



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

JEFFERSON LOURENÇO DOS SANTOS

**AS INCONSISTÊNCIAS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA LEI
ANTICORRUPÇÃO: DA INSEGURANÇA JURÍDICA À FALTA DE
INCENTIVOS A CONFISSÃO.**

Brasília
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**AS INCONSISTÊNCIAS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA LEI
ANTICORRUPÇÃO: DA INSEGURANÇA JURÍDICA À FALTA DE INCENTIVOS À
CONFISSÃO.**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito pelo Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cesar Villela
Souto Lopes Rodrigues

Brasília, ____ de _____ de ____.

Dedico este trabalho aos meus pais, Gilson e Jussara, à minha irmã, Mariana, e a todos meus familiares que, sem pouparem esforços, me deram o esteio que precisei.

Aos integrantes do escritório Aroeira Salles Advogados, pelo suporte, paciência e todo ensinamento.

E, por fim, à Karolina, dona de todo meu amor. Porque sem ela, de certo, não estaria aqui.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar e criticar o programa de leniência da lei anticorrupção por não estar adepto a todos os quesitos definidos pela literatura no que toca à incitação de confissões, seja porque, à luz da teoria dos jogos, não torna a opção por confessar a mais vantajosa dentre todas as outras, seja em razão da insegurança jurídica que os pretensos colaboradores enfrentam, já que a legislação só prevê um dos responsáveis pelo controle da Administração Pública como signatário do acordo: a Controladoria Geral da União. Para isso, se discorre, inicialmente, acerca da base teórica dos acordos de leniência de forma a enfrentar seus esteios, objetivos, relação com a teoria dos jogos e, por fim, se define os instrumentos alternativos, tais como Termo de Compromisso de Cessação e Acordo de Leniência *plus*. Ato seguinte, e com base no referencial teórico já exposto, se discorre acerca dos principais programas de leniência previstos na legislação pátria, quais sejam: os programas previstos na legislação antitruste e na própria lei anticorrupção, expondo, de forma vertical, seus elementos e requisitos para, assim, se concluir, após a comparação com os parâmetros definidos pela teoria dos jogos que, especialmente, a lei anticorrupção não está totalmente adepta à missão de tornar dominante a opção por delatar. Por fim, se demonstra a insegurança jurídica prevista no programa de leniência da lei anticorrupção, sobretudo, porque foi omissa quanto a todos os outros entes responsáveis pelo controle do Poder Público, escolhendo, entre todos eles, o Tribunal de Contas da União para se realizar uma análise específica quanto à relação da instituição de controle externo com os acordos de leniência, e, então, concluir que tal órgão caminha na direção correta para tornar mais efetivo o programa de leniência previsto na lei anticorrupção.

Palavras-chave: Direito administrativo sancionador. Programa de leniência. Anticorrupção. Teoria dos jogos. Incentivo a confissão. Insegurança jurídica. Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT

The goal of this article is to analyze and criticize the program of leniency of the anti-corruption law for not being adept to all the prerequisites ranked by literature concerning the incitement of confessions, being because of, either according to the game theory confession is not the best option amongst all the others, or because it causes legal certainty to the pretended collaborator, because it foresees only one responsible entity of public administration: the Comptroller General of the Union. Having that in mind, this article brings, initially, the theoretical discussion about the leniency agreements, confronting its pillars, goals, correlation to the game theory and the definition of alternative instruments, such as, the Termination Commitment Agreement and the leniency plus. After that, having basis in the shown theoretical referential, it brings to view the most important leniency programs in the federal legislation, which are the programs in the anti-trust legislation and in the anti-corruption laws, exposing its elements and prerequisites to deduce, after comparison with the basis defined by the game theory that, specially, the anti-corruption laws is not in itself adept to the mission of making snitching the leading option. By the ending of the article, it shows the legal certainty described in the leniency programs of the anti-corruption law because it is omitted in what concerns all of the other responsible entities for the control of the general public's powers, choosing, amongst all of them, the Brazilian Federal Audit Court to make specific analysis about the institution's correlations to the leniency agreements, and then, concludes that given entity walks towards the right direction to make the leniency agreements even more effective.

Key Words: Leniency program. Anti-currupcion. The game theory. Incentive to confess. Legal certainty. Brazilian Federal Audit Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. Apontamentos introdutórios sobre o acordo de leniência	6
1.1. Definição doutrinária	7
1.2. Natureza jurídica do acordo de leniência.....	8
1.3. Programas de leniência no âmbito internacional.	10
1.4. Acordos de leniência e a teoria dos jogos	14
1.5. Objetivos e funções dos mecanismos de leniência.....	26
1.6. Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC).....	31
1.7. Acordo de leniência <i>plus</i>	33
2. Os acordos de leniência no Brasil	37
2.1. Programa de leniência no direito concorrencial.....	38
2.1.1. Competência para celebração.	40
2.1.2. Legitimidade para propor a leniência.	41
2.1.3. Efeitos decorrentes do momento de proposição	42
2.1.4. Resultados esperados do acordo de leniência	42
2.1.5. Requisitos para celebração.....	44
2.1.5.1. A necessidade de ser o primeiro a se manifestar.....	45
2.1.5.2. Cessação completa no envolvimento do ilícito	46
2.1.5.3. Não existência de elementos suficientes para condenação.	47
2.1.5.4. Confissão expressa e colaboração permanente.....	48
2.2. Programa de leniência na lei anticorrupção.....	48
2.2.1. Competência para celebração	50
2.2.2. Legitimidade para propor a leniência	54
2.2.3. Efeitos decorrentes do momento da proposição	57
2.2.4. Resultados esperados do acordo de leniência.....	60
2.2.5. Requisitos para celebração	62
2.2.5.1. A necessidade de ser o primeiro a se manifestar	62
2.2.5.2. Cessação completa no envolvimento do ilícito	67
2.2.5.3. Admissão do ilícito e cooperação com o processo	68
2.3. Comparações dos modelos e conclusões	69
3. A insegurança jurídica e o programa de leniência da LAC	76
3.1. O Tribunal de Contas da União e os acordos de leniência	78
3.1.1. Fiscalização do TCU sobre os acordos de leniência.....	81
3.1.2. Efeitos dos acordos de leniência na jurisdição de contas	84
3.2. Das contribuições do TCU a um efetivo programa de leniência	86

3.3. Conclusões pontuais	90
CONCLUSÃO	92
BIBLIOGRAFIA	94

INTRODUÇÃO

Desde logo, é importante registrar que a presente pesquisa foi escrita com o objetivo de se criticar o programa de leniência da Lei anticorrupção, sobretudo, porque o aludido programa não é detentor de todos os quesitos previstos pela literatura especializada para incitar confissões, seja porque não se ateu aos incentivos previstos pela teoria dos jogos, seja porque não presou pela segurança jurídica ao se instituir um programa de leniência sem a atuação coordenada de todos os entes de controle do Poder Público. Dito isso, inicia-se, de fato, o introito deste trabalho.

Em razão de um compromisso internacional adotado pelo Brasil para combater a corrupção e empurrado pela sociedade após as calorosas manifestações de 2013, o legislativo brasileiro acrescentou ao conjunto normativo pátrio a Lei 12.846/2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção (LAC). Sua função, além de se prestar a ser um novo marco legal para o necessário combate à corrupção pública, é o de suprir uma lacuna legal referente à falta de legislação para a punição de empresas por atos ilícitos que atentam contra à probidade da Administração.

Contudo, a referida norma, não se limitou a isso. Ela fez mais. Especificamente pelos artigos 16 e 17 da lei, foi possível visualizar uma nova forma de tratar, administrativamente, as práticas de corrupção no ordenamento jurídico brasileiro: a utilização do direito premial. Isso é, a lei anticorrupção deu a oportunidade ao direito administrativo sancionador de abandonar, ou ao menos tentar abandonar, a velha cultura do *hard law*, prevendo a possibilidade jurídica de a Controladoria Geral da União (CGU) firmar, no âmbito federal, o chamado acordo de leniência com as pessoas jurídicas que, porventura, conseguissem se habilitar para tanto.

Em suma, para isso (se habilitarem), as empresas devem confessar a prática de determinado ilícito de corrupção previsto na legislação, indicar os envolvidos, bem como trazerem ao domínio da autoridade investigadora um conjunto de provas tendentes a comprovar o que foi ou será delatado (até porque, no Brasil, instrumentos de investigação baseados na delação, ao contrário do que ocorre em outros países como, por exemplo, a Itália, são meios de obtenção de provas e, não, provas em si). Em troca, a autoridade investigadora dará ao delator um abrandamento na sanção a que lhe seria aplicada, ou seja, a autoridade será leniente com o agente colaborador.

A essa permuta de informações, como dito, é dado o nome de acordo de leniência. E, desde que o instituto adentrou ao programa de combate à corrupção, nunca deixou de ser polêmico.

Primeiro, porque, em uma breve leitura, já se mostra possível verificar que o texto da lei anticorrupção, quando trata dos acordos de leniência, é omissivo quanto à participação das diversas outras entidades responsáveis pelo controle do Poder Público. Em verdade, o legislador, ao menos quando do âmbito federal, só menciona a figura da CGU. Mas, é certo dizer que ela é apenas uma entre diversas “ilhas de controle” da Administração Pública Federal. Existem várias outras tais como o Ministério Público Federal, Advocacia Geral da União, Tribunal de Contas da União que são entidades autônomas e competentes a buscarem o combate corrupção.

O problema, portanto, é que tal situação é capaz de criar insegurança jurídica. Isso porque, a legislação, ao prever que o acordo de leniência será assinado tão somente com um dos responsáveis pelo controle da Administração Pública Federal (no caso da LAC, a CGU), deixa a empresa colaboradora exposta ao poder punitivo dos outros entes cujas competências são, por muitas vezes, constitucionais e, dessa forma, não passíveis de serem afastadas pela omissão de mera legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, o Ministro do Tribunal de Contas da União Benjamin Zymler criou uma metáfora que é assaz clara ao descrever tal situação, vejamos:

Seria como se a empresa e seus dirigentes estivessem submetidos a um pelotão de fuzilamento com três soldados: a CGU, podendo declarar a inidoneidade com fulcro nas normas de licitações; o Ministério Público, podendo ajuizar ações civis, administrativas e penais; e o TCU, também podendo declarar inidôneas as empresas. Se você faz o acordo de leniência com ator só, de nada adianta, porque “as balas dos outros atiradores” podem te atingir¹.

Importa dizer que tal situação de insegurança jurídica criada pela legislação, isso é, ter limitado a assinatura do acordo tão somente à CGU - a qual, segundo a metáfora do Min. Zymler, é chamada de exposição aos outros “soldados do pelotão de fuzilamento” - beira a covardia, e não deveria ser aceita pela legislação.

¹ ZYMLER, Benjamin. *Lei anticorrupção empresarial: uma visão do Controle Externo*. In: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas (Org). *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro* – v. 2, n. 11 (jan/jun), 2016, Rio de Janeiro: O Tribunal, p. 22-23.

Ora, por certo, como dito por um brocardo popular, a corrupção é um ilícito que não deixa nota fiscal e, portanto, é difícil de ser comprovada. Por essa razão, a delação é, muitas vezes, a única forma de o Estado conhecer a prática de determinados ilícitos como esse - inclusive, é essa razão de se ter instituído um programa de leniência para investigação de ilícitos de corrupção: a dificuldade de obtenção de provas.

Dessa forma, ao se firmar a leniência com a Administração Pública, a empresa colaboradora está dando ao Estado o conhecimento de um ilícito que, provavelmente, ele nunca teria conhecimento pelos métodos ortodoxos de investigação. E, em troca disso, a Administração (como um todo) deve suavizar a penalidade que seria direcionada ao colaborador. Entretanto, com a atual redação legislativa, a leniência é dada apenas por um dos braços da Administração Pública Federal: a CGU. Assim, a leniência não engloba as outras entidades que, não tendo nada que as impeçam de agir, irão punir o colaborador, através de seu arcabouço próprio de competências, e pior, utilizando como prova - e, é aí onde mora a covardia - as próprias informações dadas pela empresa colaboradora.

Nessa situação, é como se o Estado fosse uno para dividir as provas obtidas entre seus vários braços, mas fosse fragmentado no momento de se condenar. Importando dar relevo que muitas das vezes o poder condenatório das entidades detém o mesmo grau de poder, ou seja, causam o mesmo prejuízo.

A título de exemplo, e, novamente, ressaltando a precisão da metáfora criada pelo Ministro Benjamin Zymler, pode-se de pensar na sanção de declaração de inidoneidade, vejamos: sendo constatado a existência determinado ilícito de corrupção no sentido de fraudar licitações públicas, é fácil de ver que, judicialmente, tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia Geral da União podem requerer a declaração de inidoneidade da empresa. Por outro lado, no âmbito administrativo, tal possibilidade também é dada a CGU e ao TCU. Caso ocorra a assinatura do acordo de leniência tão somente com a CGU, a empresa estará isenta da aludida sanção tão somente com aquela instituição, ficando exposta, então, às competências das outras três entidades de controle.

Se somarmos a isso o fato de que o capitalismo brasileiro está, muitas vezes, atrelado aos contratos administrativos (isso é, grande parte das receitas das grandes empresas advém de contratos firmados com o Poder Público), é possível concluir de

que a declaração de inidoneidade – seja por quem for – será, de certo, a declaração da morte econômica das pessoas jurídicas. E, o acordo de leniência, por sua vez, da maneira que se encontra – isso é, sendo assinado apenas pela CGU – é capaz de evitar que a sanção seja proferida por apenas um dos “soldados do pelotão”.

A despeito disso, pode-se pensar, também, que não há mais espaço no Brasil para se tolerar impunidades. Há, portanto, um imperativo social que exige que quem cometeu ilícitos, sofra as consequências do ato. E, portanto, as empresas devem lidar com tal sanção ainda que isso signifique a sua falência.

Desde logo, tal questão, ao menos no que toca às pessoas jurídicas, não parece ser a mais adequada. Isso pois, quem, de fato, comete os ilícitos são pessoas físicas que utilizam do manto da pessoa jurídica como instrumento de seus atos delinquentes. São elas (as pessoas físicas) que devem sofrer as consequências de seus atos. Soma-se a essa ideia todas as benesses trazidas à sociedade pela operabilidade das empresas, tais como a movimentação da economia, a geração de empregos e o desenvolvimento social. Há que se ter em mente, portanto, que em um homicídio, o Poder estatal deve punir o assassino e, não, a arma do crime.

Por outro lado, se olhada com lupa, a lei anticorrupção revela, especificamente na previsão dos requisitos básicos para conformação do acordo de leniência, um outro problema: a falta de incentivos para incitar a confissão dos agentes envolvidos nos ilícitos previstos na lei anticorrupção.

Ao se verificar a literatura, sobretudo a norte-americana, que é referência quando o assunto tratado é a investigação baseada na barganha, se nota que os estudiosos do assunto fundamentaram a legislação que utilizam lá (nos Estados Unidos) em ensaios técnicos baseados na teoria dos jogos (que é, em sua essência, uma alegoria matemática) a qual, estrategicamente, tenta forjar, na legislação, um cenário pelo qual a escolha por delatar (via acordo de leniência) seja a melhor decisão a ser tomada pelo investigado dentre todas as outras a sua disposição.

Os estudos acerca da teoria dos jogos aplicada ao direito tiveram início a partir do dilema do prisioneiro, que, em estreitíssima síntese, trata de um exemplo criado para se explicar a teoria dos jogos em uma situação na qual a polícia incita dois investigados (que atuaram em conjunto) a confessarem ilícitos dos quais a autoridade investigadora não detém provas de sua ocorrência.

Entre os autores da aludida literatura, é possível citar Christopher Leslie, que ao entender, como premissa que o dilema do prisioneiro encontra certas limitações quando aplicado na prática, definiu alguns parâmetros para modificar um programa de leniência que o tornaria mais capacitado a incitar confissões.

Todas essas questões formam o universo no qual esta pesquisa se escorará nos três capítulos que a integram.

Isso posto, importa dizer que, no capítulo primeiro, serão expostas as noções básicas acerca de um programa de leniência. Isso será feito a partir da exploração de seu conceito e seus objetivos; expondo, ainda que superficialmente, as versões que são aplicadas no estrangeiro (modelo norte-americano e europeu); discorrendo-se sobre a sua fundamentação estratégica, que, conforme dito, é baseada na teoria dos jogos; e, por fim, se arrematando o texto com a exposição de instrumentos alternativos, mas que de alguma forma, podem integrar um programa de leniência, tais como a leniência *plus* e o Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

No segundo capítulo, tomando como base as questões aludidas no título anterior, se adentrará ao universo dos principais programas de leniência previstos na legislação brasileira, quais sejam: da legislação antitruste e o da lei anticorrupção, explorando, assim, todos seus requisitos e objetivos, para, ao final, os compará-los com os parâmetros definidos por Leslie e, assim, se chegar à conclusão de que, ao menos, o programa de leniência previsto na Lei anticorrupção não está, à luz da teoria dos jogos, esquematizado de forma a incitar um número máximo de confissões.

No terceiro, e último capítulo, se adentrará na problemática referente à insegurança jurídica própria do programa de leniência da lei anticorrupção que, conforme dito alhures, se pauta na conformação de um sistema de leniência sem a previsão de todos os responsáveis pelo controle da corrupção pública. Dentre eles (responsáveis), se escolherá o Tribunal de Contas da União para se avaliar, de forma profunda, suas conformações e contribuições para o aprimoramento e erradicação da referida insegurança jurídica que, de certo, não é, e nem deve ser esperada pelos administrados.

É este, pois, o desafio a enfrentar.

CAPÍTULO I

Noções gerais acerca de programas de leniência

Sumário. 1. Apontamentos introdutórios sobre a leniência. 1.1. Definição doutrinária. 1.2. Natureza jurídica do acordo de leniência. 1.3. Programas de leniência no âmbito internacional. 1.4. Acordos de leniência e a teoria dos jogos. 1.5. Objetivos e funções dos acordos de leniência. 1.5.1. Subfunção primeira: alternativa mais eficiente e menos custosa para investigação e comprovação de ilícitos de maior complexidade estrutural. 1.5.2. Subfunção segunda: instauração da “corrida” entre os agentes do ilícito para serem o primeiro a conseguir a assinatura do acordo de leniência junto ao Poder Público. 1.6. Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC). 1.7. Acordo de leniência *plus*.

1. Apontamentos introdutórios sobre o acordo de leniência

No Brasil, a palavra leniência², advinda do termo latim *leniens* e *lenitate*, tem como significado suavidade, brandura, amenidade, ternura. Foi por esse motivo que o legislador brasileiro deu o *nomen juris*³ de Acordo de Leniência ao instrumento de investigação, que baseado no consensualismo, prevê a possibilidade de realização de um acordo entre o agente de determinando ilícito e o ente estatal competente para fiscalizar a conduta, tudo isso no anseio de se ter, de forma menos custosa, conhecimento dos fatos ilícitos e, por conseguinte, um maior potencial corretivo acerca do fato investigado.

Seus benefícios são diversos. Vão do descobrimento do ilícito⁴ de forma mais célere e menos custosa para o Estado, já que dispensa, ou pelo menos simplifica, os

² Há quem entenda que a palavra leniência foi aplicada de maneira equivocada, já que o melhor termo para figurar no nome do instituto seria *lenimento*, do latim *linmentum* que, realmente, significa aquilo embrandece, conforme própria definição do próprio dicionário: “lenimento [Do lat. *linmentum*.] 1. s.m. Aquilo que embrandece. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira In: NASCIMENTO, Melillo Dinis Do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 45)

³ Existe ainda, na literatura especializada, quem diga que o melhor nome para o instituto seria *acordo de colaboração*, e não, acordo de leniência. Isso porque a finalidade precípua do instrumento é que um agente privado colabore com a atuação investigativa estatal e não que possibilitar que o Poder Público seja leniente com aqueles que praticaram algum ilícito. (SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 225)

⁴ A propósito, instrumentos como o acordo de leniência, que se utilizam da *cooperação* para (1) prevenção, (2) identificação e (3) punição de ilícitos, veem, cada vez mais, se tornando peça

processos complexos e duradouros que seriam instaurados para a investigação do caso, até a continuidade das atividades da empresa que além de fomentar a economia, mantém relações empregatícias dela decorrentes.

No Brasil, é possível verificar dois grandes normativos que preveem a figura do acordo de leniência como instrumento investigativo: a Lei n. 12.559/2011, que dispõe Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e, também, a Lei n. 12.846/2013, que trata sobre responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Neste capítulo, longe de esgotar o assunto, levantaremos alguns apontamentos indispensáveis para o estudo do acordo de leniência, visando, assim, estabelecer algumas premissas técnicas sobre a problemática atinente à segurança jurídica e ineficácia do programa que será posta mais adiante.

1.1. Definição doutrinária

O Acordo de Leniência é ato administrativo típico consistente no acordo de vontades entre uma pessoa física ou jurídica e a Administração Pública para que o primeiro informe ao segundo, com o máximo de provas possíveis, a respeito da ocorrência de um ilícito no qual esteja envolvido, bem como, se for o caso, a correlação de outros agentes da ilicitude. Em troca, recebe o abrandamento na eventual sanção que receberia, caso o ilícito fosse descoberto de forma diversa.

Nesse sentido, é esclarecedora a lição de Marçal Justen Filho:

O acordo de leniência é uma solução consensual por meio do qual um sujeito privado (pessoa física ou jurídica), envolvido em ilícito, transmite informações ao Poder Público sobre a ocorrência e a identidade dos agentes da ilicitude, comprometendo-se com a cessação das práticas (se for o caso) e subordinando-se a sanções pecuniárias e (ou) não pecuniárias. O sancionamento previsto é menos severo daquele que seria aplicado, caso o acordo não fosse atingido. Isso significa a redução ou, mesmo, a extinção da punição⁵.

Conforme também se verifica a partir dos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶, pode-se dizer que o acordo de leniência um gera um misto de benefícios e obrigações tanto para a Administração Pública quanto para o colaborador.

fundamental para os grupos de investigação de todo o mundo. Especialmente, no Brasil, pois ajudou no desmantelamento de um dos maiores casos de corrupção governamental da história.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 317.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1041.

Para o Poder Público, os benefícios vão da eficiência investigativa, tomando conhecimento de informações que, provavelmente, não conheceriam com a mesma profundidade sem as colaborações, ressarcimento integral do dano sofrido, até a colaboração da erradicação de ilícitos concorrenciais e de corrupção⁷. Em relação às obrigações, existe o dever do sigilo da proposta e o abrandamento das punições, como é o exemplo da Administração ter de abster de propor uma ação punitiva ou reduzir a pena que seria imputada, medida que está presente em todas as legislações domésticas sobre o assunto.

Já o particular, com vistas à isenção ou à atenuação de suas sanções, deve trazer novas informações ao conhecimento da Administração Pública, confessar os ilícitos, realizar a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, cessar completamente o seu envolvimento no ato lesivo que é objeto do acordo, cooperar, permanentemente, com as investigações e, também, ressarcir de forma integral o dano foi causado ao erário e particulares envolvidos.

1.2. Natureza jurídica do acordo de leniência

De forma geral, definir a natureza jurídica de determinado objeto é, noutras palavras, dizer o que é aquilo no mundo do direito. No mundo jurídico, acordo de leniência é ato administrativo consensual. Nesse sentido, importa dizer que tal classificação não se presta unicamente para uma organização cartesiana. Muito pelo contrário, existem efeitos de bastante importância que devem ser devidamente considerados, sob pena de gerar um grave ataque à segurança jurídica.

De forma objetiva, por ser ato administrativo, ainda que convencional, a sua aplicação deve estar atrelada aos comandos legais. Ou seja, cumprido os requisitos fáticos para celebração do acordo, a entidade administrativa tem o dever de firmá-lo. Nasce, então, em termos práticos o direito subjetivo do colaborador⁸.

Para fundamentar isso, existe uma razão bastante simples: se assim não fosse, com terrível despeito à segurança jurídica, poderia ocorrer a situação de uma pessoa física ou jurídica, procurar um ente para firmar o acordo, confessar as práticas,

⁷ Fala-se, especificamente, em ilícitos concorrenciais e de corrupção, pois são estes os campos normativos que utilizam do acordo de leniência como instrumento, respectivamente, pelas legislações 12.529/2011 e 12.846/2013.

⁸ RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 233.

apresentar documentos comprobatórios da prática ilícita realizada por ele mesmo e outrem e, por discricionariedade, ainda assim, ter o pleito de negado.

Nessa situação, em que pese exista comando normativo tanto na lei de anticorrupção, quanto na legislação antitruste que delimite que as informações obtidas pelas autoridades investigadoras em acordos de leniências frustrados (pela não verificação de um dos requisitos, por exemplo) não serão considerados confissão, isso não afasta que, inegavelmente, a autoridade teve conhecimento a respeito das informações que ali foram prestadas.

Portanto, deve, sim, o acordo de leniência ser ato administrativo convencional vinculado à coexistência dos requisitos que forem previstos na legislação, vejamos:

De toda sorte, atendidos estes requisitos, estarão reunidas as condições necessárias à celebração do acordo de leniência, viabilizando a concretização do interesse público preconizado pela Lei Anticorrupção pela identificação do ilícito e/ou seus agentes, interrupção da prática ilícita e efetiva concretização de programa de integridade. Assim, a Administração não goza de margem de liberdade para celebrar ou não o acordo de leniência uma vez constatada a ocorrência dos pressupostos necessários à sua formação. Isso porque a ordem jurídica elegeu este ato negocial como o meio mais adequado para tutela do interesse público, tanto mais porque sua formação também poderá se aperfeiçoar no transcurso de uma ação judicial que tenha por objeto os noticiados ilícitos.⁹

Nesse espeque, é importante que se diga que tais argumentos não geram espaço para se concluir erroneamente que a colaboração, por si só, geraria o direito subjetivo da parte delatora em firmar o acordo de leniência. Como dito, para que se reconheça o direito subjetivo da parte em gozar das benesses do acordo, devem estar preenchidos todos os requisitos legais para tanto.

E, um dos requisitos mais importantes nesse sentido é a tempestividade das informações. Isso porque, o momento pelo qual a proposta de leniência é direcionada à autoridade competente é fator de grande importância, pois, ao imaginarmos a situação em que a Administração Pública, por si mesma, já tenha iniciado investigações sobre eventual ilícito e, conseguiu sozinha reunir elementos capazes de condenar determinada pessoa física ou jurídica, eventual colaboração realizada pelo investigado não lhe gerará direito subjetivo em firmar acordo. Até porque, conforme

⁹ ZOCKUN, Maurício. Vinculação e discricionariedade no acordo de leniência. Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>>. Acesso em 04 de novembro de 2017.

será visto, um dos requisitos para se firmar o acordo de leniência (não existência de provas suficientes para a condenação) não foi preenchido.

No que toca a essas ponderações, as palavras de Márcio de Aguiar Ribeiro se mostram bastante pertinentes, vejamos:

Portanto, a efetiva pactuação do acordo de leniência não pode ser entendida como direito subjetivo de acusado, uma vez que se trata de mecanismo levado a efeito em prol da apuração do processo. Em outras palavras, o acordo de leniência será examinado sob o aspecto da real existência de um interesse processual na produção célere de material probatório. Exame a ser exercido sob o crivo exclusivo do ente público processante, a partir da análise sobre as informações e provas já coletadas nos autos do processo administrativo.

Assim, se a Administração Pública já dispuser desses elementos probatórios de autoria e materialidade, não está obrigada a pactuar leniência com a pessoa jurídica processada, ainda que ela se apresente de forma espontânea e prontamente ofereça colaboração. [...]

Por isso, o aspecto tempestividade da informação denota destacada relevância da análise da pertinência e cabimento do ato administrativo consensual.¹⁰

Além disso, importa ressaltar, por fim que, muito embora tenhamos a figura de um acordo em sentido lato, não é possível se dizer que se está diante de um contrato bilateral e comutativo, “eis que não há uma equivalência entre as prestações assumidas pelas partes”¹¹.

1.3. Programas de leniência no âmbito internacional

O Brasil não foi o primeiro país a prever um programa de leniência. Muito antes, em 1978, a legislação antitruste norte-americana instituiu o primeiro programa de leniência da história, o chamado *Corporate Leniency Program*.

Em apertado resumo, o programa consistia em um mecanismo de combate a cartéis que autorizava a concessão de anistia às empresas que colaborassem com as investigações apresentando provas cabais acerca da ocorrência de determinado ilícito anticompetitivo. Entretanto, isso deveria ocorrer antes da instituição de qualquer investigação por parte da autoridade competente a quem, ainda assim, caberia a decisão, de forma discricionária, de celebrar o acordo ou não.

¹⁰ RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 233.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 317.

Assim, em razão da insegurança jurídica decorrente do poder dado à autoridade antitruste, o primeiro programa de leniência da história não obteve o êxito esperado. Somente em 1993, após sensíveis alterações no programa¹², o Departamento de Justiça do Estados Unidos criou um modelo, que é o mesmo utilizado hodiernamente, chamado *Amnesty Program* que, na prática, trouxe resultados exponenciais às investigações: “entre 1997 e 1998, o total de multas aplicadas aos réus em processos antitruste foi quase o mesmo daquele verificado durante todo o período entre em 1978 e 1996”¹³.

Nesse sentido, Ibrahim Sobral relata, de forma esclarecedora, que

Desde a sua criação, o “Amnesty Program” se transformou no mais eficiente instrumento de investigação para descobrir e enfrentar os cartéis. Somente nos últimos dois anos, as multas aplicadas em virtude da investigação e condenação de cartéis decorrentes da adesão de infratores ao Programa ultrapassaram o montante de US\$ 1 bilhão, enquanto o número de propostas de adesão de propostas passou a ser em média quase dois interessados por mês.¹⁴

Não foi por outro motivo, senão o sucesso do modelo criado pelos estadunidenses que, em 2010, mais de cinquenta países¹⁵, incluindo o Brasil, já tinham instituído programas de leniência para combater cartéis em suas respectivas legislações internas.

Nesse sentido, baseando-se no modelo de leniência pioneiro (norte-americano) os europeus criaram um programa de leniência com peculiaridades próprias, marcando pontos diferenciais ímpares, como, v.g., a quantidade de pessoas que podem se beneficiar com redução em suas respectivas penalidades pelo programa¹⁶.

¹² Segundo Márcio de Aguiar Ribeiro, as mudanças do primeiro programa ao segundo foram as seguintes: [...] concessão automática de leniência nos casos em que inexistia qualquer investigação em curso com relação à conduta delatada; outra foi a possibilidade de concessão de leniência mesmo quando já iniciadas as investigações dos ilícitos; por fim, tem-se a possibilidade de extensão de imunidade criminal a diretores, executivos e funcionários que cooperassem com as autoridades competentes. (RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 230).

¹³ RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 231.

¹⁴ SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. *Acordo de leniência: avanço ou precipitação?* In: Revista do IBRAC, São Paulo: 2001, v. 8, n. 2, p.134.

¹⁵ Esse aparente sucesso, por sua vez, levou a uma rápida introdução do instituto em outras legislações antitruste pelo resto do mundo, sobretudo durante a primeira década do século XXI. Enquanto em 1990 a leniência concorrencial se restringia ao programa norte-americano, em 2010 o mecanismo já havia sido adotado em mais de cinquenta países e jurisdições (MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica*. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017, p. 21).

¹⁶ RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 236.

Revisando a bibliografia especializada, verifica-se que a inovação do programa de leniência trazida pelos europeus fez com que, inclusive, a literatura considerasse, de forma geral, que existem dois modelos paradigmas, o americano e o europeu:

Em relação à quantidade de lenientes admitida por determinada infração o Direito Comparado alberga dois principais sistemas de delação: o sistema europeu e o sistema norte-americano. No primeiro, são admitidos múltiplos denunciadores pela mesma infração. Já no segundo, a leniência somente é permitida ao primeiro denunciante do ato lesivo. Percebe-se, então, que o programa de leniência brasileiro foi diretamente influenciado pelo sistema norte-americano.¹⁷

Conforme verificado acima, a diferença, de forma pragmática, é a seguinte: no modelo original (americano), só é permitida à autoridade que firme uma única leniência por ilícito, justamente com aquele agente que procurou a autoridade estatal competente (e apresentou os requisitos para assinatura) em primeiro lugar¹⁸.

Já no modelo europeu, não existe essa limitação: podem firmar o acordo de leniência todos aqueles envolvidos que procurarem e preencherem os requisitos estabelecidos junto à autoridade competente. Entretanto, apenas o primeiro agente que procurar a autoridade antitruste europeia receberá a isenção completa das eventuais penalidades. Os demais colaboradores (quando existirem) receberão leniências parciais que seguirão um modelo escalonado de benefícios de forma que o segundo receberá um benefício menor do que o do primeiro e maior que terceiro e, assim, sucessivamente.

A propósito, há quem entenda¹⁹ que tal diferenciação dos programas europeu e americano é meramente teórica, vez que o programa de leniência norte-americano também prevê instrumentos²⁰ para que os agentes dos ilícitos que procurarem a

¹⁷ RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 236.

¹⁸ Esse é exatamente o requisito que é previsto nas legislações brasileiras, o que demonstra que realmente herdamos o modelo norte-americano, cf. Capítulo 2, item 2.1.5, *infra*.

¹⁹ Segundo Lúcio Alberto Gomes Júnior: “De maneira pragmática, pode-se afirmar que os sistemas de Brasil e Estados Unidos admitem a celebração de outros “acordos de leniência” sob uma roupagem diversa. É que no *plea agreement* e no Termo de Compromisso de Cessação, uma empresa que não conseguiu se habilitar para a leniência pode receber uma redução nas penalidades cominadas pela conduta ao admitir seu cometimento, a qual se relaciona à qualidade e primazia de sua colaboração”. (GOMES Jr., Lúcio Alberto. A delação premiada na defesa da concorrência: perspectiva para a política brasileira de leniência no combate a cartéis. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina: 2013, p. 71).

²⁰ Essas alternativas, no direito norte-americano, são os institutos do (1) *plea agreement* e *consent decree*; e (2) *leniency plus*, os quais foram albergados pela legislação brasileira antitruste, respectivamente pelo Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) e também o acordo de leniência *plus*. Para mais informações, cf. Capítulo 1, itens 1.6 e 1.7, *infra*.

autoridade responsável com a intenção de colaborar, mesmo não sendo o primeiro, poderão colaborar e receber os benefícios respectivos.

Por outro lado, na literatura internacional, também existem especialistas²¹ que defendem que a diferença dos modelos não é simplória, pelo contrário, apontam severas críticas ao modelo europeu pois, de maneira geral, entendem que é um programa que viabiliza a prática de ilícitos, sobretudo, os que atentem contra a saúde concorrencial.

Em relação às críticas ao modelo europeu, primeiro, o acusam²² de ser, em verdade, um programa que fomenta a prática de ilícitos ao passo que todos aqueles que estiveram vinculados ao ilícito, se preencherem certos requisitos, poderão firmar o acordo. O que, em última análise, barateia a prática de delitos e aumenta a atratividade de sua prática²³, pois os agentes estão convictos da existência de um instrumento legal que pode diminuir a pena de todos aqueles interessados, bastando apenas que colaborem efetivamente com a investigação.

Aponta também a literatura especializada²⁴⁻²⁵ que, em programas de leniência cujo acordo pode ser firmado com todos os agentes do ilícito, os envolvidos podem utilizar, sem qualquer entrave, a estratégica do *wait and see*²⁶ que, em resumo, é uma prática em que membros que estejam envolvidos em determinado ilícito

²¹ De pronto, conforme será visto nos parágrafos seguintes, colheu-se as opiniões críticas dos especialistas de Giancarlo Spagnolo, Massimo Motta e Michele Polo.

²² MOTTA, Massimo; POLO, Michele. *Leniency Programs and cartel prosecution*. 28 set. 2011. Disponível em: <<http://ces.univ-paris1.fr/membre/tropeano/pdf/polconc/mottapolojio.pdf>> Acesso em 19/10/2017.

²³ Cf. Capítulo 1, item 1.5., *supra*.

²⁴ “*There is a further reason to restrict eligibility to amnesty to the first reporting party, not yet captured by our model but often stressed by DoJ officials, who see it as crucial to the effectiveness of the program. In reality, the first comer restriction appears to generate “races to report” caused by the “fear to arrive second”. Were the second, third or fourth reporting firms eligible to the same treatment as the first one such races would arguably not occur. Then firms could safely adopt a ‘wait and see’ strategy (“do not report first, be ready to report if somebody else does it”).* (SPAGNOLO, Giancarlo. *Divide et Impera: Optimal Leniency Programs*. Stockholm, School of Economics: 2005, p. 18. Disponível em: <<http://ftp.zew.de/pub/zewdocs/veranstaltungen/mic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf>> Acesso em 09/11/2017).

²⁵ Há uma razão ulterior para restringir a elegibilidade à anistia a primeira empresa a delatar, ainda não abrangida pelo nosso modelo, mas sempre abordada pelos agentes do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, que encaram tal ato como fundamental para a efetividade do programa. Na realidade, a restrição à primeira empresa a se manifestar parece criar “corridas para delatar” causadas pelo “medo de chegar em segundo lugar”. Se a segunda, terceira ou quarta empresa a delatar tivessem o mesmo benefício que a primeira, tais “corridas” não iriam acontecer, em tese. Nesta hipótese, os envolvidos poderiam adotar uma estratégia de “esperar para agir”, no sentido de pensar que seria vantajoso não delatar primeiro, mas sim, estar preparado para fazê-lo se alguém mais o fizer (tradução livre).

²⁶ Em uma tradução livre, seria a técnica de “esperar para agir”.

(especificamente o cartel) tendo conhecimento de que, a qualquer tempo, poderão firmar o acordo, esperam para agir tão somente após a iniciativa de um terceiro envolvido, já que: (a) caso nenhum dos envolvidos fizer o acordo, muito provavelmente ele não será descoberto, mas, (b) se o fizerem, terá um tempo de “espera” em que terá lucrado pelos preços que eram cartelizados.

Por fim, para arrematar as críticas que são feitas ao programa europeu, aponta Giancarlo Spagnolo²⁷⁻²⁸, em contraponto do que prevê o programa europeu, que o programa de leniência “ótimo” é aquele cuja leniência só pode ser firmada com um único agente do ilícito, que seria exatamente o primeiro a se dispor a colaborar com as autoridades, pois quanto mais brando for o sistema, mais brechas se deixará para eventuais desvirtuamentos.

Portanto, a partir do que foi exposto, se verifica a existência de dois modelos internacionais de leniência: o americano e o europeu. Sendo que o primeiro (estadunidense), foi o que inspirou vários países a instituir um programa semelhante, inclusive, o legislador brasileiro. Além disso, se verificou uma certa discussão na literatura acerca de qual é modelo ideal a ser utilizado.

1.4. Acordos de leniência e a teoria dos jogos

Sabe-se, quase como um mantra no mundo jurídico, que o descumprimento das normas jurídicas é pressuposto de sua criação²⁹, ainda mais em sistemas normativos com heranças romano-germânicas, regidos pela *civil law*, em que o processo de criação das leis que regulam a sociedade é, em tese, proativo. Ou seja, primeiro o Estado cria a norma abstrata (dever-ser) que proíbe determinada ato ilícito e, frente o seu descumprimento – que ocorre no mundo dos fatos – é que, então, se tenta realizar a adequação do fato à norma jurídica (subsunção da norma).

Em que pese não seja uma missão fácil, o papel do Estado, como provedor da paz social, não pode se limitar à instituição de regras que determinam o que deve, ou

²⁷ “When financing rewards is costly, optimal leniency programs are restricted to the firms reporting party, and make this residual claimant for the fines paid by the others.” (SPAGNOLO, Giancarlo. Optimal Leniency Programs. FEEM, Working Paper n. 42, de 13 de maio de 2000, p. 1. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=235092>> Acesso em 09/11/2017).

²⁸ Como custear o benefício é muito caro, os “ótimos” programas de leniência estão limitados à primeira empresa a delatar, e fazem os outros pagarem pelo que sobra do requerente (tradução livre).

²⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. Tradução: Denise Agostinetti. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 132.

não, ser feito. Em verdade, deve ele, o Estado, ainda no âmbito da edição da norma jurídica, instituir elementos capazes de dissuadir seu descumprimento.

Sendo assim, há muito tempo são desenvolvidos estudos específicos com objetivo de determinar quais são os fatores determinantes que motivam os indivíduos a descumprirem regras da sociedade, para, assim, dar subsídios ao Estado em relação à tarefa de promover incentivos ao não descumprimento da regra jurídica.

De início, nessa árdua missão, visualizou-se que certos autores tentaram definir tal problemática a partir de vieses biológicos e sociais³⁰. Entretanto, com o passar do tempo, e graças ao dinamismo entre às fontes de conhecimento, desenvolveu-se, na literatura jurídica, um raciocínio novo que, vinculado a uma análise econômica que precede as decisões, definia, em estreitíssima síntese, e ao menos nos ilícitos que podem ser economicamente quantificados que: o homem racional só decide pelo descumprimento, ou não, de determinada regra depois de realizar uma análise individual e econômica que pondera os benefícios e os prejuízos decorrentes³¹.

Dessa forma, acredita-se que após se fazer a devida análise dos fatores que rodeiam o cumprimento do dispositivo legal (isso é, seus benefícios e prejuízos), se se chegar à conclusão que descumprir é economicamente viável, o homem racional vai descumprir a norma. Caso contrário, se a conclusão se der no sentido de que os prejuízos decorrentes do descumprimento são maiores do que os benefícios, então, se decidirá pelo seu cumprimento.

Autores clássicos como Robert D. Cooter e Gary Becker, respectivamente, nas obras “*The intrinsic value of obeying a law: economic analysis of the internal viewpoint*” e “*Crime and punishment: an economic approach*” foram importantes percussores dessa corrente de pensamento econômico-jurídico.

A obra Gary Becker, por exemplo, denominada por terceiros como *teoria da dissuasão*³², buscou definir (1) o motivo do descumprimento de normas jurídicas a partir do raciocínio já mencionado da análise de custo-benefício que precede a

³⁰ MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica*. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017, p. 30.

³¹ MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica*. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017, p. 30.

³² LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; BELLANTUONO, Giuseppe. *Introduction: Exploring Linkages*. In: LARA, Fabiano Theodoro de Rezende; BELLANTUONO, Giuseppe (Org.). *Law, Development and Innovation*. 1. ed. Cham: Springer International Publishing, 2015, p. 8.

decisão pelo seu cumprimento ou não. Ademais, e talvez um dos motivos pelos quais a obra foi tão prestigiada na literatura, Becker não se limitou a isso: tomando como pressuposto essa análise econômica realizada pelo pretense infrator, (2) tentou definir o *quantum* ideal (nível ótimo) de recursos que o Estado deveria despender para promover o combate e prevenção de ilícitos³³.

Vale o registro de que a ideia de Becker adota como pressuposto que as pessoas são racionais sob o ponto de vista econômico, isso é dizer, buscam para si a tomada de decisão que lhe tragam mais benefícios³⁴ e, por essa razão, algumas delas decidem por infringir determinada regra não porque são delinquentes e, sim, porque, em algum momento, verificaram que se desrespeitassem atingiriam o mesmo objetivo (ou talvez um melhor, já que mais lucrativo) que aqueles que decidissem cumprir a lei, só que com menos custos³⁵.

Mudando o que deve ser mudado, quanto a esse ponto, Cooter não pensa diferente. Em verdade, o que se distingue é o sentido³⁶ do pensamento e o motivo pelo o qual o texto foi escrito. Enquanto Becker direciona seu pensamento para pessoas de forma geral, Cooter é mais preciso.

Isso porque, antes adentrar à análise econômica dos ilícitos, o autor classifica três tipos de pessoas quanto à internalização da obediências às normas, para, só então, definir em qual delas a sua teoria se desenvolve, vejamos: (1) em um dos extremos, se tem a pessoa que vai cumprir norma independentemente de seu custo, isso, pois, tem internalizado em si a necessidade de obediência às leis; (2) no outro extremo, se tem aquela pessoa que, por delinquência, descumprirá todas as normas, pois, ao contrário da primeira, valorizou (internalizou) em si, o descumprimento das regras; e, por fim, (3) existe o indiferente, que não tem nenhum valor intrínseco relacionado ao cumprimento das normas, e que, portanto, vai decidir pelo seu

³³ BECKER, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. In: *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, 1968, p. 170.

³⁴ BECKER, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. In: *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, 1968, p. 201.

³⁵ BECKER, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. In: *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, 1968, p. 176.

³⁶ É bem verdade que a intenção do autor é outra, qual seja: é entender o porquê certas pessoas descumprem as normas (que são definidas no escopo da pesquisa como normas economicamente mensuráveis) e, assim, estabelecer quais são os fatores que motivam tal prática para, então, se buscar um cenário ideal de se internalizar dentro de uma sociedade o cumprimento normativo.

cumprimento, ou não, a partir da análise de custo-benefício dos fatores (benefícios e prejuízos) que a circundam³⁷.

Nada obstante ao grau de profundidade a que chegam os autores, no que se refere a esse tema, o que de fato importa a esta pesquisa é que, à guisa de conclusão, tanto Becker³⁸, quanto Cooter³⁹, quando analisam o mesmo agente (isso é, pessoa racional que busca – de forma egoísta e sem nenhum valor internalizado quanto à obediência das normas – a melhor opção a seu favor sob o ponto de vista eminentemente econômico) definem que os fatores que influenciam negativamente⁴⁰ a tomada de decisão no sentido de desrespeitar a norma jurídica, são: (1) a análise de custo-benefício que não tenha como produto uma utilidade esperada; (2) a probabilidade de detecção e punição do ilícito pela autoridade estatal.

Ou seja, tem-se como pensamento comum que, considerando a análise de custo-benefício realizada pelos pretensos infratores, deve o Estado promover esforços para que, sob o ponto de vista econômico, nunca seja vantajoso o descumprimento da norma, ou melhor dizendo, que não se tenha uma utilidade esperada pelo seu descumprimento. Além disso, que se deve também aumentar os esforços e municiar as autoridades estatais responsáveis pela fiscalização dos ilícitos.

Em uma outra ótica, e sem embargo aos créditos que devem ser dados aos citados autores, especialmente a Gary Becker, é possível se verificar na literatura, especialmente nas obras de Spagnolo⁴¹, o entendimento no sentido de dizer que tais estudos, de certa forma, foram limitados. Isso porque foram direcionados tão somente às práticas de ilícitos unilaterais, deixando de levar em consideração os delitos executados em um cenário de conluio ou organização criminosa⁴².

³⁷ COOTER, Robert D. *The Intrinsic Value of Obeying a Law*. Economic Analysis of the Internal Viewpoint, 75 Fordham L. Rev. 1275-1285, 2006, p. 1276. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss3/7>> Acesso em 20/03/2018.

³⁸ BECKER, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. In: Journal of Political Economy, v. 76, n. 2, 1968, p. 207.

³⁹ COOTER, Robert D. *The Intrinsic Value of Obeying a Law*. Economic Analysis of the Internal Viewpoint, 75 Fordham L. Rev. 1275-1285, 2006, p. 1284. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss3/7>> Acesso em 20/03/2018.

⁴⁰ Por preciosismo, entende-se que fatores que influenciam negativamente o descumprimento de uma determinada norma são aqueles que dissuadem a prática do ilícito.

⁴¹ SPAGNOLO, Giancarlo. Optimal Leniency Programs. FEEM, Working Paper n. 42, de 13 de maio de 2000, p. 2.

⁴² Conforme diz Mussi, entende-se, de forma simplória, que organização criminosa é “conjunto de indivíduos reunidos em torno de uma estrutura institucionalizada (geralmente, baseada na hierarquia e divisão de trabalho) com o objetivo de buscar, de forma integrada e coordenada, a obtenção de lucros por meio da prática de atividades ilícitas (MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como*

O que, de saída, tornam os fatores de análise mais complicados, já que, normalmente, se vê nessa espécie de prática (organização criminosa) uma organização típica de uma atividade empresarial, ou seja, é como se criassem, em atividades dessa natureza, verdadeiros modelos econômicos especializados e com objetivo de maximização de lucros através da atividade ilícita⁴³.

Não se restringindo a apontar tal limitação, Spagnolo visou dar seguimento na análise de fatores de dissuasão que foi iniciada por Becker, mas agora, direcionada às organizações criminosas. Dessa forma, anotou, de início, que atividades ilícitas organizadas (tais como o cartel e a corrupção) são detentoras de ao menos três grandes características que além de as identificarem são, ao mesmo tempo, instrumentos que, conforme será demonstrado mais adiante, estão à disposição do legislador para dismantelar (ou, ao menos, combater) a prática.

A primeira das características diz respeito à instabilidade da prática⁴⁴. De forma geral, organizações criminosas estão instaladas em um clima de instabilidade interna que, segundo Mussi⁴⁵, é fruto de uma crise de uma governança natural que é enfrentada por quase todos aqueles que escolhem desrespeitar as normas.

E, isso se dá devido ao fato que, a qualquer momento, cada um dos envolvidos está em condições de trapacear o outro comparsa, “*correndo com todo o dinheiro*”⁴⁶. Não fosse só isso, é possível dizer que tal situação (de instabilidade) é agravada na medida que o eventual agente que for prejudicado pela trapaça de seu comparsa, não pode se valer de nenhum instrumento democrático capaz de lhe gerar segurança jurídica - tal como contratos⁴⁷ - até porque, está praticando atos ilícitos, que por óbvio, não são acobertados por tais instrumentos de proteção estatal.

A segunda característica própria das organizações criminosas diz respeito à sua durabilidade no tempo. Em suma, ilícitos praticados por organizações criminosas

ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017, p. 35).

⁴³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

⁴⁴ SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and Whistleblowers in Antitrust. In: BUCCIROSSI, P. (Ed.). Handbook of Antitrust Economics. Boston: M.I.T. Press, 2008, pp. 259-303, p. 261.

⁴⁵ MUSSI, Douglas Miranda. Op. cit, p. 36.

⁴⁶ SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and Whistleblowers in Antitrust. In: BUCCIROSSI, P. (Ed.). Handbook of Antitrust Economics. Boston: M.I.T. Press, 2008, pp. 259-303, p. 260.

⁴⁷ MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como ferramenta de combate a cartéis*: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017, p. 37.

demandam que a prática seja, em regra, de longa duração⁴⁸, isso pois os ganhos esperados do ilícito grupal não são advindos da prática de uma única conduta e, sim, de um conjunto de atos ordenados e voltados para o futuro⁴⁹. Em síntese, o ganho dos agentes envolvidos depende do tempo.

No que se refere a essa característica, vale anotar, ainda que por derradeiro, as observações realizadas tanto por Rufino⁵⁰, quanto por Mussi⁵¹. Vejamos.

Em resumo, defendem os autores que as organizações criminosas lidam com um paradoxo em sua existência e estabilidade, qual seja: se, em um primeiro momento o grau de instabilidade que acompanha a prática do ilícito é alto, uma vez que os agentes são tentados “correr com todo o dinheiro” e, assim, maximizarem seus lucros individuais, com o tempo, e em razão do aumento dos lucros advindos da prática, essa instabilidade interna tende a diminuir, pois, os envolvidos tendem a permanecer mais incentivados e fiéis ao acordo ilícito, em razão do aumento dos lucros advindos do esquema⁵².

Além disso, especialmente Mussi⁵³ nota um outro ponto: ainda com o passar do tempo, e fomentados pelos incentivos dos lucros, as organizações criminosas tendem a desenvolver certa estrutura organizacional mais arrojada, pautada, inclusive, em relações hierárquicas. Tudo isso para tornar o esquema – que anteriormente era instável – mais sólido e estável.

A terceira, e última, característica diz respeito ao fato de que todos os envolvidos da organização são conhecedores da ilicitude da atividade, seja em maior, ou menor escala. Situação essa que possibilita uma maior gama de eventuais delatores, o que, por sua vez, aumenta, ainda mais, a instabilidade da prática do ilícito

⁴⁸ SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and Whistleblowers in Antitrust. In: BUCCIROSSI, P. (Ed.). Handbook of Antitrust Economics. Boston: M.I.T. Press, 2008, pp. 259-303, p. 261.

⁴⁹ LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. Journal of Corporation Law, p. 435-488, 2006, p.462.

⁵⁰ RUFINO, Víctor Santos. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 52.

⁵¹ MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica*. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017, p. 38.

⁵² Para visualizar essa situação basta se pensar no exemplo do cartel: quanto mais tempo os envolvidos permanecem com os acordos tendentes a reduzirem os efeitos da concorrência nos preços de mercado, mais eles lucram com o sobrepreço de seus produtos.

⁵³ MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica*. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017, p. 38.

de forma grupal, já que caso um dos envolvidos decida pela delação, toda a organização (ou, ao menos, grande parte dela) será desmantelada.

Estabelecidos esses importantes pressupostos, e diante da necessidade de se aprofundar os estudos na dissuasão de ilícitos voltados às organizações criminosas, verifica-se que se desenvolveu na literatura⁵⁴, mais uma vez a partir da interlocução das áreas do conhecimento, um método que, baseado na teoria dos jogos, cria padrões legislativos para melhor combater a prática desses delitos.

De forma pragmática e adiantando, desde logo, os resultados dos estudos, é possível se dizer que a conclusão a que chegaram⁵⁵ é no sentido de definir que deve o legislador estabelecer mecanismos capazes de se criar um cenário de jogo pelo qual a opção por delatar, dentre todas as outras disponíveis ao agente do ilícito, seja a melhor tecnicamente. Ou seja, a opção dominante a ser tomada.

Sendo assim, para se melhor entender como tudo isso funciona e, sobretudo, compreender o motivo pelo qual a literatura especializada concluiu no sentido de que deve o legislador estimular a confissão, é necessário, então, que se adentre – respeitando os limites da *expertise* jurídica – ao estudo da teoria dos jogos.

Teoria dos jogos é um estudo matemático desenvolvido⁵⁶ (mas não criado) por John Nash⁵⁷ que tem como objetivo precípuo o de “modelar fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais agentes de decisão interagem entre si”⁵⁸, para,

⁵⁴ Na literatura internacional, de forma exemplificativa, vemos nomes como Christopher Leslie. No Brasil, também de forma exemplificativa, é possível Victor dos Santos Rufino, Calliari e Márcio Ribeiro.

⁵⁵ Segundo o que concluiu Rufino acerca da análise feita por Leslie, vemos que: “para evitar que o dilema do prisioneiro seja solucionado pelos infratores no sentido de não confessar, Leslie (2006, p. 465) propõe ser necessário: (i) tornar a opção por confessar dominante, ou seja, confessar é a melhor opção para determinada parte independentemente da opção adotada por seu comparsa; (ii) impossível a última hipótese, aumentar a atratividade da opção confessar; (iii) dificultar a construção de confiança entre os membros do cartel” (RUFINO, Victor Santos. Os fundamentos da delação: análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos. Universidade de Brasília: 2016, p. 33)

⁵⁶ Segundo Rufino, historicamente, é possível ver que: “Anteriormente a Nash, foi a obra de John Von Neumann e Oskar Morgenstern (VON NEUMANN e MORGENSTERN, 1990), na década de 40, que estabeleceu as bases modernas da teoria dos jogos. A partir dos anos 50 iniciou-se a sua disseminação, especialmente através da aplicação aos campos militares e de guerra nuclear, tendo especial destaque a profusa produção da RAND Corporation, *think thank* da Califórnia especializado em defesa que se notabilizou por pesquisas voltados ao desenvolvimento de estratégias militares na guerra fria.” (RUFINO, Victor Santos. Os fundamentos da delação: análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos. Universidade de Brasília: 2016, p. 20)

⁵⁷ RUFINO, Victor Santos. Os fundamentos da delação: análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos. Universidade de Brasília: 2016, p. 20.

⁵⁸ SARTINI, Brígida Alexandre, *et al.* Uma introdução a Teoria dos Jogos. Universidade Federal da Bahia, II Bial da SBM, 2004, p. 1.

então, depois de os analisarem e estabelecer todos seus *payoffs*⁵⁹ (resultados) possíveis, dar subsídios ao tomador de decisão para, de forma racional, definir qual é a melhor decisão a ser tomada frente ao cenário em que se encontra.

Dito de outra forma, a função da teoria dos jogos é auxiliar o agente tomador de decisões a escolher estrategicamente a melhor decisão, isso é, a que melhor atinja seu benefício esperado (utilidade esperada) no âmbito de um cenário em que ele atua com outro agente tomador de decisões que, por sua vez, também deseja tomar decisões que o levem a atingir seus objetivos próprios, os quais são muitas vezes contrapostos.

No âmbito da ciência jurídica, grande parte da literatura explica a teoria dos jogos a partir do exemplo criado pelo matemático Albert Tucker⁶⁰, o chamado “o dilema do prisioneiro”, que demonstra, em última análise, a aplicação da teoria em um ambiente de delação de infratores, o que, por natural, tem muita relevância para o objeto de estudo desta pesquisa.

Em síntese, narra o professor que, em determinado momento, a polícia decidiu interrogar – ao mesmo tempo e em locais distintos (para, assim, se ter certeza de que os interrogados não se comunicariam) – dois comparsas que praticaram crimes em conjunto. Na situação, a autoridade policial é detentora de provas para condenar ambos pela prática de um crime menos grave, cuja pena é de prisão de 1 (um) ano. Por outro lado, suspeitam que ambos tenham cometido outro crime de natureza mais grave, punível com pena de prisão de 3 (três) anos.

Como a polícia não é detentora de provas suficientes para condena-los quanto ao crime de pena de 3 (três) anos, decidiram, então, propor uma barganha no sentido de trocar benefícios em eventual condenação por informações fornecidas pelos interrogados.

E, então, a polícia apresentou a ambos interrogados a mesma proposta⁶¹: (1)

⁵⁹ Visando a transparência das ideias, no que se refere ao termo técnico “*payoff*”, Rufino o define como “[...] valor atribuído pelo jogador para cada combinação de estratégias observadas em determinado modelo” (RUFINO, Victor Santos. Os fundamentos da delação: análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos. Universidade de Brasília: 2016, p. 21)

⁶⁰ RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 52.

⁶¹ Considera-se como pressuposto que ambos (polícia e interrogados) são racionais e que todos eles desejam o melhor resultado possível para si, temos que; para os interrogados, tem-se como objetivo

se fosse confessado o crime mais grave por um deles, e o outro ficasse em silêncio, o que escolheu por confessar estaria completamente livre, enquanto que o outro (que ficou silente) seria preso por três anos; (2) se ambos confessassem, ficariam presos tão somente por 2 (dois) anos; por fim, (3) se ambos decidissem por não confessar, ficariam presos tão somente pelo tempo de 1 (um) ano, pena essa que é, justamente, a do crime que a polícia já detinha as provas para condenação.

De maneira a facilitar visualização dos *payoffs* do dilema do prisioneiro, é possível os esquematizar na seguinte tabela, vejamos:

Tabela 1 – Tabela sinóptica dos *payoffs* do dilema do prisioneiro

	Interrogado B confessa.	Interrogado B não confessa
Interrogado A confessa	Ambos serão condenados por 2 anos	“B” será condenado por 3 anos e “A” está integralmente livre
Interrogado A não confessa	“A” será condenado por 3 anos e B está integralmente livre	Ambos serão condenados por 1 ano.

Fonte: RUFINO, Victor Santos. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p.7.

Voltando ao exemplo de A. Tucker, se viu que os prisioneiros, após pensarem, decidiram por confessar e, portanto, ficaram presos pelo tempo de 2 (dois) anos.

Em síntese, isso se deu porque ambos os interrogados, de forma racional, chegaram à conclusão de que confessar era a melhor opção para o jogo. E, isso é verdadeiro a partir do momento que concluíssem que, independentemente da postura tomada pelo seu comparsa, a estratégica por confessar seria a que, seguramente, lhe daria o menor tempo prisão.

A princípio, segundo as propostas dadas pelos policiais, se optassem por não confessar, teriam menos tempo de prisão (1 ano). Contudo, estariam expostos ao risco de seu comparsa delatar e, assim, cumprirem sozinhos o maior tempo de prisão que seria, sob o ponto de vista racional, a pior situação diante das opções propostas.

Por outro lado, se optassem por confessar, teriam dois resultados possíveis: (1) o melhor deles, se seu comparsa não confessasse, no qual ficaria livre; (2) mas,

buscar o mínimo de tempo possível da prisão e para a polícia, o objetivo é condenar, ao menos, um dos suspeitos pela prática do crime mais grave (e no melhor dos mundos ambos).

se fosse o caso de o comparsa confessar, seria preso, mas, ainda assim, o seria tão somente por 2 (dois) anos, que é melhor do que os 3 (três) anos a que estaria sujeito se decidisse a arriscar por não confessar e confiar em seu comparsa.

Sob outra ótica, direcionada especificamente aos resultados do dilema do prisioneiro, se verifica que a partir do jogo induzido pela polícia, se conseguiu obter informações capazes de desmantelar um ilícito que as autoridades não detinham e sequer conseguiriam ter provas suficientes para a condenação, e isso se deu, simplesmente, pela indução da confissão, ou melhor, por tornar a confissão a melhor opção a ser tomada pelos interrogados.

Logo, é possível concluir que, à luz da teoria dos jogos, especialmente pelos critérios estabelecidos pelo dilema do prisioneiro, é importante que a legislação - que tenha por missão desmantelar ilícitos sobretudo, aqueles cuja obtenção de provas é tarefa de difícil missão - fomente sistemas de delação no sentido de tornar a opção por confessar a melhor dentre todas as que estejam à disposição do infrator.

Resguardando os créditos e a clareza do professor Tucker quando criou o referido modelo, o autor norte-americano Christopher Leslie o adaptou à realidade das investigações de carteis⁶² tudo isso no sentido de melhor desenvolver os estudos relacionados à teoria dos jogos aplicada aos programas de leniência.

De forma geral, o autor (Leslie) apresentou duas limitações ao modelo que estão umbilicalmente ligadas ao potencial que o método tem de desmantelar ilícitos.

A primeira limitação apontada por Leslie ao dilema do prisioneiro diz respeito ao fato de que, no seu modelo original, já se parte do pressuposto que as autoridades são detentoras de provas suficientes para punir os agentes do ilícito, ainda que por um crime menor⁶³. Entretanto, conforme ressalta inclusive Rufino⁶⁴, tal situação, na prática, nem sempre é assim. Ao contrário do que foi visto pelo modelo criado por Tucker, os envolvidos em um cartel, geralmente, não enfrentam nenhuma ameaça concreta de que serão efetivamente presos.

⁶² Nada obstante à especificidade do estudo realizado por ele, são considerações que são aplicáveis a grande parte dos ilícitos que são praticados por organizações criminosas.

⁶³ LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. Journal of Corporation Law, p. 435-488, 2006, p. 457.

⁶⁴ RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 54;

Tal situação muda dramaticamente os fatores do jogo, até porque as regras são alteradas. Segundo Rufino, após a aplicação deste primeiro apontamento de Leslie, os *payoffs* passam a ser os seguintes:

Ausente a ameaça, o dilema reduz-se aos seguintes termos: a) se o indivíduo confessar o delito, continuará livre, caso seu comparsa não confesse, enquanto este ficará preso por 3 anos; b) se confessar e seu comparsa fizer o mesmo, ambos ficarão 2 anos na cadeia; c) se não confessar e seu comparsa fizer o mesmo, ambos continuarão livres; d) se não confessar e seu comparsa confessar, ficará 3 anos na cadeia e ele continuará livre.⁶⁵

Frente à análise desse novo cenário, resta patente que a opção por confessar deixa de ser a melhor independentemente da escolha do seu comparsa, “pois, na hipótese de ele não confessar, o indivíduo não estará evitando nenhum tempo de cadeia confessando”⁶⁶, já que ante à falta de elementos comprobatórios da polícia quanto ao primeiro crime, a liberdade já lhe estaria garantida.

A segunda limitação quanto dilema do prisioneiro diz respeito à possibilidade dos envolvidos, na prática, poderem se comunicar⁶⁷ e, assim, estabelecerem métodos para burlarem o cenário criado pelos policiais à induzirem a confissão dos investigados.

De forma resumida, frente à realidade fática dos ilícitos organizacionais, sobretudo os cartéis, uma vez inexistentes provas concretas como pressuposto para manter os agentes desde logo presos, não há nada que evite que os envolvidos se comuniquem para estabelecerem e reforçarem os elementos de confiança, seja amigavelmente, ou com uso da violência.

Rufino demonstra que isso é verídico, inclusive no Brasil, a partir da análise da jurisprudência do CADE. De forma específica, cita exemplos de julgados que corroboram com o que foi dito, justamente porque identificam os métodos de conformações dos cartéis, vejamos:

Aplicações suaves de violência são comumente identificadas em investigações de cartéis, como no caso dos auditores já mencionado. Expressões mais violentas são raras em casos de cartéis, embora existentes,

⁶⁵ RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 54.

⁶⁶ RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 55.

⁶⁷ RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 55.

como ocorrido no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41, que investigou a prática de cartel por postos de combustíveis localizados na cidade de Londrina/PR, no bojo do qual se identificou a existência de 5 (cinco) líderes do cartel que se utilizavam, inclusive, de ameaças de morte voltadas a intimidar e influenciar os outros postos a participarem do ilícito.

[...] De forma semelhante, em caso envolvendo o mercado de prestação de serviços de manutenção e calibração de instrumentos de medição na região de São José dos Campos/SP, investigado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007356/2010-27, as empresas representadas chegaram a afirmar à Superintendência-Geral do CADE, como tese de defesa, a existência de um simples acordo de cavalheiros, e não propriamente um cartel, ao argumento de que esse “acordo” impediria o nivelamento por baixo dos preços do mercado.⁶⁸

Ou seja, é certo que os agentes – em um ambiente no qual não são impossibilitados de se comunicar – podem se reunir e chegarem ao acordo do silêncio e, assim, solucionarem o jogo que eventualmente for proposto pela autoridade investigadora no sentido de estimular a confissão.

Sendo assim, verificadas tais discrepâncias ao modelo ideal do *dilema do prisioneiro* à realidade fática dos ilícitos organizacionais (sobretudo, dos cartéis), Leslie⁶⁹ pondera que deve o legislador: “(i) tornar a opção por confessar dominante [...]; (ii) impossível a última hipótese, aumentar a atratividade da opção confessar; (iii) dificultar a construção de confiança entre os membros do cartel.”⁷⁰

Mesmo sem esgotar o assunto, foi possível se verificar que a teoria dos jogos, seja em sua vertente pura e ideal (dilema do prisioneiro), seja com as ponderações feitas por Leslie, que melhor a adequa à realidade fática, tem-se como conclusão que a confissão deve ser estimulada para, assim, se obter o máximo de informações possíveis dos investigados.

Enfim, após a definição desses importantes *standards* relacionados à finalidade de um programa de leniência, torna-se fácil a este autor adentrar à delimitação de quais são os objetivos propriamente ditos de um sistema de leniência. Sendo esse, portanto, o assunto que se passará a discorrer nos próximos parágrafos.

⁶⁸ RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 55-56.

⁶⁹ LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. Journal of Corporation Law, p. 435-488, 2006, p. 465.

⁷⁰ RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 56.

1.5. Objetivos e funções dos mecanismos de leniência

Além dos conceitos dogmáticos já tratados, é importante registrar, quais são, segundo Mussi⁷¹, os objetivos de um programa de leniência. Com efeito, conforme será demonstrado, são objetivos que, em última análise, delimitam o porquê dos requisitos que são instituídos para a assinatura de um acordo de leniência.

Em apertado resumo, o estudo acadêmico realizado por Mussi identifica três funções/objetivos inerentes a um mecanismo de leniência: (1) função preventiva, (2) de auxílio à detecção de ilícitos (investigativa) e a (3) punitiva.

A primeira função, que é a preventiva, por lógica, define que os programas de leniência têm como objetivo prevenir a formação de organizações criminosas e, conseqüentemente, a prática de ilícitos. A partir de uma análise racional-econômica, a instituição de um programa de leniência deve ter em mira a diminuição dos ganhos esperados pela prática ilícita investigada, tornando menos atrativa, ao menos do ponto de vista econômico, a prática do delito.

Para esse raciocínio, os legisladores que instituem os programas de leniência como instrumento de investigação, se pautam em uma das já mencionada vertentes da análise econômica do direito, especificamente, pela teoria de Gary Becker, para delimitar a premissa de que os agentes que tomam a decisão de praticar determinado ilícito, apenas decidem por delinquir, se os ganhos esperados pela prática forem maiores (mais lucrativos) que as perdas estimadas.

Considerando que as perdas estimadas para a prática de determinado ilícito “correspondem [...] ao produto do valor monetário da sanção prevista pela fração correspondente à probabilidade de detecção da punição”⁷², é possível concluir, na visão do autor mencionado, que a instituição de programas de leniência é medida que auxilia na prevenção de ilícitos, pois aumenta a possibilidade de detecção das práticas e, por conseguinte, o potencial de punições, alavancando, assim, as perdas estimadas pela prática do ilícito investigado e, em uma relação indiretamente proporcional, diminui os ganhos esperados pela prática. O que, segundo a citada Teoria de Becker,

⁷¹ MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica*. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017, p. 44.

⁷² MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica*. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017, p. 46.

auxilia na prevenção de ilícitos, já que são esses os fatores sopesados pelo agente do ilícito quando da tomada de decisão por delinquir.

O segundo objetivo dos mecanismos de leniência é ser um instrumento de investigação que auxilia a detecção dos ilícitos que já estão em prática uma vez que institui uma ferramenta que possibilita a autodelação, bem como a delação de terceiros a partir da troca de informações por abrandamentos em suas eventuais penalidades. Tornando, assim, a confissão da prática de ilícitos, bem como a delação de terceiros uma escolha racionalmente vantajosa que, em última análise, aumenta a probabilidade de conhecimento de ilícitos a partir da simples indução à delação.

Em decorrência desse segundo objetivo é possível observarmos a existência de duas subfunções dos mecanismos de leniência que, inclusive, estão diretamente ligadas à natureza do instituto, quais sejam: (1) buscar ser um método, e alternativa possível, de investigação de ilícitos de maior complexidade estrutural, que, normalmente, são pautados em um sistema de confidencialidade entre os infratores e, por serem assim, demandam uma dificuldade maior para se obter um arcabouço de provas suficientes para punição dos agentes envolvidos; e (2) implantar o que a literatura chama de “corrida” entre os agentes do ilícito investigado para serem o primeiro a procurar o Poder Público no sentido de firmar o acordo, o que, pelo menos em tese, anteciparia o conhecimento do ilícito por parte da Administração, além de ser um forte desincentivo da prática ilícita grupal e organizada, pois instituiria uma dúvida entre os agentes sobre a possibilidade de um dos envolvidos reportar as práticas de todo grupo criminoso aos entes responsáveis da Administração Pública.

1.3.1. Subfunção primeira: alternativa mais eficiente e menos custosa para investigação e comprovação de ilícitos de maior complexidade estrutural

Em síntese, a instituição de mecanismos de investigação baseados na colaboração do próprio agente do ilícito, como é o caso dos mecanismos de leniência, tem como objetivo o desbaratamento de certos tipos de práticas delituosas que, pela sua complexidade e natureza, só poderiam ser descobertas, de forma completa, se fossem denunciadas por alguém que fez parte do sistema.

O Cartel, prática sofisticada em que agentes econômicos entram conluio para reduzirem ou, então, eliminarem os efeitos trazidos pela concorrência aos preços do mercado, é um exemplo de ilícito cuja prática se dá de forma sistematizada e

silenciosa, fazendo com que a reunião e conjugação de provas por parte do agente de investigação seja uma tarefa de difícil execução. Nesse sentido, leciona Kloub⁷³:

“[...] Accordingly, competition authorities around the world have made the fight against cartels their enforcement priority, imposing ever more stringent sanctions on conspiring companies and, in some jurisdictions, on individuals as well. However, as mentioned above, modern cartels, aware of their illegality, operate in secrecy and oftentimes engage in elaborate efforts to conceal their existence from the authorities. They employ encoded language, encrypted telecommunication means, anonymous email accounts and other ways of maintaining secrecy.

*Due to these efforts, learning about the existence of a cartel, as a prerequisite for its investigation and prosecution, becomes very difficult for competition agencies when relying on traditional investigative methods, such as market research or complaints from consumers and competitors, which are essentially sources of information outside the cartel. By contrast, leniency programmes target information sources within the cartel itself, capitalising on the inherent instability of an illegal conspiracy.”*⁷⁴

Tanto é verdade que o acordo de leniência adentrou à legislação brasileira, inicialmente, em 2000, a partir da inclusão do art. 35-B à Lei 8.884/91 com o intuito de auxiliar o sistema de defesa da concorrência a combater, de forma precípua, a prática de cartéis no mercado brasileiro. Conforme será visto em tópico próprio⁷⁵, instrumento que após vários refinamentos conceituais, ainda permanece previsto na nova lei concorrencial, especificamente, nos art. 86 e 87 da Lei 12.529/2011.

Portanto, em uma linguagem mais objetiva, o acordo de leniência se presta a facilitar a investigação e detecção de ilícitos de complexa estruturação cuja reunião e conjugação de provas é uma tarefa de difícil realização.

De forma ilustrativa, no âmbito das colaborações feitas por empresas investigadas na chamada Operação Lava Jato, em que ficou demonstrado, entre

⁷³ KLOUB, Jindrich. *Using leniency to fight hard core cartels: leniency as the most effective tool in combating cartels*, paper presented at the OECD LACF, 2009. p. 7. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/2009%20LACF_UsingLeniencytoFightHardCoreCartels.pdf> Acesso em 22 de outubro de 2017.

⁷⁴ [...] Por consequência, autoridades competentes no mundo inteiro já declararam guerra contra os cartéis, fazendo sua prioridade a execução de sanções cada vez mais rígidas às empresas responsáveis, e em algumas ocasiões, até à indivíduos. Não obstante, como mencionado acima, os cartéis modernos, conscientes de seus atos ilegais, operam em segredo e frequentemente se empenham em esforços trabalhosos para manter sua existência oculta das autoridades. Eles aplicam linguagens codificadas, comunicações criptografadas, contas anônimas de e-mails e outros meios de manter o sigilo. Graças a esses esforços, saber da existência de tais cartéis, é como um pré-requisito para a investigação e processamento, se torna extremamente difícil para as autoridades competentes, já que estas se baseiam muito em métodos investigativos tradicionais, tais como pesquisas de mercado ou reclamações de consumidores e competidores, que são essencialmente, fontes de informações de fora dos cartéis. Como contraposição, os programas de leniência se direcionam para fontes de dentro do próprio cartel, tirando proveito da própria instabilidade criada por uma conspiração que é ilegal. (tradução livre)

⁷⁵ Cf. Capítulo 2, item 2.1.2, *infra*.

outros ilícitos, a ocorrência da cartelização de certames licitatórios da PETROBRAS, o Ministro do Tribunal de Contas da União André Luís de Carvalho, em sessão ordinária do Plenário daquela Corte⁷⁶, ponderou oralmente que mesmos as robustas fiscalizações que foram realizadas nos contratos da estatal não foram capazes de identificar qualquer achado de auditoria que apontasse o superfaturamento dos contratos, razão essa que, inclusive, fez com que os processos fossem arquivados, sem qualquer débito. Entretanto, após as valiosas informações fornecidas pelas empresas signatárias dos acordos de leniência firmado junto Ministério Público Federal, foi possível que o mesmo Tribunal chegasse a valores catastróficos a título de danos suportados pelo erário em decorrência do *overcharge* (sobrepço) em contratos cartelizados. O que mostra, de forma cabal, que este objetivo vem sendo atingido pelos acordos que até então foram firmados pelos representantes brasileiros.

1.3.2. Subfunção segunda: instauração da “corrida” entre os agentes do ilícito para serem o primeiro a conseguir a assinatura do acordo de leniência junto ao Poder Público

Outro objetivo inerente aos acordos de leniência é o de instaurar uma espécie de “corrida” entre os agentes de determinado ilícito⁷⁷. Em resumo, o instrumento instiga os agentes a tentarem ser o primeiro a levar a informação da existência de determinado ilícito, e seu respectivo *modus operandi*, ao conhecimento do Poder Público e, assim, poder firmar o acordo. Isso ocorre em razão da legislação brasileira prever um benefício maior⁷⁸ àquele agente que primeiro buscar o Poder Público.

O objetivo da referida “corrida” é desestimular as práticas ilícitas, principalmente as realizadas por organizações criminosas, pois, instala, entre os agentes, um ambiente de instabilidade e desconfiança, já que, a qualquer momento, e qualquer um dos envolvidos, temendo a descoberta do ilícito por parte da Administração, pode ir até o Poder Público para relatar todas práticas do grupo.

⁷⁶ Isso ocorreu na sessão ordinária do Plenário do Tribunal de Contas da União do dia 26 de julho de 2017, em calorosa discussão no âmbito do contrato da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR) e pode ser acessado aqui: <<http://portal.tcu.gov.br/sessoes-pautas-e-atas/transmissao-das-sessoes/#>>.

⁷⁷ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 120.

⁷⁸ No âmbito do direito concorrencial, além de ser previsto que será assinado apenas um acordo de leniência para cada ilícito, o CADE prevê a possibilidade de extinção da punibilidade, inclusive penal, àqueles que primeiro buscarem o poder público para firmarem o acordo. Já na Lei na anticorrupção, é previsto a possibilidade de assinatura do acordo, e assim gozar de seus benefícios, em especial, a extinção da punibilidade administrativa, tão somente àquele que primeiro buscar à Administração.

Por outro lado, é evidente que essa corrida entre os agentes, só existirá se os envolvidos temerem que as entidades responsáveis sejam capazes de descobrir a prática do ilícito. Inclusive, esse (capacidade de fiscalização do Poder Público) é um dos requisitos que são apontados pelos professores Valdir Simão e Marcelo Vianna ao citarem ensinamentos da literatura internacional sob os requisitos essenciais para um programa de leniência de sucesso, vejamos:

Entre as recomendações dos especialistas no assunto (KLOUB, 2009; Hammond, 2004), é possível categorizar, em quatro aspectos, os requisitos básicos que determinam a efetividade de um programa de leniência: (a) as pessoas devem ter o receio de que sanções severas podem ser impostas no caso de cometimento de ilícitos; (b) as autoridades devem demonstrar capacidade de investigar e aplicar sanções, independentemente do uso de instrumentos de colaboração; (c) é fundamental tornar público os resultados atingidos por meios de acordos de leniência celebrados, sopesando os benefícios concedidos e os ilícitos descobertos; (d) convém deixar o programa o mais previsível e transparente possível, a fim de que o potencial colaborador pondere adequadamente os riscos e benefícios que estão em jogo no seu processo de tomada de decisão.⁷⁹

Os apontamentos fazem bastante sentido. De nada adiantaria à Administração Pública ter um programa de leniência bastante refinado, se não existir, paralelamente, um corpo técnico que, independentemente das informações fornecidas pelos acordos, seja capaz de identificar a prática dos ilícitos e, então, punir os responsáveis. Até porque, se não fosse o medo da descoberta e suas respectivas punições, nada motivaria os agentes a confessarem a prática do ilícito.

Situação essa que, mais uma vez, fazem vivas as palavras de Gary Becker acerca da análise econômica realizada pelo infrator, ou pretense infrator, quando da realização prévia de um processo de tomada de decisão acerca de infringir, ou não, determinado comando normativo.

Por fim, e saindo do campo do subitem 1.3.2, e voltando aos macroobjetivos da leniência, existe um terceiro objetivo buscado pelos mecanismos de leniência, que é o de prestar auxílio à função punitiva da autoridade estatal competente, servindo de instrumento para que esse possa reunir o conjunto probatório suficiente para imputação da penalidade aplicável, considerando que

“[...] uma das maiores dificuldades no combate às organizações criminosas é justamente a obtenção de provas diretas sobre os delitos cometidos, que,

⁷⁹ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 77-78.

como visto acima, geralmente são ocultos e dissimulados, deixando apenas indícios de sua ocorrência.”⁸⁰

Conforme mencionado, em consonância à literatura internacional, o fortalecimento de um sistema punitivo bem estruturado é um dos requisitos para que o próprio programa de leniência seja bem-sucedido.

Ademais, deve se ter o cuidado e ao mesmo tempo repudiar a possibilidade de o programa ser associado à impunidade, pois, ele deve ser, em verdade, um sistema utilizado pelo legislador, que é conhecedor da dificuldade do carreamento de provas necessárias para pretensão de certos ilícitos, para aumentar o leque de seu poder punitivo e de repressão a práticas de ilícitos. Vejamos, o que diz a esse respeito o professor Thiago Marrara:

A cooperação com o infrator que se dá por meio da leniência é a própria concretização da supremacia do interesse público. A explicação é simples. O legislador brasileiro, assim como o europeu e o norte-americano, percebeu que as infrações se tornaram grandiosas, complexas e absurdamente nocivas. Percebeu que nem mesmo os poderes investigatórios mais agressivos às inviolabilidades constitucionais (como a busca e apreensão e interceptações telefônicas) serão capazes de trazer aos entes públicos as provas necessárias a um processo acusatório bem-sucedido. É nesse cenário que o legislador brasileiro passou a se indagar: é mais sábio tentar punir todos e não punir ninguém ou deixar de punir um no intuito de punir alguém?⁸¹

Portanto, espera-se que tenha restado claro quais são os objetivos buscados por um sistema de leniência e, além disso, que tenha restado justificada a motivação de regras específicas do programa, tais como a necessidade de se firmar o acordo com o primeiro que buscou à Administração para delatar o ilícito.

1.6. Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC)

No direito antitruste brasileiro, ao lado do acordo de leniência, existe um outro instrumento de investigação consensual, que também foi herdado do direito norte-americano que serve para auxiliar investigações e/ou⁸² solucionar contendas

⁸⁰ MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica*. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017, p. 46.

⁸¹ MARRARA, Thiago. *Leniência do Estado: lei anticorrupção permite que o inimigo vire colega*. Consultor Jurídico, 15/11/2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>> Acesso em 12/11/2017.

⁸² Vale aqui o registro da conclusão chegada por Guilherme Teixeira, que após ter feito um estudo do instrumento de acordo de cessação de prática no direito comparado (em países como Estados Unidos, Alemanha, França, Israel e Canadá), prognosticou que o instrumento, no direito estrangeiro, pode ter as funções de (1) resolver contendas de forma menos custosa, sem qualquer admissão de culpa por parte do compromissário, (2) investigar ilícitos, com admissão de culpa e cooperação

concorrenciais⁸³. Trata-se do Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) que, no âmbito da legislação antitruste, pode ser definido⁸⁴ como um ato administrativo negocial proposto por empresas (ou pessoas físicas) que estão sendo investigadas por infrações à ordem econômica, perante uma autoridade antitruste, que após verificar o cumprimento dos requisitos e do estipulado pelo termo, principalmente, quanto à verificação da cessação da prática que está sendo investigada, anuirá em suspender as investigações que estão sendo veiculadas e, assim, reduzir eventuais punições a serem aplicadas.

Assim como o acordo de leniência, o TCC estabelece um misto de benefícios e obrigações entre Administração Pública e compromissário, tudo isso, dentro de um ambiente de investigação de ilícitos. No âmbito específico da legislação do CADE, existe a possibilidade, a depender do momento em que o TCC é proposto à autoridade antitruste, de ocorrer a redução de 15% a 50% da multa que seria aplicada, desde que os requisitos legais para a sua celebração sejam cumpridos, quais sejam: (a) colaboração com a investigação, (b) contribuição pecuniária com o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, (c) reconhecimento da participação na conduta investigada e obrigação de não voltar a praticá-la⁸⁵.

Todavia, ao contrário do acordo de leniência, o TCC não é capaz de conferir imunidade criminal aos signatários. Por isso, a autoridade antitruste se compromete, segundo o que é disposto em seu Guia do Programa de Leniência antitruste, a

investigativa (3) ou, ainda, ambos. Tudo depende da forma com que a legislação interna vê o instrumento. (PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de Combate a Cartel no Brasil: uma Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática*, FGV: 2011, p. 48).

⁸³ Urge anotar que o próprio guia de do TCC elaborado pelo CADE aponta que o instrumento não serve unicamente para ilícitos concorrenciais, podendo ser aplicado para outros tipos de ilícitos, vejamos: Deve-se registrar que, embora o presente Guia trate apenas dos procedimentos de negociação de TCC em casos de cartel, o TCC constitui instrumento apto a ser utilizado em investigações de outras infrações à ordem econômica previstas na Lei 12.529/2011. (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, p. 6. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias do Cade/guia programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias%20do%20Cade/guia%20programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)>. Acesso em 11/11/2017)

⁸⁴ Segundo Guilherme Teixeira Pereira: “o Termo de Compromisso de Cessão de Prática é um instrumento alternativo de solução de controvérsia, por meio do qual o agente econômico processado pela prática de uma conduta anticompetitiva assume algumas obrigações perante a autoridade antitruste, inclusive, e, principalmente, a obrigação de cessar tal prática, em troca da extinção do processo que está sendo submetido”. (PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de Combate a Cartel no Brasil: uma Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática*, FGV: 2011, p. 44)

⁸⁵ SIMÃO, Valdir Moysés. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 86.

intermediar um contato junto ao Ministério Público Federal para que ocorra, aliado ao objeto do termo de compromisso firmado, um acordo de colaboração premiada.⁸⁶

Na prática brasileira, e é esse o motivo de estarmos falando sobre esse instrumento no presente trabalho, principalmente, por não conferir imunidades penais, o TCC é utilizado como ferramenta alternativa por aqueles que não conseguiram preencher os requisitos próprios do acordo de leniência, mas ainda assim querem trocar benefícios por colaboração às investigações, vejamos:

“Na prática, o TCC tem sido utilizado como opção às pessoas naturais e jurídicas que não se qualificam para assinatura de um acordo de leniência, por não terem sido as primeiras a trazer a infração ao conhecimento do Cade. Proporciona benefícios significativamente menores aos interessados em comparação ao acordo de leniência, preservando o incentivo à “disputa” para a proposição de primeiro delator.”⁸⁷

E, exatamente por isso, isso é, ser um instrumento alternativo ao acordo de leniência que autoriza a colaboração daqueles agentes não signatários da leniência, que existe entendimento da literatura doméstica⁸⁸ no sentido de dizer que muito embora não faça parte, fisicamente, do capítulo que trata do acordo de leniência na lei antitruste brasileira, o TCC é um instrumento que, verdadeiramente, complementa o programa.

1.7. Acordo de leniência *plus*

⁸⁶ “Como o TCC não gera benefícios automáticos na seara criminal, o Ministério Público não é interveniente no acordo e pode propor ação penal contra os compromissários. Não obstante, caso o interessado em celebrar TCC com o Cade queira também negociar, paralelamente, acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e/ou a Polícia Federal (vide pergunta 25, infra), a Superintendência-Geral do Cade pode auxiliar a interlocução com o Ministério Público e/ou a Polícia Federal, sendo que a negociação e a assinatura de eventuais acordos de colaboração premiada ocorrem a critério dessas autoridades.” (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia de programa de leniência antitruste do Cade. Atualizado em setembro de 2017, p. 21. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 11/11/2017).

⁸⁷ SIMÃO, Valdir Moysés. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 87.

⁸⁸ “[...] a legislação antitruste, prevê ainda outro instrumento negocial [...]. Trata-se do Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Nos termos do art. 85 da Lei 12.529/2011, o TCC consiste em uma modalidade de acordo celebrado entre o Cade e as empresas ou pessoas físicas investigadas por infrações econômicas, a partir do qual a autoridade anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação aos signatários. Ao nosso ver, apenas do nome distinto e tratado em capítulos distintos da Lei 12.529/2011, o TCC complementa o Programa de Leniência Antitruste do Cade.” (SIMÃO, Valdir Moysés. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 87)

Além do TCC, existe um outro instrumento⁸⁹ de investigação consensual que, mais uma vez, nos foi herdado pelo direito americano. Trata-se do acordo de leniência *plus*, que, de saída, segundo a literatura doméstica⁹⁰, parece ser um misto entre o acordo de leniência comum e o próprio Termo de Compromisso de Cessação.

De forma objetiva, assim como o TCC, o aludido instrumento também serve para que o agente econômico que não foi o primeiro a se manifestar e preencher os requisitos na corrida da assinatura do acordo de leniência comum, consiga colaborar com a autoridade antitruste⁹¹ acerca da ocorrência de um ilícito anticompetitivo e, assim, se beneficiar dos abrandamentos em suas eventuais penalidades.

Todavia, diferentemente do que ocorre no TCC, as informações que serão delatadas às autoridades serão referentes a outro ilícito, o qual é diferente daquele em que o primeiro acordo de leniência foi firmado.

Assim, em troca, receberá os benefícios de um acordo de leniência comum para o segundo ilícito (denunciado de forma inédita pelo signatário da leniência *plus*) e, quanto ao primeiro ilícito, no qual já existe uma leniência firmada, receberá uma redução na multa em um maior percentual do que receberia se firmasse um TCC⁹², mesmo que não tenha prestado qualquer informação quanto a esse delito.

Com efeito, ainda que de forma sutil, é possível dizer que o legislador brasileiro inovou o instituto em relação ao modelo pioneiro (americano)⁹³. E, isso se deu especificamente em relação aos benefícios decorrentes da leniência.

⁸⁹ No Brasil, o instrumento é previsto apenas na legislação concorrencial, especificamente, nos §§7º e 8º do Art. 86 da Lei 12.529/2011.

⁹⁰ Segundo Valdir Moysés e Marcelo Vianna: “Existe ainda uma terceira opção de colaboração apresentada pela legislação do Cade. Trata-se de um misto entre o acordo de leniência e o TCC, apelidado de leniência *plus*. Com amparo nos parágrafos 7º e 8º, do art. 86 da Lei 12.529/2011, a leniência *plus* prevê a possibilidade de uma empresa que não se qualifique para o acordo de leniência propriamente dito apresentar elementos sobre outro caso de cartel. Nessa hipótese, a empresa gozará dos benefícios da leniência no novo caso e de reduções de multa piores ao simples TCC no caso pretérito (sem atingir a redução total concedida apenas pela leniência)”. (SIMÃO, Valdir Moysés. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 89)

⁹¹ Fala-se em autoridade antitruste porque, como será visto mais adiante, apenas a lei concorrencial prevê o instituto do acordo de leniência *plus*.

⁹² Art. 86. [...] § 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

⁹³ SIMÃO, Valdir Moysés. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 94.

Conforme se verifica do §7º do Art. 86 da Lei 12.529/2011, é dado o poder à autoridade antitruste brasileira de reduzir, de forma estática, um terço da multa que eventualmente será aplicada ao beneficiário da leniência *plus*. Ao passo que a legislação americana⁹⁴ prevê um benefício que é variável de acordo com a contribuição dada pelo beneficiário. Ou seja, a leniência dada à multa é sopesada a partir de alguns fatores, tais como (1) grau das provas apresentadas pelo beneficiário, (2) significância do segundo caso delatado, levando em consideração o número de envolvidos, volume financeiro veiculado e (3) a probabilidade de detecção do cartel por outros métodos pela autoridade, pois se já fosse possível à autoridade detectar tal ilícito anticompetitivo, não haveria que se falar em qualquer leniência.

Em razão dessa inovação, existe quem critique o modelo brasileiro. Em apertada síntese, na visão de Lúcio Alberto Gomes Júnior⁹⁵, existe a possibilidade de a empresa que pretenda realizar a leniência *plus* se utilizar de uma variação da estratégia *wait and see*, no sentido de realizar a delação de um cartel de magnitude bem menor tão somente para desfrutar dos benefícios no primeiro ilícito cujas penalidades seriam bem maiores. O que, em razão da leniência variável, não seria possível dentro do modelo americano.

Em outra toada, quanto aos efeitos do instituto, existem bons números. No âmbito internacional, existem registros que o instituto rendeu bastante sucesso, já que segundo Scott Hammond⁹⁶, 50% (cinquenta por cento) dos casos de cartéis internacionais identificados vieram da *leniency plus*.

Já no caso do Brasil, os números também são interessantes. Conforme se verifica do gráfico abaixo, que foi retirado de uma publicação institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), se nota que o instituto vem sendo usado de forma crescente com o passar dos anos, já que nos anos de 2015 a 2017, que foram os que tivemos acordos de leniência *plus* firmados pelo CADE, eles

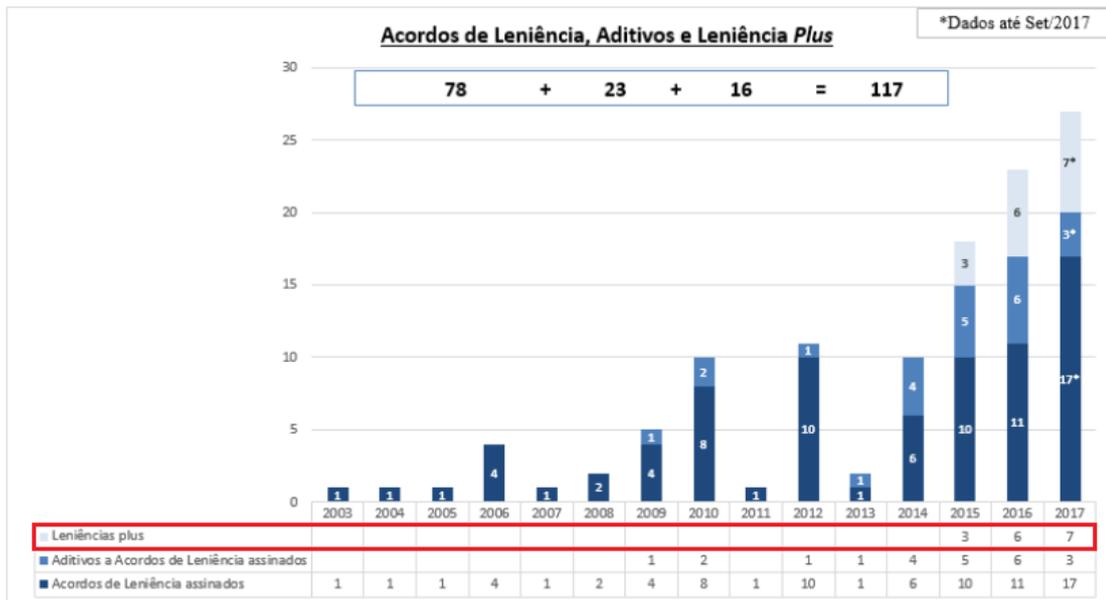
⁹⁴ HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an Effective Leniency Program in ICN Workshop on Leniency Programs*, Australia, 2004. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>> Acesso em 10 de nov. de 2017.

⁹⁵ GOMES Jr., Lúcio Alberto. *A delação premiada na defesa da concorrência: perspectiva para a política brasileira de leniência no combate a cartéis*. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina: 2013, p. 73.

⁹⁶ HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an Effective Leniency Program in ICN Workshop on Leniency Programs*, Australia, 2004. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>> Acesso em: 10 de novembro de 2017.

representam, respectivamente, um percentual 16,67%, 23% e 25,92% das leniências firmadas pela autarquia, vejamos:

Figura 1 - Infográfico com os números de leniência firmados pelo CADE.



Fonte: **BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Programa de leniência. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>> Acesso em 10 de nov. de 2017.

Destarte, considerando as premissas técnicas supramencionadas, se iniciará a análise pormenorizada dos programas de leniência domésticos. No capítulo a seguir, se fará a minudente descrição do programa de leniência antitruste, bem como o previsto na legislação de anticorrupção no anseio de demonstrar que o programa concorrencial se aproxima mais do sistema americano.

CAPÍTULO II

Programas de leniência brasileiros.

Sumário. 2. Os acordos de leniência no Brasil. 2.1. Programas de leniência no direito concorrencial. 2.1.1. Competência para celebração. 2.1.2. Legitimidade para propor a leniência. 2.1.3. Efeitos decorrentes do momento de proposição. 2.1.4. Resultados esperados de um acordo de leniência. 2.1.5. Requisitos para celebração. 2.1.5.1. A necessidade de ser o primeiro a se manifestar. 2.1.2.5.2. Cessação completa no envolvimento do ilícito. 2.1.2.5.3. Não existência de elementos suficientes para condenação. 2.1.5.4. Confissão expressa e colaboração permanente. 2.2. Programa de leniência da lei anticorrupção. 2.2.1. Competência para celebração. 2.2.2. Legitimidade para propor a leniência. 2.2.3. Efeitos decorrentes do momento de proposição. 2.2.4. Resultados esperados de um acordo de leniência. 2.2.5. Requisitos para celebração. 2.2.5.1. A necessidade de ser o primeiro a se manifestar. 2.2.2.5.2. Cessação completa no envolvimento do ilícito. 2.2.2.5.3. Admissão do ilícito e cooperação com o processo. 2.3. Comparações dos modelos e conclusões.

2. Os acordos de leniência no Brasil

Neste capítulo, saindo do campo eminentemente teórico, se adentrará à realidade brasileira, definindo, assim, quais são os instrumentos que estão à disposição da autoridade competente para investigar e solucionar conflitos fazendo uso do acordo de leniência. Isso será feito a partir da análise expositiva dos dos programas de leniência brasileiros.

Como dito anteriormente, existem na legislação brasileira duas grandes normas que preveem a figura do acordo de leniência, ambos o utilizando como um instrumento de investigação administrativa.

O primeiro deles, mais antigo e consolidado, é o que está previsto na legislação concorrencial (Lei 12.529/2011), cuja competência é dada ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na figura de sua Superintendência Geral, com previsões que muito se assemelham ao programa de leniência que hoje é desenvolvido no Estados Unidos da América, inclusive, no que diz respeito a possibilidade de assinatura do interessante instrumento do acordo de leniência *plus*.

No segundo, previsto na legislação de anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), a competência para celebração é de toda autoridade máxima da Administração Pública

direta ou indireta, mas, no âmbito federal, a legislação atribuiu a competência exclusiva para a Controladoria Geral da União (CGU).

Se passará agora a analisar o modelo de leniência previsto em cada uma das legislações domésticas, demonstrando, ao final, que o programa previsto na legislação concorrencial é o mais completo e o que mais se assemelha ao modelo de programa de leniência que foi pensado pelos estadunidenses.

2.1. Programa de leniência no direito concorrencial

Nacionalmente conhecida como Lei Antitruste, a Lei 12.529/2011 prevê o programa de leniência mais consolidado do Brasil. Tudo isso se deu a partir de um longo processo de evolução normativa que, além de beber da fonte da experiência norte-americana, teve início no ano 2000, quando se teve pela primeira vez na história do país a previsão de um programa de leniência.

A ideia deste tópico é trazer, de forma geral, uma visão do que é o programa de leniência na legislação concorrencial hodierna, e não, daquilo que já foi. Até porque, no que concerne nosso tema de pesquisa, um histórico do programa de leniência concorrencial não faria tanto sentido.

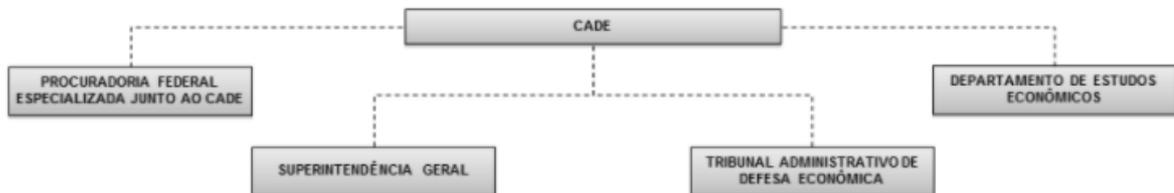
Ainda valorizando a objetividade, antes de se iniciar a análise do programa de leniência da Lei 12.529/2011, é necessário realizarmos um breve estudo sobre a estruturação dos órgãos do CADE e quais são as respectivas competências para, então, adentrarmos de mais forma clara no assunto proposto.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, tem como objetivo precípua realizar a proteção e a manutenção de um ambiente concorrencial saudável do mercado brasileiro, o que é feito em três grandes linhas de atuação: preventiva, investigadora e, quando for caso, punitiva, especialmente, quando se tratar de atos que atentem contra a ordem econômica nacional⁹⁷.

⁹⁷ O artigo 36 da Lei n. 12.529/2011 define quais são as infrações à ordem econômica, vejamos: (a) liminar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (b) dominar o mercado relevante de bens e serviços; (c) aumentar arbitrariamente os lucros; e (d) exercer de forma abusiva a posição dominante.

Em sua estrutura, é possível visualizarmos três órgãos: (1) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, (2) Superintendência-Geral e (3) Departamento de Estudos Econômicos. Ao lado desses três órgãos principais, ainda existe uma cadeira para a Procuradoria Especializada junto ao CADE, com assento de membros da Advocacia Geral da União (AGU) e Ministério Público Federal cuja função é a emissão de pareceres e fiscalização do escorreito cumprimento legal dos processos e procedimentos que são desenvolvidos na casa. Vejamos, de forma ilustrativa, o organograma que é disposto em seu sítio eletrônico:

Figura 2 - Organograma estrutural do CADE.



Fonte: BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Programa de leniência. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy2_of_capa-interna> Acesso em 18 de nov. de 2017

Ao Departamento de Estudos Econômicos compete a realização de estudos e pareceres técnicos para auxiliar a atividade fim da autarquia. Trata-se de um órgão eminentemente técnico que dá suporte aos outros órgãos executivos.⁹⁸

Já à Superintendência-Geral (SG) cabe o dever de instrução dos processos administrativos quem tenham objetivo de apurar infrações à ordem econômica. Está incluído no rol de competências da SG, a realização das negociações e celebrações dos acordos de leniência no âmbito do CADE. Motivo esse que faz com que este órgão seja o mais interessante no que toca o objeto desta pesquisa⁹⁹.

Por fim, temos o Tribunal Administrativo que tem a competência de julgar as investigações realizadas pela Superintendência-Geral e verificar o cumprimento das cláusulas dos acordos de leniência que eventualmente forem pactuados, para, então, com o aval do Ministério Público Federal, declarar a extinção da ação punitiva

⁹⁸ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 7. Ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revisto dos Tribunais, 2014, p. 130.

⁹⁹ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 7. Ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revisto dos Tribunais, 2014, p. 128.

administrativa e penal ou, então, conforme o caso, simplesmente decidir pela redução da multa aplicável.¹⁰⁰

Após esse breve, mas importante introito, passemos, então, à análise do programa de leniência previsto no direito antitruste.

A previsão legal do acordo de leniência no âmbito do CADE está descrita no art. 86 e 87 da Lei 12.529/2011 e é consubstanciada, conforme as palavras da própria autarquia, em um:

“[...] conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 [...] e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência Antitruste do Cade (Acordo de Leniência).

O Programa de Leniência permite que empresas e/ou pessoas físicas envolvidas ou que estiveram envolvidas em um cartel ou em outra prática anticoncorrencial coletiva obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da celebração de Acordo de Leniência com o Cade, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação.”¹⁰¹

Verificando a literatura especializada sobre o assunto, nota-se que a doutrina dá certo prestígio¹⁰² ao modelo do programa de leniência aplicado no CADE, razão pela qual, se terá, neste trabalho, uma análise objetiva, mas atenciosa de cada um dos elementos e requisitos que integram o programa investigativo da autarquia. Para, mais à frente, conforme será visto, servir como modelo paradigma a uma comparação ao programa de leniência previsto na lei anticorrupção.

2.1.1. Competência para celebração

O primeiro ponto de análise para o programa de leniência previsto no CADE é a competência para celebração do acordo. Conforme dito alhures, em atenção à previsão do art. 86, *caput* da Lei. 12.529/2011, a competência para celebração do

¹⁰⁰ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 7. Ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revisto dos Tribunais, 2014, p. 129.

¹⁰¹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia de programa de leniência antitruste do Cade. Atualizado em setembro de 2017, p. 9. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 05/11/2017.

¹⁰² “Pode-se afirmar que o acordo de leniência à disposição do Cade é o instrumento de transação mais consolidado no plano nacional.” (SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 80).

acordo é da Superintendência-Geral, que é o órgão investigativo da autarquia. Entretanto, os efeitos do acordo só se perfectibilizam após a verificação do cumprimento das cláusulas e requisitos para celebração pelo Tribunal Administrativo.

Essa divisão de competências para celebração e verificação do cumprimento dos requisitos (entre SG e o Tribunal do ente Administrativo) é visto com bons olhos pela doutrina. Isso porque ao dividir as funções de investigação e julgamento, principalmente em casos em que há confissão administrativa, criou-se um bom método para se garantir um julgamento final isento de qualquer ranço que possa ter acompanhado a fase de negociações¹⁰³.

2.1.2. Legitimidade para propor a leniência

No CADE, podem propor a assinatura do acordo de leniência tanto as pessoas jurídicas, quanto as pessoas físicas¹⁰⁴. Todavia, a depender de quem propõe o acordo, existem implicações quanto aos efeitos da leniência, o que, em consonância com o Guia de programa de leniência antitruste do Cade¹⁰⁵, servem para aumentar o grau de instabilidade jurídica para prática de ilícitos grupais.

Se a proposta de acordo de leniência for realizada unicamente pela empresa, conforme previsão do art. 86, §6º da Lei 12.529/2011, é possível que os efeitos do acordo sejam estendidos (1) às demais empresas que compõem o grupo econômico da proponente, (2) dirigentes, administradores e empregados que estiveram envolvidos no ilícito, bastando simplesmente a adesão ao acordo. Entretanto, o

¹⁰³ “Por fim, destacamos ainda que a forma como o Cade foi estruturada parece ser bastante interessante em razão das delicadas funções investigativa, sancionadora e ainda de celebração de leniência. O órgão logrou dividir de forma estanque a área que investiga e conduz os procedimentos sancionatórios daquela que julga. Essa segregação de funções é importante para garantir [um] julgamento isento.” (SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 93).

¹⁰⁴ Conforme será visto, isso é um ponto de diferença sensível entre os programas de leniência previstos na lei anticorrupção e concorrencial. Isso porque, na lei anticorrupção não existe a possibilidade de pessoas físicas firmarem o acordo de leniência, já que somente as empresas podem fazê-lo.

¹⁰⁵ “Já na hipótese de o proponente do Acordo de Leniência ser pessoa física e o acordo ser celebrado sem a participação da pessoa jurídica, os seus benefícios não se estenderão à empresa a que o funcionário está ou estava vinculado (art. 86, §6º, Lei nº 12.529/2011 c/c art. 238, §3º do RICade). A não extensão automática dos benefícios é um fator que objetiva aumentar a instabilidade do cartel, de modo que todos os participantes envolvidos, sejam eles empresas ou pessoas físicas, permaneçam incentivados em denunciar a prática anticompetitiva ao Cade o mais cedo possível.” (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia de programa de leniência antitruste do Cade. Atualizado em setembro de 2017, p. 16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 05/11/2017).

contrário não é verdadeiro. Se apenas a pessoa natural buscar firmar o acordo junto ao Cade, apenas ela, e não a pessoa jurídica, receberá as benesses da leniência.

A justificativa para tal segregação pertence aos objetivos gerais do instituto. Conforme dito no parágrafo que define os objetivos dos mecanismos de leniência¹⁰⁶, é buscado pela lei a implantação de uma espécie de corrida entre os agentes envolvidos no ilícito para serem o primeiro a realizarem a leniência. Isso busca, em última análise, a instalação artificial de um ambiente de instabilidade entre os agentes e, conseqüentemente, desestimula a prática do delito.

2.1.3. Efeitos decorrentes do momento de proposição

Pelo mesmo motivo, o momento pelo qual o agente infrator efetivamente busca o CADE para firmar o acordo também é um ponto que traz implicações aos efeitos da leniência, especialmente nos benefícios decorrentes do acordo.

O que irá definir se os efeitos da leniência se darão em maior ou menor escala, é o grau de conhecimento da autarquia acerca do ilícito delatado¹⁰⁷. Ou seja, se o agente envolvido no ilícito procurar o CADE antes do início da deflagração de alguma investigação sobre o ilícito objeto da delação, conforme art. 66 e 69 da Lei 12.529 de 2011, há a extinção da ação punitiva da Administração Pública. Por outro lado, se a Superintendência-Geral for procurada para firmar acordo de leniência após o início das investigações, ao invés de se extinguir a pretensão punitiva, há tão somente a redução de 1/3 a 2/3 (um terço a dois terços) das penalidades que eventualmente serão aplicadas aos responsáveis, tudo isso a depender do nível da colaboração prestada à autarquia pelo agente do ilícito econômico.

2.1.4. Resultados esperados do acordo de leniência

¹⁰⁶ Cf. Capítulo 1, item 1.5, *supra*.

¹⁰⁷ Esclarece o CADE, em seu guia de leniência, que como não existe na legislação um conceito expresso do que seria o “conhecimento prévio” da conduta por parte da autarquia, escolheu-se entender que só haverá conhecimento prévio se à época da apresentação da proposta de Acordo de leniência já existir procedimento administrativo de investigação com indícios razoáveis de práticas anticompetitivas do objeto da irregularidade proposta, aberto pela Superintendência-Geral. Mais do que isso, define, também, o que não é considerado conhecimento prévio: (a) notícia da mídia e (b) informação sobre a existência de investigações deflagradas em outro órgão da Administração Pública ainda apuradas pelo CADE. (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia de programa de leniência antitruste do Cade. Atualizado em setembro de 2017, p. 19).

Da leitura do art. 86 da Lei 12.529/2011, *caput* e parágrafo primeiro, é possível identificar, claramente, uma divisão do que é esperado como resultado em prol da Administração Pública e, também, quais são os requisitos a serem cumpridos pelo agente proponente quando da assinatura do acordo¹⁰⁸. O seguinte quadro sinóptico facilita o entendimento de tal distinção (requisitos e resultados esperado) a partir de uma divisão imaginária do artigo que trata sobre o assunto, vejamos:

Tabela 2. Definição dos requisitos e resultados para o acordo de leniência.

Resultados esperados	Art. 86. O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte : [I] a identificação dos demais envolvidos na infração; e [II] a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.
Requisitos	§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos : [I] a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; [II] a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; [III] a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e [IV] a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Fonte: produção própria.

Após essa importante separação, vejamos quais são, conforme o *caput* do art. 86 da lei de antitruste, os resultados esperados pela assinatura de um acordo leniência, quais sejam: (a) identificação de outros envolvidos na determinada infração à ordem econômica; e, também, (b) obtenção de informações e documentos que comprovem a prática do ilícito.

Em relação ao primeiro resultado esperado, isso é, a identificação de outros envolvidos na prática da infração econômica, a doutrina concorrencial não encontra

¹⁰⁸ “Embora o próprio CADE, em seu regimento interno, aglomere os requisitos e resultados esperados como se todos fossem unicamente ‘requisitos’, existe posicionamento na literatura que divide o que seria ‘resultado esperado’ e o que seria ‘requisito’” (MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência: A política econômica de combate a cartéis (dissertação). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2004, p. 114)

muito o que criticar. Isso porque, como o principal objetivo do acordo de leniência da lei antitruste é a detecção de cartéis, que, por sua natureza, presume a existência de uma pluralidade de infratores, é natural que um instrumento de investigação que visa aumentar o campo de visão da entidade fiscalizadora sobre o determinado ilícito econômico, requeira a identificação de outros partícipes.

Ora, até porque, na hipótese em que ocorra a extinção da pretensão punitiva do primeiro colaborador, há que se punir os demais envolvidos, sob pena, inclusive, de se criar um ambiente de impunidade aos demais integrantes do cartel.

Já em relação ao segundo resultado esperado, que prevê a necessidade de que o proponente apresente informações e documentos que comprovem o que foi delatado, para uma maior riqueza na análise do comando legal (artigo 86, inciso II), há a necessidade interpretá-lo de forma sistemática com o *caput* do art. 86 da mesma lei, o qual prevê a necessidade de se ter resultados eficientes a partir da celebração de um acordo de leniência.

Muito embora, reconhecidamente pela literatura, exista um grau de subjetividade, que é temerário, na definição do que seria considerado uma “colaboração efetiva”, há que se ter como senso médio que colaboração efetiva é aquela em que o particular traz alguma informação nova ao conhecimento da Administração¹⁰⁹. Seja essa informação algo totalmente novo ou que, ao menos, aprofunde do que já era de conhecimento da Administração.

Logo, no que toca ao segundo resultado, deve o proponente trazer alguma informação, documentalmente provada, cujo conteúdo traga ao Poder Público algo que, até então, não era conhecido, ao menos, que seja capaz de aprofundar as investigações. Caso contrário, com arrimo na literatura especializada¹¹⁰, não é possível se dizer que houve algum resultado efetivo na referida colaboração.

2.1.5. Requisitos para celebração

Conforme visto no título anterior, para além dos resultados legais, existem requisitos que são inafastáveis para a assinatura do acordo de leniência. Em verdade,

¹⁰⁹ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 118.

¹¹⁰ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 118.

servem como quesitos objetivos – que dão maior segurança jurídica à pessoa física ou jurídica proponente – cuja finalidade é, além de (i) definir um padrão de qualidade para os acordos de leniência, (ii) limitar a atuação discricionária do ente fiscalizador¹¹¹, de forma a vincular seu poder decisório de assinar o acordo de colaboração, uma vez que presentes os requisitos autorizadores, haverá, então, o direito subjetivo do agente colaborar em filmá-lo e, assim, gozar de suas benesses.

A previsão dos requisitos, na legislação antitruste, está no parágrafo primeiro do art. 86, listemos: (a) a empresa ser a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (b) a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (c) a Superintendência-Geral não dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo¹¹²; e (d) a confissão expressa do proponente do ato ilícito e cooperação permanente com as investigações e respectivo processo administrativo.

Analisemos, então, de forma objetiva, cada um deles.

2.1.5.1. A necessidade de ser o primeiro a se manifestar

O primeiro dos requisitos para assinatura do acordo de leniência diz respeito à necessidade de o agente do ilícito concorrencial ser o primeiro, de todo o grupo envolvido, a se manifestar e cumprir os requisitos demais legais para firmar o acordo de leniência.

Em resumo, isso ocorre, pois, o CADE, ao seguir o modelo de programa de leniência norte-americano, e não o europeu, só firma um único acordo de leniência por ilícito, e assim se faz no anseio de instaurar um ambiente de corrida entre os agentes do delito, com objetivo final de se instalar um ambiente de instabilidade capaz de desestimular a prática do ilícito.

¹¹¹ Segundo Livia Cardoso Viana Gonçalves, a taxatividade dos requisitos legalmente elencados “é de crucial importância para garantir a efetividade do programa, na medida em que permite melhor transparência e previsibilidade por parte do proponente do Acordo, bem como delimita a margem do arbítrio do representante da União”. (GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. *O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro*. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Coord.). *Pós-graduação em direito público – UnB: coletânea de artigos*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010, p. 214.

¹¹² Conforme se verificará mais adiante, o requisito de que a autoridade fiscalizadora não tenha provas suficientes para punição do proponente, não é um requisito no programa de leniência previsto na legislação de anticorrupção.

Além disso, existe uma motivação econômica para tal limitação. Ao longo do histórico do programa de leniência norte-americano¹¹³, se viu que após a instauração da referida corrida para a assinatura do acordo, houve um aumento considerável nos números de multas imputadas pelo Departamento de Justiça Americano.

Entretanto, visando um maior número de colaboradores, e conseqüentemente, um maior campo de visão acerca da prática ilícita à saúde econômica, a legislação concorrencial não se limita a um único instrumento de colaboração¹¹⁴, tais como o Termo de Cessação de Conduta (TCC)¹¹⁵ e o Acordo de Leniência *Plus*¹¹⁶ que são alternativas àqueles que querem colaborar, mas que não foram os primeiros a vencerem a corrida característica do programa de leniência norte-americano, replicado pela legislação concorrencial brasileira.

2.1.5.2. Cessação completa no envolvimento do ilícito

O segundo dos requisitos, concernente ao compromisso de interrupção da conduta ilícita, que é previsão do inciso II, do §1º do art. 86, também, não levanta muito debate literário, pois deve ser entendido como uma consequência lógica da própria propositura do acordo.

Ora, não parece razoável que a empresa que queria receber benesses por eventual colaboração, continue a praticar o ilícito apurado, já que o “acordo de leniência não pode significar jamais carta branca para continuidade delitiva”¹¹⁷.

¹¹³ “Com o propósito de estender as oportunidades e aumentar os benefícios a empresas que delatassem condutas criminosas e cooperassem com o Departamento de Justiça que pode ser sintetizado pela expressão ‘*Making companies na offer they shouldn’t refuse*’, foi criado, em agosto de 1993, o Programa de Leniência Corporativa, ou ‘*Amnesty Program*’. [...] desde sua criação, o ‘*Amnesty Program*’ se transformou no mais eficiente instrumento de investigação para descobrir e enfrentar os cartéis. Somente nos últimos dois anos, as multas aplicadas em virtude da investigação e condenação de cartéis decorrentes da adesão de infratores ao Programa ultrapassaram o montante de US\$ 1 bilhão, enquanto o número de propostas de adesão ao programa passou a ser em média de quase dois interessados por mês.” (SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 134, 2001).

¹¹⁴ Existem muitos doutrinadores brasileiros, como é o caso do ex-ministro da Controladoria Geral da União (CGU) Valdir Simão e, também, o professor Marcelo Vianna, que apontam que um erro grave do programa de leniência previsto na legislação anticorrupção foi a não previsão de alternativas ao acordo de leniência (tais como a própria instituição do TCC e da leniência *plus*) para que outras pessoas jurídicas, ainda que não fossem as primeiras na corrida ficta, pudessem colaborar com a elucidação das práticas investigadas. (SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 124).

¹¹⁵ Cf. Capítulo 1, item 1.6, *supra*.

¹¹⁶ Cf. Capítulo 1, item 1.7, *supra*.

¹¹⁷ RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 237.

Especialmente, se o delito a ser delatado é o cartel o qual, além de ser a maior patologia de ataque à livre concorrência¹¹⁸, é um ilícito de caráter continuado e, portanto, deve ser cessado de imediato pelo agente proponente do acordo.

A única anotação que é feita nesse sentido, que nos parece baseada em preciosismo, é justamente que, para se exigir a interrupção de uma prática como requisito, é necessário que se tenha um ilícito de caráter continuado, vejamos:

De outro lado, esse requisito somente poderá ser exigido quando a apuração estiver relacionada à prática de infrações de natureza permanente ou continuada, não se aplicando, portanto, àquelas infrações de natureza instantânea ou imediata, quando o próximo requisito legal, admissão do cometimento do ilícito, suprirá, em certa medida, a impossibilidade fática de observância do requisito em tela.¹¹⁹

Portanto, por lógica, se é quisto celebrar o acordo de leniência, é necessário que a prática anticompetitiva seja cessada, sob pena, inclusive, de se atribuir o descumprimento do pacto celebrado, o que daria seguimento ao processo administrativo sancionador sem qualquer dos benefícios acordados, além de, em observância ao §12 do art. 86, vedar a assinatura de um novo acordo de leniência junto ao Cade pelo prazo de 3 (três) anos.

2.1.5.3. Não existência de elementos suficientes para condenação

O terceiro requisito é referente à condição negativa da Superintendência-Geral não dispor de provas suficientes para, de pronto, exarar condenação administrativa ao proponente. De saída, se verifica que é outro ponto cuja previsão se deu em decorrência lógica dos objetivos atrelados ao acordo.

Como dito, o programa de leniência serve para que o Poder Público tenha conhecimento acerca de determinado ilícito que não conheça ou, se conhecer, que seja de forma parcial. Ou seja, é um instrumento investigativo, cujo objetivo lato é colheita de elementos necessários a formalizar uma condenação por parte do Cade.

¹¹⁸ “São as condutas mais preocupantes para as autoridades de defesa da concorrência, pois implicam maior risco de restrição direta a rivalidade entre dois ou mais agentes que atuam em um mesmo mercado a um mesmo conjunto de clientes. [...], será inicialmente abordado aquele que é considerado o mais grave ilícito concorrencial, o *cartel clássico* (ou, em inglês, *hardcore cartel*) [...]” (PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 107).

¹¹⁹ RIBEIRO, Márcio Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 237.

Se já existirem elementos comprobatórios suficientes para que se realize a condenação administrativa sem qualquer auxílio do infrator, se está diante da regra geral do processo sancionador no âmbito do Cade, não havendo, portanto, que se falar em qualquer redução ou extinção da punibilidade. E, sim, a mera execução do papel precípua da entidade antitruste.

2.1.5.4. Confissão expressa e colaboração permanente

Por fim, tem-se a necessidade de o proponente admitir expressamente o seu envolvimento com o caso e, mais do que isso, colaborar permanentemente, e de forma eficaz¹²⁰, até o fim do processo administrativo da leniência.

De forma sintética, trata-se de um requisito que também é inerente a um dos objetivos gerais que foram citados no Capítulo I deste trabalho¹²¹. Ou seja, referente ao fato de o programa de leniência se prestar a ser um instrumento de investigação de práticas ilícitas complexas, cuja reunião de provas suficientes acerca do ilícito não é tarefa de fácil cumprimento, a confissão é requisito facilitador das investigações.

2.2. Programa de leniência na lei anticorrupção

Finalmente, apelidada como Lei Anticorrupção (LAC), a Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013, originada em um cenário de intervenções nacionais e internacionais que clamavam com urgência ao combate à corrupção¹²², traz ao sistema normativo brasileiro, especificamente pelos art. 16 e 17, o programa de leniência para que é objeto do presente estudo.

¹²⁰ Segundo Mussi: “Nesse ponto, o tratamento dado pelo programa brasileiro de leniência parece ser mais rigoroso do que o de seus congêneres. Tanto nos Estados Unidos quanto na União Europeia, apenas é imposta a colaboração eficaz com as investigações, sem exigências específicas sobre os seus resultados.” (MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica*. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017, pp.135-136)

¹²¹ Cf. Capítulo I, item 1.5, *supra*.

¹²² Afirma a literatura especializada que a LAC é fruto da assinatura de uma série de convenções internacionais, dos quais o Brasil é signatário, que visavam o combate à anticorrupção. Nesse sentido, é possível citar: (1) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, incorporada ao ordenamento jurídico pelo Decreto n. 3.678/2000; (2) Convenção Interamericana contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto 4.410/2002; (3) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto n. 5.687/2006. (SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, pp. 21-24).

Como dito, se acusará aqui, após a análise e o cotejo de seus termos e previsões, as fragilidades existentes no programa, sobretudo, do problema referente à insegurança jurídica.

De saída e de forma geral, existe, na literatura, autores que acreditam que parte dessa insegurança jurídica está atrelada ao modo pelo qual a norma foi editada. Acredita-se, com certa razão, que pela celeridade com que foi apreciada nas casas legislativas brasileiras, em especial, pelo Senado Federal, a norma, desde de sua gênese, padece de imperfeições técnicas. Exemplo desse entendimento vemos nos comentários de Santos et al:

Essa opinião deriva da constatação de que o curso do respectivo projeto de lei no Congresso Nacional sofreu uma agilização incomum, justamente no decorrer das manifestações populares, em junho de 2013, pois tramitando lentamente na Câmara dos Deputados por mais de três anos, desde 18.02.2010, e, no Senado Federal, restou aprovado em surpreendentes 15 dias (apresentado em 19.06.2013, acabou votado em plenário em 04.07.2013), sem emendas.

Certa ou errada dita opinião corrente, ima coisa parece indiscutível: essa rapidez na discussão do projeto de lei no Senado Federal (quando, a rigor, verificou-se uma “não discussão” produziu imperfeições, incongruências, omissões relevantes no texto afinal sancionado, promulgado e publicado no Diário Oficial da União em 02.08.2013.¹²³

Não fosse apenas isso, na tentativa de salvar o programa de leniência que já nasceu com ressalvas quanto a sua lisura técnica, em 18 de dezembro de 2015, foi editada, pela então Presidente da República Dilma Rousseff, a Medida Provisória 703, que, em síntese, trouxe grandes alterações à legislação¹²⁴, em especial, ao programa de leniência. Todavia, a referida Medida Provisória que vigorou tão somente pelo prazo de 1 (um) ano, vez que o Congresso Nacional se quedou inerte em relação a sua conversão em lei.

¹²³ SANTOS, José Anacleto Abduch et al. Comentários à Lei 12.846: *Lei anticorrupção*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹²⁴ De forma resumida, é possível anotar que, dentre outras, as principais alterações trazidas pela Medida Provisória 703/2015, foram as seguintes: (1) deslocamento da competência para firmar os acordos de leniência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, para os respectivos órgãos de controle; (2) a possibilidade de se firmar o acordo de leniência deixou de ser exclusividade da primeira empresa a se manifestar; (3) entretanto, somente a primeira que se prontificasse receberia isenção total da multa aplicável, as demais poderiam receber redução de até dois 2/3 (dois terços) da multa; (4) não era mais necessária a admissão na participação do ilícito; (5) era facultado ao Ministério Público e Advocacia Pública participarem do acordo e, se assim fizessem, deveriam de deixar ajuizar ações judiciais cíveis referentes aos mesmo fatos; (6) previa, então, a participação do Tribunal de Contas, especialmente, para auditar o acordo depois de assinado.

Tendo a referida Medida Provisória caducado frente ao silêncio do Congresso, o texto original quanto ao programa de leniência previsto na Lei anticorrupção voltou a vigor, sendo ele (texto original) o objeto de análise dos próximos parágrafos.

2.2.1. Competência para celebração

Conforme se verifica pelo *caput* do art. 16 da Lei 12.846/2013, a competência para firmar os acordos de leniência é de toda a autoridade máxima dos órgãos e entidades da Administração Pública. Ademais, como se trata de lei nacional cuja aplicação se dá em todas as esferas do poder, bem como em todas as entidades da federação, é forçoso dizer que a primeira conclusão que se deve ter a respeito da análise da legislação de anticorrupção, é que a norma trouxe, de forma temerária, um grande leque de entidades competentes para firmar o sensível acordo de leniência.

Entretanto, especificamente no âmbito ao Poder Executivo Federal, o legislador foi mais conservador. Pela leitura do art. 16, §10 da LAC, se vê que foi estabelecida a competência absoluta da Controladoria Geral da União (CGU) para firmar os acordos de leniência. Situação pela qual, segundo Valdir Moysés Simão e Marcelo Vianna, parece ter agido bem o legislador:

Nessa linha, parece-nos que o legislador caminhou bem ao criar regra específica para o Poder Executivo Federal. Eis que o §10, do art. 16 da LAC, estabeleceu a competência exclusiva da CGU para celebrar os acordos de leniência âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

[...]

Nessa concepção, a CGU reúne, além da *expertise*, o conjunto de atribuições legais para, no Poder Executivo federal, melhor exercer a atribuição de negociações dos acordos, pois, a depender das informações advindas de tal procedimento, daria melhor tratamento e encaminhamento das provas, seja promovendo a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas ou agentes públicos que viessem a ser descobertos em razão da colaboração, seja pela interlocução com a Polícia Federal e o Ministério Público, nos casos em que houvesse indícios de cometimento de infração penal.¹²⁵

Entretanto, o entendimento acerca da capacidade da CGU em ser o melhor personagem para figurar frente às negociações da leniência não é unânime¹²⁶.

¹²⁵ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, pp. 102-104.

¹²⁶ Na literatura, autores como Mudrovitsch e Nóbrega afirmam ser o Ministério Público, a entidade mais competente para firmar o acordo: "(iii) o MP se põe como entidade (mais?) legitimada à ultimação da leniência, porque fiscal da ordem jurídica, titular da ação penal e apto a aviar ação de improbidade, com maior domínio dos fatos a serem desvelados e, assim, melhores condições para exame da relação custo vs. benefício, sem prejuízo, como dito, da recomendável intervenção de

No âmbito do Tribunal de Contas da União, já foi autuada Representação (TC 003.166/2015-5), por parte do próprio Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MPTCU), requerendo a concessão de liminar que impedisse à CGU de firmar acordos de leniência com empresas envolvidas no âmbito da Operação Lava Jato. Isso porque, na visão do *parquet* de contas (representante), a atuação da CGU seria uma afronta à divisão harmônica dos poderes, pois quem, de fato, deveria conduzir as investigações seria o próprio MPF, entidade com o maior domínio dos fatos que eventualmente fossem delatados.

Concluindo que a atuação da CGU nas negociações, em última análise, seria espécie de “atravessamento” nas investigações já tão bem conduzidas pelo *parquet* federal. E, que, em última análise, criaria uma espécie “leilão” entre as empresas que poderiam iniciar negociações com ambos responsáveis para assinar acordos (MPF e CGU) e assinaria com quem oferece mais vantagens (leniência) aos interesses da empresa, em detrimento do erário federal¹²⁷.

Conforme amplamente divulgado pela mídia, questões como essas são fruto de um clima busca de protagonismo entre às autoridades da Administração Pública, sobretudo, no âmbito federal. Ou seja, quando o assunto pautado é corrupção, segundo dito por do ex-Ministro da CGU, Torquato Jardim¹²⁸, todos as entidades que tenham competência para tanto vão querer ser os responsáveis por “solucionar o caso”.

Enfim, para além das discussões sobre eventual protagonismo, é possível ver, ainda, na literatura, comentários pertinentes, especificamente, quanto à competência para celebração do acordo de leniência.

outros órgãos de controle, dentre os quais avulta a CGU. Estabelecido o concerto, soçobra formal separação administrativa de competências, fulminando interesse de outras instituições;” (MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Leniência, uma história em construção: *segurança jurídica e atuação do estado*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/observatorio-constitucional-acordo-leniencia-historia-construcao>. Acesso em 12 de março de 2018)

¹²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 003.166/2015-5, Acórdão 824/2015 do Plenário do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A824%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

¹²⁸ Nem o governo se entende sobre alcance de acordos de leniência. <<https://oglobo.globo.com/brasil/nem-governo-se-entende-sobre-alcance-de-acordos-de-leniencia-21292253>> Acesso em 12 de fevereiro de 2018.

Em síntese, se vê uma crítica ferrenha acerca da possibilidade de uma gama de autoridades poderem firmar o acordo de leniência. Sobretudo, por autoridades (como os dirigentes máximos de autarquias) que, geralmente, estariam envolvidas nos grandes esquemas de corrupção existentes no âmbito da entidade. A bem da verdade, o ideal seria que o órgão competente para firmar eventual acordo de leniência fosse diferente (se possível de controle interno¹²⁹) daquele onde ocorreram as práticas corruptas investigadas, vez que, em tese, os envolvidos na investigação estariam aparte de qualquer conluio¹³⁰.

A esse respeito, vejamos o que diz Modesto Carvalhosa:

Embora o caput do art. 16 outorgue genericamente competência para celebrar acordos de leniência à desfrutável “autoridade máxima” do ente público envolvido – o que em si é uma contradição em termos com a finalidade da presente Lei – o §10º do art. 16 retifica essa intransponível aberração, determinando que cabe à CGU celebrar tais pactos no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como nos “atos lesivos praticados contra a administração Pública estrangeira”.

Deve, assim, ser desconsiderado em parte o caput do art. 16 para prevalecer a regra contida no seu referido §10º também nos planos estadual e municipal, bem como nos demais Poderes – Legislativo e Judiciário – nas três instâncias federativas.

[...]

Essa competência é, como reiterado, reservada aos órgãos correccionais e disciplinares dos entes implicados, tanto na investigação (inquérito) como no processo penal-administrativo. Somente esses órgãos [...] na pessoa de seus titulares podem ser competentes para negociar e firmar pactos de leniência, na presunção legal de sua independência frente às “autoridades máximas”, por isso que investidos de específicas atribuições e funções investigativas e administrativamente judicantes.¹³¹

¹²⁹ Muito embora bastante criticada, a MP 703/2015 parece ter ido de encontro ao anseio de parte da doutrina, pois, em relação à competência para se celebrar o acordo de leniência, o texto trazido pela legislação provisória limitava à celebração do acordo de leniência aos entes da federação por meio de seus órgãos de controle interno.

¹³⁰ Nesse sentido também é possível notar as considerações de Fidalgo e Canetti: “No âmbito do Poder Executivo Federal e no caso de atos lesivos praticados contra a administração estrangeira, por exemplo, essa competência foi delegada exclusivamente à Controladoria-Geral da União. De acordo com Marco Vinício Petrelluzzi e Rubens Rikek Junior, seria razoável que, também, “no âmbito estadual e local, se possa caminhar para que essa delegação, atendidos os princípios constitucionais, sobretudo o da impessoalidade, seja efetivada pelos órgãos de controle interno da administração, desde que por meio de lei”, o que, acrescentamentos, poderia ser uma solução para os casos em que a “autoridade máxima” estivesse envolvida na prática de corrupção, estando, portanto, impedida de analisar imparcialmente os aspectos da celebração do acordo”. (FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldinho Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador. Juspodivm, 2015, p. 270).

¹³¹ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846/2013 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 281-282

Portanto, em que pese exista divergência quanto à entidade com maior competência para firmar o acordo de leniência, uma questão parece ser uníssona na doutrina: a previsão de uma grande gama de competentes para firmar o acordo de leniência no âmbito da LAC atenta sobre segurança jurídica.

Ora, a existência de várias entidades competentes a sancionar e firmar acordos de leniência traz aos processos de decisão de empresas, que tenham, porventura, a intenção de delatar, uma enorme nuvem cinzenta, já que não se sabe, com clareza, quem seria a entidade mais adequada para fazê-lo.

A esse respeito parece-nos de bom alvitre, a solução encontrada pelo Tribunal de Contas da União no sentido de se propor a criação de um grupo de trabalho específico para congregar as atividades e competências de todas as entidades competentes a firmar acordos de leniência e, assim, possibilitar a criação de um “balcão único”. Tudo isso, com a finalidade de prestigiar a transparência do procedimento e alcançar a segurança jurídica.

Entretanto, tal assunto é objeto de um capítulo próprio desta pesquisa, de forma que se deixará para explorar o tema de forma mais completa em momento oportuno.

Outro ponto importante criticado pela doutrina é que, no âmbito do programa de leniência da LAC, a autoridade máxima da entidade responsável pela negociação da leniência é, também, a autoridade julgadora do ilícito. Nesse sentido, é interessante registrar os ensinamentos de Márcio Ribeiro Aguiar:

Nos termos da LAC, o acordo de leniência será celebrado perante a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, a exemplo de Ministros de Estados ou Presidentes de tribunais, autarquia, empresas públicas e sociedades de economia mista. Percebe-se que, nesse aspecto, o modelo ora previsto se distancia, em certa medida, do modelo adotado na seara penal, a exemplo da colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/13, em que a autoridade julgadora não participa das negociações instauradas entre acusado e órgãos de persecução [...]

No modelo extrapenal da LAC, a autoridade máxima, que a princípio será também a autoridade julgadora, detém, observados os limites estabelecidos em lei, a mais ampla competência negocial, participando ativamente das tratativas em curso, cuja atuação vai muito além de uma merca verificação de regularidade, legalidade e voluntariedade, usualmente levada a efeito na instância criminal.¹³²

¹³² RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 234.

Quanto a esse pretense problema, conforme já mencionado, o programa de leniência antitruste já havia criado uma solução: dentro do CADE, em razão da divisão de funções, o órgão responsável pela negociação (Superintendência-Geral) é diferente do órgão responsável pelo julgamento (Tribunal administrativo). Tal segregação valoriza a impessoalidade do julgamento, pois a autoridade julgadora não terá resquícios de ranço advindos do conhecimento aprofundado dos fatos que, porventura, serão delatados na fase de negociações.

Realizado breves comentários acerca da competência para celebrar o acordo de leniência, passemos, então, à análise de quais são as pessoas legítimas a propor o acordo junto à Administração Pública, anotando, desde já, que, em tal ponto, a LAC divergiu e, muito, do programa de leniência previsto no CADE, sobretudo, em razão do espírito da lei de atribuir a responsabilidade objetiva às empresas envolvidas em esquemas de corrupção.

2.2.2. Legitimidade para propor a leniência

Ao se analisar, também, o *caput* do art. 16, verifica-se que, no âmbito do programa de leniência da LAC, compete exclusivamente à pessoa jurídica propor a assinatura do acordo de leniência. Medida essa que não foi adotada pela legislação antitruste, pois, conforme visto anteriormente, a lei do CADE permite que a autarquia negocie eventuais acordos com pessoas físicas.

Em uma primeira análise, a escolha do legislador em restringir a legitimidade para propor acordos de leniência às pessoas físicas, parece estar seguindo o espírito que inspirou a conformação da lei. Afinal, a LAC é um instrumento normativo destinado a regular a corrupção praticada por pessoas jurídicas e, não, por pessoas físicas¹³³.

Em que pese tal raciocínio guardar respeitável sentido, é impossível não concordar que a possibilidade de se firmar os acordos também com pessoas físicas deva ser aplicada na Lei Anticorrupção. E, isso se justifica por dois grandes motivos: (1) a possibilidade das pessoas naturais poderem, também, celebrar acordos de leniência, além de potencializar o grau de instabilidade para prática do delito, aumenta a visão da Administração Pública sobre o ilícito de forma vertical; (2) a impossibilidade de pessoas físicas firmarem a leniência desestimula a delação, pois se apenas as

¹³³ A Lei 12.846/2013 dispõe: “sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”.

peças jurídicas podem firmar acordos, isso significa que somente elas serão agraciadas por seus efeitos, situação essa que, por outro ponto de vista, deixaria as pessoas naturais expostas às eventuais punições administrativas.

Em relação ao primeiro motivo, partindo dos pressupostos já idealizados sobre prática de ilícitos grupais, bem como pela análise de programas de leniência a partir da teoria dos jogos, se determinada pessoa física que, eventualmente atuar de forma direta na prática do ilícito deter a poder de delatar por conta própria, é possível concluir que tal possibilidade: (1) aumenta o grau de incerteza dos envolvidos na prática, já que é mais uma pessoa que pode “correr com todo o dinheiro¹³⁴”; (2) fornece mais uma possibilidade à Administração Pública de ter conhecimento dos fatos com mais celeridade; e, por fim, (3) aprofunda o conhecimento da autoridade investigadora acerca do ilícito analisado, pois tratará diretamente com quem praticou os atos.

Nessa toada, ao levar em consideração que o acordo de leniência é um instrumento que visa, entre outros objetivos, dissuadir a prática de ilícitos e aumentar o poder investigativo da autoridade competente, qualquer medida legal que deixe de caminhar nesse sentido, parece estar em clara contradição com o instituto. E, em última análise, provoca o regresso no combate ao ilícito investigado.

Já quanto ao segundo motivo, parece claro que a impossibilidade de se firmar acordos de leniência com pessoas físicas desestimula a delação. E, estimular a delação parece ser, à luz da análise feita a partir da teoria dos jogos, ser um dos fatores primordiais para um efetivo programa de leniência.

Ora, não se pode esquecer que quem efetivamente pratica os atos ilícitos no mundo fenomênico não são as empresas e, sim, as pessoas físicas que estão por detrás do manto da personalidade jurídica.

Ademais, o fato das pessoas físicas não poderem assinar acordos de leniência, na prática, implica a situação de que as benesses resultantes do acordo sejam direcionadas apenas à pessoa jurídica, e como quem pratica os atos ilícitos são as pessoas físicas, tal cenário faz com que a decisão por delatar ocasione a entrega de uma ou mais pessoas físicas às autoridades investigadoras. A esse respeito, já alertou Valdir Simão e Marcelo Vianna, vejamos:

¹³⁴ SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and Whistleblowers in Antitrust. In: BUCCIROSSI, P. (Ed.). Handbook of Antitrust Economics. Boston: M.I.T. Press, 2008, pp. 259-303, p. 260.

Esse aspecto é bastante importante, uma vez que, ao não abranger as pessoas naturais, o acordo não as conferirá benefícios. Logo, adianta-se, desde já, o dilema proposto pela Lei à pessoa jurídica candidata ao acordo de leniência. Trabalhando exclusivamente sob o manto da Lei 12.846/2013, a opção pelo acordo de leniência implica necessariamente a exposição de uma pessoa natural ao devido processo de responsabilização na esfera competente.¹³⁵

Sendo assim, não pode o legislador ser inocente ao ponto de pensar que isso não será levado em consideração no momento da tomada de decisão entre delatar ou não. Nada obstante a possibilidade de se pensar na assunção da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica no âmbito da LAC, confessar ilícitos cometidos por pessoas físicas à gama de autoridades competentes para puni-los em todo o controle da Administração Pública, não será algo trivial. De certo, despertará na própria autoridade negociante e, em outras, o poder-dever de sancioná-las.

Em outra perspectiva, se verifica que a limitação da proposição do acordo de leniência às pessoas jurídicas, no âmbito específico da LAC, além de causar uma pretensa situação de injustiça, restringe uma nova fonte da delação. Explica-se.

Conforme situação descrita por Valdir Simão e Marcelo Vianna¹³⁶, ao vedar a possibilidade de pessoas naturais proporem a leniência, está o legislador de forma assaz clara vedando a possibilidade de eventual servidor público vinculado a um esquema de corrupção (v.g., que tenha recebido propina em troca de favorecimento de empresas) de delatar e trazer informações úteis à Administração Pública.

E, pior, caso ocorra a situação de alguma forma tal servidor, em processo administrativo sancionador, confessar o ilícito e, posteriormente, a empresa fizer o mesmo, mas com informações meramente complementares as fornecidas pelo servidor, somente a empresa terá a possibilidade de firmar o acordo e gozar de seus benefícios, muito embora sequer tenha sido a primeira dentre os envolvidos se manifestar perante à autoridade investigadora.

Logo, tal limitação aos proponentes do acordo de leniência, em última análise, parece dissuadir a decisão de delatar. E, sob o prisma do dilema do prisioneiro, deve o legislador ter em mente, no momento de se criar um programa de leniência, que seu objetivo é forjar a situação pela qual a confissão seja sempre a melhor decisão a se

¹³⁵ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 104.

¹³⁶ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 120.

tomar (decisão dominante). O que, especificamente a esse ponto, com arrimo nas argumentações expostas, não parece ter ocorrido no âmbito da LAC.

2.2.3. Efeitos decorrentes do momento da proposição

Como dito em outras oportunidades, o momento pelo qual a proposta do acordo de leniência é feita à Administração é fator de grande importância em diversos sentidos. No programa de leniência da LAC, isso não é diferente.

De início, é possível notar que o *caput* do art. 16 da Lei Anticorrupção faz menção a um único fator temporal quanto à proposição do acordo de leniência. De forma superficial, fala o legislador que o acordo de leniência pode ser celebrado para auxiliar investigações e o processo administrativo. Ou seja, deve ser feito antes ou depois do início de um processo administrativo sancionador.

Dessa forma, assim como está previsto no programa de leniência da legislação antitruste, o divisor de águas dos efeitos da leniência eventualmente assinada parece ser (ou, ao menos, deveria ser) o grau de conhecimento da autoridade investigadora sobre o assunto. Isso é, o espírito da norma é o seguinte: quanto mais a autoridade souber, em regra, menos serão efetivas as informações, logo, menores serão os benefícios decorrentes do acordo.

Contudo, a LAC não foi tão precisa quanto à lei concorrencial nesse aspecto, já que não estabeleceu, de forma clara e objetiva, quais serão os efeitos decorrentes do momento da proposição. Muito pelo contrário, conforme se vê pelo §2º do art. 16, apenas se prevê a possibilidade de o acordo de leniência reduzir em até 2/3 da multa aplicável, não mencionando graduações a depender do momento pelo qual o agente do ilícito procura a Administração Pública.

Pelo o que parece, tal papel pareceria ter ficado a cargo de eventual regulamentação da lei. Contudo, mesmo com o advento, em 2015, do Decreto Federal 8.420/2015, não é possível encontrar nenhum dispositivo legal que defina quais são os efeitos decorrentes do momento da proposição do acordo.

Para que se consiga ser mais claro, comparemos: na legislação antitruste, se o agente envolvido no ilícito procurar o CADE antes do início da deflagração de alguma investigação sobre o ilícito objeto da delação, haverá a extinção da ação punitiva por parte da autarquia. Entretanto, se a proposta se der após o início das

investigações, ao invés de se extinguir a pretensão punitiva, haverá a redução de 1/3 a 2/3 (um terço a dois terços) das penalidades que eventualmente forem aplicadas ao responsável, a depender do nível da colaboração prestada à autarquia.

Na LAC, diferentemente do que se viu na legislação antitruste, o legislador define, genericamente, que com a assinatura do acordo de leniência a multa poderá ser reduzida em até 2/3 (dois terços). O que, ao menos, faz com que o programa de leniência prevista na lei de anticorrupção seja menos previsível do que o previsto na lei antitruste.

Embora pareça uma diferença sutil, na prática, tal divergência traz severas consequências que influenciam, e muito, o processo de tomada de decisão das empresas que pretendem delatar. Isso porque, se os efeitos benéficos decorrentes da confissão não estão claramente definidos¹³⁷, a opção por delatar tenderá a não ser a dominante (melhor das decisões), vez que as penalidades não serão facilmente visualizadas quando da análise de custo-benefício em delatar. E, mais: os fatores que definem as penalidades estão previstos em alto grau subjetividade e discricionariedade por parte da autoridade investigadora.

Outro ponto de grande relevância – e que também é divergente em relação à lei antitruste – é o fato de a LAC não prever a isenção total das penalidades, ainda que seja à primeira pessoa jurídica a colaborar¹³⁸.

Tal questão parece ser contrária ao espírito de um programa de leniência. Isso porque, parece evidente que, a partir do que vimos até aqui nesta pesquisa, de forma geral, os delatores só irão tomar a decisão por delatar, se essa for a opção dominante. Sendo papel da legislação, com dito, forjar tal situação.

E, deve ser a dominante em todos os momentos da investigação, isso é: (1) antes mesmo de qualquer deflagração da autoridade administrativa, quando o acordo de leniência será mais benéfico à Administração Pública; e (2) depois que já houver um conhecimento superficial por parte da autoridade investigadora.

¹³⁷ HAMMOND, Scott. Cornerstones of an Effective Leniency Program in ICN Workshop on Leniency Programs, Australia, 2004, p. 19.

¹³⁸ Em que pese às severas críticas que foram feitas às MP 703/2015, neste ponto, mais uma vez, parece ter acertado o legislador provisório, pois, conforme se verificava pelo art. 16, §2, inciso III (no texto modificado pela MP), a pessoa jurídica, que fosse a primeira delatar, poderia ter isenção total de suas penalidades.

Nesse sentido, se por um lado, a opção por confessar sempre parece ser interessante após as autoridades já conhecerem do ilícito¹³⁹ (seja por investigação própria ou pela confissão de outro envolvido), pois, ao menos, será um fator de redução das eventuais penalidades que certamente serão exaradas, a opção pela delação na situação pela qual a Administração não tenha conhecimento do ilícito não parece ser, de pronto, a opção dominante. Ora, isso porque existe a possibilidade de ela (Administração) nunca ficar sabendo dos fatos.

De fato, a opção por confessar só será a dominante se houver benefícios claros e atraentes o suficiente para que o delator tome a decisão pela autodelação.

Sendo assim, nos parece, e esse também é o pensamento da literatura especializada¹⁴⁰, que o fato do programa de leniência da LAC não prever a isenção total das impunidades ao primeiro que proponente do acordo é um desvirtuamento dos objetivos do acordo de leniência, sobretudo, naqueles casos em que a pessoa jurídica trará fatos novos dos quais a Administração Pública sequer detinha conhecimento de sua ocorrência.

Isso porque, não existem incentivos na legislação suficientes a compelir as empresas a tomarem a decisão por delatar. Pois, de forma pragmática, o máximo que conseguirão é reduzir a multa aplicada até 2/3 (dois terços).

Tanto é verdade que este foi o pensamento adotado pelo programa de leniência da legislação antitruste, uma vez que, conforme visto nos parágrafos anteriores, o CADE é competente a isentar as pessoas jurídicas e físicas das eventuais penalidades advindas do processo administrativo no âmbito da autarquia.

Por fim, é importante que reste claro que tal situação não deve ser entendida como meio de se ter impunidade a aqueles que decidem delinquir. Conforme será visto mais adiante, no que toca especificamente na LAC, e já foi visto no âmbito do CADE, o acordo só pode ser firmado com a primeira pessoa que procurar à autoridade para firmar o acordo de leniência, bem como se todos os demais outros requisitos legais forem cumpridos. Tudo isso, em prol de um bem maior: desmantelamento do ilícito e abrir a possibilidade de punir outros responsáveis.

¹³⁹ RUFINO, Victor Santos. Os fundamentos da delação: *análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos*. Universidade de Brasília: 2016, p. 70.

¹⁴⁰ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 130.

Portanto, na esperança de se ter restado claro o objeto da crítica realizada a esse ponto do programa de leniência da LAC, abre-se espaço para adentrarmos, agora, assim como feito na análise do programa de leniência da legislação antitruste, à análise dos resultados esperados pela assinatura do acordo de leniência.

2.2.4. Resultados esperados do acordo de leniência

Seguindo a mesma divisão feita no item 2.1.4 desta pesquisa (no qual dividimos, inclusive, por uma tabela sinóptica), também é possível verificar a partir da LAC que o legislador definiu, como itens diversos, os resultados esperados do acordo de leniência e seus respectivos requisitos de celebração.

Conforme se verifica pelos incisos I e II, do art. 16 da Lei anticorrupção, a autoridade máxima de cada órgão poderá firmar acordo de leniência com pessoas jurídicas, desde que tal colaboração resulte: (a) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e (b) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

No que toca ao primeiro resultado - ou seja, a necessidade de o proponente identificar, no bojo das negociações, os demais envolvidos na infração delatada - em que pese a literatura concorrencial não encontrar muito o que criticar em relação a este item, pois, em suma, o instrumento da leniência no CADE serve para dissuadir a prática e investigar ilícitos econômicos como o cartel que presume, por sua natureza, a organização criminosa, tal questão não parece seguir o mesmo caminho no mundo das investigações do ilícitos de corrupção, ao menos, não de forma unânime.

Isso porque, é possível verificar pontual divergência doutrinária sobre o assunto. Explica-se: conforme palavras de Modesto Carvalhosa, a prática de atos de corrupção tipificados na LAC implica no “concurso simétrico dos agentes públicos, no sentido de que não pode a pessoa jurídica [...] consumá-la sem o concurso de outro sujeito ativo que é o agente público [...]”¹⁴¹.

Nesse mesmo ponto, os professos Valdir Simão e Marcelo Vianna divergem:

O primeiro resultado exigido diz respeito à identificação dos demais envolvidos na infração. De forma geral, a doutrina entende “por demais envolvidos”, as pessoas jurídicas e os agentes públicos implicados nos atos lesivos (CARVALHOSA, 2015). Todavia, a norma faz uma ressalva

¹⁴¹ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846/2013 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 57.

significativa, tal resultado só será esperado “quando couber”. A expressão suscita uma séria de importantes interpretações.

Em primeiro lugar, o dispositivo nos lembra que alguns dos atos lesivos previstos na LAC podem ser unilaterais, ou seja, não dependem de envolvimento de um agente público [...]. São exemplos: “promessa de vantagem indevida a agente público, fraude de licitação pública e obstrução de atividade de investigação de órgãos públicos.”¹⁴²

Nada a obstante à alta possibilidade de, na maioria dos casos, os ilícitos vinculados à corrupção envolverem uma gama de envolvidos e, de fato, existirem outras a pessoas a serem identificadas, diferentemente do que ocorre em cartéis, isso não é uma regra absoluta. É possível, sim, e, agora, deixando claro que concordamos com o posicionamento dos professores Valdir Simão e Marcelo Vianna, que exista a possibilidade de determinado ato de corrupção que não envolva a atuação ilícita de outros agentes públicos ou particulares.

No valendo dos exemplos utilizados pelos próprios autores citados, basta se pensar nas hipóteses, por exemplo, em que: (1) ocorra o “oferecimento de valores indevidos a um agente público, que recusa a oferta e reporta a ocorrência às autoridades”¹⁴³; ou, ainda, (2) a criação por uma pessoa jurídica de ‘empresa de fachada’ para participar de processo licitatório apenas para respaldar a ocorrência do certame”¹⁴⁴. Nessas situações, ao que nos parece claro também, não há que se falar que o agente público participou do ilícito e, que, portanto, deva ser identificado como envolvido em determinada negociação de acordo de leniência.

Por outro lado, em relação ao segundo resultado esperado, isso é, a necessidade de o acordo de leniência gerar a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, tal questão não demanda muitas dúvidas. Em verdade e, inclusive, como já mencionado alhures, assim como funciona no âmbito do programa de leniência antitruste, a necessidade de se obter informações e documentos comprobatórios de forma mais célere, trata-se de umas linhas mestras do instrumento, um objetivo a ser buscado quando da sua implantação.

¹⁴² SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 116.

¹⁴³ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção*: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 117.

¹⁴⁴ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção*: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 117.

Até porque, é “difícil sustentar que a colaboração pode ser considerada efetiva quando os dados fornecidos pela pessoa jurídica já [...] em nada auxiliavam sua capacidade persecutória”¹⁴⁵.

Sendo assim, realizados os comentários pertinentes sobre os resultados esperados da elaboração de um acordo de leniência no que se refere a ilícitos de corrupção, torna-se possível adentrar, efetivamente, nos requisitos próprios e específicos de sua celebração no âmbito da LAC. O que, de saída, ao menos no que toca o texto legal, pode-se afirmar que muito pouco se diferenciam daqueles previstos na lei antitruste.

2.2.5. Requisitos para celebração

Cumprir introduzir o assunto, anotando que se tem como pressuposto que a função dos requisitos da celebração do acordo de leniência é serem verdadeiros abalizadores de eventuais direitos subjetivos dos agentes colaboradores e, por outro lado, colaborarem (1) no estabelecimento de um padrão de qualidade dos acordos firmados; (2) na dissuasão da prática investigada, já que foram pensados à luz da teoria dos jogos nesse sentido no sentido de incitar a confissão¹⁴⁶.

Dito isso, se vê que os requisitos do acordo de leniência, no âmbito da LAC, estão previstos no parágrafo primeiro, do art. 16 e, cumulativamente, são: (a) a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesses em cooperar para apuração do ato ilícito; (b) a pessoa jurídica cessa completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da propositura do acordo; (c) a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Passa-se, então, à análise pormenorizada de cada um deles.

2.2.5.1. A necessidade de ser o primeiro a se manifestar

O primeiro dos requisitos, cuja previsão está descrita no artigo 16, §1, inciso I da LAC, trata da necessidade de o signatário do acordo de leniência ser o primeiro a

¹⁴⁵ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 118.

¹⁴⁶ Cf. Capítulo II, item 2.1.5, *supra*.

se apresentar com tal intenção junto à autoridade investigadora, assim como cumprir todos os demais requisitos e objetivos do instrumento¹⁴⁷.

Dessa forma, a LAC, assim como no direito antitruste, impõe a ideia de que será firmado apenas um único acordo de leniência por ilícito¹⁴⁸, justamente com aquele que primeiro se manifestar.

Há que se reconhecer, desde logo, que tal requisito é objeto de grande polêmica na literatura, justamente porque se questiona se a opção por limitar a assinatura da leniência com um único signatário é, ou não, a melhor escolha a ser feita pelo legislador¹⁴⁹.

Nada obstante isso, conforme será demonstrado, quando tal discussão adentra às investigações de ilícitos de corrupção, ela se torna ainda mais densa.

Importa relembrar, como introdução do que será discorrido nos próximos parágrafos, que a função da limitação de se firmar o acordo de leniência unicamente com o primeiro que se dispor a colaborar serve, em última análise, para instigar a confissão. Isso porque, tal requisito, artificialmente, potencializa a crise de confiança já existente nas organizações criminosas. Na prática, isso é feito através da instauração de uma espécie de “corrida” entre todos os envolvidos no ilícito para serem os primeiros a confessar.

Repisa-se, ainda, que tal “corrida” só existe, pois, em se tratando de um programa de leniência que adote o modelo norte-americano, a concessão de benefícios da leniência somente será direcionada àquele que primeiro delatar¹⁵⁰. E,

¹⁴⁷ A primeira observação a ser feita - seja por preciosismo, ou não – está no sentido de anotar que para se ter o direito de firmar o acordo de leniência, não basta que a empresa interessada seja simplesmente a primeira a se apresentar, deve ela ainda ser a primeira a cumprir todos os requisitos. (MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência: A política econômica de combate a cartéis (dissertação). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2004, p. 113)

¹⁴⁸ Conforme se viu pelas alterações provisórias trazidas pela MP 703/2015, o texto trazido pela legislação também modificava esse requisito: na vigência da MP, quantas empresas que, porventura, cumprissem os requisitos, poderiam firmar o acordo de leniência. O que, em suma, mudava completamente o espírito do programa de leniência baseado no ideário norte-americano e passava para o modelo idealizado pelos europeus.

¹⁴⁹ Cf. Capítulo I, item 1.3, *supra*.

¹⁵⁰ Entende-se que tal entendimento também se mantém quando o programa de leniência é baseado no modelo europeu, pois, ainda assim, a melhor das leniências (isenção total) somente será concedida ao primeiro delator. O que tende a gerar, entre os envolvidos e pretensos delatores, uma preferência em serem o primeiro a confessar.

com o medo de serem o “otário”¹⁵¹, os envolvidos são estimulados a confessar e dismantelar o ilícito.

Sendo assim, em que pese tal situação faça total sentido no âmbito das investigações de cartéis, visto que a plurissubjetividade é regra em seu *modus operandi*, a literatura especializada¹⁵² defende que tal situação não é mesma quando se trata dos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção. Na verdade, asseveram que, no âmbito da LAC, tal requisito – que parece ter sido reproduzido da Lei do CADE sem se atentar às nuances da legislação de combate à corrupção – deveria ter sido aplicado com maiores temperamentos¹⁵³.

Portanto, a primeira crítica¹⁵⁴ da doutrina em relação ao fato ao requisito do primeiro relator estar presente na LAC, diz respeito às características próprias dos ilícitos de corrupção. Conforme visto anteriormente¹⁵⁵, diferentemente do que ocorre em ilícitos como os cartéis, na lei anticorrupção existem ilícitos que são praticados de forma unilateral, e, dessa forma, não se encontraria razão lógica de se requerer que apenas o primeiro fosse agraciado com a leniência. Até porque, nesses casos só haverá um único agente envolvido, não existindo a possibilidade de se indicar outros envolvidos, que é também um requisito da leniência.

Contudo, em que pese se reconheça a existência de ilícitos unilaterais na LAC (o que, conforme também já vimos, também é fruto de discussão), a mesma lei também admite a existência delitos grupais e, talvez, seja com eles que o legislador

¹⁵¹ O termo “otário” foi utilizado pelo autor Victor Rufino em sua tese de mestrado acerca da análise do acordo de leniência sob os aspectos da teoria dos jogos e se prestou a descrever aquele envolvido em um cartel que por não ter sido os primeiros, ou ainda por não ter colaborado de forma alguma, recebeu as maiores das penalidades pela autoridade antitruste. (RUFINO, Victor Santos. Os fundamentos da delação: *análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos*. Universidade de Brasília: 2016, p. 66)

¹⁵² Encontra-se ressalvas quanto a esse requisito no âmbito da Lei Anticorrupção, por exemplo, nas palavras de Valdir Simão e Marcelo Vianna; Ayres e Maeda; Fidalgo e Canetti;

¹⁵³ A esse respeito, vejamos o que dizem Ayres e Maeda: “Com relação ao primeiro requisito (pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar), trata-se de dispositivo da Lei de Defesa da Concorrência (art. 86, §1º, da Lei n. 12.529/2011) incorporado à Lei 12.846/2013 sem os ajustes necessários. [...] A opção adotada pelo legislador brasileiro na Lei 12.846/2013, entretanto, tratou da mesma os atos lesivos previstos na nova lei e na atividade anticoncorrencial, esquecendo-se de que, em diversos casos, os atos lesivos previstos na Lei 12.846/2013 envolverão uma empresa buscando vantagem sobre outras, sem envolver prática coletiva. Assim não há que se falar em recompensar uma pessoa jurídica e processar outra”. (AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Reinaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 245)

¹⁵⁴ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 119.

¹⁵⁵ Cf. Capítulo II, item 2.2.2, *supra*.

deveria ter se preocupado mais. Nesses casos, portanto, assim como nos cartéis, o requisito do primeiro delator previsto na legislação atual faz algum sentido.

Visando dar fim a tal discussão, o Decreto 8.420/2015, em seu artigo 31, inciso I, incluiu ao requisito do primeiro delator o termo restritivo “quando tal circunstância for relevante”. O que, muito embora pareça ter solucionado os anseios da doutrina quanto ao tema, de certo, trouxe nova dúvida quanto à possibilidade de, especificamente quanto a esse requisito, ter o decreto extrapolado seus limites regulamentares¹⁵⁶, pois, a bem da verdade, parece ter modificado ideia do legislador na instituição do requisito primeiro delator. Mais do que isso, ter aumentado, sobremaneira, a discricionariedade da autoridade investigadora, visto que a partir da análise dos termos do decreto, caberá a ela – de forma bastante aberta – definir quando a necessidade de se ter um único delator que receba as benesses da leniência é, ou não, relevante.

Outra crítica identificada na literatura quanto a esse ponto é justamente o fato de a LAC não ter criado, como fez o CADE, um sistema de senhas com o objetivo de dar ordem à corrida que é artificialmente implantada pelo legislador. A esse respeito, vejamos como falam Fidalgo e Canetti:

Aqui também se percebe que o legislador adotou o critério do primeiro colaborador, não estendendo os efeitos da leniência àqueles que se proponham a colaborar posteriormente à primeira denúncia. Não há previsão na lei de procedimento de ordenação dos pedidos de participação no programa de leniência (a exemplo do sistema de senhas do Cade) ou a possibilidade de obtenção de benefícios do programa caso sejam apresentados indícios relacionados a outro caso de corrupção, na linha de programas de *Amnesty Plus* norte americano e europeu, analisados acima, o que nos parece que seria uma ferramenta útil de investigações de outros casos de corrupção.¹⁵⁷

Sendo esse o estado da arte no que se refere à Lei Anticorrupção, os autores Valdir Simão e Marcelo Vianna¹⁵⁸ trouxeram uma alternativa – que, aos olhos deste autor, parece ser adequada ao modelo de leniência europeu – na qual, em suma, opinam que a LAC deve promover uma alteração em seu critério de decisão acerca de qual ou quais pessoas jurídicas serão escolhidas para assinar o acordo de leniência.

¹⁵⁶ SALES, Marlon Roberth. BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. *O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade*. In: Revista do Direito Público, Londrina, v. 10, n. 3, p. 31-50, set/dez, 2015, p. 39.

¹⁵⁷ FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldinho Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador. Juspodivm, 2015, p. 271.

¹⁵⁸ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. Pp. 120-122.

Em resumo, apontam os autores que o legislador deveria abandonar o critério da ordem cronológica para, então, passar a olhar o conteúdo que é delatado. E, assim, conceder a possibilidade de se firmar acordos de leniências a todos aqueles que trouxeram à Administração Pública informações inéditas e úteis.

Explicam que dessa forma o legislador estaria prestigiando, ao máximo, o real objetivo de um programa de leniência, qual seja: aumentar tanto quanto possível as informações postas à disposição da Administração Pública para, assim, potencializar o poder persecutório do Estado, sobretudo, em relação àqueles ilícitos cuja obtenção de provas com meios convencionais de investigação se mostra mais complicado. E, ao mesmo tempo, não deixar de assegurar o propósito da disputa entre os agentes envolvidos, isso porque

Trabalhando dentro da concepção de que novas provas devem ser apresentadas pelos colaboradores, é natural que os primeiros que as colocarem à disposição estarão em melhores condições de pleitear o acordo de leniência.¹⁵⁹

Como complemento, Simão e Vianna aplicam ainda como mais um elemento da proposta que fazem de alteração do programa de leniência da LAC, a instituição de um sistema escalonado de benefícios¹⁶⁰, no qual o primeiro colaborador, por ter sido o mais diligente ao dar o pontapé às investigações, deve receber o maior dos benefícios, o segundo um pouco menos e, assim, sucessivamente.

Contudo, sob o ponto de vista deste autor, tal solução não parece ser a mais adequada. Explica-se.

Ao se simplificar a proposta dos professores Valdir Simão e Marcelo Vianna, é possível se visualizar dois grandes elementos, quais sejam: (1) a possibilidade, se for caso, de mais de uma empresa celebrar o acordo de leniência; (2) a existência de um sistema escalonado de benesses a partir da ordem pela qual os agentes procuraram a autoridade investigadora.

¹⁵⁹ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 120.

¹⁶⁰ Em razão da sensibilidade das informações, é importante que utilizemos mesmos termos usados pelo autor: “Ora, se a primeira empresa foi a que possibilitou o início ou ao menos o avanço das investigações, ela deve gozar realmente demais benefícios. As que a sucederem nesse caminho só poderão complementar as informações ali trazidas, portanto, devem ter menores vantagens” (SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 122)

Ora, tais características, conforme visto anteriormente nesta pesquisa, não são outra coisa, senão os principais fundamentos do modelo de programa de leniência europeu.

E, por assim ser, ao nosso sentir, cabem aqui as principais críticas feitas pela literatura norte-americana ao seu modelo de leniência alternativo (europeu). Ou seja: seria um programa que viabilizaria a prática dos ilícitos, já que possibilita estratégias como a “*wait and see*”; aumenta a atratividade de ilícitos, uma vez que dá brechas aos agentes, que terão conhecimento que independentemente do momento que buscarem a Administração Pública, se trouxerem informações novas e, assim, agradarem às autoridades, poderão reduzir as multas a eles aplicadas.

Vencida análise do primeiro requisito do programa de leniência própria da LAC, passa-se a se debruçar, conforme será visto nos próximos parágrafos, ao segundo deles: a necessidade de o colaborador cessar completamente a prática do ilícito.

2.2.5.2. Cessação completa no envolvimento do ilícito

Assim como ocorre no programa de leniência do direito antitruste, existe no art. 16, §1º, inciso II da LAC, o requisito pelo qual se exige do colaborador o compromisso de que se interrompa a prática ilícita delatada. Em que pese tal requisito pareça ser uma “consequência lógica da proposta de leniência”¹⁶¹, a literatura ainda encontra espaço para uma crítica, a qual este autor, conforme já se manifestou a respeito¹⁶², entende ser o caso de um preciosismo exacerbado.

Conforme se vê pelas ideias Márcio Ribeiro¹⁶³ e Modesto Carvalhosa¹⁶⁴, o legislador parecer ter cometido uma atecnia em prever tal requisito sem temperamentos ao programa de leniência.

Isso porque, diferentemente do que ocorre em cartéis, conforme se vê nos ilícitos previstos na LAC, existem tipos administrativos que não são de caráter

¹⁶¹ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 125.

¹⁶² Cf. Capítulo II, item 2.1.5.2, *supra*.

¹⁶³ RIBEIRO, Márcio Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 237.

¹⁶⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846/2013* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 384.

continuado. Razão pela qual seria ilógico se requerer que determinado agente cesse uma prática que tenha ocorrido de forma pontual.

Em que pese tais argumentos se revistam de certa razão lógica, entende-se, assim como Valdir Simão e Marcelo Vianna, que “o intuito da norma permanece o válido, ao se exigir que o proponente do acordo não esteja mais incorrendo na conduta delitiva¹⁶⁵. Para que, assim, caminhem no sentido erradicação de ilícitos, sobretudo, ilícitos de corrupção que, conforme é de amplo conhecimento, assolam o Brasil.

2.2.5.3. Admissão do ilícito e cooperação com o processo

O terceiro requisito, previsto no art. 16, §1º, inciso III, refere-se à necessidade de a empresa confessar a participação no ilícito objeto da delação, bem como que se comprometa a cooperar permanentemente com as investigações do processo, incluindo aí, o comparecimento, sob suas expensas, a todos os atos processuais, quando lhe for solicitado.

Trata-se de reprodução idêntica ao requisito previsto no programa de leniência antitruste. Contudo, em razão da LAC se tratar de um universo bastante diferente daquele na legislação do CADE, é importante que se faça algumas considerações.

Primeiro, pela natureza do instrumento, é decorrência lógica da confissão o fato de a empresa ter de admitir a sua participação no ilícito. Ora, até porque só será caso de acordo de leniência, conforme resta claro pela leitura da cabeça do art. 16, se o colaborador estiver envolvido no ilícito¹⁶⁶. Caso contrário, as informações prestadas estarão mais associadas a uma denúncia ou representação acerca ocorrência de determinado ilícito, opção essa que o informante fala do fato ilícito como um terceiro.

Além dessa, existe outra peculiaridade decorrente da legislação anticorrupção que merece mais atenção: trata-se da relação entre a admissão do ilícito e a assunção da responsabilidade objetiva por parte da pessoa jurídica colaboradora e seu potencial risco de desvirtuamento. Explica-se.

Conforme se vê na lei anticorrupção, especificamente pela previsão do art. 2, é inerente ao sistema sancionatório da legislação, que a pessoa jurídica assuma

¹⁶⁵ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 125.

¹⁶⁶ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 125.

objetivamente a responsabilidade pelos atos praticados pelas pessoas físicas, desde que dos delitos resultem benefícios, exclusivos ou não, à empresa.

Tal situação parece ter chamado a atenção de Valdir Simão e Marcelo Vianna, uma vez que temem os autores que tal assunção de responsabilidade da empresa possa ser uma brecha para a impunidade de pessoas físicas, as quais, de fato, são as responsáveis pela prática de ilícitos, vejamos:

O que se quer aqui assinalar é que a pessoa jurídica deve assumir sua responsabilidade objetiva em face do ato cometido por uma pessoa natural. [...]. O que não se admite é a pessoa jurídica assumir em seu nome a conduta praticada por uma pessoa natural, sob o pretexto de ocultar a identidade dela e, assim, frustrar a completa elucidação dos fatos.¹⁶⁷

Por fim, quanto ao requisito da necessidade de plena cooperação, tal medida parece ser, como dito, um meio de barateamento do processo sancionador e decorrência lógica da postura daquele que decide por cooperar com a Administração Pública na prática de ilícitos que teve envolvimento.

2.3. Comparações dos modelos e conclusões

Nos parágrafos anteriores, discorreu-se sobre as características dos principais programas de leniência da legislação brasileira (previstos na lei do CADE e na LAC), tentando, assim, buscar informações para se ter aparato suficiente para fundamentar a conclusão que se chegará ao final deste tópico, qual seja: o programa de leniência da LAC não é detentor de todos os parâmetros necessários para, sob o ponto de vista de Leslie – e, portanto, também da teoria dos jogos – induzir os eventuais infratores à confessarem seus ilícitos. Dito isso, passa-se, então, a demonstrar quais são os elementos que embasam tal conclusão.

Rufino, em 2015, elaborou um consistente trabalho tendente a analisar se o programa de leniência previsto na lei antitruste brasileira é, à luz da teoria dos jogos, detentor de quesitos suficientes a incitar a confissão por parte dos agentes envolvidos na prática de um cartel. A partir dele (do trabalho), chegou-se à conclusão de que, sim, o programa previsto na lei antitruste era capaz de tornar a opção por delatar atraente aos agentes dos ilícitos¹⁶⁸. Para isso, o autor elegeu um modelo paradigma

¹⁶⁷ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 126.

¹⁶⁸ RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 60-61.

– que era formado pelos elementos propostos por Christopher Leslie¹⁶⁹, os quais, em conjunto, definiam algumas medidas que um programa de leniência deveria tomar para provocar confissões – e o comparou com o programa de leniência da lei antitruste nacional de forma que quanto mais próximo o programa de leniência fosse do modelo pensado por Leslie, mais efetivo seria.

Em síntese, é isso que se pretende fazer no presente tópico. Assim como fez Rufino, compararemos os elementos do programa de leniência da lei anticorrupção com os elementos propostos por Leslie para, então, definir se o sistema de leniência analisado está, ou não, incitando os infratores a confessarem seus delitos.

Em suma, o trabalho de Leslie – o qual já se teve a oportunidade de se discorrer a respeito ainda que parcialmente neste trabalho – definiu alguns elementos que foram pensados a partir da teoria dos jogos, que, sob seu ponto de vista, tornariam um programa de leniência mais atrativo e, portanto, mais eficiente em seu papel de combate a ilícitos organizacionais¹⁷⁰. Em estreito resumo, os elementos são os seguintes: (1) ter o programa de leniência a previsão de imunidade total e automática¹⁷¹; (2) existir um elemento temporal de forma a recompensar aquele que primeiro buscar a autoridade investigadora¹⁷²; (3) a opção por não confessar ter um custo amplificado¹⁷³⁻¹⁷⁴.

¹⁶⁹ LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. *Journal of Corporation Law*, p. 435-488, 2006.

¹⁷⁰ Importa dizer que tanto o estudo de Leslie, quanto o de Rufino eram direcionados à análise e repressão de cartéis. Contudo, considerando as semelhanças existentes entre o cartel e alguns ilícitos de corrupção praticados de forma grupal (entendendo, inclusive, que o cartel também pode ser considerado como ilícito de corrupção), entende-se que os estudos de Leslie são plenamente aplicáveis à análise da corrupção (objeto do programa de leniência da LAC).

¹⁷¹ LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. *Journal of Corporation Law*, p. 435-488, 2006, p. 466.

¹⁷² LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. *Journal of Corporation Law*, p. 435-488, 2006, p. 467-473.

¹⁷³ LESLIE, Christopher R. *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*. *Journal of Corporation Law*, p. 435-488, 2006, p. 473-477

¹⁷⁴ Anota-se que, em seu texto, Leslie ainda faz menção a três outros elementos que, por não se aterem ao tema dessa pesquisa, foram suprimidos. O primeiro deles diz respeito à necessidade de se remover a vedação de se pactuar a leniência com o líder do cartel, que por óbvio, por ser um requisito próprio do direito econômico, não deve abordado na análise de um programa de leniência destinado a ilícitos de corrupção. O segundo elemento proposto por Leslie que foi suprimido desta análise trata da proposta de inexistência de um requisito referente a se exigir do agente a necessidade de delatar à autoridade imediatamente após o conhecimento do ilícito que por não se ater ao tema referente aos ilícitos de corrupção e não ser previstos nem na lei do CADE, tão pouco na LAC, não serão abordados no presente trabalho; Por fim, o terceiro item suprimido trata de um proposta que é prevista somente no programa de leniência da lei antitruste: ser vedada a pactuação da leniência quanto a autoridade já detiver elementos suficientes para condenar a o delator.

Exposto o ideário de Leslie, iniciemos, a análise proposta.

Primeiro, no que toca a necessidade de se ter a previsão da imunidade total e automática ao delator, verifica-se que a lei anticorrupção está em desacordo com os elementos propostos por Leslie. Isso porque, conforme se viu, pela previsão art. 16, §2º da LAC, o legislador conferiu tão somente a possibilidade de redução de até 2/3 (dois terços) da multa que eventualmente fosse aplicada. Por outro lado, conforme verificado por Rufino¹⁷⁵, a lei antitruste confere a possibilidade de imunidade total, desde que o delator procure as autoridades antes da deflagração de qualquer investigação acerca do ilícito delatado e, portanto, diferentemente do que ocorre no programa de leniência LAC, está adepto aos ideais de Leslie.

Segundo, no que se refere a necessidade de se ter um elemento que recompense aquele que primeiro buscar a autoridade investigadora com a intenção de cooperar, é possível notar que o programa de leniência da LAC está em acordo com a proposta do autor norte-americano. Isso porque, conforme previsão do artigo 16, §1º, inciso I, se verifica que a LAC aderiu o requisito do primeiro delator, isso é, limitou a assinatura do acordo com aquele que primeiro buscar a autoridade investigadora. E, portanto, recompensa um único agente com a leniência.

Nesse aspecto, conforme demonstrado, se verifica que o programa de leniência da LAC se prestou a cumprir tal elemento idealizado por Leslie no bojo de seu texto legal. Importa ressaltar que o mesmo ocorre com o programa de leniência da lei antitruste¹⁷⁶.

O terceiro, e último elemento de comparação, trata da necessidade de se ter, na legislação, elementos que tornem a opção por não confessar mais custosa. No que toca a esse ponto, vê-se, também, que a LAC está adepta a tal parâmetro. Isso porque, ao se firmar o acordo de leniência, conforme previsão do artigo 16, §2º da LAC, a empresa que confessar será isentada das sanções previstas no inciso II do artigo 6 e a do inciso IV do artigo 19. Já aqueles que não firmarem o acordo, por decorrência lógica, estarão sujeitos às referidas sanções.

¹⁷⁵ RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 57.

¹⁷⁶ RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 58.

Em síntese, as sanções a que o legislador se refere são: (1) publicação extraordinária da decisão condenatória; e (2) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

A primeira delas, referente à publicação extraordinária da decisão condenatória, tem natureza de sanção reputacional¹⁷⁷ e tem como objetivo demonstrar a toda sociedade, com fulcro no princípio da publicidade, um substrato negativo da imagem da empresa que foi responsável pela prática de danos ao bem público por atos de corrupção¹⁷⁸.

Entretanto, em que pese tenha natureza reputacional não se pode negar que tal sanção também é detentora de reflexos patrimoniais, os quais aumentam os custos sofridos pela empresa caso optem por não confessar. A título de exemplo é possível citar alguns dos reflexos patrimoniais, vejamos: (1) se for o caso de a empresa ser detentora de ações negociadas na bolsa de valores, já se verificou que os preços das ações tendem a cair após a publicação¹⁷⁹; (2) a empresa pode ainda ser impedida de firmar novos contratos nacionais ou internacionais, uma vez que serão barradas pelos sistemas de *compliance* das respectivas contratantes¹⁸⁰.

Noutro giro, importa ressaltar que há previsão no âmbito da LAC (cf. se verifica do artigo 17) no sentido de o acordo de leniência isentar as empresas das sanções previstas na Lei Geral de Licitações (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), desde que os atos de corrupção sejam vinculados a processo licitatório ou a contratos administrativos.

¹⁷⁷ RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 188.

¹⁷⁸ RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 193.

¹⁷⁹ RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 193.

¹⁸⁰ Importa ressaltar o grau de rigor destas limitações às contratações em razão dos sistemas de *compliance*. A título de exemplo, se verifica, em vários momentos na experiência dos Tribunais de Contas da União, advogados rogando ao Tribunal que deixe de converter determinado processo fiscalizatório em Tomada de Contas Especial (TCE), sob o argumento de que muitas empresas deixam de contratar a empresa processada pela Corte de Contas, pelo simples fato de se responder um processo de TCE. Dessa forma, se for pensado que muitas empresas deixam de contratar por um processo que, primeiro, sequer teve sua decisão final condenatória; e que se avalia, na maioria das vezes, prejuízos ao erário desvincilhados de atos de corrupção; quem dirá quanto a uma decisão publicada de forma por um ato de corrupção típico. De certo, não haverá contratação.

As principais sanções da Lei Geral de Licitações, conforme se verifica nos artigos 86 a 88, são a declaração de inidoneidade e suspensão de contratar com a Administração Pública. E, de certo, são as sanções mais temidas pelas empresas que buscam a leniência. Isso porque, as grandes empresas brasileiras, muitas vezes, encontram grande parte de suas receitas em contratos com o Estado e, dessa maneira, se forem impedidas de contratar com a Administração Pública, por muitas vezes, é capaz que isso signifique sua falência¹⁸¹.

Questão que corrobora nesse sentido é o resultado do estudo econométrico realizado pelas unidades técnicas da Tribunal de Contas da União com o objetivo de analisar os efeitos da declaração de inidoneidade em face das empresas condenadas pela Corte. Em resumo, o estudo técnico definiu que, em um primeiro momento, as empresas não sofreriam tanto com a medida sancionatória (o que, de certo, há controvérsias¹⁸²), mas, com o passar do tempo a medida poderia trazer uma série de agravamentos econômicos à saúde financeira das empresas condenadas, o que poderia comprometer, inclusive, a possibilidade de se ressarcir o débito que eventualmente fosse imputado em conjunto com a declaração de inidoneidade¹⁸³.

Enfim, o que se tentou demonstrar a partir dessas análises superficiais são os custos que as empresas condenadas pelas sanções lei anticorrupção estão passíveis

¹⁸¹ Tal questão é, inclusive, reconhecida por autoridades do controle externo brasileiro. Nota-se isso pelas palavras do Ministro do Tribunal de Contas da União Benjamin Zymler em palestra ministrada no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) em tema referente à reforma estatal em que dedicou suas palavras, exclusivamente, a comentar a Lei Anticorrupção. (CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA. Reforma do Estado. 2016. (1hr31min57s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fzWlg5jY11c&t=1229s>> Acesso em 1 de abril de 2018).

¹⁸² Conforme se verifica da prática forense no âmbito do Tribunal de Contas da União, que é competente para declarar empresas inidôneas, conforme se vê pelo artigo 46 da Lei 8.443/1992 (Lei orgânica do Tribunal de Contas da União), diversos advogados rogam para que o Tribunal tenha parcimônia ao se utilizar da referida medida sancionatória, pois existem diversas e graves consequências, sobretudo, financeiras para as empresas que assim forem condenadas. Exemplo disso, é possível se verificar pelos argumentos utilizados, inclusive, em sede de sustentação oral, pelos advogados de grandes empreiteiras como Odebrecht e Andrade Gutierrez quando estavam na iminência de serem condenadas inidôneas pela Corte de Contas no âmbito das investigações deflagradas em decorrência dos achados da Operação Lava Jato, especificamente, em processo de fiscalização das obras de construção de Angra III (TC 016.991/2015-0). Em resumo, utilizaram-se de argumentos de que a declaração de inidoneidade, ainda que suspensa, traria diversas empresas diversos prejuízos às empresas, tais como a antecipação compulsória de pagamentos em empréstimos que tenham feito, com a incidência de juros altíssimos. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Sessão ordinária do Plenário do Tribunal de Contas da União. Secretaria das Sessões. 2017 (4hrs28mins15s). Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/sessoes-pautas-e-atas/sessoes/#>>. Acesso em 1 abril de 2018).

¹⁸³ MACEDO, André; FREITAS, Sarah Roriz de. *Aspectos da declaração de inidoneidade pelo TCU: sobre a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública*. O Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-sancionador/aspectos-da-declaracao-de-inidoneidade-pelo-tcu-25082017>> Acesso em: 03/02/2018.

de suportar, desde que decidam por não confessar. Contudo, entende-se que não se precisaria ir tão longe, visto que a literatura especializada parecer estar em consenso quanto às severas sanções previstas na LAC.

Sendo assim, resta claramente demonstrado a afeição do programa de leniência da LAC ao terceiro elemento identificado por Leslie para se ter um programa que seja capaz de incitar, de forma efetiva, confissões dos infratores.

Por outro lado, conforme se verifica por Rufino¹⁸⁴, urge dizer que o programa de leniência da lei antitruste também está em consonância com o terceiro elemento proposto por Leslie, já que, assim como ocorre com as sanções previstas na LAC, para a prática de ilícitos anticoncorrenciais, sobretudo o cartel, a legislação nacional prevê severas sanções não só no âmbito administrativo, mas também em processos judiciais.

Dito tudo isso, para uma melhor visualização das informações aqui expostas, é possível sintetiza-las no seguinte quadro sinóptico, vejamos:

Tabela 3. Comparações dos programas de leniência brasileiros aos elementos de qualidade definidos por Leslie.

Elementos definidos por Leslie	Programa de leniência da LAC	Programa de leniência da lei antitruste.
Previsão de imunidade automática e total ao agente que confessar	Não adepto.	Adepto
Elemento temporal para compensar o primeiro que cooperar	Adepto.	Adepto
Amplificação dos custos da opção por não confessar	Adepto	Adepto.

Fonte: produção própria.

Portanto, com esteio nas informações mencionadas, resta cabalmente demonstrada a conclusão a que se chegou no início deste tópico: ao contrário do que ocorre no programa de leniência da lei antitruste, o programa de leniência da LAC, se analisado sob o enfoque das considerações de Leslie, não está completamente esquematizado para incitar o maior número de confissões dos infratores,

¹⁸⁴ RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015, p. 59.

principalmente, porque não prevê a imunidade total a aquele que for beneficiado com o acordo de leniência.

Pois bem, finalizado o primeiro ponto da pesquisa no que toca as inconsistências presentes no programa de leniência as quais – ao menos do ponto de visto teórico – desestimula as empresas envolvidas atos de corrupção a delatarem seus ilícitos, passa-se a segunda parte da análise que, de alguma de forma também é capaz provocar o mesmo desestímulo, qual seja: a insegurança jurídica decorrente da existência de uma grande *roll* de agentes tendentes a realizar o controle da Administração Pública e, assim, condenar, com suas respectivas competências, os agentes praticam atos ilícitos.

CAPÍTULO III

A insegurança jurídica do programa de leniência da Lei Anticorrupção

Sumário: 3. A insegurança jurídica e o programa de leniência da LAC. 3.1. O Tribunal de Contas da União e os acordos de leniência. 3.1.1. Fiscalização do TCU sobre os acordos de leniência. 3.1.2. Efeitos dos acordos de leniência na jurisdição de contas. 3.2. Das contribuições do TCU a um efetivo programa de leniência. 3.3. Conclusões pontuais.

3. A insegurança jurídica e o programa de leniência da LAC

Como dito, a Lei anticorrupção nasceu em um momento em que o Brasil clamava por soluções em relação ao problema da corrupção pública. Mais do que isso, a lei ainda se prestou a tapar uma lacuna existente¹⁸⁵ na legislação no que toca a responsabilização de pessoas jurídicas, pois, até então, não se tinha, no Brasil, normatização específica para tanto¹⁸⁶.

Com ela (a LAC), o Brasil somou mais uma legislação em meio a tantas outras destinadas ao controle da administração pública.

Além disso, também se abriu um novo espaço para que todas as entidades envolvidas pudessem desempenhar suas respectivas competências. Até porque, em um mesma tipificação de ato ilícito administrativo que é previsto na Lei anticorrupção, no âmbito federal, é possível se verificar as mais diversas consequências em outras instâncias de apuração, tais como: (1) penais ou cíveis, nas quais se atrairia a competência do Ministério Público Federal (MPF); (2) eminentemente cíveis, em que se atrairia a competência da Advocacia Geral da União (AGU); (3) administrativas e correccionais, na qual teria como ator principal a Controladoria Geral da União (CGU); e, por fim, (4) no âmbito administrativo de contas, em que se atrairia as competências constitucionais do Tribunal de Contas da União (TCU).

¹⁸⁵ ZYMLER, Benjamin. *Lei anticorrupção empresarial: uma visão do Controle Externo*. In: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas (Org). Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 11 (jan/jun), 2016, Rio de Janeiro: O Tribunal, p. 14.

¹⁸⁶ Segundo Benjamin Zymler, as autoridades investigadoras utilizavam-se, antes da LAC, da Lei de Improbidade Administrativa e a própria Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União para sancionar as empresas eventualmente responsáveis. Entretanto, em razão de suas fragilidades, por muitas vezes deixava-se as pessoas jurídicas impunes por não se ter aparato normativo própria para tanto (ZYMLER, Benjamin. *Lei anticorrupção empresarial: uma visão do Controle Externo*. In: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas (Org). Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 11 (jan/jun), 2016, Rio de Janeiro: O Tribunal, pp. 14-15)

Frente a essa grande gama de competentes a realizar o controle atos de corrupção, segundo a literatura¹⁸⁷, seria possível ocorrer a situação indesejada na qual uma empresa que, no âmbito do programa de leniência da LAC, buscasse a CGU para firmar um acordo de leniência (e assim o fizesse apenas tendo a Controladoria como signatária), ainda assim estar sujeita a condenações decorrentes de outras entidades em suas respectivas instâncias de apuração. E, pior: que as informações fornecidas a partir do acordo de leniência fossem recebidas como confissão pelo outro ente federal responsável, o qual as utilizariam como meio de prova em nova uma condenação, seja ela judicial ou administrativa.

Nesse sentido, o Ministro Benjamin Zymler do Tribunal de Contas da União criou uma metáfora que muito serve para explicar a situação narrada, vejamos:

Seria como se a empresa e seus dirigentes estivessem submetidos a um pelotão de fuzilamento com três soldados: a CGU, podendo declarar a inidoneidade com fulcro nas normas de licitações; o Ministério Público, podendo ajuizar ações civis, administrativas e penais; e o TCU, também podendo declarar inidôneas as empresas. Se você faz o acordo de leniência com ator só, de nada adianta, porque “as balas dos outros atiradores” podem te atingir.¹⁸⁸

A aludida situação, então, não exprime outro cenário, senão o de extrema insegurança jurídica e que, de certo, é levada em consideração no momento de a empresa tomar a decisão em procurar o Poder Público para firmar a leniência.

É certo que a intenção do legislador em se criar um grande leque de agentes responsáveis pelo controle da Administração nas mais variadas instâncias de atuação, nunca foi a de se instalar a insegurança jurídica. Pelo contrário, foi de tão somente aumentar o poder persecutório do Estado em relação aos ilícitos que se decidiu combater¹⁸⁹.

Assim, não há que se falar que tal situação possa ocorrer. Devendo, de pronto, ser combatida pelos próprios responsáveis no objetivo de – ao se aglomerar todas as

¹⁸⁷ ZYMLER, Benjamin. *Lei anticorrupção empresarial: uma visão do Controle Externo*. In: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas (Org). Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 11 (jan/jun), 2016, Rio de Janeiro: O Tribunal, p. 22.

¹⁸⁸ ZYMLER, Benjamin. *Lei anticorrupção empresarial: uma visão do Controle Externo*. In: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas (Org). Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 11 (jan/jun), 2016, Rio de Janeiro: O Tribunal, p. 22-23.

¹⁸⁹ HIGINO, Carlos. *Controle e acordos de leniência: Lei 12.846/2013*. In: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas (Org). Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 11 (jan/jun), 2016, Rio de Janeiro: O Tribunal, p. 55.

“ilhas de controle”¹⁹⁰ da Administração – buscar a segurança jurídica daquele que decidiu cooperar com as autoridades.

Feito esse breve introito, importa dizer, então, que esse será o objeto de análise nos próximos parágrafos. Contudo, direcionaremos o estudo tão somente a atuação de um dos “soldados do pelotão” presentes na situação hipotética criada pelo Min. Benjamin Zymler, qual seja: o Tribunal de Contas da União.

Conforme será demonstrado, dentro dos limites de suas competências, a Corte de Contas muito auxiliou as investigações já conduzidas no âmbito da Operação Lava Jato, assim como protagonizou o primeiro passo para que se criar a situação já pretendida por grande parte da doutrina¹⁹¹, que é a criação de um balcão único composto por todos os legitimados a fiscalizar atos de corrupção para, assim, em prestígio a segurança jurídica (o que, em última análise, também estimula as confissões), se ter, em um único acordo, o aval de todos os pretensos entes competentes a exarar alguma decisão condenatória em desfavor da empresa colaboradora.

3.1. O Tribunal de Contas da União e os acordos de leniência

O Tribunal de Contas da União é um órgão vinculado ao Poder Legislativo, inserido nas chamadas instituições superiores de autoria externa (*Supreme Audit Institutions*)¹⁹², cuja função, segundo textos dos artigos 70 e 71 da Constituição Federal de 1988, é realizar, em auxílio ao Congresso Nacional, o controle externo da

¹⁹⁰ Urge anotar que esse termo foi utilizado pelo Ministro do Tribunal de Contas da União para definir a situação que se encontra a atuação da Administração Pública Federal. Ou seja, se verifica, atualmente, a existência de vários entes responsáveis pelo controle, mas que mantêm seus respectivos poderes-deveres ilhados, isso é, sem uma atuação sistêmica e transação de informações, fazendo, assim, com que se verifique situações de insegurança jurídica para os administrados e falta de eficiência no trabalho da própria Administração. (CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA. Reforma do Estado. 2016. (1hr31min57s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fzWlg5jY11c&t=1229s>. Acesso em 1 de abril de 2018).

¹⁹¹ ZYMLER, Benjamin. *Lei anticorrupção empresarial: uma visão do Controle Externo*. In: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas (Org). Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 11 (jan/jun), 2016, Rio de Janeiro: O Tribunal, p. 22.

¹⁹² Segundo Carlos Ari Sundfeld, *et al*: “O TCU, na condição de uma *Supreme Audit Institution*, integra a *Internacional Organization of Supreme Audit Institution* (INTOSAI). Trata-se de uma organização internacional com *status* consultivo no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, responsável por reunir instituições superiores de auditoria externa de todo o mundo. No total, a INTOSAI tem 192 membros, dentre os quais destaco, para fins ilustrativos, o *Government Accountability Office* (Estados Unidos da América); o *National Audit Office* (Reino Unido); a *Cour de Comptes* (França); e o Tribunal de Contas (Portugal). (SUNDFELD, Carlos Ari, *et al*. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. Revista Direito GV. São Paulo, v. 13, n. 3 (set-dez). 2017, p. 869).

Administração Pública Federal, o que, em outros dizeres mais objetivos, é a função de desempenhar a fiscalização e gerenciamento dos recursos advindos dos cofres federais.¹⁹³

De forma ampla e geral, o Tribunal, no âmbito do *roll* de competências dadas ao controle externo, poderá fiscalizar: (1) os órgãos da Administração Pública Federal direta e indireta; (2) órgãos das administrações públicas estaduais e municipais; (3) pessoas físicas ou jurídicas desde que alguma forma, gerenciem recursos da União¹⁹⁴.

No que refere às competências dadas ao TCU, elas se dividem em duas categorias: (1) uma primeira lista de competências na qual o Tribunal atua em auxílio ao Congresso Nacional; e (2) uma segunda lista de competências na qual a Corte atua de forma independente, exercendo um papel autônomo de controlador da Administração.

Em resumo, quando atua em auxílio ao Congresso, o TCU age em três oportunidades: a primeira, exarando parecer ao Congresso Nacional acerca da regularidade das Contas da Presidência da República¹⁹⁵; a segunda, realizando inspeções e auditorias de cunho financeiro no âmbito dos três poderes da federação quando solicitado pela Câmara dos Deputados, Senado Federal e/ou Comissões técnicas ou de inquérito; na terceira, e última, o TCU exara outro mero parecer técnico acerca da necessidade de se sustar a execução de contratos administrativos, definindo, por meio de acórdão, o grau de irregularidade em que se verifica neles.¹⁹⁶

Por outro lado, em um outro viés de suas competências, no qual atua de forma independente e que é capaz de gerar consequências efetivas aos sujeitos fiscalizados, a Corte de Contas Federal é responsável ainda por: (1) aprovar ou rejeitar contas de responsáveis pela gestão dos recursos públicos federais (pessoas essas diferentes do presidente da república); (2) aplicar multas aos agentes públicos no caso de se encontrar alguma ilegalidade financeira; (3) imputação de débito, quando

¹⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari, *et al.* O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 3 (set-dez), p. 869.

¹⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari, *et al.* O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 3 (set-dez). 2017, p. 869.

¹⁹⁵ Anota-se que a função se limita a mero parecer, uma vez que compete tão somente ao Congresso Nacional exarar a decisão final acerca da regularidade das contas do chefe do Poder Executivo.

¹⁹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari, *et al.* O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 3 (set-dez). 2017, pp. 870-871.

identificado algum ato lesivo que cause danos aos cofres públicos; (4) declarar a inidoneidade dos sujeitos que tiverem fraudado processos licitatórios; (5) determinar a mudança de textos de editais já publicados; e (6) suspender o curso de procedimentos licitatórios quando identificado que eventuais decisões exaradas anteriormente não foram seguidas pelo fiscalizado¹⁹⁷.

Todas essas competências são materializadas por uma série de atos administrativos – que são plenamente passíveis de revisão judicial, muito embora isso suscite certo desconforto na literatura, sobretudo, naquela em que os autores são vinculados ao TCU¹⁹⁸ –, os quais são exarados pelos dois tipos de órgãos colegiados do Tribunal (câmaras e plenário), quais sejam:

As manifestações do plenário e das câmaras do TCU assumem formas específicas. De acordo com o art. 67 de seu Regimento Interno, elas podem ser *instruções normativas* (quando se tratar de disciplinamento normativo de matéria que envolva o público externo em geral – pessoas físicas, órgãos ou entidades sujeitos à jurisdição do TCU); *resoluções* (quando se tratar do disciplinamento normativo de temas internos ao TCU, tais como a aprovação do Regimento Interno); *decisões normativas* (quando se tratar de fixação de critério ou orientação, e não se justificar a expedição de instrução normativa ou resolução); *pareceres* (quando se tratar de manifestação do TCU envolvendo a apreciação de contas do presidente da República); ou *acórdãos* (quando se tratar de deliberação em matéria de competência do TCU não enquadrada nos demais instrumentos decisórios).¹⁹⁹

Dito isso, já se mostra possível adentrar com certa clareza no ponto de encontro que existe entre as atribuições do TCU e os acordos de leniência que, na prática, é possível de ser visto de duas formas distintas: a primeira, se dá pela fiscalização propriamente dita da economicidade dos acordos de leniência, situação essa que é feita, atualmente, pelos ditames da Instrução Normativa n. 74/2015 – TCU; já segunda, que são as influências que os acordos de leniências já firmados exercem sobre a jurisdição do Tribunal de Contas da União. Nos próximos parágrafos, se analisará cada uma delas.

¹⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari, *et al.* O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 3 (set-dez). 2017, p. 872.

¹⁹⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de caso e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2015, p. 127.

¹⁹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, *et al.* O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 3 (set-dez). 2017, p. 873.

3.1.1. Fiscalização do TCU sobre os acordos de leniência

A formalização da fiscalização do Tribunal de Contas da União sobre os acordos de leniência se deu, inicialmente, em fevereiro de 2015, quando o Plenário do Tribunal (por meio do Acórdão n. 225/2015 – TCU/Plenário) aprovou a Instrução Normativa n. 74/2015 (IN 74/2015) cujo objetivo era tornar possível, frente à lacuna da LAC, a fiscalização dos acordos de leniência pelo controle externo.

Em suma, o espírito do Tribunal quando normatizou tal normativo, era o de proteger a competência constitucional da Corte, pois se concluiu que a omissão legal da LAC não seria fator suficiente a afastar o crivo do TCU sobre as avenças de leniência. Até porque, o órgão de controle externo federal é detentor de competências constitucionais, as quais nunca poderiam ser afastadas por meras previsões (ou omissões) infraconstitucionais²⁰⁰.

Foi possível notar, ainda, conforme consignou o Ministro Relator do Acórdão n. 225/2015 – TCU/Plenário, José Múcio Monteiro, que tal medida se deu para assegurar a segurança jurídica aos pretensos signatários dos acordos de leniência, já que a proposta da IN 74/2015, traria, em síntese, a possibilidade de o TCU realizar a fiscalização dos acordos de leniência, concomitantemente, com a CGU ou MPF pelo Tribunal, o que impediria que o TCU analisasse posteriormente o acordo e indicasse novos débitos a serem ressarcidos bem²⁰¹.

Não fosse apenas isso, entendeu-se, também, que como artigo 16, §3º da LAC prevê que o ressarcimento do dano causado ao erário deve ser integral, independentemente das benesses concedidas pela assinatura dos acordos de leniência, bem como que o processo para apuração deste dano a ser ressarcido é a própria Tomada de Contas Especial, o que tornaria, portanto, a atuação do TCU incontestável. Seja durante a assinatura do acordo, ou depois dela²⁰².

²⁰⁰ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 178-179.

²⁰¹ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 177.

²⁰² ZYMLER, Benjamin. *Lei anticorrupção empresarial: uma visão do Controle Externo*. In: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas (Org). *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro* – v. 2, n. 11 (jan/jun), 2016, Rio de Janeiro: O Tribunal, p. 19.

Sem mais delongas, a IN 74/2015 prevê, em seu artigo primeiro, um procedimento dividido em 5 (cinco) fases a ser realizado pelo Tribunal de Contas da União na avaliação dos acordos de leniência, vejamos:

Art. 1º A fiscalização dos processos de celebração de acordos de leniência inseridos na competência do Tribunal de Contas da União, inclusive suas alterações, será realizada com a análise de documentos e informações, por meio do acompanhamento das seguintes etapas:

I – manifestação da pessoa jurídica interessada em cooperar para a apuração de atos ilícitos praticados no âmbito da administração pública;

II – as condições e os termos negociados entre a administração pública e a pessoa jurídica envolvida, acompanhados por todos os documentos que subsidiaram a aquiescência pela administração pública, com inclusão, se for o caso, dos processos administrativos específicos de apuração do débito;

III – os acordos de leniência efetivamente celebrados, nos termos do art. 16 da Lei nº 12.846/2013;

IV – relatórios de acompanhamento do cumprimento dos termos e condições do acordo de leniência;

V – relatório conclusivo contendo avaliação dos resultados obtidos com a celebração do acordo de leniência.

Conforme se verifica das duas primeiras fases do procedimento de avaliação, é possível notar que ocorrem antes mesmo da assinatura do acordo. Ou seja, nesses casos, o TCU atuará ao lado (e ao mesmo tempo) da autoridade investigadora quando essa realizar as negociações prévias com os agentes dos ilícitos.

Por outro lado, conforme se verifica dos três incisos restantes (III a V), se nota que eles se tratam de fases nas quais o Tribunal analisará os documentos vinculados ao acordo, depois de firmado, nas quais atuará como um avaliador de resultados e cumprimento das cláusulas que foram fixadas.

No que toca às aludidas fases da fiscalização, importa ressaltar ainda que, conforme se verifica do artigo 3 da IN 74/2015, a análise definitiva do TCU acerca de cada uma das fases, constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes. Situação essa que, segundo a literatura, dá ao TCU a equivocada posição de homologador dos acordos de leniência²⁰³.

O que, de certo, gerou bastante polêmica no mundo jurídico.

A primeira questão conflituosa que se identifica após a edição da IN 74/2015, foi a proposta de decreto legislativo, originada na Câmara dos Deputados, com o

²⁰³ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 180.

objetivo de se sustar a IN do TCU, uma vez que se alegou que a Corte de Contas estaria, em verdade, usurpando a competência legislativa do Congresso Nacional na medida que inovou o ordenamento jurídico ao se criar nova competência à Corte²⁰⁴.

No mesmo sentido, o Partido Popular Socialista (PPS) opôs, junto ao Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5294, questionando a constitucionalidade da IN 74/2015 com argumentações no mesmo sentido da aludida proposta de decreto legislativo, qual seja: possibilidade de o TCU ter usurpado a competências do Congresso Nacional, por inovar o ordenamento jurídico com a instituição de novas competências, as quais não foram dadas pelo legislativo²⁰⁵.

Não fosse apenas no âmbito do processo legislativo e judicial, é possível ver tal discussão no âmbito da doutrina. Autores como Valdir Simão e Marcelo Vianna apontam que a competência do TCU para fiscalizar os acordos de leniência é, de fato, inafastável. Contudo, pontuam que o ideal, sob seus respectivos pontos de vistas, seria que o TCU não fiscalizasse concomitante aos atos negociais, mas que tão somente criasse um método próprio de quantificação de danos ao erário a ser utilizado pela autoridade negociadora (CGU), tudo isso em nome da segurança jurídica já que a atuação concomitante da Corte de Contas tornaria o procedimento mais complexo e incerto²⁰⁶.

Pontuam também que se, ainda assim, o controle fosse feito em tempo real, que, ao menos, o TCU não tivesse o condão de condicionar a efetividade do acordo como se, de fato, “homologasse” cada fase das negociações da leniência²⁰⁷.

Portanto, se verifica que, no primeiro ponto de interlocução entre o Tribunal de Contas da União e os acordos de leniência, nada é diferente do até aqui exposto: a questão é rodeada de polêmicas. Todavia, sendo a IN 74/2015 válida, ou não, sob o ponto de vista técnico, é, ao menos, prudente reconhecer – sob pena de abalo à segurança jurídica, visto que o Tribunal é um “dos soldados dos pelotões de fuzilamento” - que “[...] o silêncio da lei ordinária não poderia afastar a atribuição [...]

²⁰⁴ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 182.

²⁰⁵ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 183.

²⁰⁶ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. pp. 246-248.

²⁰⁷ SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 248.

do TCU de fiscalizar acordos celebrados na esfera administrativa²⁰⁸, afinal, tratam-se de competências constitucionais que não podem ser afastadas por normas hierarquicamente menores, tais como a LAC.

3.1.2. Efeitos dos acordos de leniência na jurisdição de contas

Além da aludida relação existente entre o Tribunal e os acordos de leniência, isso é, o TCU, de forma efetiva, influenciando a conformação dos acordos de leniência pelos moldes da IN 74/2015, é possível verificar a partir da jurisprudência da Corte que eles (os acordos) também foram capazes de influenciar o TCU.

Nesse sentido, é possível citar a existência de dois acórdãos paradigmáticos que foram prolatados no âmbito do Plenário do TCU, quais sejam: o Acórdão 483/2017 – TCU/Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas; e o Acórdão n. 632/2017 – TCU/Plenário, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, nos quais, respectivamente, a Corte deixou de aplicar a sanção de declaração de inidoneidade e a medida de indisponibilidade de bens para aquelas empresas que firmaram o acordo de leniência com a Administração Federal.

No primeiro caso (Acórdão n. 483/2017 – TCU/Plenário), o Tribunal, no âmbito no TC 016.991/2015-0, realizou auditoria de conformidade junto à Eletrobrás Termonuclear S.A com objetivo específico de se analisar as obras de montagem eletromecânica da Usina Termonuclear de Angra III, cujos consórcios contratados eram formados pelas seguintes empresas: (1) UTC Engenharia S.A.; (2) Construtora Norberto Odebrecht S.A.; (3) Construtora Andrade Gutierrez S.A.; (4) Construtora e Comércio Camargo Corrêa S.A.; (5) Construtora Queiroz Galvão S.A.; (6) Empresa Brasileira de Engenharia S.A.; e (7) Techint Engenharia e Construção S.A.

Na instrução do processo, em razão da comprovada fraude à licitação a partir das provas emprestadas do processo de acordo de leniência celebrado entre a Construtora Camargo Corrêa S.A e o CADE, o Tribunal analisou a necessidade de declarar as empresas fiscalizadas inidôneas com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992.

Em resumo, após a análise dos fatores que circundavam o contrato, decidiu-se, então, com grande valorização à segurança jurídica, exarar a aludida sanção tão

²⁰⁸ DANTAS, Bruno. Acordos de leniência e os limites de atuação de cada órgão. Revista Consultor Jurídico, 28 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-28/bruno-dantas-acordos-leniencia-limites-atuacao-orgaos>> Acesso em: 2 de abril de 2018.

somente àquelas empresas que não tinham firmado acordos de leniência junto ao Poder Público.²⁰⁹

Já no segundo caso (Acórdão n. 632/2017 – TCU/Plenário), o Tribunal, ao analisar os autos do TC 009.834/2010-9, que se cuidava de auditoria realizada nas obras de implantação da Unidade de Destilação Atmosférica e a Vácuo (UDAV), da Unidade de Hidrocraqueamento Catalítico (UHCC) e da Unidade de Coqueamento Retardado (UCR), todas do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (COMPERJ) e identificar irregularidades tais como: (1) superfaturamento decorrente de sobrepreço; (2) contratação direta realizada de forma irregular; e (3) adoção de regime de execução contratual antieconômico, se debruçou, então, sobre a necessidade de se declarar a indisponibilidade de bens das empresas contratadas para garantir o efetivo ressarcimento do erário federal.

Contudo, ao sopesar, novamente, os fatores que circundavam os contratos e, inclusive, a jurisprudência da Corte no sentido de diferenciar as sanções a serem aplicadas entre as empresas que tivessem firmado acordos de leniência das que não firmaram, o Tribunal entendeu razoável não decretar a medida de indisponibilidade de bens à empresa Andrade Gutierrez S.A, haja vista que havia firmado, anteriormente, acordo de leniência junto Ministério Público Federal.²¹⁰

Portanto, a partir dos entendimentos expostos, é possível concluir que o Tribunal de Contas da União, em que pese entenda que sua competência não pode ser abalada pelas cláusulas definidas em acordos de leniência, atua com certa parcimônia quando está a analisar as empresas que cooperam com o Poder Público. Por outro lado, é possível dizer, ainda, sem pestanejos, que os acordos de leniência influenciam as tomadas de decisões da Corte de Contas.

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 016.991/2015-0, Acórdão n. 483/2017 do Plenário do Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A483%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em 4 de abril de 2018.

²¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 009.834/2010-9, Acórdão n. 632/2017 do Plenário do Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2232842/DTRELEVANCIA%20desc/false/1> Acesso em 4 de abril de 2018.

3.2. Das contribuições do TCU a um efetivo programa de leniência

Para além das questões referentes aos efeitos da leniência nos processos do TCU, ou, ainda, o efeito do TCU sobre os acordos de leniência, é certo que a entidade proferiu vários atos tendentes a contribuir para um programa de leniência mais efetivo. A própria IN 74/2015 é um exemplo disso, muito embora, conforme demonstrado, seja algo que é rodeado de controvérsias.

Mas, além dela, existem ao menos duas outras medidas tomadas pela Corte de Contas que trouxeram alterações significativas ao programa de leniência da LAC, quais sejam: (1) a elaboração de um método de quantificação dos danos ao erário decorrentes de licitações cartelizadas, o qual aponta que o cartel, por si só, gerou um sobrepreço de 17% nos preços contratuais; (2) a proposta e criação de um grupo de trabalho composto por todos os membros de controle da administração passíveis a condenar atos de corrupção para, assim, de forma coordenada, tornar possível a figura de um balcão único para se firmar acordos de leniência.

A primeira das medidas tomadas pelo TCU, conforme introduzido, se trata do estudo econométrico realizado, no âmbito do Acórdão n. 3.089/2015 – TCU/Plenário (acórdão esse prolatado no âmbito do TC 005.081/2015-7).

O referido estudo se deu no sentido de se criar um método novo para se calcular a extensão do dano ao erário decorrente do sobrepreço (*overcharge*) suportado pela cartelização das licitações da Petrobrás.

Para além disso, segundo o TCU, o estudo também se prestou a ser o novo método a ser utilizado para que se possa verificar, pelo Tribunal, a higidez dos acordos de leniência firmados em razão dos ilícitos desmantelados na Petrobrás²¹¹ sobretudo, para se avaliar o correto ressarcimento integral dos danos ao erário.

Tudo isso se fundamentou porque, em análise perfunctória, a Corte se mostrou preocupada com os acordos de leniência que haviam sido firmados pelo Ministério

²¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 005.081/2015-7, Acórdão n. 3.089 do Plenário do Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3089%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em 4 de abril de 2017.

Público Federal, visto que, segundo o TCU, os membros do *parquet* estavam apontando valores irrisórios como débito a ser ressarcido.

Corroborando a isso, as palavras do Ministro Benjamin Zymler do Tribunal de Contas da União (que foi o relator do acórdão que apresentou o aludido estudo econométrico), quando se referiu ao acordo de leniência firmado com a Construtora Camargo Corrêa, são bastante pertinentes de serem reproduzidas, vejamos:

O valor de R\$ 700 milhões foi tido como uma coisa extraordinariamente elevada. Realmente, em termos de acordo de leniência, ele é muito significativo. Mas, ele é um valor irrisório frente ao potencial dano que a Camargo Corrêa, por exempli, pode ter causado ao erário só em Abre e Lima. Só em 40% da usina de coqueamento, de R\$ 1,4 bilhão, detectamos R\$ 700 milhões (em irregularidades), que é o valor do acordo de leniência. Eu não sei se os membros do Ministério Público, o próprio juiz (Sério) Moro (que cuida da investigação Lava-Jato) tenham dimensão do *iceberg*. Talvez tenham descoberto só a ponta do *iceberg*. Por isso, o tribunal deve agir com toda a agilidade possível.²¹²

Pois bem, definido o contexto, passa-se, então, ao estudo realizado pela Corte de Contas. Em resumo, para se chegar a tal conclusão, o TCU se prestou a analisar e comparar tecnicamente dois cenários: o factual e o contrafactual. O primeiro deles (factual) seria o cenário maculado com o cartel. No caso concreto, o aludido cenário seria composto pelos preços contratados pela Petrobrás, vez que já era conhecida a existência do cartel, só não se sabia a extensão de seus danos. Já o segundo (contrafactual), que seria construído de forma científica, seria um cenário ideal no qual a estatal contrataria os serviços sem se estar em um ambiente adoentado pelo cartel. A diferença, então, dos preços entre o cenário factual e contrafactual, seria o sobrepreço pago indevidamente pela Petrobrás.²¹³

Dessa forma, após ser realizada a montagem técnica do cenário contrafactual, verificada sua diferença com o cenário factual e seu resultado ter sido testado de forma estatística, o Tribunal de Contas da União chegou à conclusão de que a Petrobrás, unicamente em razão do cartel - o que, desde logo, aponta para um cálculo

²¹² Ministro do TCU critica acordo de leniência entre Camargo Corrêa e Ministério Público. *O Globo*, em 26.08.2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-dez-28/bruno-dantas-acordos-leniencia-limites-atuacao-orgaos>> Acesso em 2 de abril de 2018.

²¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 005.081/2015-7, Acórdão n. 3.089 do Plenário do Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3089%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em 4 de abril de 2017.

conservador, já que se afasta da análise todos os outros tipos de superfaturamento²¹⁴ - pagou em seus contratos, em média, um sobrepreço (*overcharge*) de 17%²¹⁵.

Importa ressaltar que, segundo o estudo do próprio TCU (desenvolvido no âmbito do próprio Acórdão 3.089/2015 – TCU/Plenário), tal percentual estaria revestido de um alto grau de precisão, já que os resultados foram testados estatisticamente e, sob outra ótica, estariam em consonância com a experiência internacional na definição de *overcharges* decorrentes do cartel, a qual aponta, em média, o percentual de 20% de sobrepreço²¹⁶.

Para finalizar as considerações acerca da primeira contribuição do TCU quanto a um programa de leniência efetivo, importa dizer que, conforme se verifica da Ação de Improbidade Administrativa n. 5011396-27.2016.4.04.7000, ajuizada pela Advocacia Geral da União junto à Justiça Federal do Paraná com o objetivo de ver empresas punidas frente a ilícitos e danos causados contra o patrimônio da Petrobrás (e, conseqüentemente da União) descobertos no âmbito da Operação Lava Jato, a AGU fez uso do referido estudo técnico do TCU, justamente, para ser o modelo que embasa a quantificação dos danos suportados pelo erário²¹⁷.

²¹⁴ Conforme se verifica OT – IBR 005/2012, existem ao menos cinco outros tipos de superfaturamento, quais sejam: superfaturamento por quantidade, por qualidade, por jogo de planilha, por alteração de cláusulas financeiras e por superdimensionamento. (BRASIL. Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas. OT – IBR 005/2012. Apuração do sobrepreço e superfaturamento em obras públicas. Ibraop: 2012, p. 5).

²¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 005.081/2015-7, Acórdão n. 3.089 do Plenário do Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3089%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em 4 de abril de 2017

²¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 005.081/2015-7, Acórdão n. 3.089/2015 do Plenário do Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3089%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em 4 de abril de 2017

²¹⁷ Importa dizer, por oportuno, que de forma alternativa ao modelo econométrico do Tribunal de Contas da União, a AGU propôs a quantificação do débito por intermédio da *teoria do produto bruto*, a qual, fruto de tese de mestrado do Advogado Geral da União André Luiz de Almeida Mendonça, traz um outro método de quantificação do dano, que seria, ao nosso ver, mais injusto. Qual seja: segundo Mendonça, a teoria, na prática, resultaria na anulação dos contratos administrativos firmado, já que eivados de fraude (cartel), e exigiria que as contratadas demonstrassem seus custos com as obras já firmadas, para que, assim, se evitasse o enriquecimento ilícito do Poder Público. Anota-se que, por esse modelo, as empresas seriam remuneradas tão somente pelos custos, não havendo que se falar em lucros. (MENDONÇA, André Luiz de Almeida. *Recuperación de activos procedentes de la corrupción*. Universidade de Salamanca: 2013, pp. 187-203)

Já a segunda contribuição diz respeito a uma questão muito mais simples, mas igualmente importante, qual seja: a proposta efetiva de integração entre todos os órgãos responsáveis por realizar o controle da Administração Pública, ao menos, no que toca aos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção.

Tal questão se deu, especificamente, por proposta do Ministro do Tribunal de Contas da União João Augusto Ribeiro Nardes, a qual foi referendada pelo Plenário da Corte no dia 12 de julho de 2017²¹⁸.

Em miúdos, a proposta da aludida autoridade tratou de se criar um grupo de trabalho, vinculado ao protocolo de intenções, firmado em 6 de dezembro de 2010, para articulação entre o (1) Ministério Público Federal, (2) Ministério da Transparência e Controladoria Geral União (CGU), (3) Advocacia Geral da União (AGU), (4) Tribunal de Contas da União (TCU) e (5) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e, assim, tornar possível que todos essas entidades possam trabalhar em conjunto quando da fixação de cláusulas dos acordos de leniências com as empresas que eventualmente buscarem o Poder Público com a intenção de cooperar.

Ou seja, trata-se do primeiro passo para se criar um balcão único entre as entidades responsáveis pelo controle da Administração. Tal questão é importante, pois, conforme mencionado pelo Ministro que trouxe a referida proposta, muito embora todos os aludidos responsáveis já tivessem, de alguma forma, se manifestado nesse sentido, isso é, terem prezado pela atuação coordenada das entidades responsáveis pelo controle, nenhum deles havia tomado o primeiro passo para tanto. Razão essa que, inclusive, foi um dos motivos pelo que levou o Tribunal a agir.

Além disso, tal questão ainda exprime consistente relevo, pois em que pese nada impeça as aludidas autoridades de firmar ou controlar os acordos de leniência de forma individual, a sua atuação coordenada e conjunta é fator que pode ser o diferencial entre o sucesso e o insucesso do programa de leniência da LAC.

Isso porque, conforme demonstrado anteriormente, ocorrendo a situação apenas um dos entes responsáveis firmar o acordo (sem a participação dos demais), suas disposições e ilícitos referentes estarão, ainda, suscetíveis ao controle dos

²¹⁸ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Sessão ordinária do Plenário do Tribunal de Contas da União do dia 12 de julho de 2017. Secretaria das Sessões. 2017 (2hrs56mins56s). Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/sessoes-pautas-e-atas/sessoes/#>>. Acesso em 1 abril de 2018.

outros, o que pode fazer cair por terra a função do programa. O que, de certo, não parece ter sido a intenção do legislador.

3.3. Conclusões pontuais

Os ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, conforme demonstrado, são capazes de incitar diversas competências diversos órgãos responsáveis pelo controle da Administração Pública. Um deles, é o Tribunal de Contas da União, entidade que é integrante do controle externo e cujas competências são inafastáveis, já que previstas na ordenação maior: a Constituição Federal, razão pela qual que, independentemente, de a LAC, em seu texto atual, omiti-lo, ele (o TCU) deve agir, seja concomitantemente às negociações dos acordos, seja posteriormente.

Contudo, restou demonstrado que a atuação posterior não é preferível sob o ponto de vista da segurança jurídica, já que pode gerar novas condenações pelos mesmos atos confessados pelos agentes dos ilícitos (dos quais, supostamente, já havia sido concedida a leniência). O que, de certo, pode ser considerado como desmotivador algo desmotivador para quem esteja em processo de tomada de decisão para se firmar a leniência, já que enseja a falta de clareza do procedimento.

Todavia, ainda que em situações de fiscalização posterior (ainda que usando das informações dos acordos de leniência), o TCU vem demonstrando o mínimo de sabedoria em cotejar as sanções, deixando claro que: para que não ocorra o desvirtuamento do instrumento da leniência, há que se tratar de forma desigual aqueles que resolveram cooperar com a Administração Pública. Até porque, em muitos casos, como reconhecido pela própria Corte de Contas, o Poder Público muito dificilmente conseguiria arcabouço probatório suficiente para sequer conhecer dos ilícitos, tão pouco condenar alguém a respeito. E, tudo isso se deu, repisa-se, graças à cooperação do agente que decidiu dismantelar o ilícito.

Não fosse apenas isso, o TCU, no que toca ao programa de leniência da LAC, foi que deu o primeiro passo para se alcançar um modelo seguro de leniência, justamente no momento que estimulou a criação do balcão único formado com todos os responsáveis do controle e guarda da probidade administrativa.

Razão pela qual que, à guisa de conclusão, é forçoso reconhecer: (1) a potente insegurança jurídica do atual modelo de leniência da LAC, já que, quando da assinatura da leniência, abre espaço para atuação singular das entidades

responsáveis do controle da Administração e, assim, ignora que outras entidades podem condenar a pessoa jurídica colaboradora, tornando ineficaz todo o sentido do instituto; mas, por outro lado, até de forma confortante, (2) existem entidades, como o Tribunal de Contas da União, que atuam no sentido de corrigir as lacunas da legislação, buscando, ao mesmo tempo, um efetivo desmantelamento dos ilícitos pelo direito premial, fazendo *jus* as suas competências constitucionais, mas sem esquecer da segurança jurídica que deve ser reservada aos jurisdicionados, pois ora considera, em suas decisões, diferentes as pessoas jurídicas que firmaram a leniência, ora buscam a atuação coordenada das instituições de controle.

CONCLUSÃO

A lei anticorrupção, conforme insistentemente dito no presente trabalho, além de ser um novo marco legal tendente a suprir a lacuna normativa no que se refere à possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas quanto aos atos que atentem quanto à moralidade pública, se prestou a ser uma verdadeira apaziguadora dos anseios da sociedade quanto aos escândalos de corrupção que ainda assolam país. Contudo, talvez pela velocidade na qual o legislativo a aprovou, a aludida norma já nasceu com diversas arestas que, de certo, necessitam de correção. Uma delas é o seu programa de leniência.

Conforme demonstrado, com esteio na teoria dos jogos – que foi, graças à interlocução das áreas do conhecimento, uma fonte de inspiração pela qual os norte-americanos se guiaram para evoluírem o seu precursor programa de leniência –, se viu que a lei anticorrupção não logrou êxito em fazer com que opção por delatar seja a melhor entre todas as outras opções que estão à disposição dos infratores.

Embora tal conclusão, conforme se viu no final do Capítulo II deste trabalho, tenha se dado, unicamente, pelo fato de o programa de leniência da LAC não ter concedido imunidade total àquele que primeiro firmar a avença, tal quesito não parece, e de fato não é, trivial. Para que se possa concordar com isso, basta se pensar que decidir por confessar um determinado ilícito, e ainda, dismantelar a organização criminosa na qual esteja envolvido, não é uma decisão que pareça ser racional, tão pouco benéfica se, em troca, não se receber a devida proteção, ou prêmio que compense, por parte do Poder Público.

Até porque, como se viu pela racionalidade econômica que existe no processo de tomada de decisão quanto ao desrespeito da norma jurídica, na qual se prevê que determinando agente só decidirá pelo descumprimento da norma se tal atitude lhe trazer uma utilidade esperada, tal raciocínio, também, pode ser aplicado para a tomada de decisão no sentido de se cessar a prática: só se cessará determinada prática (ainda mais uma prática bastante lucrativa, como a corrupção), sob o ponto de vista econômico-jurídico, se tal postura for vantajosa. Seja porque se teme por ser descoberto, seja porque a lei lhe dá benefícios para tanto.

Ademais disso, se for levado em consideração a premissa básica que se escora um instrumento de investigação que se baseia na cooperação do investigado, tal questão (a falta de atratividade à confissão) se mostra, ainda mais, preocupante. Até porque, sem ela – a confissão –, um programa de leniência não surtirá efeito algum.

Soma-se a isso, ainda, a questão da insegurança jurídica trazida pelo programa de leniência previsto na lei anticorrupção, a qual foi exposta de forma específica no terceiro capítulo desta pesquisa.

Ora, se já não bastasse a ideia de que não se terá a imunidade total pela confissão, a possibilidade de, ainda sim, ser condenado por outra entidade que, surpreendentemente, é apenas outro braço da mesma Administração Pública Federal com que se firmou a leniência, faz cair por terra, ao menos sob o ponto de vista teórico, qualquer possibilidade de a opção por delatar ser uma boa escolha (tão pouco a melhor) a ser tomada pelo agente do ilícito.

Portanto, à guisa de conclusão, resta claro que o programa de leniência da lei anticorrupção merece alteração em seus termos, seja nos seus requisitos de sua conformação, os quais não incitam de forma efetiva à confissão dos agentes envolvidos em práticas de corrupção, principalmente porque não confere a benesse da isenção integral das sanções, seja em uma conformação mais coordenada em todas as entidades de controle da Administração Pública, sobretudo, no âmbito Federal. A boa notícia é que, até que isso ocorra, quer parecer que as entidades de controle, aos menos o Tribunal de Contas da União, parecem estar, de alguma forma, se esforçando para conseguirem a coordenação que já deveria estar prevista em lei.

BIBLIOGRAFIA

AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Reinaldo Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: Journal of Political Economy, v. 76, n. 2, 1968

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. Tradução: Denise Agostinetti. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>.

_____, Tribunal de Contas da União. Sessão ordinária do Plenário do Tribunal de Contas da União do dia 12 de julho de 2017. Secretaria das Sessões. 2017 (2hrs56mins56s). Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/sesoes-pautas-e-atas/sesoes/#>>.

_____, Tribunal de Contas da União. Sessão ordinária do Plenário do Tribunal de Contas da União. Secretaria das Sessões. 2017 (4hrs28mins15s). Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/sesoes-pautas-e-atas/sesoes/#>>

_____. Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas. OT – IBR 005/2012. Apura o do sobrepreço e superfaturamento em obras públicas. Ibraop: 2012,

_____. Tribunal de Contas da União. TC 003.166/2015-5, Acórdão 824/2015 do Plenário do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A824%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>

_____. Tribunal de Contas da União. TC 005.081/2015-7, Acórdão n. 3.089 do Plenário do Tribunal de Contas da União, 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3089%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>

_____. Tribunal de Contas da União. TC 009.834/2010-9, Acórdão n. 632/2017 do Plenário do Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2232842/DTRELEVANCIA%20desc/false/1>

_____. Tribunal de Contas da União. TC 016.991/2015-0, Acórdão n. 483/2017 do Plenário do Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMA>>

CORDAO%253A483%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>

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

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA. Reforma do Estado. 2016. (1hr31min57s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fzWlg5jY11c&t=1229s>>

COOTER, Robert D. The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint, 75 Fordham L. Rev. 1275-1285, 2006, p. 1276. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss3/7>>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira In: NASCIMENTO, Melillo Dinis Do (Org.). Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldinho Pinheiro (Org.). Lei Anticorrupção. Salvador. Juspodivm, 2015

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 7. Ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudo de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2015

GOMES Jr., Lúcio Alberto. A delação premiada na defesa da concorrência: perspectiva para a política brasileira de leniência no combate a cartéis. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina: 20

GONÇALVEZ, Livia Cardoso Viana. O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Coord.). Pós-graduação em direito público – UnB: coletânea de artigos. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010,

HAMMOND, Scott. Cornerstones of an Effective Leniency Program in ICN Workshop on Leniency Programs, Australia, 2004. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>>

HIGINO, Carlos. Controle e acordos de leniência: Lei 12.846/2013. In: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas (Org). Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 11 (jan/jun), 2016, Rio de Janeiro: O Tribunal

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KLOUB, Jindrich. Using leniency to fight hard core cartels: leniency as the most effective tool in combating cartels, paper presented at the OECD LACF, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/2009%20LACF_UsingLeniencytoFightHardCoreCartels.pdf>

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; BELLANTUONO, Giuseppe. Introduction: Exploring Linkages. In: LARA, Fabiano Theodoro de Rezende; BELLANTUONO, Giuseppe (Org.). Law, Development and Innovation. 1. ed. Cham: Springer International Publishing, 2015

LESLIE, Cristopher R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. Journal of Corporation Law, p. 435-488, 2006

MACEDO, André; FREITAS, Sarah Roriz de. Aspectos da declaração de inidoneidade pelo TCU: sobre a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública. O Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/direito-sancionador/aspectos-da-declaracao-de-inidoneidade-pelo-tcu-25082017>>

MARRARA, Thiago. Leniência do Estado: lei anticorrupção permite que o inimigo vire colega. Consultor Jurídico, 15/11/2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>>

MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência: A política econômica de combate a cartéis (dissertação). Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2004

MENDONÇA, André Luiz de Almeida. Recuperación de activos procedentes de la corrupción. Universidade de Salamanca: 2013,

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015

Ministro do TCU critica acordo de leniência entre Camargo Corrêa e Ministério Público. O Globo, em 26.08.2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-dez-28/bruno-dantas-acordos-leniencia-limites-atuacao-orgaos>>

MOTTA, Massimo. POLO, Michele. Leniency Programs and cartel prosecution. 28 set. 2011. Disponível em: <<http://ces.univ-paris1.fr/membre/tropeano/pdf/polconc/mottapoloijio.pdf>>

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Leniência, uma história em construção: segurança jurídica e atuação do estado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/observatorio-constitucional-acordo-leniencia-historia-construcao>.

MUSSI, Douglas Miranda. Leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica. Universidade Federal de Minas Gerais: 2017

NASCIMENTO, Melillo Dinis Do (Org.). Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016

PEREIRA, Guilherme Teixeira. Política de Combate a Cartel no Brasil: uma Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática, FGV: 2011

RIBEIRO, Márcio Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017

RUFINO, Victor Santos Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015,

_____, Victor Santos. Os fundamentos da delação: análise do programa de leniência do CADE à luz da teoria dos jogos. Universidade de Brasília: 2016

SALES, Marlon Roberth. BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. In: Revista do Direito Público, Londrina, v. 10, n. 3, p. 31 50, set/dez, 2015

SANTOS, José Anacleto Abduch et al. Comentários à Lei 12.846: Lei anticorrupção. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

SARTINI, Brígida Alexandre, et al. Uma introdução a Teoria dos Jogos. Universidade Federal da Bahia, II Bienal da SBM, 2004

SIMÃO, Valdir Moyses. VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. Acordo de leniência: avanço ou precipitação? In: Revista do IBRAC, São Paulo: 2001, v. 8, n. 2,

SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et Impera: Optimal Leniency Programs. Stockholm, School of Economics: 2005

_____, Giancarlo. Leniency and Whistleblowers in Antitrust. In: BUCCIROSSI, P. (Ed.). Handbook of Antitrust Economics. Boston: M.I.T. Press, 2008,

_____, Giancarlo. Optimal Leniency Programs. FEEM, Working Paper n. 42, de 13 de maio de 2000

SUNDFELD, Carlos Ari, et al. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. Revista Direito GV. São Paulo, v. 13, n. 3 (set-dez). 2017

ZOCKUN, Maurício. Vinculação e discricionariedade no acordo de leniência. Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>>.

ZYMLER, Benjamin. Lei anticorrupção empresarial: uma visão do Controle Externo. In: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas (Org). Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 11 (jan/jun), 2016, Rio de Janeiro: O Tribunal