deixar de considerar os valores vultosos desviados a cada ano. Nesta medida, a legislação brasileira já previa a corrupção como crime desde as Ordenações Filipinas⁶, mas isso não impediu que o Brasil se tornasse um ambiente propício para corruptos.

Diante de todas as pressões nacionais e internacionais que exigiam posturas mais rígidas do Brasil, foi aprovada a Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei anticorrupção que, dentre alguns mecanismos, trouxe a possibilidade de celebração de Acordo de Leniência em âmbito administrativo. Esse Acordo está previsto no artigo 16 e seguintes, sendo inspirado no Acordo de Leniência do Direito Concorrencial, que por sua vez foi inspirado no Direito norte-americano.

Dada a importância desse novo mecanismo, este trabalho irá analisar os mecanismos semelhantes a ele que já são aplicadas no Brasil há anos, bem como quais as influências do Direito norte-americano em sua criação.

⁵ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Custo da corrupção no Brasil chega a R\$ 69 bi por ano. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano>. Acesso em 20 de out. 2016.

⁶ SENADO FEDERAL. Ordenações Filipinas de 1603, Livro V, Título LXXI, “dos oficiais do Rei que recebiam serviços ou peitas e das partes que lhes davam ou prometiam”. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em 20 de out. 2016.

2. MECANISMOS DE ACORDO EM PROCESSOS SANCIONADORES

Com a globalização, as relações sociais se tornam cada vez mais complexas e a capacidade de especialização ágil das organizações criminosas para o cometimento de delitos supera em muito a capacidade legislativa punitiva, bem como a persecução dos delitos pelo Estado.

Em vista disso, o Poder Legislativo vem aprovando mecanismos reconhecidos internacionalmente por facilitar a persecução e punição de crimes de complexa investigação. Dentre esses mecanismos destacam-se a Delação Premiada no direito penal e o Acordo de Leniência para violações concorrências e atos de corrupção aplicáveis em âmbito administrativo e judicial.

Tais mecanismos consistem na confissão pelo agente da prática do ilícito, bem como no fornecimento de provas e informações com o objetivo de desmantelar grandes organizações criminosas. Em contrapartida, o celebrante desses acordos recebe atenuações em suas sanções ou até mesmo perdão judicial.

A essência básica desses instrumentos é utilizar-se da consensualidade para a obtenção de provas e informações que seriam de difícil acesso pelos investigadores pela característica dos crimes e dos criminosos envolvidos, em que o sigilo e a alta sofisticação são comuns.

A Delação Premiada e os Acordos de Leniência serão tratados adiante, entretanto, faz-se importante esclarecer a possibilidade de consensualidade nos processos sancionadores no Direito Brasileiro, tanto em âmbito judicial quanto administrativo.

2.1 CONSENSUALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Tanto a Administração quanto o Poder Judiciário são guiados pelo princípio da Legalidade, logo, os Acordos de Delação e Leniência só podem ser realizados se expressamente previstos em lei. Em que pese o poder do juiz em ponderar outros princípios na resolução dos casos concretos, usufruindo de poder de escolha muito mais amplo que a Administração, não estando restrito à

legalidade, a celebração da Delação Premiada só é permitida por expressa previsão legal.

No âmbito administrativo, tal princípio vincula a atuação da Administração às previsões legais, em razão da impossibilidade de dispor do interesse público e seus recursos. Diante disso, quando a Administração, por meio do CADE, celebra um Acordo de Leniência ofertando benefícios penais ao agente que infringiu a ordem econômica, doutrinadores colocam em xeque se a Administração teria competência para celebrar acordo com tamanha extensão⁷.

Para Juliana Bonacorsi de Palma a atuação administrativa através de

Acordos firmados entre Poder Público e particulares no âmbito no processo administrativo, tendo por base a negociação de prerrogativas públicas, determinariam soluções obtidas em concreto e de forma bilateral, porquanto se formaliza no encontro de vontades entre Administração Pública e administrado. Ocorre que a consensualidade na prática do Direito Administrativo assume evidente viés pragmático, voltado à resolução de casos concretos com negociação de prerrogativas públicas para alcançar a resposta mais eficiente⁸.

Aliás, o modelo de consensualidade Administrativa brasileira é normativa difusa, ou seja, há a previsão em algumas leis que permitem à Administração uma solução consensual, não há um permissivo genérico que possibilita acordos em todas as esferas administrativas, como ocorre em outros países⁹. Deste modo, não há que se falar em violação ao princípio da legalidade quando a Administração celebra Acordo de Leniência, regularmente previsto na legislação concorrencial, com o objetivo de investigar e punir crimes contra a ordem econômica.

Nas palavras de Juliana Bonacorsi de Palma a atuação administrativa ao celebrar acordos enseja certa “margem de autonomia da vontade no âmbito do

⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o Acordo de Leniência na realidade antitruste. In Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior. Coordenadores: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 577.

⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo, 2010. p. 277. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>. Acesso em 26 março 2016.

⁹ Idem. Ibdem. p. 189.

aparato público na medida em que os atos consensuais formalizam-se por meio da aquiescência bilateral, pública e privada, acerca dos termos do pacto (autonomia da vontade x vontade legal)”¹⁰.

Logo, a Administração está vinculada a conceder apenas os benefícios previstos na legislação, ou seja, há um limite máximo na concessão de benefícios ao leniente. Entretanto, há discricionariedade quanto à majoração da eficácia do Acordo de Leniência para a investigação, de igual modo, há discricionariedade quanto à concessão ou não de todos os benefícios legalmente previstos.

2.2. DELAÇÃO PREMIADA

O direito penal brasileiro prevê desde a década de 1990¹¹, na Lei de Crimes Hediondos, a possibilidade de que o autor de um crime obtenha benefícios jurídicos em face da confissão de participação e denúncia de outros partícipes, trata-se do instituto jurídico chamado Delação Premiada.

Em que pese as divergências doutrinárias, a Delação Premiada é aceita como meio de prova e justifica o aprofundamento de investigações criminais. Damásio de Jesus a conceitua como "a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato)"¹².

Com o aumento da sofisticação das organizações criminosas, a delação premiada passou a ser prevista expressamente em várias leis, quais sejam:

¹⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo, 2010. P. 277. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>. Acesso em 26 março 2016.

¹¹ A delação premiada foi inserida através do parágrafo único do art. 8º da lei nº 8.072/90: Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

¹² JESUS, Damásio de. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister. V. 7, 2005, p. 98.

a) Lei Contra o Crime Organizado que prevê em seu artigo 6º a redução de um a dois terços da pena quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria;

b) Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e Econômica e Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional que preveem a redução da pena de um a dois terços se o coautor ou partícipe através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa;

c) Lei de Lavagem de Capitais estabelece em seu artigo 1º, §5º a redução da pena de um a dois terços, podendo ser substituída por 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;

d) Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas que vai mais além e prevê em seu artigo 13 o perdão judicial com extinção da punibilidade ao acusado que tenha colaborado para a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada, a recuperação total ou parcial do produto do crime;

e) Lei de Drogas estabelece em seu artigo 41 a redução da pena de um a dois terços ao 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;

Ou seja, a Delação Premiada prevê desde a redução da pena restritiva de liberdade até o perdão judicial com a extinção da punibilidade, a depender de qual lei é aplicada ao caso concreto.

2.2.1 Requisitos para celebração da Delação Premiada

Para a concessão dos benefícios previstos para o delator, é necessário que a Delação tenha sido voluntária e espontânea, tenha permitido encontrar e

processar os demais envolvidos no crime e possibilite a recuperação do produto ou da vítima - nos casos em que isso é possível¹³.

Ao demonstrar o interesse em cooperar com as investigações e celebrar a Delação Premiada, impõe-se sigilo às alegações, tanto para proteger o delator de uma possível retaliação quanto para proteger o delatado de acusações infundadas, e exige-se a intervenção do Ministério Público. O agente ministerial deverá analisar o depoimento do delator e exigir dele todos os detalhes do *iter criminis* cujo participante, necessariamente, teria conhecimento¹⁴.

Caso as alegações sejam genéricas e vazias de outras provas, nessa primeira análise, o Ministério Público pode rechaçar as alegações e prosseguir com as investigações anteriores. Em contrapartida, caso sejam encontrados elementos externos que corroborem as alegações do delator, o Ministério Público deverá ajuizar ação penal. Posteriormente, o magistrado homologa a Delação Premiada e, conforme o Juiz Federal Frederico Valdez Pereira “o magistrado deve apresentar fundamentadamente o seu convencimento em torno da credibilidade da declaração de arrependido processual”¹⁵.

Em suma, o Juiz irá analisar se as informações e provas apresentadas pelo delator realmente auxiliaram a investigação e possibilitaram a denúncia dos demais envolvidos, se sim, a pena é reduzida ou o perdão judicial concedido.

Caso o delator tenha faltado com a verdade em quaisquer de suas alegações na celebração da Delação Premiada, essa e seus benefícios são

¹³ SILVA, Jordana Mendes da. Delação Premiada: uma análise acerca da necessidade de regulamentação específica no direito penal brasileiro. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/jordana_silva.pdf. Acesso em: 27 fev. 2016. p. 13.

¹⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1126/1224>. Acesso em: 27 fev. 2016. p. 31-32.

¹⁵ Idem. Ibidem. p.33.

revogados. Até porque não há como se duvidar de que um acusado afirmaria e incriminaria qualquer pessoa com o único objetivo de beneficiar-se¹⁶.

2.2.2 Valor probatório da Delação Premiada

Sendo assim, diante da possibilidade de acusações inverídicas pelo delator, não há que se falar em tomar a Delação com o mesmo peso do testemunho de alguém desinteressado no processo, mas como instrumento para obtenção de provas ao catalisar as investigações que, irão ou não, comprovar a veracidade das alegações do delator¹⁷.

Neste sentido, a doutrina tende a não admitir como elemento único para a condenação de um acusado a confissão, mesmo que rica em detalhes. Para se condenar um sujeito de direito faz-se necessário um conjunto probatório que forneça indícios e comprove as alegações do próprio confitente, de modo a fundamentar a sentença penal condenatória¹⁸.

Tanto o membro do Ministério Público quanto o Juízo devem investigar cada uma das alegações do delator, pois nas palavras de Stephen S. Trott “criminosos estão dispostos a dizer e a fazer qualquer coisa para obterem o que querem, especialmente quando o que eles desejam é livrar-se de seu problema com a lei”¹⁹.

Aliás, a Delação Premiada não tem previsão legal de todos os detalhes para sua celebração, dependendo de sua real necessidade para o aprofundamento das investigações, bem como da voluntariedade e possibilidade de cooperação do delator. Fruto de críticas na doutrina, a delação não é totalmente previsível e depende da negociação com o Ministério Público e homologação pelo juiz.

Nas palavras do Magistrado Frederico Valdez Pereira,

¹⁶ TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução Sérgio Fernando Moro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, 2007, p. 69.

¹⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1126/1224>. Acesso em: 27 fev. 2016. p. 29.

¹⁸ Idem. Ibidem. p. 30.

¹⁹ TROTT, Stephen S.. Op. Cit. p. 70.

Uma das exigências para se conferir valor probatório às declarações do delator no processo, desfazendo o direito à presunção de inocência do acusado, é a necessidade de se submeter esse elemento de prova ao contraditório. É necessário trazer ao processo as declarações reveladoras do beneficiário da delação, permitindo que a defesa do acusado produza prova em contrário no curso do procedimento. Sem isso, a colaboração premiada não pode ter o efeito de afastar a presunção de inocência²⁰.

Em suma, conclui-se que a Delação Premiada não pode ser cotejada com a mesma valoração da confissão, pois incrimina terceiro presumidamente inocente. Não pode ser também igualada à testemunha qualificada, pois o delator participou do crime e age de forma parcial. Segundo o Procurador da República Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior, o ideal seria considerar o delator como mero informante, cujas alegações serão investigadas assegurando-se o contraditório e ampla-defesa do delatado²¹.

2.2.3 Críticas à Delação Premiada

Neste sentido, a delação foi o mecanismo encontrado pelo legislador para equilibrar a divergência no acesso às informações relacionadas à execução dos crimes. Fato é que o processo penal clássico encontra dificuldades para investigar complexas ações criminosas²², com repasses de recursos para contas bancárias de outros países e sofisticados esquemas para lavagem de dinheiro. Sendo assim, estimula o autor do crime a confessar e entregar seus comparsas com o fornecimento de dados e provas que facilitem o aprofundamento das investigações, bem como permite que o juiz tenha acesso a documentos que dificilmente conheceria sem o auxílio do delator.

Entretanto, esse mecanismo é criticado pela doutrina por diversos fundamentos, dentre eles a ofensa ao princípio do contraditório, da publicidade

²⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1126/1224>. Acesso em: 27 fev. 2016. p. 33.

²¹ JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga Falcão. Delação premiada: constitucionalidade e valor probatório. Revista eletrônica do Ministério Público. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_Falcao_Junior.pdf. Acesso em: 20 fev. 2016. p. 17.

²² Idem. Ibidem. p. 10.

e do devido processo legal, em face do caráter secreto da delação²³. A Delação Premiada violaria também o direito de não produzir provas contra si mesmo, em razão do fato de ser imprescindível a confissão do acusado para a celebração da delação. E ainda, esse mecanismo violaria a ética processual, ao exigir que acusado denuncie seus colegas por interesses egoísticos²⁴.

Por outro lado, parte da doutrina defende a Delação Premiada, pois a confissão pode representar arrependimento e recuperação. Além disso, quando o Ministério Público oferecer a denúncia ao Juízo, o delatado terá acesso às provas e às acusações que embasaram a denúncia, podendo exercer o contraditório sem prejuízos²⁵.

Aliás, o magistrado norte-americano Stephen Trott, ao analisar a Delação Premiada no processo penal de seu país, observa que essa deve ser instrumento para a busca da veracidade dos fatos narrados no processo, visando o resultado prático desse mecanismo, sem se prender a ideias fundamentalistas²⁶.

Neste sentido, a Delação Premiada é mecanismo legítimo cujo objetivo é a persecução da verdade real no processo penal, o qual deve respeitar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Nas palavras do Procurador da República Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior “a única maneira de assegurar o processo democrático é construí-lo como abertura à pluralidade de ideologias, para que se manifestem de acordo com as prescrições de direitos, deveres e ônus do processo”.

2.3. ACORDO DE LENIÊNCIA – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo mínimo ético do estado. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 54, n. 344, p. 91-99, jun. 2006. p. 95.

²⁴ SILVA, Jordana Mendes da. Delação Premiada: uma análise acerca da necessidade de regulamentação específica no direito penal brasileiro. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/jordana_silva.pdf. Acesso em 25 fev. 2016. p. 16-20.

²⁵ JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga Falcão. Delação premiada: constitucionalidade e valor probatório. Revista eletrônica do Ministério Público. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_Falcao_Junior.pdf. Acesso em: 29 fev. 2016. p. 4.

²⁶ TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução Sérgio Fernando Moro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, 2007, p. 69-93.

2.3.1 Cartéis e a possibilidade de celebração de Acordo de Leniência

Com a globalização e a expansão das economias, a competição de grandes empresas pelo mercado se tornou cada vez mais acirrada e métodos para violar a competição e arbitrar preços elevados se aprimoraram. Diante disso, formaram-se complexos cartéis que são “acordos entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação”²⁷.

Com efeito, os cartéis podem gerar diversos prejuízos, como observa Roberta Alessandra Pantoni “as funções dos cartéis são muitas, incluindo entre elas a regulação da produção, o controle do mercado, a fixação de preços, e a manipulação da concorrência. A consequência natural do cartel é a oscilação de preços”²⁸.

A legislação brasileira já previa como ilícita a formação de cartéis como violação da concorrência desde 1938, proibindo atos de “promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”²⁹.

No âmbito administrativo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (adiante apenas CADE) pode impor multas aos cartéis de 1% a 30% sobre o faturamento bruto da empresa envolvida. Além disso, há a possibilidade de sanção dos administradores em multas de até 50% do valor aplicado à empresa e, se houver reincidência, a multa é duplicada³⁰.

²⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate à cartéis e programa de leniência. Coleção SDE/CADE n° 01/2009. Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf. Acesso em: 29 fev. 2016. p. 6.

²⁸ PANTONI, Roberta Alessandra. Consensualidade como instrumento de legitimidade. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, Minas Gerais, 2012. p. 103. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/3389>. Acesso em: 29 fev. 2016.

²⁹ Conforme Decreto-lei de n° 869 de 1938 cujo objeto era a definição dos crimes contra economia popular, sua guarda e seu emprego. E previa em seu artigo 2º, III como crime a formação de cartéis. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 29 fev. 2016.

³⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate à cartéis e programa de leniência. Coleção SDE/CADE n° 01/2009. p. 9. Disponível em:

Além das severas sanções administrativas acima exemplificadas, a prática de formação de cartel constitui crime, conforme a Lei de Crimes Contra a Ordem econômica³¹, punível com multa ou reclusão de 2 a 5 anos em regime fechado. O Ministério Público é o órgão responsável pela persecução penal através de ação penal pública incondicionada, tal previsão gera diversas críticas cujos fundamentos serão analisados ao final deste capítulo.

E ainda, no âmbito cível os consumidores que forem prejudicados pela formação de cartéis podem ingressar com ações individuais de ressarcimento ou através de entes em ações coletivas, conforme a Lei de Defesa da Concorrência³².

Em que pese à gravidade das sanções acima elencadas, a formação de cartéis é um crime de difícil identificação, pois dificilmente existem documentos probatórios para fundamentar a condenação dos envolvidos.

Neste sentido, o professor Benjamin M. Shieber:

A dificuldade em encontrar provas documentais, decorre do fato de raramente acontecer que conspiradores que visam praticar um abuso de poder econômico lavrem e arquivem atas de suas reuniões, tanto quanto provas testemunhais, pois é evidente que não podemos esperar que os participantes de acordo em restrição da concorrência testemunhassem contra si e admitissem a existência de tal acordo. Frequentemente, negam eles a existência de qualquer concordância de vontades, e portanto, a existência de um acordo³³.

http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf. Acesso em: 29 fev. 2016.

³¹ Lei de nº 8.137/1990. Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

³² Lei de nº 12.529/2011. Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

³³ SHIEBER, Benjamin M. Abusos do poder econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. P. 87. Apud SALOMI, Máira Beauchamp. O Acordo de Leniência e seus reflexos penais. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 124.

Diante disso, a legislação norte-americana desenvolveu em 1990, sendo seguida anos depois por mais de 50 países³⁴, um sistema que permitisse à empresa envolvida na formação de um cartel denunciar tanto a existência do cartel quanto os demais envolvidos em troca de benefícios jurídicos, esse mecanismo se chama Acordo de Leniência.

Assim, o Brasil acompanhou a tendência de diversos países e o Acordo de Leniência surgiu na legislação nacional através da Lei de nº 10.149/2000 que introduziu os artigos 35-B e 35-C na Lei de nº 8.884/1994, cujo objetivo era a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável às pessoas físicas ou jurídicas que auxiliarem as investigações das infrações à ordem econômica.

Segundo João Grandino Rodas os “acordos de leniência são aqueles firmados entre um integrante-delator do cartel e a autoridade antitruste com vistas a reduzir ou afastar as sanções que seriam aplicadas ao primeiro em troca de cooperação nas investigações³⁵”.

O Acordo de Leniência também é regulamentado pela Portaria de nº 456/2010 do Ministério da Justiça que o conceitua em seu art. 59 como “instrumento fundamental para garantir a plena concretização do princípio constitucional da livre concorrência, com especial relevância para a implementação da Política Brasileira de Combate a Cartéis”³⁶. Nesse mesmo artigo, nos incisos I, II, III, IV, prevê os objetivos do Acordo de Leniência no combate às violações à ordem econômica, veja-se:

I - detectar, investigar e punir infrações contra ordem econômica, notadamente aquelas previstas nos artigos 20 e 21, I, II, III, IV e VIII, ambos da Lei Nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

II - informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral, a respeito dos direitos e garantias previstos

³⁴ KRAFT, Amanda Moreira. O acordo de leniência como instrumento de defesa da concorrência no Brasil. Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014. p 12.

³⁵ RODAS, João Grandino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial: Práticas e Recomendações. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2007, V. 862, p. 22.

³⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Portaria de nº 456/2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2010PortariaMJ456.pdf>. Acesso em 15 março 2016.

nos artigos 35-B e 35-C da Lei Nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

III - conscientizar os órgãos públicos a respeito da importância do Acordo de Leniência como instrumento fundamental de repressão e punição das infrações contra a ordem econômica; e

IV - assistir, apoiar, orientar e incentivar os proponentes à celebração de Acordo de Leniência³⁷.

Nesse sentido, o Acordo de Leniência incorpora a mesma lógica orientadora da Delação Premiada, cujo objetivo é obtenção de provas de crimes complexos para a sanção dos envolvidos no ilícito.

2.3.2. A evolução do Acordo de Leniência no Direito Concorrencial

O programa de Leniência da Lei 8.884/94 previa os seguintes requisitos para a celebração do acordo:

(a) O proponente (empresa ou pessoa física) deve ser o primeiro a se apresentar à SDE e a admitir sua participação na prática denunciada. Se uma empresa se habilita para leniência, todos os seus funcionários que admitirem seu envolvimento no cartel receberão o benefício da leniência da mesma forma que a empresa, desde que assinem o Acordo de Leniência juntamente com a empresa e colaborem com a SDE durante as investigações. Por outro lado, caso a empresa não queira aplicar para o Programa de Leniência, seu funcionário poderia fazê-lo individualmente, caso em que a proteção não se estende à empresa. (b) O proponente deve cessar seu envolvimento na prática denunciada. (c) O proponente não pode ser o líder da prática denunciada. (d) O proponente deve concordar em cooperar com a investigação. (e) A cooperação deve resultar na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada. (f) No momento da propositura do Acordo, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente³⁸.

Aos proponentes que cumprissem tais requisitos, os benefícios eram muito relevantes, pois poderia ser concedida imunidade administrativa total ou parcial, a depender do conhecimento da SDE sobre a possibilidade de existência do cartel. Se a SDE tinha conhecimento prévio do cartel, a sanção

³⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Portaria de nº 456/2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2010PortariaMJ456.pdf>. Acesso em 15 março 2016.

³⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate à cartéis e programa de leniência. Coleção SDE/CADE nº 01/2009. p. 20. Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf. Acesso em: 29 fev. 2016.

poderia ser reduzida de um a dois terços, dependendo da efetividade da cooperação e da boa-fé do proponente.

Além disso, o Acordo de Leniência protege os administradores da empresa proponente tanto na esfera administrativa quanto penal, desde que todos façam parte do acordo. O Acordo de Leniência deve ser celebrado com a Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE, órgão que faz a instrução dos processos administrativos que investigam infrações contra a ordem econômica, dentro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Nos casos em que o acordo fosse rejeitado pela SDE, todos os documentos fornecidos pela empresa proponente do acordo devem ser devolvidos, sendo garantido sigilo total, e ainda, a proposta de acordo não importa em confissão ou reconhecimento de ato ilícito³⁹. Caso contrário, a ameaça de ser considerado réu confesso abalaria a confiança dos possíveis delatores culminando no fracasso do Acordo de Leniência antes mesmo de sua entrada em vigor.

Há alguns anos foi aprovada a nova Lei do CADE de nº 12.520/2011 que manteve várias previsões da lei anterior, bem como inseriu previsões que já eram realizadas na prática para dar maior efetividade aos acordos. O Acordo de Leniência é tratado na nova Lei do CADE no capítulo VI, artigos 86 e 87 e alterou a competência para a celebração do Acordo, que passou a ser celebrado pela Superintendência-Geral do CADE.

Além disso, a nova lei, na medida em que deixou de vetar, passou a permitir que o líder do cartel celebrasse o Acordo de Leniência, previsão criticada por doutrinadores pelo risco de que empresas estimulassem a formação do cartel e, logo após, o delatassem, eliminando concorrentes. Todavia, tal previsão pode ser vista como um estímulo à celebração do Acordo de Leniência, nas palavras de Leonor Cordovil essa previsão é “sem dúvida, a

³⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate à cartéis e programa de leniência. Coleção SDE/CADE nº 01/2009. p. 22-23. Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf. Acesso em: 29 fev. 2016.

possibilidade é um grande incentivo à leniência no Brasil, inaugurando-se a chance de qualquer interessado, sem restrição, assinar um acordo”⁴⁰.

A nova Lei do CADE inovou também ao proibir a celebração de outro Acordo de Leniência pelo prazo de três anos, caso o Acordo de Leniência anterior tenha sido descumprido por seus participantes.

Outras previsões polêmicas e essenciais permaneceram, como a possibilidade de extensão do Acordo de Leniência para as pessoas físicas (administradores, empregados que estavam envolvidos na prática do cartel) que assinarem o pacto junto com a empresa delatora. Ou ainda, a Leniência *Plus* que possibilita à empresa que teve sua proposta de Acordo de Leniência rejeitada durante processo de instigação, denunciar a existência de outra infração desconhecida pelo CADE, desde que antes do julgamento pelo CADE da primeira infração investigada⁴¹.

Neste sentido, o sigilo da proposta permanece protegido, bem como impossibilidade de utilizar a proposta de Acordo de Leniência como confissão de prática de ato ilícito. Permaneceu também a suspensão do prazo prescricional e posterior extinção da punibilidade penal das pessoas que celebrarem o Acordo de Leniência, no âmbito da Lei do CADE.

2.3.3 Críticas ao Acordo de Leniência – Nova Lei do CADE

O Acordo de Leniência se aproxima da Delação Premiada, prevista na esfera criminal e anteriormente exposta, por pressupor a denúncia de um ato ilícito em razão da concessão de benefícios jurídicos, como a possibilidade de redução da pena restritiva de liberdade correspondente.

Em que pese a evolução legislativa da previsão de Acordo de Leniência pelo CADE, esse mecanismo sofre diversas críticas pela doutrina quanto à delação realizada pela empresa proponente, quanto à constitucionalidade da

⁴⁰ CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 191. Apud KRAFT, Amanda Moreira. O acordo de leniência como instrumento de defesa da concorrência no Brasil. Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014. p. 22.

⁴¹ KRAFT, Amanda Moreira. O acordo de leniência como instrumento de defesa da concorrência no Brasil. Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014. p. 23.

previsão de extinção da punibilidade penal, quanto à participação do Ministério Público na celebração do Acordo e ainda, quanto à participação do Poder Judiciário no Acordo de Leniência.

Ou seja, persistem as críticas embasadas na ética, ou ausência de ética, envolvida na delação pressuposta no Acordo de Leniência, na opinião de Tales Castelo Branco a delação realizada no Acordo de Leniência teria dois pesos e duas medidas, ao aplicar sanções diferentes para acusados do mesmo ato ilícito⁴².

Neste sentido, Maíra Beauchamp Salomi afirma que “o acordo de leniência, à semelhança da delação premiada, representa um instrumento antiético de obtenção de provas, um dos responsáveis pela dissociação entre Direito e Moral”⁴³.

Por outro lado, em que pese a divergência na doutrina e os debates ético-filosóficos, o Acordo de Leniência tem se mostrado instrumento útil nas investigações e combate aos cartéis. Nos Estados Unidos, país que desenvolveu tanto o Acordo de Leniência quanto a Delação Premiada, no ano de 2015 foi arrecadado 3.6 bilhões de dólares em multas aplicadas às empresas que foram condenadas por formação de cartéis⁴⁴.

A Comissão Europeia arrecadou entre os anos de 2012 e 2015 mais de 5.5 bilhões de euros em multas aplicadas a empresas condenadas por formação de cartéis⁴⁵. Tanto a legislação norte-americana, quanto a legislação europeia preveem o Acordo de Leniência como instrumento de combate à formação de cartéis.

⁴² CASTELO BRANCO, Tales. Delação e cumplicidade criminosa. Folha de S. Paulo, Caderno 4, p. 2, 04/12/1994. Apud SALOMI, Maíra Beauchamp. O Acordo de Leniência e seus reflexos penais. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 180.

⁴³ SALOMI, Maíra Beauchamp. O Acordo de Leniência e seus reflexos penais. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 182.

⁴⁴ DEPARTMENT OF JUSTICE. Antitrust Division. Public documents. Criminal enforcement: Fine and jail charts through fiscal year 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts#a>. Acesso em 19 março 2016.

⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION. Competition: Cartel statistics. P.2. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. Acesso em 19 março 2016.

Diante disso, apesar dos debates éticos que rondam esse mecanismo, fato é que os números revelam a eficácia do Acordo de Leniência ao auxiliar as investigações de crimes complexos que contam com o sigilo de seus participantes para se protrair no tempo.

Outro ponto muito criticado na previsão legal do Acordo de Leniência do CADE é a possibilidade de extinção da punibilidade em face da celebração do acordo, bem como a intervenção ou não do Ministério Público na celebração da Leniência. O art. 87, parágrafo único da nova Lei do CADE prevê expressamente que cumprido o Acordo de Leniência, a punibilidade é automaticamente extinta, não havendo previsão de homologação pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário.

Ocorre que o Ministério Público tem a prerrogativa constitucional de persecução penal e, além disso, os crimes contra a ordem econômica devem ser processados por Ação Pública Incondicionada, ou seja, somente o Ministério Público pode dispor da persecução penal desse tipo criminal. E mais, o CADE e seus órgãos não pertencem ao Poder Judiciário e, conforme a Constituição, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”⁴⁶.

Sendo assim, Renato de Mello defende que, se o Acordo de Leniência não foi acompanhado pelo Ministério Público e homologado pelo Poder Judiciário, poderia ser declarada a inconstitucionalidade do acordo, gerando insegurança jurídica ao proponente⁴⁷.

Por outro lado, a legislação não prevê a obrigatoriedade de participação do Ministério Público, quando menos a homologação judicial do Acordo de Leniência. Diante disso, o CADE, para evitar que essas inseguranças impeçam a celebração de acordos, usualmente, solicita e traz para o Acordo de Leniência o Ministério Público, não como mero fiscal, mas como signatário⁴⁸.

⁴⁶ Conforme art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

⁴⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o Acordo de Leniência na realidade antitruste. In Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior. Coordenadores: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 581.

⁴⁸ KRAFT, Amanda Moreira. O acordo de leniência como instrumento de defesa da concorrência no Brasil. Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014. p. 47-48.

Deste modo, torna-se clara a incompatibilidade lógica da impossibilidade de o *parquet* ser signatário de um acordo administrativo que prevê a extinção da punibilidade de um crime e, ao mesmo tempo, ajuizar ação penal para persecução desse mesmo crime. Logo, não há que se falar em inconstitucionalidade da extinção de punibilidade prevista na legislação, se o próprio ente competente para a persecução é signatário do Acordo de Leniência.

Embora haja divergência na doutrina, principalmente quanto às consequências penais do Acordo de Leniência, esse mecanismo, além de exigir que o proponente cesse sua conduta delituosa, permite que a empresa envolvida na formação do cartel possa reparar seus danos, tanto denunciando os demais envolvidos, quanto denunciando outros cartéis. Fato é que o Acordo de Leniência é um mecanismo efetivo no combate aos cartéis ao utilizar-se da via administrativa para facilitar a investigação e punição dos demais membros.

3. ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO NORTE-AMERICANO

A palavra leniência deriva do termo Lenidade que significa “que apresenta lenidade, suave, que ou o que suaviza, acalma, lenitivo”⁴⁹, ou seja, indica a suavização de algo. O Acordo de Leniência concorrencial surgiu nos Estados Unidos da América em 1978 como meio de obter provas e confissões em troca da suavização das sanções previstas para crimes de violação da concorrência.

3.1. Evolução histórica do Acordo de Leniência

O primeiro Programa de Leniência previa que a primeira corporação que confessasse a prática de cartel, bem como apresentasse provas e delatasse os demais, antes do início das investigações, receberia perdão judicial na esfera penal.

A competência é do Departamento de Justiça para a persecução de crimes de formação de cartel, esse departamento se limita à persecução de crimes referentes ao núcleo duro da Seção 1 da Lei Antitruste norte-americana (*Sherman Act*), como a fixação de preços, manipulação de licitações, divisão de mercado, ou seja, crime de cartel⁵⁰.

Entretanto, o primeiro Programa de Leniência não foi efetivo por permitir que a celebração do acordo estivesse sujeita à discricionariedade da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, pois a concessão do perdão judicial não era automática, deixando os potenciais celebrantes inseguros com a proposição e aceitação do Programa. Fato comprovado pela baixa aderência ao Programa com a celebração média de apenas um Acordo de Leniência por ano durante os quinze anos de vigência nos referidos moldes⁵¹.

Diante disso, em 1993 o Programa de Leniência foi reformulado, tornando-se o Programa de Leniência Corporativa (*Corporate Leniency Policy*,

⁴⁹ HOUAISS. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1741.

⁵⁰ WIL, Walter P. J. Is Criminalization of EU Competition Law the Answer ? Disponível em: http://pspe.org.pl/dokumenty/137_IsCriminalizationofEUCompetitionLawtheAnswer.pdf. p. 12. Acesso em: 14 maio 2016.

⁵¹ HAMMOND, Scott D. The Evolution Of Criminal Antitrust Enforcement Over The Last Two Decades. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>. Acesso em: 15 maio 2016.

Corporate Amnesty Policy ou Corporate Immunity Police). Segundo o Subprocurador Geral de Justiça Scott D. Hammond, as três principais mudanças que reestruturaram o Programa de Leniência com o objetivo de torná-lo atrativo e eficiente foram: a concessão da Leniência automática para a empresa que preencher os requisitos, se não há investigação pré-existente; a Leniência ainda pode ser concedida se já há investigação em curso; e todos os administradores, diretores e funcionários que participam da Leniência e cooperam com a investigação são protegidos de um processo criminal⁵².

Diante disso, as empresas que poderiam participar do Programa de Leniência possuíam a segurança jurídica necessária para delatar a existência de cartéis e seus participantes. Nas palavras do Ilmo. Subprocurador Hammond, “estas revisões tornaram o programa mais transparente e aumentaram os incentivos para que as empresas relatassem as atividades ilícitas e cooperassem com a Divisão Antitruste”⁵³.

Em 1994 o Departamento de Justiça norte-americano apresentou a possibilidade de que pessoas físicas participarem do Programa de Leniência, independente da confissão por parte da empresa, apresentando provas da existência do cartel em troca de anistia penal individual⁵⁴. Assim publicado:

A Divisão anuncia hoje uma nova política de Leniência para indivíduos que entra em vigor imediatamente e se aplica a todas as pessoas que procuram a Divisão em seu próprio nome, e não como parte de uma oferta corporativa ou confissão, para buscar a Leniência ao reportar atividade antitruste ilegal de que Divisão não tenha prévio conhecimento. Nessa política, "leniência" significa não cobrar tal indivíduo criminalmente pela atividade ilegal por ele relatada⁵⁵.

⁵² HAMMOND, Scott D. The Evolution Of Criminal Antitrust Enforcement Over The Last Two Decades. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁵³ Livre tradução. No original: “These revisions made the program more transparent and raised the incentives for companies to report criminal activity and cooperate with the Antitrust Division”. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁵⁴ DEPARTMENT OF JUSTICE. LENIENCY POLICY FOR INDIVIDUALS. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/0092.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁵⁵ Livre tradução. No original: “The Division today announces a new Leniency Policy for Individuals that is effective immediately and applies to all individuals who approach the Division on their own behalf, not as part of a corporate proffer or confession, to seek leniency for reporting illegal antitrust activity of which the Division has not previously been made aware. Under this Policy, "leniency" means not charging such an individual criminally for the activity

Após as referidas alterações, desde o ano fiscal de 1996, já foram aplicados mais de 5 bilhões de dólares em multas por crimes de violação da concorrência, sendo que 90% dessas multas foram aplicadas com base em informações concedidas em Acordos de Leniência⁵⁶. Logo, é evidente a eficiência do Programa de Leniência para a persecução de crimes de cartel.

Em 2004 o Congresso aumentou os incentivos para que participantes de cartel celebrassem Acordo de Leniência, com o ACPERA (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*) cuja previsão é de que ao celebrar a Leniência as empresas só são obrigadas a pagar danos reais nas ações de responsabilidade civil, em vez de todos os danos com responsabilidade solidária ordinariamente imposta pela Lei Antitruste⁵⁷.

Além de cooperar com o governo, a empresa também deve fornecer satisfatória cooperação para os demandantes particulares em suas ações de danos cíveis, essa cooperação deve incluir um relato completo ao requerente de todos os fatos conhecidos que são potencialmente relevantes para a ação civil, bem como todos os documentos ou outros itens potencialmente relevantes⁵⁸.

Com efeito, essa última alteração fomentou ainda mais a procura pelo Programa de Leniência, enquanto a primeira ideia de Leniência em 1978 celebrava em média um acordo por ano, após a última alteração são celebrados pelos menos dois acordos por mês, confirmando o sucesso da evolução da Leniência⁵⁹.

3.2. Requisitos para a celebração do Acordo de Leniência

being reported". DEPARTMENT OF JUSTICE. LENIENCY POLICY FOR INDIVIDUALS. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/0092.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁵⁶ HAMMOND, Scott D. The Evolution Of Criminal Antitrust Enforcement Over The Last Two Decades. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁵⁷ LYNCH, Niall E. Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective. P. 3. Disponível em: Disponível em: <https://www.lw.com/presentations/immunity-in-criminal-cartel-investigations-us-perspective>. Acesso em: 14 maio 2016.

⁵⁸ Idem. Ibidem. p. 4.

⁵⁹ Idem. Ibidem. p. 3.

Com as alterações realizadas em 1993 e 1994 foram criados dois modelos de Leniência, quais sejam: quando a proposta de Leniência é realizada antes que qualquer investigação tenha sido iniciada ou quando a proposta de Leniência acontece após o início de um processo de investigação, resultando em diferenças importantes.

Quando a proposta de Leniência ocorrer antes da existência de investigação, os requisitos são: após a descoberta da atividade ilícita, a empresa deve ter tomado medidas rápidas para encerrá-la; deve relatar o delito e cooperar com o Departamento de Justiça durante toda a investigação; a confissão de irregularidades deve ser realizada pela empresa, não apenas seus funcionários individualmente; no que for possível, a empresa deve restituir as pessoas lesadas; a empresa não pode ter sido a líder do cartel, nem ter incentivado sua formação⁶⁰. Nesse caso, como supramencionado, a Leniência é concedida automaticamente quando a empresa preenche os requisitos.

Quando a proposta de Leniência ocorrer após o início de investigações, requer os mesmos requisitos do primeiro modelo somados aos seguintes: no momento da confissão pela empresa, os investigadores ainda não possuem provas que possam instruir uma acusação contra ela; o Departamento analisa se a concessão de Leniência não será injusta com as outras empresas envolvidas, analisando a atividade e o papel da empresa no cartel. Nesse caso, a Leniência não é concedida automaticamente e passa pelo crivo da Divisão responsável pela celebração da Leniência.

3.3. Procedimento para concessão da Leniência

O indivíduo ou empresa que pretende celebrar a Leniência tem disponível no site do Departamento de Justiça quatro modelos de carta para enviar ao Departamento com o objetivo de celebrar o acordo, quais sejam: modelos corporativo (*Model Corporate Conditional Leniency Letter*) ou individual (*Model Individual Conditional Leniency Letter*), com carta de Leniência condicional; modelo de dupla investigação, quando o proponente

⁶⁰ LYNCH, Niall E. Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective. Disponível em: <https://www.lw.com/presentations/immunity-in-criminal-cartel-investigations-us-perspective>. Acesso em: 14 maio 2016.

está sendo investigado em outro caso de cartel (*Model Dual Investigations Leniency Letter*); e modelo de dupla investigação para funcionários que serão protegidos pela Leniência realizada pela empresa (*Model Dual Investigations Acknowledgement Letter for Employees*)⁶¹.

Essas cartas são a primeira maneira pela qual o proponente da Leniência se manifesta, sendo condicionais porque existem requisitos para participação no programa que precisam ser cumpridos, conforme anteriormente abordado.

Ao propor a Leniência, a empresa ou indivíduo recebe um código (*marker*) para assegurá-lo como primeiro proponente, enquanto as investigações e coleta de informações sobre o cartel estão sendo realizadas, nenhuma outra empresa ou indivíduo podem se sobrepor ao primeiro proponente que detém o código⁶². Isso porque, no direito norte-americano, não é possível que mais de uma empresa ou indivíduo proponham a Leniência, salvo nos casos em que os indivíduos são funcionários da empresa delatora e assinam em conjunto a Leniência.

Para obter esse código, o advogado do Leniente precisa:

(1) relatar que ele ou ela tenha descoberto alguma informação ou prova que indiquem que o seu cliente tenha se envolvido em um crime de violação antitruste; (2) divulgar a natureza geral da conduta descoberta; (3) identificar a indústria, produto ou serviço envolvido em termos específicos o suficiente para permitir que a Divisão possa averiguar se a Leniência ainda está disponível e para proteger o código para o candidato; e (4) identificar o cliente⁶³.

Ou seja, para a obtenção do código, a posse de provas e informações pode ser baixa, como um incentivo para que as empresas ou indivíduos delatem situações de violação da concorrência o mais breve possível e ao menos contato com elas. Entretanto, quando a Divisão já tem conhecimento sobre o cartel, é necessário que o Leniente traga provas e informações mais

⁶¹ DEPARTMENT OF JUSTICE. MODEL LENIENCY LETTERS. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁶² HAMMOND, Scott D.; BARNET, Belina A. FREQUENTLY ASKED QUESTIONS REGARDING THE ANTITRUST DIVISION'S LENIENCY PROGRAM AND MODEL LENIENCY LETTERS (November 19, 2008). P. 3. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>. Acesso em: 22 maio 2016.

⁶³ Idem. Ibidem. p. 3-4.

contundentes a fim de comprovar a necessidade de celebração da Leniência, que só será realizada se for o meio mais eficiente para a obtenção de provas.

Esse código é fornecido por um período de tempo limitado, para que a empresa busque provas e informações junto aos seus conselhos e funcionários, normalmente o código é fornecido por 30 dias, mas se a empresa comprovar que está buscando provas, a Divisão pode prorrogar esse prazo⁶⁴. Isso porque o Leniente precisa, necessariamente, confessar sua participação no crime de violação da concorrência para receber a Leniência com a concessão de perdão judicial, por isso a empresa faz buscas em sua própria sede e com seus funcionários, para não admitir algo que não realizou.

Além disso, há necessidade de agilidade por parte do Leniente, pois precisa, necessariamente, ser o primeiro a propor o acordo, caso contrário, não terá direito à suavização das punições previstas em lei. Neste sentido, o proponente precisa, ao menor contato com informações e provas de existência de cartel, reuni-las e apresentá-las à Divisão a fim de obter o código que irá possibilitar a celebração da Leniência ao final das investigações.

Há ainda a figura da Leniência Plus (ou Amnesty Plus), caso a empresa esteja sendo investigada por prática de crime de cartel, mas a Leniência não está mais disponível, ela pode celebrar Leniência ao delatar outro esquema de cartel. Assim, a empresa celebra a Leniência no outro caso e, se cooperar e for útil, poderá ter suas sanções reduzidas na primeira investigação em que não tinha mais a Leniência disponível, a Divisão possibilitou isso como forma de descobrir outros cartéis ao investigar apenas um. O tamanho da redução das sanções depende de três fatores, quais sejam: a força das evidências apresentadas pela empresa, a importância potencial da violação relatada e a probabilidade da Divisão ter descoberto essa violação sem a delação da empresa⁶⁵.

⁶⁴ HAMMOND, Scott D.; BARNET, Belina A. FREQUENTLY ASKED QUESTIONS REGARDING THE ANTITRUST DIVISION'S LENIENCY PROGRAM AND MODEL LENIENCY LETTERS (November 19, 2008). P. 4. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>. Acesso em: 22 maio 2016.

⁶⁵ Idem. Ibidem. p. 9-10.

A Leniência pode ser concedida para crimes que violaram a Lei Antitruste ou não, mas só será aplicada para esses outros crimes quando estiverem diretamente ligados à prática do crime antitruste, como a corrupção de agente para a vitória em processo de licitação para garantir o que havia sido combinado com os membros do cartel.

Entretanto, a Leniência só se relaciona com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, se foram cometidos outros crimes de competência de outras agências federais, a Leniência não se estenderá a outras esferas, ainda que o crime esteja ligado ao crime de concorrência⁶⁶.

Diante disso, o Programa de Leniência é considerado pelo Departamento de Justiça norte-americano como

(...) o mais importante instrumento investigativo na detecção de atividades de cartel. Corporações e particulares que reportam suas atividades de cartel e cooperam com a divisão investigativa do cartel podem evitar condenação penal, multas, sentenças prisionais, se cumprirem os requisitos do programa⁶⁷.

3.4 Resultados da aplicação do Acordo de Leniência

⁶⁶ Conforme o Departamento de Justiça “The conditional leniency letter, however, only binds the Antitrust Division, and not other federal or state prosecuting agencies. For example, if a qualifying leniency applicant participated in a bid-rigging conspiracy and also bribed a foreign public official in return for steering contracts in violation of the Foreign Corrupt Practices Act (“FCPA”), the Antitrust Division would not prosecute the leniency applicant for either the bid-rigging conspiracy or the FCPA violation if the FCPA violation was committed in connection with the bid rigging. If the FCPA violation was not committed in connection with the bid rigging, the leniency letter would provide no protection from the Antitrust Division with respect to the FCPA violation. Moreover, the leniency letter would not prevent the Criminal Division of the U.S. Justice Department or any other prosecuting agency from prosecuting the applicant for a FCPA violation regardless of whether that violation was committed in connection with the antitrust offense. If the applicant has exposure for an antitrust and non-antitrust violation, the applicant may seek nonprosecution protection for the non-antitrust violation in a separate agreement in return for self-reporting that violation to the relevant prosecuting agency pursuant to the Department’s Principles of Federal Prosecution of Business Organizations”. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>. Acesso em: 22 maio de 2016.

⁶⁷ Livre tradução LENIENCY PROGRAM. No original: “its most important investigative tool for detecting cartel activity. Corporations and individuals who report their cartel activity and cooperate in the Division’s investigation of the cartel reported can avoid criminal conviction, fines, and prison sentences if they meet the requirements of the program”. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>. Acesso em: 14 maio 2016.

De acordo com o Departamento de Justiça dos Estados em 2015 foram acusadas 66 corporações por prática de cartel, sendo que em 2006 foram apenas 24 corporações acusadas⁶⁸.

Além disso, enquanto em 2005 foram aplicados 338 milhões de dólares em multas e sanções penais decorrentes da celebração de Acordos de Leniência, em 2015 foram aplicados 3.6 bilhões de dólares em decorrência desses acordos⁶⁹, o que importa na percepção de maior aplicação de sanções em razão das informações fornecidas nesses acordos.

Enfim, entre 1990 e 1999 o tempo médio de prisão dos condenados por crime de cartel foi de 8 meses, enquanto entre 2010 e 2015 a média foi de 2 anos, conforme informado pelo Departamento de Justiça norte-americano⁷⁰.

Diante disso, é inegável a eficiência do Acordo de Leniência no combate a cartéis nos Estados Unidos, Considerando esses fatos, o legislador brasileiro trouxe esse mecanismo para o Direito Brasileiro com a Lei do CADE, conforme já tratado. Há poucos anos, baseado na essência deste acordo, surgiu no Brasil com a Lei de nº 12.836, outro modelo de Acordo de Leniência, cujo objetivo é combater crimes de corrupção, a qual será analisada a partir de agora.

⁶⁸ DEPARTMENT OF JUSTICE. Antitrust Division. Public documents. Criminal enforcement: Fine and jail charts through fiscal year 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts#a>. Acesso em 2 julho 2016.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

4. ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

O Brasil ocupa, atualmente, a 76ª posição no ranking elaborado pela ONG Transparência Internacional, cujas impressões extraem-se a experiência de quem está envolvido com o setor público dos países analisados. O CPI (*Corruption Perception Index*) é um índice que expressa, em uma escala de 0 (“altamente corrupto”) a 100 (“muito limpo”) o nível de percepção da corrupção em diversos países, o Brasil recebeu nota 38, muito atrás de outros países da América Latina como Uruguai e Chile (21º e 23º colocados no ranking) ⁷¹.

Isso posto, a Lei Anticorrupção foi aprovada em 2013, em um cenário de influência internacional com a ratificação pelo Brasil de diversas convenções internacionais de combate à corrupção⁷², mas sem aprovação de leis efetivas para sua prevenção e punição. De outro lado, o cenário político-social interno sofreu pressão após inúmeras manifestações populares em todo o país mobilizarem milhões de pessoas objetivando o combate à corrupção.

Diante disso, a Lei Anticorrupção objetiva prevenir a corrupção, através de instrumentos que impeçam e denunciem atos de corrupção, ao prever a minoração das sanções para a empresa que institui um programa de *compliance*⁷³ efetivo. E, além disso, prevê um consistente sistema de punição para pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, com multas que podem alcançar 20% do faturamento bruto da empresa ou 60 milhões de reais⁷⁴.

⁷¹ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de percepção da corrupção em 2015. Disponível em: <http://www.transparency.org/cpi2015>. Acesso em 20 de out. 2016.

⁷² Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, Convenção Interamericana de Combate à Corrupção e Convenção sobre a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

⁷³ O *compliance* previsto na Lei Anticorrupção como instrumentos internos de combate à corrupção, com a existência de códigos de ética, canais de denúncia pela pessoa jurídica. A existência desse modelo será considerado, bem como pode atenuar as sanções a serem aplicadas, conforme art. 7º, VIII da Lei Anticorrupção. Nas palavras de Diogo Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas “Trata-se de preceito que, de forma inovadora, fomentará a criação de estruturas instintivas nas pessoas jurídicas, cujos objetivos serão a prevenção e a detecção destes ilícitos (*compliance*)” (A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. p. 17).

⁷⁴ Conforme art. 6º, I e §4º da Lei Anticorrupção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 2 de abril 2016.

Nesse sentido, a Lei Anticorrupção pretende evitar e punir, conforme seu art. 5º, “*caput*”, as pessoas jurídicas que pratiquem atos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Segundo Egon Bockmann Moreira e Andréia Cristina Bagatin, a lógica que rege a Lei Anticorrupção

é mais próxima daquela das normas de proteção ao meio ambiente e à concorrência do que propriamente do Direito Administrativo sancionador e do Direito Penal tradicionais. Isso porque, tanto no Direito Ambiental quanto no Direito Antitruste, é usual ter pessoas jurídicas a receber, de imediato e independente de culpa, o impacto normativo - tanto para a prevenção/precaução, quanto no que respeita às sanções punitivas propriamente ditas (desde que não criminais). Por outro lado, o critério para a definição e punição do sujeito passivo é antes o econômico do que o jurídico-formal de penas aflitivas e restritivas de direitos subjetivos de primeira dimensão⁷⁵.

Entretanto, a investigação e persecução de crimes de corrupção são complexas e dependem de provas e informações de difícil acesso, diante disso, a Lei Anticorrupção prevê, dentre vários mecanismos, o Acordo de Leniência, cujos detalhes serão tratados adiante.

4.1. Pressupostos para celebração de Acordo de Leniência

Diante das complexidades já tratadas, os legisladores utilizaram como base o Acordo de Leniência previsto na Lei do CADE, cuja efetividade tem se mostrado ao longo dos anos, para elaborar um Acordo de Leniência para crimes de corrupção. Tal mecanismo permite que a pessoa jurídica envolvida em atos de corrupção confesse sua atuação e forneça provas suficientes para a melhor instrução do processo administrativo com o objetivo de punir com severidade os demais envolvidos, em contrapartida, o celebrante recebe minorações nas sanções que lhe serão aplicadas.

Sendo assim, a Lei Anticorrupção prevê no art. 16 a competência e os requisitos para celebração do Acordo de Leniência. Neste dispositivo, há

⁷⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 60-61, jul./set. 2014.

atribuição de competência para a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebrarem Acordos de Leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados para que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo.

Além disso, estabelece no § 10º do referido artigo a competência da Controladoria Geral da União para celebrar Acordo de Leniência no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Indo adiante, os incisos desse artigo esclarecem o que se entende por colaboração eficaz, sendo: identificar os demais envolvidos, possibilitar a obtenção de documentos probatórios, cooperar com as investigações e comprometer-se com a instituição de mecanismos de integridade no âmbito interno da pessoa jurídica. Indo adiante, prevê como requisitos para celebração do Acordo de Leniência que: a pessoa jurídica cesse imediatamente seu envolvimento na infração investigada, coopere com todos os atos processuais suportando os custos de seus comparecimentos e, mais uma vez, se comprometa a implementar mecanismos de auditoria e denúncia de irregularidades.

Em face disso, a pessoa jurídica que decidir celebrar Acordo de Leniência fica isento das seguintes penalidades: publicação extraordinária de pena condenatória, proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público e pode ter a multa reduzida em até dois terços, conforme parágrafo 2º do artigo 16.

Nas palavras de Sérgio Ferraz, a solução do litígio através do Acordo de Leniência é um mecanismo vantajoso para a Administração e para a pessoa jurídica, pois:

o acordo de leniência não só encerra uma situação de litigiosidade entre a Administração e o administrado (fim sempre desejável), como facilita a apuração e a correção de ilícitos ocorridos, ao mesmo tempo em que atua como eloquente fator de prevenção ao cometimento de outros. Doutra banda, em nada interfere com os princípios da indisponibilidade do interesse público e o da legalidade,

inclusive porque somente admissível em razão de expressa previsão em lei (em sentido estrito)⁷⁶.

Aliás, faz-se importante ressaltar que a pessoa jurídica celebrante deverá ressarcir integralmente os danos causados ao erário, tal previsão derruba as críticas doutrinárias que insistem em confundir Leniência com Indulgência.

A Leniência não é mera confissão e acusação, trata-se de mecanismo consensual que exige a apresentação de provas e informações que levam a investigação a obter conhecimentos que, provavelmente, não seriam adquiridos sem a cooperação dos envolvidos. Assim, são oferecidos alguns abrandamentos aos colaboradores, caso contrário o instituto seria *nati morto*, pois envolvidos em complexas práticas de corrupção não o celebrariam por mera convicção pessoal.

Neste sentido, os professores Egon Bockmann Moreira e Andreia Cristina Bagatin explicam a essência do Acordo de Leniência:

o acordo de leniência é um incentivo em sentido contrário àquele que usualmente orienta quem praticou o ilícito (ou o pratica ou tem conhecimento da sua prática). Como o risco de ser apanhado (e, por conseguinte, sancionado) é inerente ao ilícito, o acordo de leniência tenta inverter a lógica daquele que se envolveu na conduta indevida. Estimula o fornecimento de informações que permitam que a prática seja combatida, encerrada e sancionada, afastando parcela das sanções que incidiriam sobre quem dela participou, mas decidiu colaborar por meio do fornecimento dos dados⁷⁷.

Além disso, em caso de descumprimento do Acordo, a lei prevê a proibição da celebração de novo acordo pelo prazo de três anos contados do conhecimento pela Administração do descumprimento do Acordo anterior, conforme parágrafo 8º do artigo 16.

Enfim, caso a proposta de Acordo seja rejeitada pela autoridade competente, não poderá ser utilizada como meio de prova, mas não há como

⁷⁶ FERRAZ, Sérgio. A responsabilização na Lei Anticorrupção. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo: ReDAC, v. 3, n. 18, maio/jun 2015. P. 40

⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 74-75, jul./set. 2014.

negar que as informações apresentadas, ainda que desentranhadas, poderão indicar caminhos para a Administração⁷⁸.

Isto posto, resta analisar o conteúdo das alterações geradas pela Medida Provisória nº 703/2015, bem como as críticas doutrinárias quanto às previsões acerca do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção.

4.2. Alterações geradas pela Medida Provisória nº 703/2015

Antes mesmo que fosse celebrado o primeiro Acordo de Leniência com base na Lei Anticorrupção, foi publicada a Medida Provisória de nº 703/2015, que ficou vigente entre 21/12/2015 e 29/05/2016 e alterou de forma significativa as previsões para sua celebração, revogando, inserindo e modificando dispositivos. Algumas alterações resolveram pontos que, segundo críticas da doutrina, poderiam causar insegurança jurídica ao celebrante ou tornar o acordo ineficaz. Por outro lado, aumentou-se consideravelmente a extensão dos benefícios obtidos com o acordo, bem como alterou pontos sensíveis de outras leis que não eram objeto da Lei Anticorrupção.

A primeira alteração relevante⁷⁹ envolve o ente competente para celebração do Acordo de Leniência, na redação original da Lei Anticorrupção a competência era da “a autoridade máxima de cada órgão ou entidade”, e passou a ser “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública”. Ou seja, transferiu a competência para órgãos de controle interno, bem como considerou a participação do Ministério Público ou da Advocacia Pública na celebração.

A ausência de previsão de participação dessas instituições no dispositivo originário sofre diversas críticas pela doutrina, que percebe nessa omissão a

⁷⁸ ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da Lei Anticorrupção (Lei 12.836/2013)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 210.

⁷⁹ A ordem de relevância das alterações adotada se baseiam no artigo do professor Egon Bockmann Moreira, o qual analisou as alterações da MP 703/2015 por relevância temática: “3 temas que merecem atenção, quais sejam: (i) a definição da autoridade competente para celebrar os acordos; (ii) o impacto nas “declarações de inidoneidade” das Leis de Licitações e (iii) a possibilidade de os acordos serem celebrados em ações de improbidade administrativa” (Lei Anticorrupção, Acordos de Leniência e a MP 703/2015).

insegurança jurídica do celebrante, caso o Ministério Público não seja signatário do acordo. As mesmas críticas atingem o Acordo de Leniência do CADE, cuja problematização foi resolvida pelo próprio órgão responsável pela celebração que sempre solicita ao Ministério Público sua intervenção e celebração conjunto do acordo⁸⁰.

Importante salientar que a participação do Ministério Público não é condição de validade ou eficácia para o Acordo de Leniência, quando menos imprescindível para sua celebração⁸¹, mas traz mais segurança para a pessoa jurídica celebrante e para a Administração.

A segunda alteração foi a extensão das isenções, não só das sanções previstas na Lei Anticorrupção, mas para todas as “sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas que tratam de licitações e contratos”. Deste modo, a celebração do Acordo de Leniência, por ato de corrupção impede que a pessoa jurídica seja declarada inidônea e impedida de celebrar licitações e contratos com a Administração.

A terceira modificação incidiu sobre a Lei de Improbidade Administrativa de nº 8.429/1992, ao incluir o parágrafo 11 no art. 16 da Lei Anticorrupção com a seguinte redação: “o acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil”. Sendo que o art. 17 da Lei da Improbidade previa expressamente a impossibilidade de celebrar acordos sobre o objeto punível por essa lei.

Diante disso, foram acrescentados abrandamentos pela celebração da Leniência, cujas leis originárias não seguiam a mesma lógica da Lei Anticorrupção e proibiam medidas consensuais. Por outro lado, o Acordo de

⁸⁰ KRAFT, Amanda Moreira. O acordo de leniência como instrumento de defesa da concorrência no Brasil. Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014. p 48.

⁸¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Lei Anticorrupção, acordos de leniência e a MP703/2015. Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/lei-anticorruptcao-acordos-de-leniencia-e-a-mp-7032015-8vc5b08d4xmtgmbtbf4wszei>. Acesso em: 2 de abril 2016.

Leniência se tornou um instrumento útil para as autoridades que investigam os crimes e ainda, um mecanismo de defesa e redução de sanções para a pessoa jurídica que está sendo investigada ou na iminência de sofrer investigação

Nas palavras de Ana Paula Martinez

Um programa de Leniência apenas será efetivo se, além de haver ameaças de sanções severas para aqueles que não delatarem o esquema, o membro do arranjo ilícito tiver receio de a conduta ser detectada pelas autoridades por meio de investigações independentes. Além de instrumentos alternativos de investigação – como a possibilidade de conduzir diligências de busca e apreensão e existência de canais efetivos de denúncias por terceiros, inclusive anônimas (...) ⁸²

E ainda, faz-se importante salientar que a referida MP foi objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5466) ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), com pedido de concessão de liminar para suspender integralmente a eficácia da Medida Provisória⁸³. A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer no sentido da concessão da medida cautelar alegando que:

“A Medida Provisória 703/2015 subverte a lógica interna dos acordos de leniência, ao permitir que qualquer interessado, a qualquer tempo, celebre o acordo, ainda que sem oferecer elementos relevantes à descoberta de ilícitos sob investigação. Permite reparação apenas parcial do dano ao patrimônio coletivo. Pulveriza a competência para celebrar tais acordos em milhares de órgãos de controle interno de todos os entes da federação, sem revisão interna, e deles alija, indevidamente, o Ministério Público. Afeta o princípio federativo e a competência dos órgãos federais, ao permitir acordos de leniência por órgãos estaduais e municipais referentes a verbas transferidas pela União” ⁸⁴.

Entretanto, apesar das Medidas Provisórias serem dotadas de força legal e aplicação imediata, sua vigência é de no máximo 60 dias, após esse prazo, dependem da aprovação do Congresso Nacional para se tornar lei,

⁸² MARTINEZ, Ana Paula. Desafios do Acordo de Leniência da Lei 12.846/2013. Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXXIV, Dez. 2014, nº 125, p. 27.

⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5466. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 2 de out. 2016.

⁸⁴ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Parecer de nº 84.233/2016-AsJConst/SAJ/PGR na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5466/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 02 out. 2016.

conforme dispõe o artigo 62, § 3º da Constituição Federal⁸⁵, o que não aconteceu com a MP nº 703/2015. Considerando que a rejeição de medida provisória pelo Congresso tem efeitos *ex tunc*, ou seja, sua revogação retroage desde sua edição, ressalvados os direitos adquiridos durante sua vigência⁸⁶, permanecem válidos os Acordos de Leniência celebrados durante esse período.

Em face disso, a ADI 5466 foi julgada prejudicada por perda superveniente do objeto, sendo extinta sem resolução de mérito em junho de 2016 pela Excelentíssima Relatora Ministra Rosa Weber.

Em que pese a semelhança desse instituto com o Acordo de Leniência do Direito Concorrencial, já consagrado pelo uso e efetividade, como anteriormente trabalhado, o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção sofre muitas críticas pela doutrina, algumas de cunho ético, outras de natureza constitucional e ainda, outras quanto às omissões em sua previsão legislativa, as quais serão analisadas no próximo tópico.

4.3. Pontos sensíveis do Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção

Com o retorno do Acordo de Leniência a sua redação original, retornam também os pontos falhos que haviam sido corrigidos pela referida medida provisória, mas também a proteção da lógica de outras legislações, como a proibição de realização de acordos nas ações de improbidade administrativa.

De todas as críticas direcionadas à Lei Anticorrupção a mais ferrenha é de considerá-la uma lei penal encoberta, que pretende a punição objetiva de pessoas jurídicas, cujos principais doutrinadores são Modesto Carvalhosa⁸⁷ e

⁸⁵ Veja-se: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 02 out. 2016.

⁸⁶ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A eficácia e natureza jurídica da medida provisória na Constituição Federal de 1988. P. 13. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/1738906. Acesso em 02 out. 2016.

⁸⁷ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Guilherme de Souza Nucci⁸⁸. Neste sentido, a Lei Anticorrupção seria substancialmente penal por tratar de condutas já tipificadas pela legislação penal como crimes contra a Administração Pública, entretanto, as sanções previstas na nova lei superariam muito a rigidez do Código Penal⁸⁹.

Nas palavras de Modesto Carvalhosa a Lei Anticorrupção:

Somente se distingue da Lei Penal quanto ao processo e não quanto à sua substância. Em consequência, devem rigorosamente ser observadas as garantias penais, como tem sido reconhecido pelo STJ ao tratar dos processos administrativos sancionatórios. E, com efeito, não institui a presente Lei processo administrativo sancionatório, mas processo penal-administrativo em que as regras do devido processo penal devem ser rigorosamente observadas⁹⁰.

Diante disso, o autor defende que todos os princípios aplicáveis às normas penais, principalmente, quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo, bem como não se utilizar analogia para a interpretação dos tipos devem ser respeitados na aplicação da Lei Anticorrupção.

Para Guilherme de Souza Nucci, mais do que uma lei penal encoberta, a Lei Anticorrupção seria inconstitucional em diversos dispositivos, e a crítica mais severa do autor se volta para a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica:

Punir a pessoa jurídica por evidentes crimes, por intermédio de uma bizarra e inédita responsabilidade judicial, sem dolo ou culpa, é inconstitucional, por ferir o princípio da culpabilidade. Sem máscaras administrativas onde a essência é penal. Não deve o Judiciário permitir essa anormalidade, sob a grave consequência de, amanhã, alargar-se a responsabilidade objetiva para as pessoas físicas, tornando um caos o sistema punitivo brasileiro⁹¹.

Há alguns pontos criticados pela doutrina quanto às previsões da Leniência na Lei Anticorrupção, dentre eles: ausência de previsão de extinção

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção Anticorrupção*. São Paulo: Editora Forense, edição digital, 2015.

⁸⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 33.

⁹⁰ Idem. *Ibidem*. p. 33-34.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.* p. 80.

da punibilidade do crime objeto do Acordo de Leniência⁹², ausência de previsão expressa que vincule o Ministério Público ao acordo⁹³ e privilegiar com atenuantes a pessoa jurídica que causou lesão ao Estado⁹⁴.

Enquanto o Acordo de Leniência do Direito Concorrencial prevê expressamente a extinção da punibilidade dos crimes objeto desse acordo, a Lei Anticorrupção versa apenas sobre sanções cíveis ou que se referem à participação da pessoa jurídica em licitações e contratos com a Administração. Deste modo, o funcionário que admitir a participação no crime de corrupção em nome da pessoa jurídica, não fica isento de sofrer ações penais pelo ato que confessar no âmbito do Acordo de Leniência. Logo, resta evidente que a ausência dessa previsão é um fator de desestímulo à celebração do acordo.

Embora a MP 703/2015 tenha incluído o Ministério Público e a Advocacia Pública como entes que podem participar da celebração do acordo, com sua revogação, a situação de insegurança jurídica do celebrante retornou. Com a queda da previsão de participação do Ministério Público e/ou Advocacia Pública que poderiam atuar como órgãos de controle de legalidade e, até mesmo, moralidade desses acordos, diminuiu-se a segurança jurídica do celebrante e do Estado, pois com tal participação haveria maior confiança em se ter celebrado acordo realmente necessário e vantajoso para a solução de controvérsias.

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, há insegurança latente na previsão de Acordo de Leniência quanto à inexistência de participação do Ministério Público, ausência de homologação do Acordo em Juízo, inexistência de benefícios na esfera penal ao celebrante⁹⁵. Para Nucci é

⁹² CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, p. 181, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/92155>. Acesso em: 10 de out 2016.

⁹³ Idem. Ibidem.

⁹⁴ MARTINEZ, Ana Paula. Desafios do Acordo de Leniência da Lei 12.846/2013. Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXXIV, Dez. 2014, nº 125, p. 26.

⁹⁵ Como até a presente data se tem notícia da celebração de apenas um Acordo de Leniência com base na Lei Anticorrupção, no âmbito da Operação Lava Jato, apesar de já haver pelo menos 30 processos administrativos instaurados e apenas nove sanções aplicadas até outubro de 2016, não há como prever qual conduta será adotada pelos órgãos competentes, ficando ainda a dúvida sobre essas participações. Importante salientar que, segundo o Portal da Transparência, em 27/01/2016 foi aplicada a primeira sanção transitada em julgado com base na Lei Anticorrupção. Trata-se de sanção aplicada pela Secretaria de Estado de Controle e

irrazoável que o dirigente da pessoa jurídica admita o cometimento de crimes, colaborando com as investigações, mas não receba proteção na esfera penal, veja-se:

Quem, em sã consciência, salva a pessoa jurídica de uma publicação de decisão condenatória ou de uma ausência de incentivos fiscais, colocando a própria cabeça a prêmio para ser preso, sem nenhuma vantagem na órbita criminal? Qual dirigente de uma pessoa jurídica – porque esta não fala sozinha – faz um acordo de leniência para aquela, enquanto ele mesmo vai encrencar-se em todos os âmbitos, em particular, o penal?⁹⁶

A título de exemplo hipotético, quanto aos órgãos competentes para celebração do Acordo de Leniência, imagine-se que o governador de determinado estado combine com várias empresas concessionárias de serviço público do Estado aditivos contratuais de reequilíbrio econômico-financeiro com o objetivo de obter vantagens econômicas pessoais. E, durante a instalação de processo administrativo uma delas decidiu cooperar e celebrar Acordo de Leniência com a confissão do ato ilícito e a entrega de documentos que comprovariam a participação das demais empresas e do governador. A efetividade desse Acordo, ao ser apresentado para aprovação pelo próprio membro do esquema ilegal, seria incontestavelmente inútil e a proposta de Acordo seria rejeitada por motivos óbvios.

Por outro lado, há ainda críticas quanto à diminuição ou isenção de sanções da pessoa jurídica que praticou ato ilícito em face de sua confissão, apresentação de provas e denúncia dos demais envolvidos. Ocorre que se faz necessária a aplicação de instrumentos eficazes de auxílio às investigações, mesmo que isso represente atenuar a punição de uma pessoa jurídica envolvida, para punir dezenas delas e ainda, criar uma onda de insegurança entre os praticantes desses crimes. Nas palavras de Diogo Figueiredo Moreira Neto, o Acordo de Leniência

Transparência do Espírito Santo, no valor de seis mil reais contra a empresa WILLIAN DE ANDRADE BULLERJAHN – ME. Dados disponíveis em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/cnep/empresa/18165087000112>. Acesso em: 10 de out. 2016. OLIVEIRA, Malena. Lei Anticorrupção faz 2 anos com lista de punições zerada. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,lei-anticorruptao-faz-2-anos-com-lista-de-punicoes-zerada,10000005470>. Acesso em: 2 de abril 2016.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Corrupção Anticorrupção. São Paulo: Editora Forense, edição digital, 2015. P. 129.

Trata-se de acordo substitutivo: atos administrativos complexos, por meio dos quais a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente exigível, por outra secundariamente negociável⁹⁷.

Por outro lado, Nucci defende a constitucionalidade do Acordo de Leniência, que se assemelha à Delação Premiada do Direito Penal, entretanto, considera rasos os benefícios propostos pela legislação, chegando a afirmar que a pessoa que celebra Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção “está mal assessorada juridicamente ou não tem mais nada a perder”⁹⁸.

Enfim, há ainda um ponto não muito trabalhado na doutrina sobre a aplicação da Lei Anticorrupção e do Acordo de Leniência: o Acordo de Leniência do Direito Concorrencial que inspirou o Acordo da Lei Anticorrupção é celebrado por um órgão de controle, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conforme anteriormente exposto. Entretanto, a Lei anticorrupção não conta com um órgão responsável pelo combate à corrupção, pelo menos não há previsão em seu texto legal sobre a criação ou utilização de órgão já existente com a competência de aplicá-la.

Diante disso, considerando que a Controladoria Geral da União é órgão de controle interno, cuja finalidade é a “defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção, e ouvidoria”⁹⁹, poderia ser utilizada como órgão competente principal para aplicação administrativa da Lei Anticorrupção. Assim, como o órgão conta com agentes públicos especializados em identificar e investigar crimes de corrupção, haveria maior eficiência no combate à corrupção a nível nacional.

⁹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. Disponível em: <http://www.editoraforum.com_br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_LeiAnticorruptcao.pdf>. Acesso em: 10 de out 2016.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Corrupção Anticorrupção. São Paulo: Editora Forense, edição digital, 2015. P. 128.

⁹⁹ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/historico>. Acesso em 20 out. 2016.

Neste sentido, com previsão de competência específica dos órgãos de controle, como foi previsto na MP 703/2015, para aplicar a Lei Anticorrupção em âmbito Administrativo, bem como fomentar a implantação de mecanismos de prevenção nas empresas e nos órgãos públicos, o combate à corrupção poderia se tornar tão eficiente quanto o combate à formação de cartéis.

Em suma, existem críticas doutrinárias de todas as vertentes ideológicas, alguns acreditam ser a lei severa em demasia, outros acreditam que o Acordo de Leniência é indulgente com os corruptos. Considerando que a legislação contém pontos sensíveis, principalmente, quanto à segurança jurídica do Acordo de Leniência, a Medida Provisória não mais vigente trouxe caminhos que podem ser utilizados pela Administração como fundamentos a garantir a maior efetividade do Acordo, garantindo a adequada instrução do processo com a resolução mais vantajosa ao Estado de Direito.

Diante de todo o exposto, observa-se que esse instituto, apesar de semelhante a outros existentes no Direito brasileiro, tem peculiaridades e, como ainda não foi aplicado, produz indagações ainda não passíveis de respostas exatas. Entretanto, espera-se que sua efetividade seja tão expressiva quanto o Acordo de Leniência aplicado pelo CADE, conforme anteriormente demonstrado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho permitiu a realização de uma análise breve dos principais mecanismos de resolução consensual no Direito Brasileiro, bem como da possibilidade de adoção pela Administração da consensualidade como forma de encerrar litígios. Inicialmente foram citados os principais modelos de resolução consensual que inspiraram e justificaram a previsão do Acordo de Leniência pela Lei Anticorrupção, resultando na evidente prevalência de influência do modelo dos Estados Unidos.

Em que pese o Brasil prever a corrupção como crime há muitos anos, faltava a previsão de punição de pessoas jurídicas envolvidas nessa prática, com punições severas e mecanismos de prevenção e mitigação para colaboradores. Neste sentido, a Lei Anticorrupção surge para combater a corrupção, estimulando a adoção de mecanismos de prevenção, prevendo severas sanções aos envolvidos e permitindo a celebração de Acordo de Leniência com o objetivo de obter a melhor instrução probatória possível.

Assim, o Acordo de Leniência previsto na Lei Anticorrupção prevê que uma pessoa jurídica envolvida na prática de corrupção possa, ao confessar e fornecer provas a fim de auxiliar as investigações, receber atenuações nas sanções aplicáveis por essa Lei. Entretanto, não prevê anistia em âmbito penal ou cível para o dirigente que confessar a prática do ato ilícito, bem como não assegura a imunidade da pessoa física que, representando a pessoa jurídica, confessar para celebrar o acordo.

Neste sentido, o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção, apesar de muito semelhante ao acordo previsto na Lei do CADE, traz alguns pontos sensíveis muito criticados pela doutrina. Dentre eles, os mais relevantes são a ausência de previsão de participação do Ministério Público na celebração do acordo e a ausência de imunidade do celebrante em outras esferas, principalmente, a penal.

Entretanto, tais críticas destinadas ao programa podem ser resolvidas, ou ao menos contornadas, por previsão legal e por cooperação entre as autoridades envolvidas. A existência de maiores detalhes na lei poderia afastar

problemas mais pontuais como, por exemplo, o do reaproveitamento de provas em outros processos que não o administrativo. Com efeito, a Medida Provisória 703/2015 trouxe algumas soluções para esses pontos, como a previsão de participação do Ministério Público ou da Advocacia Pública e estendeu a imunidade do celebrante para todas as sanções relacionadas à Lei 8.666/1993 e todas as relacionadas a licitações e contratos administrativos.

Atualmente vivemos um momento de tantas demandas sociais que não mais possível perpetuar um sistema que não permita o diálogo e cooperação entre as esferas administrativa, civil e penal. É evidente que no combate à corrupção deve haver uma atuação em conjunto da Administração, judiciário e órgãos de controle. Deve-se lembrar de que a procura pelo Acordo de Leniência por parte dos agentes econômicos é justamente impulsionada pela certeza da punibilidade, que deve ser fomentada pela aplicação severa da Lei Anticorrupção em todos os seus termos.

Por fim, o Acordo de Leniência previsto na Lei Anticorrupção traz uma nova perspectiva no combate à corrupção, cuja eficiência será corroborada com sua aplicação nos próximos anos, como ocorreu com o acordo de CADE e com a Delação Premiada.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEAUCHAMP, Maíra. O Acordo de Leniência e seus reflexos penais. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate à cartéis e programa de leniência. Coleção SDE/CADE nº 01/2009. Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Portaria de nº 456/2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2010PortariaMJ456.pdf>. Acesso em 15 março 2016.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/92155>. Acesso em: 10 de out 2016.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A eficácia e natureza jurídica da medida provisória na Constituição Federal de 1988. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/1738906. Acesso em 02 out. 2016.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Parecer de nº 84.233/2016-AsJConst/SAJ/PGR na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5466/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 02 out. 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo mínimo ético do estado. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 54, n. 344, p. 91-99, jun. 2006.

DEPARTMENT OF JUSTICE. Antitrust Division. Public documents. Criminal enforcement: Fine and jail charts through fiscal year 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts#a>. Acesso em 19 março 2016.

DEPARTMENT OF JUSTICE. LENIENCY POLICY FOR INDIVIDUALS. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/0092.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

DEPARTMENT OF JUSTICE. MODEL LENIENCY LETTERS. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>. Acesso em: 15 maio 2016.

EUROPEAN COMMISSION. Competition: Cartel statistics. p. 2. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. Acesso em 19 março 2016.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Custo da corrupção no Brasil chega a R\$ 69 bi por ano. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano>. Acesso em 20 de out. 2016.

FERRAZ, Sérgio. A responsabilização na Lei Anticorrupção. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo: ReDAC, v. 3, n. 18, maio/jun 2015, p. 34-47.

HAMMOND, Scott D. The Evolution Of Criminal Antitrust Enforcement Over The Last Two Decades. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>. Acesso em: 15 maio 2016.

HAMMOND, Scott D.; BARNET, Belina A. FREQUENTLY ASKED QUESTIONS REGARDING THE ANTITRUST DIVISION'S LENIENCY PROGRAM AND MODEL LENIENCY LETTERS (November 19, 2008). P. 3. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>. Acesso em: 22 maio 2016.

HOUAISS. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JESUS, Damásio de. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister. V. 7. p. 98-102, 2005.

JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga Falcão. Delação premiada: constitucionalidade e valor probatório. Revista eletrônica do Ministério Público. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_Falcao_Junior.pdf. Acesso em: 20 fev. 2016. p. 17.

KRAFT, Amanda Moreira. O acordo de leniência como instrumento de defesa da concorrência no Brasil. Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014.

LYNCH, Niall E. Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective. p. 3. Disponível em: Disponível em: <https://www.lw.com/presentations/immunity-in-criminal-cartel-investigations-us-perspective>. Acesso em: 14 maio 2016.

MARTINEZ, Ana Paula. Desafios do Acordo de Leniência da Lei 12.846/2013. Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXXIV, Dez. 2014, nº 125, p. 25-30.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/historico>. Acesso em 20 out. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. Disponível em: <http://www.editoraforum.com_br/ef/wp-content/uploads/2014/O1/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_LeiAnticorruptcao.pdf>. Acesso em: 10 de out 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. Lei Anticorrupção, acordos de leniência e a MP703/2015. Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/lei-anticorruptcao-acordos-de-leniencia-e-a-mp-7032015-8vc5b08d4xmtgmbtbf4wszei>. Acesso em: 2 de abril 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 60-61, jul./set. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Corrupção Anticorrupção. São Paulo: Editora Forense, edição digital, 2015.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In PIRES, Luis Manoel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte:Fórum, 2008. p. 15-35.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito de São Paulo, 2010. P. 277. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>. Acesso em 26 março 2016.

PANTONI, Roberta Alessandra. Consensualidade como instrumento de legitimidade. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, Minas Gerais, 2012. p. 103. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/3389> . Acesso em: 29 fev. 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1126/1224>. Acesso em: 27 fev. 2016.

RODAS, João Gradino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial: Práticas e Recomendações. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2007, V. 862, p. 22-37.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.. Corruption and Government. Nova Iorque: Cambridge, 2016. p. 3-205.

SENADO FEDERAL. Ordenações Filipinas de 1603, Livro V, Título LXXI, “dos oficiais do Rei que recebiam serviços ou peitas e das partes que lhes davam ou prometiam”. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em 20 de out. 2016.

SHIEBER, Benjamin M. Abusos do poder econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. P. 87. Apud SALOMI, Maíra Beauchamp. O Acordo de Leniência e seus reflexos penais. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 124.

SILVA, Jordana Mendes da. Delação Premiada: uma análise acerca da necessidade de regulamentação específica no direito penal brasileiro. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/jordana_silva.pdf. Acesso em: 27 fev. 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o Acordo de Leniência na realidade antitruste. In Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior. Coordenadores: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 577.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5466. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 2 de out. 2016.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Global Corruption Barometer 2013. Disponível em: <http://www.transparency.org/gcb2013/country?country=brazil>. Acesso em 20 de out. 2016.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de percepção da corrupção em 2015. Disponível em: <http://www.transparency.org/cpi2015>. Acesso em 20 de out. 2016.

TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução Sérgio Fernando Moro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, 2007, p. 69-93.

WIL, Walter P. J. Is Criminalization of EU Competition Law the Answer ?
Disponível em:
http://pspe.org.pl/dokumenty/137_IsCriminalizationofEUCompetitionLawtheAnswer.pdf. p. 12. Acesso em: 14 maio 2016.

ZARDO, Francisco. Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da Lei Anticorrupção (Lei 12.836/2013). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.