

EDUARDO COUTO DANTAS JUNIOR

**OS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO NAS INFRAÇÕES LICITATÓRIAS E DE CORRUPÇÃO**

**BRASÍLIA
2018**

EDUARDO COUTO DANTAS JUNIOR

**OS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO NAS INFRAÇÕES LICITATÓRIAS E DE CORRUPÇÃO**

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Orlando Pinto.

BRASÍLIA

2018

EDUARDO COUTO DANTAS JUNIOR

**OS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO NAS INFRAÇÕES LICITATÓRIAS E DE CORRUPÇÃO**

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Orlando Pinto.

Brasília, 05 de outubro de 2018.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Carlos Orlando Pinto
Orientador

Prof. Dr. João Ferreira Braga
Avaliador

A maior prova é a persistência.

AGRADECIMENTOS

A Deus por todas as oportunidades de estudo e crescimento que já me ofereceu e por toda sua compaixão diante da minha ignorância.

À minha mãe, Fernanda Nóbrega, por toda orientação constante e dedicação a mim, tudo para o meu crescimento. Ao meu pai, Eduardo Dantas, por ter me ajudado financeiramente e pelos seus ensinamentos.

Ao meu irmão e melhor amigo, Gabrihel Nóbrega, por ser meu companheiro de estudo e por toda a força que sempre me deu.

À minha namorada, Brenda Teixeira, por todo o carinho no auxílio que me deu.

Aos meus amigos, Dilvan Pereira Marques e Felipe Augusto, pela amizade e auxílio na jornada.

A todos os meus professores, pois sem estes não conseguiria chegar até aqui. Em especial ao meu orientador, o Professor Carlos Orlando Pinto, pela sua extrema humanidade e zelo ao me orientar. Por fim, aos Professores André Pires Gontijo e José Veloso, por toda disposição em me ajudar.

A todos muito obrigado.

RESUMO

O trabalho monográfico busca apresentar o instituto dos acordos de leniência e para isto tece alguns comentários sobre o conceito de corrupção e sobre o surgimento de uma norma de leniência à luz das influências internacionais. Trata ainda dos requisitos, pressupostos, autoridade competente e algumas outras colocações a respeito deste recente mecanismo. Traz visões distintas de autores que tratam do tema, apresenta críticas ao modelo escolhido pelo Brasil, inclusive com uma opinião do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, da área criminal. Além de abordar os crimes licitatórios e as infrações de corrupção administrativa, esclarece como se dá a aplicação destes acordos numa perspectiva processual. Conclui-se que o acordo de leniência se utiliza da cooperação de pessoas jurídicas privadas envolvidas no ato ilegal para colher o máximo de provas possíveis, com o intuito de desvendar casos complexos de ilicitudes administrativas e punir o maior número de envolvidos possível. É importante ressaltar que todo este corpo teórico que surge com esta possibilidade de cooperação representa uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro e uma quebra de paradigma no qual estas passam a ser responsabilizadas por atos ilícitos.

Palavras-chave: Direito Administrativo; acordo de leniência; infração licitatória; corrupção; Lei Anticorrupção.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. CORRUPÇÃO E PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE DEVE PRECEDER A INSTAURAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA.	11
1.1. O Conceito Multidimensional da Corrupção	11
2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO QUE DEVE SE ANTEPOR À CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA:	13
2.1. Conceito	13
2.2. Fases do Processo Administrativo de Responsabilização:	15
2.3. Instauração do Processo:	17
3. CONTEXTO DE PROMULGAÇÃO DA LEI 12.846/13 LEVANDO-SE EM CONTA UMA INFLUÊNCIA INTERNACIONAL:	21
3.1. Surgimento de Um Sistema de Colaboração na Legislação Brasileira:.....	23
4. ACORDO DE LENIÊNCIA:	25
4.1. Conceito	25
4.2. Previsão Legal	26
4.3. Necessidade de Obtenção Célere de Informações e Documentos	28
4.4. A Autoridade Competente e a Matéria Passível de Ensejar Acordo de Leniência - Objeto	30
4.5. Condições e Requisitos Para a Celebração do Acordo de Leniência:	33
4.6. A Proposta de Acordo no Decreto Federal 8.420/15.....	36
4.7. Formalização do Acordo de Leniência:	38
4.8. Resultados e Efeitos do Acordo de Leniência:	40
4.9. Rejeição e Desistência do Acordo:.....	41
4.10. O Acordo de Leniência e a Atuação do TCU	41

5. APURAÇÃO CONJUNTA DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS PRATICADAS NO ÂMBITO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.	43
6. ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL E ESTRANGEIRA.....	46
6.1. Atos de Corrupção em Geral:.....	46
6.1.1. Prometer, Oferecer ou Dar, Direta ou Indiretamente, Vantagem Indevida a Agente Público, ou a Terceira Pessoa a Ele Relacionada:	46
6.1.2. Comprovadamente, Financiar, Custear, Patrocinar ou de Qualquer Modo Subvenciar a Prática de Atos Ilícitos Previstos Nesta Lei (que lei?):.....	46
6.1.3. Comprovadamente, Utilizar-se de Interposta Pessoa Física ou Jurídica Para Ocultar ou Dissimular seus Reais Interesses ou Identidade dos Beneficiários dos Atos Praticados:	48
6.1.4. Dificultar Atividade de Investigação ou Fiscalização de Órgãos, Entidades ou Agentes Públicos ou Intervir em sua Atuação, Inclusive no Âmbito das Agências Reguladoras e dos Órgãos de Fiscalização do Sistema Financeiro Nacional	48
7. Quanto às Licitações e os Contratos	49
7.1. Frustrar ou Fraudar, Mediante Ajuste, Combinação ou Qualquer Outro Expediente, o Caráter Competitivo de Procedimento Licitatório Público:	49
7.2. Impedir, Perturbar ou Fraudar a Realização de Qualquer Ato de Procedimento Licitatório Público:	49
7.3. Afastar ou Procurar Afastar Licitante, Por Meio de Fraude ou Oferecimento de Vantagem de Qualquer Tipo	50
7.4. Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente:	51
7.5. Criar, de Modo Fraudulento ou Irregular, Pessoa Jurídica para Participar de Licitação Pública ou Celebrar Contrato Administrativo	51
7.6. Obter Vantagem ou Benefício Indevido, de Modo Fraudulento, de Modificações ou Prorrogações de Contratos Celebrados com a Administração Pública, sem Autorização em Lei, no Ato Convocatório da Licitação Pública ou nos Respective Instrumentos Contratuais.....	52

7.7. Manipular ou Fraudar o Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Celebrados com a Administração Pública.....	54
8. DIFICULDADES E PROBLEMAS NO CONTEÚDO MATERIAL DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA E NA SUA APLICAÇÃO	55
8.1. A ilegalidade do Decreto Federal 8.420/2015: A Exigência Extemporânea de Entrega de Documentos:	56
8.2. Acordo de leniência e Imunidade Penal.....	58
8.3. Problemas Quanto à Ideia Incorreta que a População Pode Ter sobre os Acordos de Leniência se Não Forem Divulgados de uma Forma Responsável:	58
CONCLUSÃO.....	60

INTRODUÇÃO

Após as manifestações ocorridas no Brasil no ano de 2013, foi promulgada a Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013, mais conhecida como Lei Anticorrupção. Nela está prevista a figura dos acordos de leniência, cujos objetivos de sua criação ainda são desconhecidos por parte da população brasileira e da doutrina jurídica e não existem muitas obras que tratam do tema.

Este instituto de leniência, o qual deve ser precedido de um processo administrativo de responsabilização, é, numa comparação grosseira, como uma delação premiada para a pessoa jurídica. Em verdade, significa um acordo de vontades celebrado entre a Administração Pública e a pessoa jurídica interessada, para que esta colabore com aquela e apresente informações e documentos sobre os detalhes do ato ilícito, para obter elementos mínimos de autoria e materialidade a respeito de uma conduta ilegal específica. Em contraprestação, a colaboradora tem penas atenuadas ou extintas, de acordo com o que foi pactuado.

O maior objetivo deste instituto é desmascarar o maior número de envolvidos possível, aumentando o seu campo de aplicação de sanção, e desvendar os esquemas de corrupção que a cada dia são realizados de forma mais complexa e bem elaborada. Tudo isto, pensando-se no bem comum, pois se o Estado consegue duelar de forma mais justa com a corrupção, conseguirá combatê-la de forma mais eficiente, penalizando o maior número de envolvidos possível e tentando recuperar o máximo de recursos que saíram dos cofres públicos.

O método utilizado neste trabalho monográfico foi qualitativo, com o uso de conceitos doutrinários acerca dos acordos de leniência. A relevância deste tema se justifica por ser relativamente novo, com aplicação ainda reduzida e de pouca disseminação na sociedade, porém que pode trazer ganhos consideráveis à Administração Pública.

No primeiro capítulo existe uma breve consideração a respeito da corrupção e de seu conceito, seguido da apresentação do processo administrativo de responsabilização que deve anteceder a instauração do acordo.

No segundo capítulo é apresentado o contexto de promulgação da Lei Anticorrupção, e ainda o processo de surgimento de uma legislação de cooperação no Brasil. Em seguida, passa-se a conceituar e apresentar o instituto dos acordos de leniência, discorrendo sobre uma série de peculiaridades que a este são inerentes e tratando de requisitos, formalização, autoridade competente e resultados e efeitos.

O terceiro capítulo, por sua vez, foi dedicado a tratar das infrações licitatórias e de corrupção propriamente ditas, tanto no âmbito das licitações quanto no âmbito dos contratos administrativos. Para finalizar o capítulo foi tratado sobre os problemas e incoerências existentes no conteúdo dos acordos de leniência.

Por fim, entende-se que os acordos de leniência devem ser melhor explorados pela Administração Pública, devendo ser cada vez mais aprimorado o seu conteúdo material e sua aplicação, que ainda é restrita à sociedade, seja pela falta de disseminação de seu conteúdo, seja pelo segredo de justiça que envolve estes acordos.

1. CORRUPÇÃO E PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE DEVE PRECEDER A INSTAURAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

1.1. O Conceito Multidimensional da Corrupção

Para que se possa entender ao máximo o instituto dos acordos de leniência, devemos tecer alguns comentários acerca de aspectos relevantes sobre o tema da corrupção. Esse termo decorre do latim *corruptus* que significa quebrando em peças, também podendo significar apodrecido. Porém, vale deixar claro que seu conceito pode variar de acordo com o enfoque que lhe é atribuído.¹ Trata-se de conceito multidimensional e com várias concepções, tornando difícil o seu tratamento jurídico.²

Atos contra a Administração Pública estão previstos como crimes entre os arts. 317 e 333 do CP e podem se resumir em atentados desmoralizadores e que muitas vezes trazem vantagens ilegais para seus partícipes. Contudo, este instituto não se resume, apenas, ao âmbito da Administração Pública³. Na rede privada este mal também está presente, sendo materializado nos pactos e acordos ilícitos realizados entre diversas empresas, muitas vezes, consideradas como as maiores do mundo.⁴

O art. 333, CP traz o tipo penal de corrupção ativa e Nelson Hungria denomina a corrupção, em seu tipo central, como o mercantilismo diante da função pública, sendo esta

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.

² ROCHA; 2014 apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 13.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 2.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 3.

passiva quando se tem em foco a conduta do funcionário público⁵ corrompido e ativa quando o enfoque se dá perante a atuação do agente corruptor.⁶ Vejamos:

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.⁷

Fazendo-se um breve estudo acerca deste tipo penal, temos que a vantagem indevida não haverá de ser restrita ao viés econômico, isto é, atos que tenham exclusivamente caráter patrimonial, bastando que sejam contrários aos interesses da Administração Pública e sem importar se a destinação é para o corrompido ou para terceiro.⁸ Os atos de ofício, por sua vez, são aqueles que constituem atribuições que somente podem ser executadas pelo funcionário público, isto é atribuído a sua função.⁹ O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive um funcionário público que no caso atue somente como um particular. O sujeito passivo, por sua vez, é o Estado.¹⁰

O crime de corrupção passiva, por sua vez, está inserido no art. 317, CP e traz em seu conteúdo:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

⁵ O art. 327, CP, traz o conceito de funcionário público para os efeitos penais: Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

⁶ HUNGRIA; 2014 apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 15.

⁷ BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 18.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 20 e 21.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.¹¹

Apesar deste tipo penal somente poder ser praticado por funcionário público, vale realizar a ressalva de que o partícipe pode ser representante de uma empresa privada, que vá receber a vantagem indevida do crime e neste caso haveria a possibilidade de se realizar o acordo de leniência, pois de acordo com o art. 30 do CP a empresa poderá responder por corrupção passiva, caso tenha conhecimento da condição de funcionário público do corréu.¹²

Um dos maiores problemas que giram em torno destes tipos penais supracitados é a dificuldade probatória, tanto em relação à autoria quanto perante a própria existência do delito, por ser de pouca visibilidade.¹³

2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO QUE DEVE SE ANTEPOR À CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

2.1. Conceito

O processo administrativo brasileiro constitui uma série de atos juridicamente interligados que ensejam uma manifestação de vontade da Administração, a fim de tecer um caminho a ser perseguido durante a criação de um ato administrativo específico.¹⁴ O processo

¹¹ BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 53.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 31.

¹⁴ FERRAZ; DALLARI; apud RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 66.

para a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas por atos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, além de possuir previsão específica na Lei 12.846/13, possui cunho punitivo e tem seu procedimento regrado de maneira específica pelo Decreto Federal nº 8.420/15, que se diferencia da Lei 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito federal e funciona como uma espécie de Lei Geral para os acordos de leniência.¹⁵

Dá-se o nome de processo administrativo sancionador àquele cuja pretensão final seja estabelecer uma punição em forma de ato administrativo, porém este não pode ser seu único fim, soma-se a isto a busca pela apuração dos fatos e o restabelecimento do bem comum que foi abalado.¹⁶ Depois de instaurado pela autoridade máxima de cada órgão ou ente de um dos três poderes, de ofício ou mediante provocação, sua conclusão deverá ocorrer dentro do prazo de 180 dias, passível de prorrogação desde que acompanhado de fundamentação pela autoridade instauradora, conforme art. 10, § 3º e 4º, da Lei Anticorrupção.

Para que se possa visualizar melhor a integração existente entre as normas supracitadas veja-se o conteúdo do art. 6º da Lei 12.846/13 e do art. 2º do Decreto nº 8.420/15, respectivamente. *In verbis*:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.¹⁷

¹⁵ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 66.

¹⁶ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 67 e 68.

¹⁷ BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

Art. 2º A apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica que possa resultar na aplicação das sanções previstas no art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR.¹⁸

Vale ressaltar que estes normativos não excluem a possibilidade de aplicação subsidiária e análoga de diplomas legais como a Lei 9.784/99, o Novo Código de Processo Civil, que, inclusive, no seu art. 15 dispõe: “*Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*”, a Lei nº 8.112/99, a Lei 8.429/92, o Código de Processo Penal, porém desde que existam dois requisitos: a) lacuna legislativa e b) compatibilidade com as regras e princípios do processo administrativo sancionador.¹⁹

2.2. Fases do Processo Administrativo de Responsabilização:

Existem três fases: instauração, instrução e julgamento. A fase de instauração é de responsabilidade da autoridade instauradora, a segunda fica a cargo de uma comissão processante. O julgamento é realizado pela própria autoridade que deu início ao processo. Para que seja instaurado é necessário haver elementos mínimos de materialidade e de autoria, formalizando-se o processo por meio de uma portaria seguida da sua publicação em meio oficial de comunicação, como por exemplo, no Diário Oficial da União, em se tratando da esfera federal.²⁰

Antes de a autoridade decidir pela instauração do processo deverá realizar um juízo de admissibilidade que lhe fornecerá mais duas possibilidades de agir: decidir pelo

¹⁸ BRASIL. *Decreto 8.420, de 18 de março de 2015.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

¹⁹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 80.

²⁰ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 81.

arquivamento da notícia do fato ou pela abertura de uma investigação preliminar. Diante destas três possibilidades, previstas no art. 4º do Decreto 8.420/15, proferirá despacho fundamentado que justifique sua escolha.²¹

Durante a instrução a pessoa jurídica poderá participar de forma dialética, com oportunidade para exercer o contraditório e a ampla defesa. Posteriormente, será produzido documento pela comissão contendo a sua convicção a respeito dos fatos apurados e mediante relatório final concluirá pela condenação ou absolvição da pessoa jurídica. Em seguida, dá-se início à fase de julgamento, na qual a autoridade, avaliando as provas coletadas e os argumentos da defesa, apreciará livremente as provas, porém, via de regra, deverá acatar as conclusões do relatório final, salvo se as provas dos autos forem contrárias aos seus termos. Assim, encerra-se o processo administrativo sancionador, salvo previsão legal que permita a interposição de recurso administrativo.²²

A investigação preliminar somente poderá ser determinada se já existirem elementos mínimos de materialidade e autoria. Será, então, dado início a uma fase pré-processual inquisitória e investigativa, cujo intuito é a obtenção de mais evidências e provas que confirmem a prática de atos lesivos à Administração. Este procedimento é importante para evitar a instauração prematura de um procedimento que venha a ser arquivado posteriormente por falta de fundamentos, além de servir para orientar a comissão processante sobre o caminho a ser seguido durante a instrução. Vale mencionar que o STF já se posicionou quanto à desnecessidade destes tipos de procedimentos adotarem a garantia de defesa, pois não constituem processo e nem possuem capacidade para condenar alguém, já que são de caráter meramente investigativo.²³ O acesso a estes autos de investigação preliminar apenas pode ser disponibilizado caso não comprometa a sua utilidade e nem viole sigilos inerentes à intimidade e a privacidade da pessoa jurídica. Será conduzida por dois ou mais servidores efetivos, independentemente de serem estáveis ou não, não podendo passar de sessenta dias o prazo para sua conclusão, admitido uma prorrogação. Após seu término, será

²¹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 85.

²² RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 82.

²³ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 87.

enviado o relatório de conclusão à autoridade competente, do qual constarão os indícios de autoria e de materialidade de atos que lesaram à Administração Pública, para que seja então tomada uma decisão sobre o PAR – Processo Administrativo de Responsabilização.²⁴

Todo este procedimento investigatório constitui uma sindicância e, por isso, não necessariamente vícios existentes no seu corpo gerarão a sua invalidade, pois estas irregularidades podem ser convalidadas no curso do processo propriamente dito. O STJ já se posicionou no sentido de que por ser a sindicância um procedimento dispensável, cujo objetivo é apurar fatos que deem suporte a futuro processo disciplinar, a averiguação de possíveis irregularidades no seu procedimento será superada com a instauração do processo.²⁵

Vale mencionar só a título de curiosidade que neste ano de 2018 o STJ editou o enunciado da Súmula nº 611, que permite a instauração de processo administrativo disciplinar em decorrência de denúncia anônima, caso haja amparo em informações colhidas em sindicância. Vejamos:

Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é permitida a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autotutela imposto à Administração.²⁶

2.3. Instauração do Processo:

Considera-se instaurado o processo com a publicação da Portaria inicial, em conjunto com a designação dos integrantes da comissão processante. A partir deste momento

²⁴ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 88.

²⁵ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 88.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Súmula 611, 14 de maio de 2018*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27611%27>. Acesso em: 30 jul. 2018.

se presumem cientes as empresas envolvidas, sendo dispensadas suas notificações.²⁷ Não obstante o processo ter de ser instaurado pela autoridade máxima de cada Poder, não é atribuição do Presidente da República, e sim dos Ministros de Estados, devido a já grande carga de competências previstas para aquele.²⁸ Quanto à Administração indireta, a autoridade máxima de cada ente terá competência para a instauração do processo, ainda que sejam de Direito Público, como autarquias e fundações públicas. Por exemplo, no caso da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, que é uma fundação vinculada ao Ministério da Justiça, a competência para instauração será do presidente da instituição e não do Ministro de Estado da Justiça.²⁹

A publicidade da portaria de instauração do Processo Administrativo Disciplinar – PAD, no qual a publicação pode ocorrer em mero boletim interno, pois objetiva apurar ilícitos de servidores públicos, é diferente da que ocorre no Processo Administrativo de Responsabilização – PAR, pois este vai apurar infrações de empresas privadas e necessita, portanto, de uma publicação em meios oficiais de divulgação para que se presuma a ciência do início do processo, como por exemplo, no âmbito federal, seria no Diário Oficial da União.³⁰

Vale destacar que, no plano do Poder Executivo Federal, foi concedida a Controladoria Geral da União – CGU, competência concorrente para instaurar processos administrativos de pessoas jurídicas ou ainda poder para avocar os já instaurados. A abrangência se dá tanto aos órgãos da Administração direta quanto indireta, com inclusão das sujeitas ao Direito Privado. Entendimento este já sedimentado no STJ:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CORRUPÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS IMPUTADA A EMPREITEIRA DE OBRAS PÚBLICAS.

²⁷ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 92.

²⁸ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 92.

²⁹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 92.

³⁰ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 99.

DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO.

1. Competência concorrente para a prática do ato.

O Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União tem competência concorrente para instaurar processo administrativo relacionado à defesa do patrimônio público e ao combate à corrupção.³¹

Isto porque a Lei 13.502/17, que revogou a Lei 10.683/03, em seu art. 66 traz a figura da CGU como órgão responsável também pelo combate à corrupção e a proteção do patrimônio público da União. O seu art. 67, por sua vez, dispõe sobre as competências de forma especial, do CGU e do Ministro de Estado da Transparência. Vejamos:

Art. 67. Ao Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, no exercício da sua competência, incumbe, especialmente:

I - decidir, preliminarmente, sobre representações ou denúncias fundamentadas que receber, com indicação das providências cabíveis;

II - instaurar procedimentos e processos administrativos a seu cargo, constituir comissões, e requisitar a instauração daqueles que venham sendo injustificadamente retardados pela autoridade responsável;

III - acompanhar procedimentos e processos administrativos em curso em órgãos ou entidades da administração pública federal;

IV - realizar inspeções e avocar procedimentos e processos em curso na administração pública federal, para exame de sua regularidade, e propor a adoção de providências ou a correção de falhas;

V - efetivar ou promover a declaração da nulidade de procedimento ou processo administrativo e, se for o caso, a imediata e regular apuração dos fatos mencionados nos autos e na nulidade declarada;

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado De Segurança. *MS 19269 / DF*. Primeira Seção. Relator: Ministro Ari Pargendler, 14, de maio de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22processo+administrativo%22+%22compet%EAncia+concorrente%22+%22Controladoria-Geral+da+Uni%E3o%22&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 30 julho 2018.

VI - requisitar procedimentos e processos administrativos já arquivados por autoridade da administração pública federal;

VII - requisitar a órgão ou entidade da administração pública federal ou, quando for o caso, propor ao Presidente da República, que sejam solicitados as informações e os documentos necessários às atividades do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União;

VIII - requisitar aos órgãos e às entidades federais servidores e empregados necessários à constituição das comissões referidas no inciso II deste artigo, e de outras análogas, e qualquer servidor ou empregado indispensável à instrução do processo;

IX - propor medidas legislativas ou administrativas e sugerir ações que visem a evitar a repetição de irregularidades constatadas;

X - receber as reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral e promover a apuração de exercício negligente de cargo, emprego ou função na administração pública federal, quando não houver disposição legal que atribua a competência a outros órgãos; e

XI - desenvolver outras atribuições cometidas pelo Presidente da República.³²

Em adição, o Decreto 8.420/15, que regulamente a Lei Anticorrupção, prevê em seu artigo 13, I, a competência concorrente da CGU para instaurar e julgar o Processo Administrativo de Responsabilização – PAR e ainda concede poder a este para avocar processos já instaurados, a fim de corrigir andamentos ou examinar sua regularidade, podendo, inclusive, aplicar penalidades administrativas.³³ Portanto, nota-se que o poder estatal sobre a instauração de processos administrativos está muito bem distribuído e organizado nas normas infraconstitucionais, bastando-se que seja posto em prática.

³² BRASIL. *Lei 13.502/17, 1º de novembro de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13502.htm#art82. Acesso em: 31 jul. 2018.

³³ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 98.

3. CONTEXTO DE PROMULGAÇÃO DA LEI 12.846/13 LEVANDO-SE EM CONTA UMA INFLUÊNCIA INTERNACIONAL:

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, trata da responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas diante da prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Mais conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial (LAC), entrou em vigor no dia 29 de janeiro de 2014 e veio para suprir lacuna na legislação brasileira, que combate à corrupção usando a responsabilidade civil e penal de pessoas físicas, porém não possuía diploma específico que depusesse a respeito da responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção.³⁴

No cenário administrativo, somente havia a possibilidade de ser utilizada a Lei nº 8.666/93 para se penalizar pessoas jurídicas por atos de corrupção que fossem cometidos dentro de um processo licitatório ou durante a execução de um contrato administrativo. O pagamento de propina, por exemplo, a servidor público sem que estivesse dentro de um procedimento licitatório não era capaz de gerar a responsabilização de uma pessoa jurídica. O surgimento desta novel legislação está ligado ao crescimento de uma política internacional em combate à corrupção. A Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE)³⁵, do qual o Brasil é signatário, foi a precursora nos debates a respeito dos atos globais de corrupção.³⁶

³⁴ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 20.

³⁵ (OCDE) constitui foro composto por 35 países, dedicado à promoção de padrões convergentes em vários temas, como questões econômicas, financeiras, comerciais, sociais e ambientais. Suas reuniões e debates permitem troca de experiências e coordenação de políticas em áreas diversas da atuação governamental. Entre as várias organizações que atuam e influenciam a realidade dos Estados, empresas e organizações internacionais, a OCDE representa uma das maiores em termos numéricos. Cerca de 200 comitês, grupos de trabalho e forças tarefa recebem mais de 40.000 funcionários de governo, membros da sociedade civil, instituições de pesquisa e representantes do setor privado em mais de 2.000 reuniões anuais. Seu Secretariado, composto por 2.500 funcionários, publica aproximadamente 250 documentos por ano e administra um orçamento de mais de 342 milhões de euros. *O Brasil e a OCDE*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 31 jul 2018.

³⁶ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 20.

Desde 1977, os Estados Unidos possuía norma jurídica, a *Foreign Corrupt Practices Act*, para responsabilizar empresas pela prática de atos de corrupção em territórios estrangeiros. Contudo, esta legislação estava tornando impossível a competição das empresas norte-americanas com as demais do mundo, o que justificou a iniciativa dos EUA, que preferiu não abandonar sua legislação, em disseminar para o mundo a necessidade de se criar uma legislação uniforme neste sentido. Em decorrência deste movimento, surge a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.³⁷

Conforme o art. 2º da supracitada Convenção, o Brasil firmou compromisso, perante a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, para responsabilizar as pessoas jurídicas quando praticassem atos com intuito de corromper funcionários públicos estrangeiros. Vejamos: Artigo 2 – Responsabilidade de Pessoas Jurídicas: Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.³⁸

A ratificação pelo Brasil se deu em 15 de julho de 2000, sendo promulgado pelo Decreto Presidencial nº 3.768 no mesmo ano. Entretanto, apenas em 08 de fevereiro de 2010 o Poder Executivo enviou ao Congresso anteprojeto de lei que deu surgimento ao Projeto de Lei nº 6.826 de 2010. Depois de realizadas audiências públicas e estudos por sujeitos do Direito Empresarial, o projeto foi aprovado em ambas as Casas Legislativas, dando origem a Lei nº 12.846.³⁹

³⁷ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 21.

³⁸ BRASIL. Controladoria Geral Da União, *Convenção da OCDE Contra o Suborno Transacional*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>. Acesso em: 31 jul 2018.

³⁹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 21.

3.1. Surgimento de Um Sistema de Colaboração na Legislação Brasileira:

No final do século XX, tomando mais força no começo do século XXI, houve uma intensificação legislativa a fim de estimular a delação de infratores que cometeram atos ilícitos em troca de abrandamento em sua pena, ou em casos mais extremos, na supressão desta. Esta possibilidade foi prevista, em sua maioria, por normas de âmbito penal, diante de poucas previsões, já se considerando a previsão nos artigos 16 e 17 da Lei Anticorrupção⁴⁰, no campo administrativo.⁴¹ Inicialmente prevendo somente uma redução entre um a dois terços e tratada, no meio penal, como colaboração premiada, esse instituto, no cenário administrativo, passa a ser abordado pelos juristas com a nomenclatura de acordo de leniência, sendo previsto na Lei anticorrupção como ferramenta para se combater à corrupção.⁴²

Em 1986 a Lei 7.492/86, que trouxe previsão dos crimes contra o sistema financeiro nacional, previu também a possibilidade do infrator confessar à autoridade policial ou judicial como ocorreu todo o enredo do crime. Mais tarde, em 1990, houve a publicação da Lei 8.072/90, a qual alterou em parte o artigo 159 do Código Penal, que tratava da extorsão mediante sequestro, inserindo uma redução de pena de 1/3 a 2/3 para o coautor que fizesse a denúncia à autoridade competente na hipótese do crime ser cometido por quadrilha ou bando. Em 1995, a Lei 9.034/95 trouxe previsão de que nos crimes praticados por organizações criminosas a pena seria atenuada quando houvesse espontânea colaboração de agente e que esta levasse ao esclarecimento das suas infrações penais. Ainda neste ano, foi inserido pela Lei 9.080/95 um novo parágrafo no artigo 16 da lei que estabelecia os crimes contra o sistema tributário, econômico e contras as relações de consumo, Lei 8.137/90, que previu a redução de pena de 1/3 a 2/3 para os coautores ou partícipes que revelassem o enredo criminoso à autoridade policial ou judicial.⁴³

⁴⁰ BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁴¹PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 149.

⁴² PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 150.

⁴³ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 150 e 151.

No ano de 1996 surge a Lei 9.269/96, na qual houve o estabelecimento de uma nova redução na pena do denunciante para o crime cometido em concurso. Após alguns anos, a Lei 9.613/98 trouxe disposições sobre os crimes de lavagem ou ocultação de direito, de bens e de valores e no seu artigo 1º, §5º, estabeleceu redução de 1/3 a 2/3, com regime inicial aberto e possibilidade de permuta por pena restritiva de direitos, ao autor, partícipe ou coautor que colaborasse, fornecendo informações necessárias para o entendimento completo do caso. No ano subsequente, a Lei 9.807/99 fez previsão de um programa de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas e dos acusados ou condenados que colaborassem com as autoridades. No ano 2000, foi introduzido pela Lei 10.149/2000, o artigo 35-B na Lei 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade em autarquia e tratou acerca da prevenção e inibição de infrações contra o sistema econômico. Nesta última, surge o acordo de leniência em âmbito concorrencial, ao permitir que a União forme-o ou celebre-o com pessoas naturais ou jurídicas autoras das infrações destas espécies.⁴⁴ Vejamos o conteúdo do referido artigo:⁴⁵

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a 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 co-autores da infração; e
II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.⁴⁶

A Lei 12.529/11 reorganizou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e, em seu artigo 86, alterou o artigo supracitado. Vejamos:

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

⁴⁴ PESTANA, Marcio. Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013. São Paulo: Manole, 2016, p. 152.

⁴⁵ Apesar da Lei 8.884/94 não estar mais vigente, é importante que seja mostrado o seu artigo 35 – B para que seja compreendido o contexto de evolução que gerou o modelo que adotados nos tempos atuais.

⁴⁶ BRASIL. *Lei 8.884/94, de 11 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.⁴⁷

No ano de 2013, a Lei 12.850/13 se pronunciou a respeito da organização criminosa, da investigação criminal, dos meios de obtenção da prova, das infrações penais e do procedimento criminal e em seu artigo 4º e seguintes, previu a concessão de perdão judicial, redução em até 2/3 na pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos em relação a quem colaborou com as investigações do processo criminal.⁴⁸ Como se pode observar, o ordenamento jurídico brasileiro, ao longo de anos, vem criando legislações que, cada vez mais, abrem amplo espaço para os operadores do direito buscarem a eficiente aplicação de uma colaboração no processo, que acabam contribuindo para o surgimento do instituto do acordo de leniência na seara administrativa, como forma de obter informações que seriam de difícil acesso caso buscadas sem a delação voluntária de infratores, coautores e partícipes.

4. ACORDO DE LENIÊNCIA:

4.1. Conceito

O acordo será firmado durante o curso do processo acusatório e se trata de ato administrativo consensual, pelo qual a Administração Pública isenta ou atenua sanções administrativas em troca de uma efetiva colaboração processual, em troca da apresentação de informações relevantes e provas que analisadas de maneira conjunta com a prática ilícita possam levar à existência de elementos de autoria e materialidade sobre um fato específico.⁴⁹

47 BRASIL. *Lei 12.529/11, 30 de novembro de 2011.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

48 PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013.* São Paulo: Manole, 2016, p. 153.

49 RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial.* Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 228.

O acordo de leniência, que teve seu surgimento inspirado no modelo norte-americano (*leniency program*), o qual desde a década de setenta buscava combater delitos contra a ordem econômica, está presente no ordenamento jurídico de mais de cinquenta nações, como por exemplo: França, Alemanha, Holanda, EUA, Japão, Reino Unido, Coreia do Sul, entre outros. A princípio, foi projetado com o intuito de reprimir infrações contra a ordem econômica, porém tem mostrado tanto valor nas apurações dos ilícitos nesta área que a Lei Anticorrupção trouxe a possibilidade de sua aplicação também para os complexos casos de corrupção, cuja sofisticação de métodos ilegais vem crescendo e tornando cada vez mais difícil a obtenção de provas.⁵⁰

4.2. Previsão Legal

Este instituto foi incorporado à legislação brasileira pela Medida Provisória nº 2.055, de 2000, a qual foi convertida na Lei nº 10.149/00. A atual Lei de defesa da ordem econômica, nº 12.529/11, também traz capítulo próprio sobre o acordo de leniência, o qual foi trazido novamente e mais tarde pela Lei 12.846/13, chamada de Lei Anticorrupção.⁵¹ Além disso, tem regulamentação prevista entre os arts. 28 a 40 do Decreto Federal nº 8.420/15. Ainda no ano de 2015 surge a Medida Provisória nº 703 para dar mais segurança jurídica ao tema, contudo teve sua eficácia perdida pela falta de conversão em lei no prazo legal. Vale mencionar que atualmente tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei nº 3.636/2015 com o objetivo de trazer alterações ao acordo de leniência.⁵²

A lei anticorrupção estimula a prática e a formalização do acordo de leniência, cujo propósito é facilitar as investigações e a apuração a respeito de atos lesivos à Administração

⁵⁰ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 227.

⁵¹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 231

⁵² RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 233

Pública. Nega-se, portanto, em sua aplicação, o valor de se silenciar diante das mais diversas situações que causem danos ou sejam contrárias à Administração Pública.⁵³

É necessário que se entenda que o acordo de leniência, quanto à pessoa a que se aplica, é tratado de forma distinta em duas Leis separadas. Uma delas é a 12.529/11, Lei que trata das infrações contra a ordem econômica e possui como um dos entes principais o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, que é uma autarquia federal, nos termos do art. 4º, da lei:

Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.⁵⁴

Por se tratar de ordem econômica não iremos abordar propriamente esta lei e este ente, porém é importante que se saiba que nela pode haver um acordo de leniência tanto com uma pessoa física, quanto uma pessoa jurídica, conforme teor do seu artigo 86.

A segunda, por sua vez, é a Lei nº 12.846/13, a qual prevê em seu artigo 1º e 17 que o acordo de leniência pode ser firmado apenas com pessoas jurídicas. E será com base nesta lei, que também é conhecida como Lei Anticorrupção que iremos nos debruçar. Vejamos:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.⁵⁵

⁵³ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 148.

⁵⁴ BRASIL. *Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁵⁵ BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

4.3. Necessidade de Obtenção Célere de Informações e Documentos

Em virtude da maior complexidade com que vem sendo realizadas as infrações administrativas, aliado ao devido respeito às regras da presunção de inocência e da desobrigação de produção de prova contra si mesmo, o sucesso nos processos administrativos fica eivado de incertezas quanto ao atingimento de seu objetivo. Diante dessa realidade, vários Estados tiveram de escolher entre negociar e conseguir punir os infratores nos processos administrativos, utilizando-se de provas robustas para tanto, ou concordar com uma crescente impunidade justificada pela fragilidade probatória dos processos acusatórios que utilizam somente métodos clássicos de instrução.⁵⁶

O acordo de leniência objetiva, além de outras coisas, acelerar a investigação e apuração do ato lesivo praticado. A essência da sua celeridade está na delação, a qual contribui para que, nas condutas mais complexas e nas que envolvem múltiplas contas bancárias e várias pessoas jurídicas em paraísos fiscais, os acontecimentos e informações possam ser mais facilmente desvendados. No entanto, há de ser observado que a velocidade quanto aos documentos revelados somente ocorrerá após a formalização do acordo, isto é, durante a fase de formulação do acordo não serão apresentados documentos, e sim depois deste ter sido devidamente celebrado pelas partes, devendo haver uma transmissão de dados que sejam relevantes para tornar cristalino o fato ocorrido, sob pena do acordo não ter seu resultado útil alcançado.⁵⁷

Via de regra o acordo de leniência foi criado para ser realizado por pessoa jurídica que seja dotada de capacidade para utilizar de direitos e assumir obrigações, pouco importando qual o tipo jurídico como se apresenta: sociedade anônima, sociedade em comandita simples, sociedade por quotas, cooperativa, entre outros. Uma colocação que chama a atenção é o fato do autor Márcio Pestana defender que a realização do acordo configura uma transação de caráter peculiar, marcada por grandes repercussões na sociedade, nos sócios da empresa, nos

⁵⁶ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 509-527, jun 2015.

⁵⁷ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 172.

acionistas, nos empregados e colaboradores. Por isto, entende que, apesar da dificuldade, para uma companhia com ações em Bolsa de Valores seria necessária a anuências societária daqueles para a concretização do acordo, sendo aberta oportunidade para o controlador ou seu grupo autorizar a proposta, sob pena de ineficácia, invalidade e inexigibilidades jurídicas.⁵⁸

Como regra é a pessoa jurídica quem vai usufruir dos benefícios proporcionados pelo acordo, como também será a responsável pelo risco por eventual descumprimento dele. Contudo, a Lei Anticorrupção previu possibilidade de favorecimento das pessoas jurídicas que integrem o mesmo grupo econômico, desde que estas assinem o acordo em conjunto. Apesar da referida legislação não definir o que vem a ser grupo econômico, a Lei 6.404/76⁵⁹ disciplina o grupo de sociedades, na qual exista uma sociedade controladora que deverá ser brasileira, mantendo-se as personalidades jurídicas e os patrimônios das demais.

A Lei 12.529/11, que dispõe sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, atinge as pessoas jurídicas que falseiam, limitam ou prejudicam a livre concorrência ou a livre iniciativa, bem como as que arbitrariamente aumentam os lucros ou praticam, abusivamente, atos para garantir sua posição de dominação no mercado. O autor defende que o caráter de grupo econômico a que faz menção a Lei Anticorrupção deve ser o mesmo adotado pela primeira lei, pois ambos estariam preocupados em obter resultados econômicos mais benéficos aos seus componentes, podendo, então, suportar penas decorrentes de infrações a ordem econômica.⁶⁰ Portanto, o grupo econômico, que é formado por um conjunto de pessoas jurídicas que têm ligações jurídicas ou econômicas, de caráter formal ou informal, com a pessoa jurídica que cometeu o ato ilícito, pode estar sujeito à aplicação das penalidades decorrentes da responsabilidade solidária entre seus integrantes, bastando que assinem o acordo de leniência para usufruir também de seus benefícios.⁶¹

⁵⁸ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 154.

⁵⁹ Lei das S.A.

⁶⁰ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 156.

⁶¹ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 156 - 157.

4.4. A Autoridade Competente e a Matéria Passível de Ensejar Acordo de Leniência - Objeto

O artigo 16 da Lei Anticorrupção afirma que são competentes as autoridades máximas de cada órgão ou entidade pública para celebrarem acordos de leniência com pessoas jurídicas que cometeram atos lesivos em detrimento da Administração Pública.⁶² O artigo 5º da Lei Anticorrupção, por sua vez, estabelece expressamente o que vem a ser ato lesivo contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, nos seguintes termos:

Art. 5º - Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1o, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

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

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das

⁶² PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 157.

agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.⁶³

Sendo cometido algum destes atos, a referida lei estabelece que, nos domínios federais e nos de Administração Pública estrangeira, é competente para promover o acordo de leniência a Controladoria-Geral da União – CGU, recaindo tal atribuição ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União. Vale ainda ressaltar que devido ao silêncio da legislação, não cabe delegação à terceiro para o exercício desta competência no acordo de leniência.⁶⁴

O acordo de leniência será promovido pela autoridade máxima de cada entidade ou órgão público, como por exemplo, o Ministro de Estado ou os Presidentes de autarquias, empresas públicas e assim por diante. Estas autoridades máximas vão participar de forma ativa no processo. No âmbito do Poder Executivo Federal, como já dito, a competência é da Controladoria-Geral da União – CGU, que engloba inclusive processos instaurados por entes da Administração Pública indireta, como por exemplo, casos que envolvam empresa pública de âmbito federal, sendo da sua competência também atos lesivos contra a Administração Pública Estrangeira.⁶⁵

Alguns pontos peculiares na instauração de um acordo de leniência merecem esclarecimento. No caso de haver remanejamento, decorrente das atividades e interesses políticos, da autoridade que iniciou a instauração do acordo de leniência por outra no curso do seu cumprimento, não existirá impasse jurídico. Deverá prevalecer o princípio da segurança jurídica, o qual resguardará a pessoa jurídica das mudanças ocorridas na chefia de um órgão, devendo o acordo continuar e ser cumprido. Caso haja uma vacância no cargo de autoridade máxima da Administração Pública, a formação do acordo pode ser realizado com a autoridade que acumule o cargo ora vago, prosseguindo-se ao seu andamento. Por outro lado, caso haja a instrução do acordo de leniência na presença de determinada autoridade deverá esta ter

⁶³ BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁶⁴ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 157.

⁶⁵ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 234

preferência em celebrá-lo, pois desde seu surgimento já vem acompanhando e compreendendo a situação daquele caso específico.⁶⁶

Além das hipóteses elencadas no artigo 5º, acima supracitadas, o acordo de leniência, em seu artigo 17⁶⁷, prevê que este pode ser feito com uma pessoa jurídica que tenha cometido ilícito previsto na Lei 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Será admitida isenção ou atenuação de sanções estabelecidas nos artigos 86 a 88 desta, porém cabe ressaltar que a atenuação é quanto às sanções de natureza administrativa e não as de natureza criminal. A ilicitude⁶⁸ de ato da pessoa jurídica decorre de conduta comissiva ou omissiva, proveniente de imprudência, negligência ou imperícia que viole direitos da Administração Pública, gerando danos. Ainda se engloba aqui o exercício de atos com excesso⁶⁹ pela pessoa, desrespeitando-se fins sociais ou econômicos ou não sendo respeitada a boa-fé ou os bons costumes.⁷⁰

Caso o ilícito previsto na Lei 8.666/93 esteja interligado a ato de corrupção, se justifica o teor de uma cooperação para se esclarecer sua ocorrência, sua autoria, seus planos e quem são seus envolvidos. Contudo, de forma bastante interessante, o autor nos indaga sobre como poderia ser feito um acordo de leniência caso nenhum ato de corrupção estivesse correlato ao ilícito na Lei 8.666/93, isto é, os motivos seriam apenas: reconhecer as razões que ensejaram a paralisação de uma obra, ou os que foram provenientes da fiscalização da execução de um serviço ou ainda apontar os verdadeiros motivos que levaram a um descumprimento na obrigação assumida em licitação e prevista em contrato. Assim, afirma existir uma

⁶⁶ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 158 e 159.

⁶⁷ Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁶⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁶⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁷⁰ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p.160 .

contradição na ponte jurídica feita entre a Lei Anticorrupção e diversos atos ilícitos da Lei 8.666/93, pois inexisteria interesse da Administração em celebrar acordo de leniência com uma empresa que apenas desatendeu cláusulas contratuais.⁷¹

4.5. Condições e Requisitos Para a Celebração do Acordo de Leniência:

A Lei 12.846/13, que prevê o acordo de leniência, traz como primeira condição para que a pessoa jurídica possa usufruir deste instituto que haja um pioneirismo, ou seja, a empresa interessada deve ser a primeira⁷² a se manifestar sobre sua vontade de cooperar com a investigação do ato ilícito.

O acordo de leniência é sigiloso até o momento de sua instauração, assim dispõe o parágrafo 6º do artigo 16 da lei que o regula. O procedimento de instauração do acordo será regulamentado pela Administração Pública. No Estado de São Paulo, por exemplo, o Decreto 60.106/2014, em seu artigo 4º, § 2º, afirma que a proposta para realização do acordo deverá ser feita por escrito, dentro de envelope lacrado e destinado a autoridade competente. Não obstante, a proposta possa ser formulada ainda pessoalmente, por intermédio dos representantes da pessoa jurídica em audiência agendada para este fim, sendo reduzido a termo para que se possa haver um protocolamento que comprove a data e hora da entrega, bem como contenha o conteúdo da proposição.⁷³

Outra peculiaridade que merece relevo é quando, em conjunto, acontecem vários atos ilícitos que juntos compõem um todo instrumentalizador da prática ilícita. Neste caso, poderá

⁷¹ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 162.

⁷² Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência [...] § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁷³ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 164.

ser analisada cada situação separadamente, sob o prisma do pioneirismo, satisfazendo-se, portanto, o primeiro requisito trazido na Lei Anticorrupção.⁷⁴ O segundo requisito que deve existir para possibilitar a celebração do acordo é que haja a desvinculação da pessoa jurídica com a infração, isto é, cesse de forma integral o seu envolvimento com o objeto da investigação. Trata-se de medida proporcional e razoável, coerente com a própria essência do instituto, pois se a pessoa jurídica realmente se arrepende e quer colaborar com as investigações deve, no mínimo, abandonar às práticas ilícitas, conduta esta que não necessita de formalização, sendo comprovada apenas pelo comportamento da empresa.⁷⁵

O terceiro requisito consiste na necessidade da pessoa nacional ou estrangeira que quer se beneficiar com o acordo reconhecer a sua participação no ilícito. Este entendimento está no inciso três do §1º do artigo 16 da legislação anticorrupção.⁷⁶ Vale ressaltar que esta confissão somente será realizada após as negociações sobre os termos e o conteúdo do acordo, para que então enseje o reconhecimento em virtude da aceitação e celebração deste. Da mesma forma, o reconhecimento somente poderá ser proferido após a aceitação das condições do acordo pela autoridade competente. Transcorrida a fase de aceite, pelas partes e pela empresa, deverá especificar que participação teve no ilícito, bem como apontar as pessoas físicas ou jurídicas que também dele tenham participado.⁷⁷

Como quarto requisito tem-se o da cooperação permanente com as investigações e com o respectivo processo administrativo. A autoridade competente e a Comissão Processante irão se abastecer com os dados transmitidos pela pessoa jurídica que realizou o acordo de leniência e que sejam relevantes para proporcionar a apuração do ocorrido, bem como a identificação do(s) autor(es) do(s) ilícito(s). Tanto os representantes da pessoa jurídica quanto as pessoas naturais envolvidas diretamente com o ato lesivo poderão prestar as informações, devendo o acordo ser bastante detalhado de modo a não deixar dúvidas sobre pontos quaisquer. Os

⁷⁴ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 165.

⁷⁵ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 166.

⁷⁶ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência [...] § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: [...] III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito [...].BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁷⁷ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 167.

representantes devem comparecer, sempre que solicitado, a todos os atos do processo administrativo, até que ocorra o seu encerramento. Nesta ocasião passa a ser desobrigado de prestar mais dados.⁷⁸

O quinto requisito se expressa pela necessidade de respeito ao período que torna capaz a celebração do acordo de leniência de forma válida e formal, sendo reconhecido, desta forma, sua plena validade e eficácia jurídica. A lei estabelece momento oportuno para a realização da leniência, quando dispõe que haja colaboração com o processo administrativo, não podendo se dar antes, por constituir uma prática imprópria, nem muito depois, sob pena de invalidade, devido à decadência. Este momento é justamente o período posterior à formação do processo administrativo, quando já delimitado o ilícito sob apuração⁷⁹.

Por fim, também é condição para a validade do acordo de leniência que a delação identifique de forma efetiva os envolvidos na conduta do ato lesivo. Estes, por sua vez, podem ser tanto pessoas físicas quanto jurídicas, de direito público, dentro do vasto conceito de Administração Pública ou de direito privado. Deve-se haver a indicação especificada dos papéis e funções que cada envolto desempenhou durante a prática do ato, incluindo-se, ainda, informações sobre em que contexto se deu e como foi que o delator obteve conhecimento a respeito daquelas informações.⁸⁰

É necessário que se compreenda que somente poderá haver acordo de leniência em havendo um processo administrativo já instaurado. Trata-se de questão de lógica jurídica, pois é necessário haver a instalação do processo administrativo para se delimitar o ilícito que será apurado e só então, quando o objeto do processo estiver determinado, será possível uma abertura para que a pessoa jurídica apresente uma proposta de acordo de leniência. Agora imaginemos uma situação em que a pessoa jurídica queira celebrar o acordo, mas não exista prévio processo administrativo correspondente. Neste caso, a interessada poderá levar uma representação à autoridade competente, com a devida justificação dos seus motivos e formulação de pedido para que o processo seja devidamente instaurado, sob pena de

⁷⁸ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 169.

⁷⁹ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 169.

⁸⁰ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 171.

responsabilidade funcional e prevaricação por parte da autoridade. Esta, então, deverá providenciar à instalação do processo administrativo para que no momento oportuno a pessoa jurídica interessada possa realizar sua proposta de leniência.⁸¹

Após a instauração do procedimento administrativo, o interessado somente poderá propor o acordo até o momento em que a Comissão Processante apresentar seu relatório e registrar sua recomendação de condenação ou exoneração sobre a pessoa jurídica envolvida no caso. Este é o marco temporal final para que se possa ser formulada uma proposta de leniência⁸², pois a partir de então incorrerá a parte em decadência⁸³, sendo este o posicionamento trazido no parágrafo 2º do artigo 30 do Decreto federal 8.420/2015.⁸⁴

4.6. A Proposta de Acordo no Decreto Federal 8.420/15

A proposta pode ser feita de modo escrito ou verbal, sendo neste último reduzida a termo. O Decreto federal 8.420/15 regulamenta a Lei Anticorrupção e prevê que os representantes das pessoas jurídicas devem ser instruídos sobre seus direitos, deveres e garantias legais, informando-se ainda que os desatendimentos de solicitações feitas pela Controladoria-Geral da União - CGU ensejarão a desistência da proposta⁸⁵. No Entanto, segundo o autor, o descumprimento não deveria importar em desistência, e sim configurar

⁸¹ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 170.

⁸² PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 170.

⁸³ Segundo Cristiano Chaves e Nelson Roselvald a decadência está atrelada aos direitos potestativos, sendo exercidos pela manifestação de vontade do próprio titular, independentemente da vontade de terceiros e por isso não sujeita à violação. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 750.

⁸⁴ Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: [...] § 2º A proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁸⁵ Art. 31. A proposta de celebração de acordo de leniência poderá ser feita de forma oral ou escrita, oportunidade em que a pessoa jurídica proponente declarará expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e solicitações da Controladoria-Geral da União durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta. BRASIL. *Decreto 8.420, de 18 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

inadimplemento do pactuado e caso houvesse previsão na proposta, poderia ser dada a extinção dos efeitos jurídicos que lhe seriam concedidos⁸⁶ e não necessariamente a extinção do acordo firmado.⁸⁷ Em verdade, parece-me que o autor propõe a análise de possível conflito existente entre os artigos 31 e 37, II do Decreto. Ao lermos o conteúdo do artigo 31 notamos que ele restringe a hipótese de desistência da proposta caso haja o não cumprimento de ordens da Controladoria Geral. Já no artigo 37, II, o legislador afirma que ocorrerá a perda dos benefícios acordados em havendo descumprimento do acordo, ou seja, ele menciona: “perda de benefícios”, diferentemente do artigo 31, que aparenta, numa interpretação literal, tratar com mais rigidez casos de desrespeito às determinações da CGU, isto é, aparentam se tratar de conteúdos distintos os previstos nestes artigos, sendo o objeto do primeiro o descumprimento referente à CGU e o do segundo descumprimentos do acordo em si.

Ainda no Decreto, é assegurado o sigilo da proposta, sendo seu conteúdo restrito aos servidores designados pela CGU para acompanhar a negociação do acordo de leniência. Contudo, este sigilo pode ser abandonado para o caso em que a pessoa jurídica autorize o compartilhamento de seu conteúdo, desde que haja concordância da CGU.⁸⁸ Estes casos de repartição ocorrem quando a pessoa jurídica estiver imersa em ampla negociação que englobe outros órgãos, inclusive acordo de delação premiada perante membros do Ministério Público.⁸⁹

Por fim, o Decreto assevera que a negociação da proposta do acordo deverá ser concluída dentro do prazo de 180 dias, contados da data de sua apresentação, podendo ser prorrogado. O autor diz se tratar de prazo excessivo visto que o prazo trazido pela Lei

⁸⁶ Art. 37. O acordo de leniência conterà, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre:: [...] II - a perda dos benefícios pactuados, em caso de descumprimento do acordo [...].BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁸⁷ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 172

⁸⁸ Art. 31. A proposta de celebração de acordo de leniência poderá ser feita de forma oral ou escrita [...] §1º A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União. BRASIL. *Decreto 8.420, de 18 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁸⁹ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 173.

Anticorrupção para a conclusão do processo administrativo responsabilizatório como um todo é o mesmo, 180 dias⁹⁰ e também sujeito a prorrogação.⁹¹

4.7. Formalização do Acordo de Leniência:

Após constatar que existem indícios de autoria e materialidade suficientes na proposta apresentada, o termo circunstanciado dará vida ao acordo de leniência, por ato do administrador público, com as partes que representam a pessoa jurídica, devidamente credenciadas para tanto. Neste termo deve-se expressar os objetivos que se buscam com a implementação do acordo.⁹² Poderá ser assinado o acordo, além dos representantes, pelo mandatário com poderes específicos⁹³ para esta atitude, não o legitimando a procuração genérica.⁹⁴

Diante da complexidade que marca o acordo de leniência, a pessoa jurídica deverá ser assistida por advogado que junto com a autoridade jurídica competente estabelecerão os termos a serem cumpridos por ambas as partes. Uma observação importante é que o teor do

⁹⁰ Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica [...] § 3o A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁹¹ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 173.

⁹² Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência [...] § 4o O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁹³ Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: [...] § 1º O acordo de leniência de que trata o caput será proposto pela pessoa jurídica, por seus representantes, na forma de seu estatuto ou contrato social, ou por meio de procurador com poderes específicos para tal ato, observado o disposto no art. 26 da Lei no 12.846, de 2013. BRASIL. *Decreto 8.420, de 18 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 31 jul 2018; Art. 26. A pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social. § 1o As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁹⁴ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 173.

acordo de leniência não é trazido na Lei Anticorrupção, sendo necessário, para se ofertar segurança jurídica, uma regulamentação pelo poder público. No entendimento do autor, deve constar do acordo a qualificação completa da pessoa jurídica e das pessoas físicas que a representam; discriminar minuciosamente o ato lesivo; trazer em anexo os documentos que foram disponibilizados pela pessoa jurídica; descrever de forma detalhada os coautores; trazer o reconhecimento, pela pessoa jurídica, de sua participação no ato lesivo, especificando quais ações praticou durante o ato ilícito; indicar quais os documentos e informações que deverão ser prestadas pela delatora, com estipulação de prazos; colher declaração do representante da pessoa jurídica, afirmando a sua abstinência na continuidade delitiva, bem como sua confirmação de que irá cooperar, sempre que requerido, com todos os atos do processo administrativo que forem praticados até o seu esgotamento.⁹⁵

Quanto à parte que cabe à Administração Pública, deve-se conter a indicação pela autoridade concedente de que a pessoa jurídica foi a primeira a se manifestar a respeito do ato ilícito e de sua disposição para colaborar com a Administração Pública; fazer constar que o cumprimento das condições do acordo de leniência trará diminuição ou até isenção das penas trazidas na Lei Anticorrupção, sendo estas individualizadas e especificadas.⁹⁶ Deve ainda conter disposição sobre o fato de que, caso não haja cumprimento do acordo pela pessoa jurídica colaboradora serão perdidos os benefícios presentes no artigo 16 da Lei Anticorrupção⁹⁷, ficando impedida de contratar com a Administração Pública por três anos, a contar do descumprimento do acordo de leniência.⁹⁸

Há uma novidade trazida pela Lei nº 12.846/13 que representa uma quebra de paradigma. Quando a regra instituída pelo ordenamento jurídico brasileiro seria a responsabilidade subjetiva, a nova legislação anticorrupção trabalha com a responsabilização das pessoas jurídicas de modo objetivo, isto é, sem a necessidade de se provar dolo ou culpa

⁹⁵ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 174.

⁹⁶ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 174.

⁹⁷ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência [...] §2o A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6o e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. § 3o O acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

⁹⁸ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 174.

delas. Vale ressaltar ainda que antes do seu surgimento apenas pessoas naturais poderiam ser responsabilizadas pela participação de uma pessoa jurídica em ato atentatório contra a Administração Pública. A partir do seu advento a responsabilização da pessoa jurídica independe da responsabilidade de seus administradores ou seus dirigentes, ainda que tenham concorrido ou participado da prática ilícita, pois não se misturam.⁹⁹

Uma vez formalizado, o acordo de leniência deverá se tornar público¹⁰⁰, salvo de tal publicidade prejudicar o prosseguimento das apurações no curso do processo administrativo correspondente, prosseguindo-se à publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Punidas¹⁰¹ – CNEP.¹⁰²

4.8. Resultados e Efeitos do Acordo de Leniência:

Um dos objetivos deste instituto é a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ato infracional a ser apurado. Sendo cumprido o acordo a pessoa jurídica será retribuída pela colaboração e serão ofertadas atenuantes ou isenções de pena, a variar de acordo com o nível de colaboração obtido. Como exemplo destas podemos citar: não publicação da decisão administrativa sancionadora; dispensa de proibição de receber incentivos, empréstimos de órgão e entidades públicas; diminuição do montante da multa a ser aplicada; atenuação das penas administrativas nas leis de licitações e contratos. Um

⁹⁹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 37.

¹⁰⁰ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência [...]§ 6o A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

¹⁰¹ Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei. [...]§ 3o As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

¹⁰² PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 175.

importante efeito é a interrupção do prazo da prescrição dos atos ilícitos quando for realizado o acordo, sendo reiniciada a contagem quando este for formalizado.¹⁰³

4.9. Rejeição e Desistência do Acordo:

Por se tratar de relação bilateral, a lei deveria ter previsto a situação de rejeição do acordo por qualquer das partes envolvidas, porém somente se manifestou sobre esta hipótese para o caso de desistência pelo órgão ou entidade processante. A desistência poderá ser manifestada pelo processante a qualquer momento, desde que antes da assinatura do acordo. Em qualquer dos casos, rejeição pela entidade processante ou pela pessoa jurídica, os documentos já apresentados serão devolvidos sem direito a retenção de cópias, sendo também vedado o uso destes para fins de responsabilização da empresa, salvo quando a Administração tiver conhecimento deles independentemente da sua apresentação na proposta de acordo.¹⁰⁴

4.10. O Acordo de Leniência e a Atuação do TCU

Apesar da Lei Anticorrupção não ter previsto a incidência do Tribunal de Contas da União – TCU na apuração e sancionamento das pessoas jurídicas, inclusive no que tange ao acordo de leniência, não se pode excluir tal órgão de exercer seu papel definido no texto constitucional. Como forma de reforçar sua possibilidade de atuação, o TCU editou a Instrução Normativa nº 74/2015, que tornou obrigatório que os acordos de leniência

¹⁰³ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 240

¹⁰⁴ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 241

realizados pela Administração Pública Federal e pela CGU sejam sujeitos à análise pelo Tribunal de Contas.¹⁰⁵

¹⁰⁵ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 249.

5. APURAÇÃO CONJUNTA DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS PRATICADAS NO ÂMBITO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

A Lei Anticorrupção trouxe em seu art. 5º¹⁰⁶ o rol de atos prejudiciais à Administração Pública e lá previu infrações que possuem relação com o âmbito das licitações e dos contratos administrativos. É interessante observarmos que as letras a), b) e c) do inciso quarto deste artigo, possuem como correspondentes os artigos 90, 93 e 95, respectivamente, da Lei 8.666/93107, artigos estes que trazem crimes e penas para as condutas lá previstas. As penas que a Lei Anticorrupção trouxe para os atos previstos nas letras supracitadas estão presentes no art. 6º. Vejamos:¹⁰⁸

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

¹⁰⁶ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 1º ago 2018.

¹⁰⁷ Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. BRASIL. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 1º ago 2018.

¹⁰⁸ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 101 - 103.

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.¹⁰⁹

Percebe-se que foram previstas as penas de multa e de publicação da decisão condenatória, de forma alinhada ao entendimento da Constituição Federal, no §5º do seu art. 173. Vejamos:

Art. 173, §5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.¹¹⁰

A responsabilidade individual dos dirigentes já foi estabelecida pela Lei 8.666/93 e com o advento da LAC passa-se a ter a responsabilização das pessoas jurídicas por atos praticados em prejuízo da ordem financeira e econômica da Administração Pública. Logo, podemos concluir que esta veio com o intuito de trazer mais uma possibilidade para que se possam combater atos ilegais que causem danos ao erário.

Em adição, o art. 30¹¹¹ desta legislação traz um entendimento de que a aplicação das penas nela previstas não implicará em prejuízo diante das trazidas pela Lei 8.666/93 ou nas presentes em outras normas que tratem sobre licitações e contratos. Por todos estes motivos pode haver, ao final do julgamento de um ente, condenação com base tanto na Lei de

¹⁰⁹ BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

¹¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º ago 2018.

¹¹¹ Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

Licitações quanto na Lei Anticorrupção. A partir desta ideia, concluímos que a segunda surge para se somar, e não excluir a primeira, e ambas devem caminhar juntas durante o processo investigatório caso estejam presentes os requisitos para as suas respectivas incidências.¹¹²

Um único processo administrativo responsabilizador – PAR, pode apurar simultaneamente infrações administrativas tipificadas na LAC e demais regras previstas de licitações e contratos, inclusive, com possibilidade de aplicação cumulativa das sanções administrativas ainda que de leis distintas. Para o caso de haver autoridades competentes distintas para processar o responsável deverá ser aplicado o art. 12 do Decreto nº 8.420/15.¹¹³ Vejamos:

Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

§ 1º Concluída a apuração de que trata o caput e havendo autoridades distintas competentes para julgamento, o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.

§ 2º Para fins do disposto no caput, o chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos deve comunicar à autoridade prevista no art. 3º sobre eventuais fatos que configurem atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.¹¹⁴

Portanto, após elaboração do relatório final pela comissão processante os autos serão enviados em primeiro lugar ao Ministro de Estado para julgamento, e posteriormente, para a autoridade máxima, não havendo vinculação entres as decisões.¹¹⁵

¹¹² RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 104 – 107.

¹¹³ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 177 – 178.

¹¹⁴ BRASIL. *Decreto 8.420, de 18 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 7 ago 2018.

¹¹⁵ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 178.

6. ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL E ESTRANGEIRA

Como já foi dito, as infrações contra a Administração Pública estão elencadas no art. 5º da LAC e podem ser divididas em dois grupos: um relacionado aos atos de corrupção em geral e outro ligado aos atos de corrupção que possuam relação com licitações e contratos administrativos.

6.1. Atos de Corrupção em Geral:

6.1.1. Prometer, Oferecer ou Dar, Direta ou Indiretamente, Vantagem Indevida a Agente Público, ou a Terceira Pessoa a Ele Relacionada:

É uma figura relacionada com o crime de corrupção ativa¹¹⁶ e quanto ao conceito de vantagem indevida deve-se entender como uma vantagem não apenas de caráter econômico, mas também qualquer outra não financeira, e ainda que de forma indireta, isto é, seja gozada a vantagem por terceiro indicado pelo agente político.¹¹⁷

6.1.2. Comprovadamente, Financiar, Custear, Patrocinar ou de Qualquer Modo Subvenciar a Prática de Atos Ilícitos Previstos Nesta Lei (que lei?):

¹¹⁶ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003) Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

¹¹⁷ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 161 – 162.

Seu surgimento advém de uma série de tratados internacionais para combate à corrupção e possui o intuito de penalizar todos os que se envolveram de alguma forma com ilícitos administrativos. Esta possibilidade do Estado intervir para penalizar cúmplices já existia no art. 1º da Convenção da OCDE de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, que aqui no Brasil foi ratificada em 15/06/00 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678 de 30/11/00, bem como no art. 27 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687 de 31/01/06.¹¹⁸ Vejamos:

Artigo 1

O Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros

1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

Artigo 27

Participação ou tentativa

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, em conformidade com sua legislação interna, qualquer forma de participação, seja ela como cúmplice, colaborador ou instigador, em um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.

Vale destacar, por fim, que independentemente da ocorrência do ato lesivo, a comprovação de algum dos tipos verbais do inciso II do artigo 5º da LAC bastará para que incorra o agente em nova infração administrativa autônoma.¹¹⁹

¹¹⁸ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 162.

¹¹⁹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 162.

6.1.3. Comprovadamente, Utilizar-se de Interposta Pessoa Física ou Jurídica Para Ocultar ou Dissimular seus Reais Interesses ou Identidade dos Beneficiários dos Atos Praticados:

Engloba a responsabilização da pessoa jurídica a partir da participação de terceiros durante o cometimento do ato corrupto, podendo este ser despachante, advogado, consultor, contador que de qualquer maneira intervieram durante a prática do ilícito. Neste caso quem responderá pelo ato será a pessoa jurídica pelos atos do terceiro que agia em nome da empresa. Trata-se de uma inovação muito enriquecedora trazida na LAC, pois inúmeros eram os casos de pessoas jurídicas que agiam por meio de terceiros para se esquivarem das penalidades legais.¹²⁰

Exemplos como o escândalo da Máfia do ISS, que aconteceu em São Paulo, no qual perto de 410 construtoras pagavam propina à auditores fiscais do município para baixar valores do imposto sobre serviços e de licenças de habitação pagos no fim de obras grandes, ou como o recente caso da operação “Lava Jato”, em que ficou visível o ato das empreiteiras que usufruíram da corrupção, utilizando a subcontratação de outras pessoas jurídicas, como empresas de consultoria, como um meio de repassar propina a servidores públicos e políticos de alguns partidos políticos.¹²¹

6.1.4. Dificultar Atividade de Investigação ou Fiscalização de Órgãos, Entidades ou Agentes Públicos ou Intervir em sua Atuação, Inclusive no Âmbito das Agências Reguladoras e dos Órgãos de Fiscalização do Sistema Financeiro Nacional

Não obstante o título ser bem aberto e pela sua interpretação literal parecer que incorrerá neste crime quem atentar contra qualquer ato de investigação ou de fiscalização da

¹²⁰ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 163.

¹²¹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 163.

Administração, deve-se entender que somente sobre os atos relacionados à averiguação de delitos previstos na LAC ou à atuação de órgão de combate à corrupção poderá incidir este ato ilícito previsto no inciso III do art. 5º da Lei Anticorrupção. O ônus de prova recairá sobre a entidade processante, a quem incumbirá o dever de provar mecanismos fraudulentos que ensejem a incidência deste ato ilícito, não se admitindo, obviamente, que a ausência de colaboração pela empresa possa resultar sua punição, pois a opção pela realização de acordo de leniência, como já visto anteriormente, é de livre escolha da pessoa jurídica.¹²²

7. Quanto às Licitações e os Contratos

7.1. Frustrar ou Fraudar, Mediante Ajuste, Combinação ou Qualquer Outro Expediente, o Caráter Competitivo de Procedimento Licitatório Público:

Como um dos meios para se tentar preservar o caráter competitivo de uma licitação, esta previsão da LAC engloba condutas de cartel, bem como a combinação de preços ou de medidas que pessoas jurídicas se utilizam para fraudar o procedimento licitatório. Para sua consumação independe que haja a obtenção de proveito econômico pelos envolvidos e que seja demonstrada a ocorrência de prejuízo para o erário, bastando-se a demonstração de que o ajuste ou combinação excluiu do certame algum participante ou predestinou o resultado da licitação.¹²³

7.2. Impedir, Perturbar ou Fraudar a Realização de Qualquer Ato de Procedimento Licitatório Público:

¹²² RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 165 - 168.

¹²³ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 168.

Objetiva impedir atos ou condutas prejudiciais à licitação ou que de alguma maneira objetivamente impedi-la, fraudá-la ou perturbá-la. Impedir significa inviabilizar, perturbar, quer dizer, cria obstáculos ilegais e fraudar é fazer uso de meios enganadores para macular o ato administrativo. Vale ressaltar que esta infração somente se aplica durante a fase licitatória, e não na contratual, pois o seu título restringe sua aplicação. Por exemplo, admite-se sua incidência se a pessoa jurídica apresentou atestados de capacidade técnica irregulares na fase de habilitação, que integra o procedimento, porém não incide a responsabilização caso o ente apresentasse documentos falsos na fase contratual.¹²⁴

7.3. Afastar ou Procurar Afastar Licitante, Por Meio de Fraude ou Oferecimento de Vantagem de Qualquer Tipo

Esta previsão, que consta na alínea c) do inciso IV do art. 5º da LAC, visa impedir que pessoa jurídica em procedimento licitatório tente eliminar outros interessados, utilizando-se de meios ilegais ou pelo oferecimento de vantagens indevidas, podendo ser, inclusive, vantagem de natureza extrapatrimonial como a obtenção de uma conquista ou prêmio empresarial. A consumação ocorrerá independente do êxito do ato, isto é, mesmo que a outra pessoa que se tentou excluir prossiga no certame bastará a demonstração dos meios ilícitos ou do oferecimento da vantagem para que se possa responsabilizar o infrator.¹²⁵

Importante frisar que aqui a conduta ilícita da pessoa jurídica será unilateral, pois se fosse bilateral iria ser aplicada a alínea a) do inciso IV do art. 5º da LAC. Por fim, vale registrar que embora a pessoa jurídica que eventualmente aceita a proposta não possa responder com base nesta alínea, não ficará impune e incorrerá no disposto na alínea d) do

¹²⁴ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 169.

¹²⁵ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 169.

inciso IV do art. 5º da LAC, o qual trata da fraude de licitação pública ou contrato dela decorrente.¹²⁶

7.4. Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente:

O caráter desta previsão é de aplicação subsidiária, isto é, em não sendo possível aplicar outra alínea, por eliminação restará esta previsão que é a mais ampla das violações ligadas à contratos e licitações das que constam na Lei Anticorrupção. Trata-se de infração análoga à prevista no art. 96 da Lei 8.666/93¹²⁷ e que pode auxiliar a autoridade processante quando for aplicar a LAC nos casos concretos, na medida em que traz hipóteses em seus incisos que esclarecem e exemplificam tipos de condutas reprováveis.¹²⁸

7.5. Criar, de Modo Fraudulento ou Irregular, Pessoa Jurídica para Participar de Licitação Pública ou Celebrar Contrato Administrativo

Abrange uma das mais comuns fraudes utilizadas nas licitações e contratos, em que órgão como o TCU e a CGU percebem a criação de empresas de fachada com o único objetivo de simular a existência de uma disputa entre pessoas jurídicas distintas. Índícios como a falta de sede própria, estabelecimento incongruente com a atividade a ser realizada, quadros societários com sócios semelhantes aos de outras empresas, podem sinalizar a

¹²⁶ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 169.

¹²⁷ Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. BRASIL. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 6 ago 2018.

¹²⁸ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 169 - 170.

realização deste tipo de ato infracional que para ser cometido independe do êxito na transgressão intentada.¹²⁹

Ademais, esta conduta é passível de ensejar a dissolução compulsória da empresa, conforme preceitua o § 1º do art. 19 da Lei 12.846/13.¹³⁰ Este dispositivo ainda se aproxima de forma bastante similar ao previsto na primeira parte do inciso II do art. 5º da LAC, vejamos: III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados, tendo como ponto diferencial o caráter mais restrito do ilícito aqui previsto ter ocorrido no âmbito das licitações e contratos.¹³¹

7.6. Obter Vantagem ou Benefício Indevido, de Modo Fraudulento, de Modificações ou Prorrogações de Contratos Celebrados com a Administração Pública, sem Autorização em Lei, no Ato Convocatório da Licitação Pública ou nos Respective Instrumentos Contratuais

Os artigos 57 e 65 da Lei 8.666/93¹³² disciplinam as prorrogações e alterações dos contratos realizados com a Administração Pública. Quando uma pessoa jurídica

¹²⁹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 170.

¹³⁰ § 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 6 ago 2018.

¹³¹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 170.

¹³² Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; III - (Vetado). IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato. V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso

obtem vantagens ou benefícios que advém de atitudes ilegais, sejam estas previstas em lei, edital ou contrato, deverá responder por esta previsão infracional prevista na LAC. Neste

haja interesse da administração. § 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração; II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei; V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis. § 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato. § 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado. § 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses. BRASIL. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm>. Acesso em: 6 ago 2018.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; II - por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior. § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: I - (VETADO) II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. § 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo. § 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados. § 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso. § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. § 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento. BRASIL. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm>. Acesso em: 7 ago 2018.

ponto, diferente dos anteriores, é exigida a obtenção da vantagem ou do benefício para que o ato seja enquadrado na situação aqui prevista, considerando-se como benefício ilícito a modificação ou prorrogação do contrato por meio fraudulento, mesmo que não exista o superfaturamento do seu objeto.¹³³

7.7. Manipular ou Fraudar o Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Celebrados com a Administração Pública

A Constituição Federal defende, em seu art. 37, XXI, a conservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos com o erário. Vejamos:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para efetivar tal entendimento constitucional o art. 65 da Lei 8.666/93 autoriza alteração contratual para buscar novamente o seu equilíbrio, bem como a situação inicial com a qual as partes negociaram, buscando-se uma remuneração correta segundo o serviço a ser prestado, salvo se este desequilíbrio adveio do risco inerente à atividade empresarial. Neste contexto, esta previsão de infração, que consta na alínea g) do inciso IV do art. 5º da LAC, surge para proibir a criação de circunstâncias falaciosas que possam autorizar uma recomposição do equilíbrio contratual. A caracterização desta aliena independe de

¹³³ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 170 – 171.

demonstração de prejuízo para a Administração Pública, bastando que haja a manipulação de fatos para que o delito se concretize.¹³⁴

8. DIFICULDADES E PROBLEMAS NO CONTEÚDO MATERIAL DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA E NA SUA APLICAÇÃO

Apenas a título de curiosidade e por tratar-se de autor de relevância para o nosso ordenamento jurídico, Guilherme de Souza Nucci analisa a Lei Anticorrupção à luz do direito penal e traz uma visão crítica sobre o seu surgimento. Já na apresentação de sua obra, o autor afirma que em meio às revoltas sociais ocorridas em 2013, o parlamento editou, em 1º de agosto do referido ano, a Lei 12.846, como forma de resposta à população, contudo falhou ao eleger a pessoa jurídica como vilã na esfera pública, e ainda ao estabelecer caráter sancionador civil e administrativo, mas esquivando-se do caráter penal.¹³⁵

Guilherme aduz que a referida lei aparenta ter sido criada “*para não funcionar*” e que uma grande parte da doutrina considera que o Estado atribuiu às pessoas jurídicas de direito privado um excesso de penalidades, utilizando-se de institutos jurídicos incompatíveis com o tema da corrupção, como por exemplo, a responsabilidade objetiva, de forma a esconder que está, na verdade, aplicando-se o Direito Penal à pessoa jurídica.¹³⁶

Outra crítica que Nucci realiza é quando assevera que a corrupção é tratada como crime para a pessoa física, porém de forma contrária é tratada somente como mero ato ilícito para a pessoa jurídica, de forma contraditória e impossível de se manter, pois defende que um mesmo instituto não pode significar coisas distintas para um mesmo conceito de pessoa no direito, a civil e a jurídica. Relata ainda que apesar de alguns doutrinadores considerarem que esta lei faz parte do direito administrativo sancionador este instituto também seria falho, por

¹³⁴ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 171 – 172.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 5 e 6.

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 12.

pecar pela ausência de burocracia processual que futuramente poderia acarretar em punições abusivas e injustas.¹³⁷

Em contrapartida, Márcio de Aguiar rebate críticas elaboradas por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, o qual afirmou que a Lei 12.846/13 desrespeita direito constitucional sobre a individualização da pena e quanto ao uso da responsabilidade objetiva, que deveria ser usada apenas contra o Estado, não podendo este usá-la contra o cidadão.¹³⁸ Aguiar traz dois princípios para discorrer sobre o tema em discussão: presunção de constitucionalidade das leis e unidade da Constituição, e assim desenvolve seu pensamento ao asseverar que a constitucionalidade da lei deve ser tratada de forma contextualizada, em conjunto com as demais normas constitucionais e de forma a adequar-se ao fenômeno da neoconstitucionalização, numa realidade de interpretação sistêmica¹³⁹.

Márcio defende ainda que o intuito do novo sistema de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas constitui estabelecimento de novo paradigma, no qual é exigida das empresas uma atuação proativa no combate à corrupção, pois teriam que passar a adotar comportamentos mais rígidos de combate aos atos de corrupção dentro e fora de sua estrutura física.¹⁴⁰ O autor ainda cita Renato Oliveira Capanema, que reforça sua posição pessoal ao defender que a nova realidade faz com que as empresas criem um compromisso integral de não compactuarem com a corrupção, tornando-se, inclusive, um pressuposto para sua manutenção no mercado.¹⁴¹

8.1. A ilegalidade do Decreto Federal 8.420/2015: A Exigência Extemporânea de Entrega de Documentos:

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 86.

¹³⁸ FERNANDES; NASCIMENTO, 2014 apud RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 40 - 41.

¹³⁹ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 41.

¹⁴⁰ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 45.

¹⁴¹ CAPANEMA; apud RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 45 - 46.

Em relação ao terceiro requisito citado no tópico que tratou das condições e requisitos para a celebração do acordo de leniência, surge um problema no Decreto federal 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção no âmbito da União federal. Ele trouxe inovação de forma equivocada, pois estabeleceu em seu artigo 30, V, que a pessoa jurídica deverá ainda na fase proponente apresentar informações, arquivos e elementos que atestem a infração administrativa¹⁴². Em verdade, deveriam ser oferecidos apenas documentos mínimos para despertar a curiosidade da autoridade que os recebe de maneira a demonstrar que existem indícios fortes sobre a existência de ilicitudes.¹⁴³ A cobrança destes documentos por parte do Decreto é de caráter exagerado e ilegal, pois ainda se está em momento de formulação de propostas para o acordo.

Esta exigência vai além dos limites fixados pela Lei Anticorrupção, já que não existe determinação neste sentido, e como o Decreto veio para regulamentar não poderia criar situação nova não prevista na lei que traz os acordos de leniência, a qual apenas prevê como um dos objetivos do acordo o de haver obtenção veloz de documentos que comprovem o ilícito sob apuração.¹⁴⁴ Em segundo lugar, durante a fase de elaboração da proposta a pessoa jurídica está sujeita a não aceitação da proposta pelo poder público, logo a apresentação prévia dos documentos que comprovem os atos ilícitos deixaria a empresa numa situação de insegurança e incerteza em havendo a recusa na celebração pela autoridade pública. Para se evitar prejuízo à pessoa jurídica o artigo 35 do Decreto previu a não utilização de tais provas em caso de recusa da proposta pela Administração Pública, contudo há diversos caminhos alternativos para contornar esta proibição, que podem ser usados nos processos administrativos que caminham ao lado da proposta de acordo de leniência recusada.¹⁴⁵

¹⁴² Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: [...] V - fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

¹⁴³ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 167.

¹⁴⁴ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência [...] II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

¹⁴⁵ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 168.

8.2. Acordo de leniência e Imunidade Penal

Um dos pontos mais criticados nesta lei é quanto à ausência de garantias de imunidade criminal ao delator diante de seus atos na seara administrativa, já que existe tipo penal de corrupção ativa no qual pode ser enquadrado. Segundo o autor, esta situação significa um retrocesso se comparado ao programa de leniência estabelecido no art. 86, da Lei nº 12.529/11¹⁴⁶, cujo teor é o seguinte:

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:

Portanto, afirma que esta falta de extinção da punibilidade, diferente do modelo da América do Norte e da maioria dos países, gera uma insegurança sobre a extensão do acordo de leniência e sobre qual seria sua real utilidade. Neste ponto específico discordo do autor, porém é importante trazer sua colocação, por ser um atuante e estudioso da área.¹⁴⁷

8.3. Problemas Quanto à Ideia Incorreta que a População Pode Ter sobre os Acordos de Leniência se Não Forem Divulgados de uma Forma Responsável:

¹⁴⁶ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 247.

¹⁴⁷ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 248.

Diante da tendência social, seja no âmbito familiar, seja fora dele, em repudiar delatores, esta legislação de leniência parece ofender estes valores, na medida em que privilegia a delação, ou seja, a entrega de informações em relação a fatos específicos.

Por fim, o aplicador do direito, ao interpretar o referido diploma legal deve concluir que este não contraria os valores da família e valores sociais, mas os prestigia. Apesar de parecer uma incoerência, o que se pretende é esclarecer que a realização, por meio de configurações oferecidas pelo ordenamento jurídico, de um comportamento leniente que proporcione um ganho coletivo e enseje investigações e apurações para se seguir a aplicação de penalidades é algo positivo. Ainda que o acordo de leniência beneficie o delator, ante o alívio de algumas penas, este instituto possibilita investigações mais eficazes e profundas, contribuindo para que as condutas contrárias ao ordenamento jurídico tenham suas práticas diminuídas, e todos os seus envolvidos penalizados, trazendo benefícios sociais.¹⁴⁸ Este deve ser o entendimento e a visão a ser repassada para a sociedade.

¹⁴⁸ PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 148 - 149.

CONCLUSÃO

A partir deste trabalho ficou demonstrado que o instituto dos acordos de leniência surgiu num contexto de instabilidade política e social, pois foi exatamente no período em que houve uma grande manifestação promovida por atos em inúmeros Estados brasileiros em reivindicações por melhorias e contra também a corrupção.

Esta forma de resposta do Poder Legislativo foi alvo de crítica por alguns doutrinadores, tendo como mais expressiva a feita por Guilherme de Souza Nucci, o qual dedicou uma obra para tratar da Lei Anticorrupção. Este doutrinador ressaltou que a referida lei teria sido criada “*para não funcionar*” e trouxe motivos relevantes que devem ser sempre questionados e analisados por outros doutrinadores, como caminho necessário para se chegar a uma conclusão mais purificada sobre uma boa ou uma má intenção na criação da Lei Anticorrupção.

Ficou constatado que a possibilidade de se estabelecer um acordo de leniência, trazida pela recente Lei Anticorrupção, representa uma mudança de paradigma no sistema jurídico brasileiro, pois inicia uma fase nunca antes existente, que é a responsabilização das pessoas jurídicas por atos que causem prejuízo à Administração Pública. Esta mudança pode ser encarada de diversas maneiras, mas seja numa perspectiva boa ou má, o acordo de leniência ainda é um instituto recente e que precisa ser discutido cada vez mais, como já vem ocorrendo pela série de legislações que se sobrepuseram para tratar do assunto. A sua aplicação vai abrir portas para que este seja aprimorado e a partir de então poderemos constatar se realmente a Lei Anticorrupção foi criada para mascarar o anseio público de combate à corrupção, ou se veio, efetivamente, como mais uma maneira para se combatê-la.

Acredito na segunda hipótese. Contudo, creio que o acordo de leniência não era a resposta que a população estava esperando sobre o combate a corrupção, porém não deixa de representar mais um artefato jurídico do qual a Administração pode se utilizar para investigar mais a fundo os casos de corrupção. A meu ver, o surgimento deste programa passa a ideia de que futuramente poderemos ter mais mudanças consideráveis no combate a corrupção, pois a tendência deste instituto é crescer e buscar bons resultados.

Ficou constatado que o acordo de leniência não se trata de mero consentimento de vontades, mas deve seguir um procedimento próprio, com uma série de requisitos que se não cumpridos impedirão sua realização. Isto transmite uma imagem mais séria e comprometedora do instituto e passa mais segurança para a sociedade.

Por fim, o que mais prejudica sua disseminação é o sigilo utilizado pelo poder público ao tratar destes acordos, impedindo o acesso da população aos seus termos, o que pode comprometer sua aceitação social e a segurança que foi passada na sua previsão legal. Portanto, é um assunto muito delicado de ser tratado. Em adição, ainda existe a ideia social de que a Administração, ao celebrar um acordo com uma pessoa jurídica inidônea e diminuir sua pena, pode estar sendo complacente com o incorreto administrativo, o que talvez fosse afastado se o Poder Público começasse a mostrar estatisticamente os resultados que este programa trouxe para o meio social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º ago 2018.

BRASIL. Controladoria Geral Da União, *Convenção da OCDE Contra o Suborno Transacional*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>. Acesso em: 31 jul 2018.

BRASIL. *Decreto 8.420*, de 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848*, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm >. Acesso em: 31 jul 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848*, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm >. Acesso em: 31 jul 2018.

BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

BRASIL. *Lei 12.846*, de 1º de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 31 jul 2018.

BRASIL. *Lei 13.502/17*, 1º de novembro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13502.htm#art82. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. *Lei 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 1º ago 2018.

BRASIL. *Lei 8.884/94*, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. *Lei 12.529/11*, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Súmula 611*, 14 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27611%27>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado De Segurança. MS 19269 / DF*. Primeira Seção. Relator: Ministro Ari Pargendler, 14, de maio de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22processo+administrativo%22+%22compet%EAncia+concorrente%22+%22Controladoria->

Geral+da+Uni%E3o%22&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em 30 julho 2018.

CAPANEMA; apud RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

FERNANDES; NASCIMENTO, 2014 apud RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAZ; DALLARI; apud RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HUNGRIA; 2014 apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 509-527, jun 2015

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. São Paulo: Manole, 2016, p. 149.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei: Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROCHA; 2014 apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.