

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 21

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2017

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Gerson Branco (UFRGS), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ), Samuel Max Gabbay (IFRJ) e Tula Wesendonck (UFRGS).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

**MOREIRA MENEZES . MARTINS**
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 21 (julho/dezembro 2017)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2018.

MULTILENIÊNCIA DO EMPRESÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO¹

MULTI-LENIENCY AGREEMENTS UNDER BRAZILIAN LAW

Mauricio Moreira Menezes

Resumo: Os acordos de leniência foram introduzidos na ordem jurídica brasileira pela Lei de Defesa da Concorrência e ganharam forte repercussão a partir dos escândalos de corrupção revelados pela Operação Lava-Jato. Problema grave consiste na distorção causada pela intervenção do Ministério Público, que celebrou acordos de leniência anticorrupção, diversamente da norma expressa na Lei Anticorrupção, que contempla a competência da Controladoria-Geral da União para esse fim. A tais incertezas soma-se a resistência do Tribunal de Contas da União em excluir a sanção de inidoneidade do empresário leniente, impedindo-o de contratar com a Administração Pública. Por fim, considerando que determinados atos ilícitos podem sujeitar seu agente ao poder sancionador de diferentes órgãos estatais, constata-se que, previamente à adesão a qualquer programa de leniência, deve o empresário averiguar a incidência de competências punitivas concorrentes, de tal sorte a recomendar a abertura de várias frentes de negociação, naquilo que seria uma cumulação de programas de leniência, que aqui se dá o nome de *multileniência* do empresário.

Palavras-chave: Acordos de leniência antitruste e anticorrupção. Acordo administrativo em processo de supervisão. Multileniência do empresário.

¹ Artigo recebido em 03.12.2018 e aceito em 14.12.2018.

Abstract: The mechanism of leniency agreements was introduced in the Brazilian Legal System by the Antitrust Law and gained repercussion with the huge corruption scandals emerging from Operation Car Wash. A grave problem has arisen however, consisting of the distortion caused by the intervention of the Federal Prosecution Service in reaching leniency agreements in situations that run counter to the rules in the Anticorruption Law, according to which competence for this purpose rests with the Office of the Comptroller General. In addition to the resulting uncertainties, there has been resistance from the Federal Audit Tribunal to the exclusion of the penalty of unfitness to participate in tenders and contract with the public administration. Considering that certain illicit acts can subject the offender to the penalizing power of different governmental authorities, before adhering to any leniency program, parties should pay attention to the possibility of facing sanctions from multiple authorities, and conduct negotiations in light of this possibility, through what can be called “multi-lenieny agreements”.

Keywords: Anti-trust and anti-corruption leniency agreements. Leniency agreements before the Brazilian Securities and Exchange Commission. Multi-lenieny agreements.

Sumário: Introdução. 1. Nota sobre os programas de leniência no Brasil. 2. A leniência anticorrupção e seu papel promocional da virada ética no ambiente de negócios. 3. Multileniência do empresário. Conclusão.

Introdução.

Recentemente, os acordos de leniência ganharam forte repercussão na opinião pública e, especialmente, no círculo jurídico, em razão dos escândalos de corrupção revelados pela Operação Lava-Jato, seus desdobramentos e outras operações de repressão aos cri-

mes praticados no ambiente corporativo (mencione-se, como exemplos, as operações *Greenfield*, *Zelotes* e *Calicute*).²

Embora o acordo de leniência houvesse sido introduzido na ordem jurídica brasileira pela “Lei de Defesa da Concorrência” (Lei nº 8.884/1994 com a redação dada pela Lei nº 10.149/2000, revogada pela Lei nº 12.529/2011, atualmente em vigor), foi o contexto de crise generalizada de companhias envolvidas naqueles malfeitos que tornou frequente tal expediente.

Portanto, a leniência ofertada pela Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”) protagonizou-se como caminho para o saneamento das organizações empresárias que incorreram em ilícitos praticados contra a Administração Pública³.

Curiosamente, esses acordos vieram a ser inicialmente celebrados com o Ministério Público Federal e posteriormente homologados judicialmente, em nítido contraste com o disposto na Lei Anticorrupção, que contempla a competência da Controladoria-Geral da União (“CGU”) para a contratação da leniência no âmbito do Poder Executivo federal (art. 16, § 10) e não a condiciona à homologação judicial.

A consequência natural dessa distorção foi a necessidade de celebração de nova leniência pelas companhias que antes desembolsaram elevadas quantias em razão daquela formalizada com o Ministério Público. Mais grave, o Tribunal de Contas da União ainda expôs obstáculos para livrar as companhias lenientes da sanção de inidonei-

2 Este artigo foi elaborado com base na palestra dada pelo autor no 8º Congresso Brasileiro de Direito Comercial, realizado na Associação dos Advogados de São Paulo.

3 Para fins deste artigo, são equiparadas as expressões empresa, entidade empresária e organização empresária. O mesmo se diga quanto à pessoa do empresário e da sociedade empresária, que afinal irão responder nos termos da Lei Anticorrupção: sua responsabilidade é consequência daquela atribuída à empresa, enquanto organização empresária. A efetivação dessa responsabilidade diz respeito a momento posterior e dependerá do tipo jurídico eleito para revestir formalmente a organização (se companhia, sociedade limitada, fundo de investimentos, sociedade em conta de participação, sociedade em comum, EIRELI etc.).

dade, cujo efeito prático continuava a ser a proibição de contratação com o Poder Público.

Em suma, os empresários brasileiros surpreenderam-se com indesejáveis incertezas resultantes de hesitações do Estado quanto aos programas de leniência previstos em lei.

Além desse quadro, alguns dos ilícitos podem vir a atrair a competência de outras agências estatais, como a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), os quais podem se valer igualmente da leniência para pôr fim a processos sancionadores (quanto à CVM, o acordo de leniência ganhou a nomenclatura de “acordo administrativo em processo de supervisão”, nos termos da Lei nº 13.506/2017).

Logo, soma-se às perplexidades geradas pela episódica inocuidade da leniência anticorrupção a necessidade de averiguação da incidência de competências punitivas concorrentes de outros órgãos estatais, de tal sorte a recomendar a abertura de várias frentes de negociação, naquilo que seria uma cumulação de programas de leniência, que aqui se dá o nome de *multileniência* do empresário.

Nesse sentido, cabe trazer breves comentários a respeito dos acordos de leniência no direito brasileiro, tratando da experiência passada, das dificuldades atuais e de questões em perspectiva a respeito de sua eficiência, especialmente da necessidade de se conferir ampla isenção ou redução dos diversos tipos de sanção e restrições a que se encontra exposto o empresário que tenha incorrido em atos ilícitos e, não obstante, tenha colaborado com as autoridades para o aprofundamento das investigações e a voluntária assunção de compromissos, nos termos da lei.

1. Nota sobre os programas de leniência no Brasil.

Em geral, defende-se que os empresários devem buscar a conformidade do exercício de suas atividades com a norma legal e a re-

gulatoria, adotando programas de integridade que visam funcionar, predominantemente, no sentido de prevenir o ato ilícito ou de dissuadir sua prática.

A experiência ensina que nem sempre os programas preventivos são exitosos.

Ainda assim, quando efetivamente verificada a prática de ilícito, sobretudo por deficiência dos controles internos da própria organização empresária, a lei não a coloca à margem do ordenamento e, muito ao contrário, incentiva-a a reconhecer os próprios erros e a tomar medidas para sanear o problema.

Portanto, a despeito da organização empresária incorrer em reprovável conduta ilegal, há espaço para a adoção de importante ferramenta de adequação a padrões de conformidade anticorrupção, concorrencial etc. E o acordo de leniência ocupa com protagonismo dito espaço, servindo como relevantíssimo instrumento de readequação da organização empresária.

Com efeito, sob a perspectiva do empresário, uma das principais funções da leniência consiste na busca pelo restabelecimento do curso ordinário dos negócios, inclusive para que a entidade empresária volte a contratar com a Administração Pública, seja por meio de participação em licitações, seja pelo acesso a linhas de crédito de bancos oficiais.

Sob o ponto de vista da autoridade pública, a leniência é tratada como instrumento investigativo, de tal modo que sua utilidade está ligada à ausência (ou insuficiência) de informações sobre o ato ilícito e a redução de custos para sua obtenção.

Essa é a razão pela qual as leis estabelecem como requisitos à leniência a confissão do infrator e sua efetiva colaboração com as investigações, da qual resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada, das quais o Poder Público não disponha previamente.

A quebra da rede de agentes implicados na atividade ilícita, que consubstancia método para sua cessação à vista da aniquilação da cumplicidade entre aqueles, consiste em outro propósito da autoridade pública. Justamente por isso, o “candidato” à leniência deve ser o primeiro a identificar sua própria participação na infração noticiada.

Segundo dados históricos em matéria de acordo de leniência, a motivação para sua regulação tem origem nos esforços de repressão a infrações contra a ordem econômica, tanto no Brasil quanto no exterior, valendo destacar a primazia dos Estados Unidos da América, indicados pela doutrina especializada como o primeiro país a sistematizar normas a esse respeito.⁴

No Brasil, o CADE tem uma história bem-sucedida e, segundo divulgado em seu sítio oficial na internet, a autarquia considera o acordo de leniência um dos principais instrumentos de combate a cartéis, mencionando que em torno de 50 acordos de leniência foram assinados desde 2003.⁵

Portanto, a inclusão do acordo de leniência na Lei Anticorrupção foi, sem dúvida, incentivada por sua proveitosa aplicação no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência, sendo realizada por meio de emenda ao Projeto de Lei nº 6.826/2010. Nesse sentido, leia-se trecho do voto do Relator, Deputado Carlos Zarattini, por ocasião da apresentação de seu Relatório Final:

4 Embora faça-se referência ao “Act for the prevention and supression of combinations formed in restraint of trade”, editado em 1889 no Canadá, como a primeira lei antitruste, a doutrina indica que a origem da sistematização normativa da defesa da concorrência corresponde ao “Sherman Act”, editado em 1890 nos Estados Unidos da América, complementada posteriormente pelo Clayton Act, de 1914 (vide, por todos, RAMOS, André Luiz S. C. *O Sherman Act e a origem das leis antitruste* — quem realmente se beneficia com elas? Mises Brasil. Artigos. 30 dez. 2014. Disponível em “<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1999>”. Acesso em: 20 nov. 2018).

5 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Programa de Leniência*. Disponível em: “<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>”. Acesso em: 20 nov. 2018.

Para somente citar um exemplo de diálogo da Comissão Especial do PL 6.826/10 com setores interessados, é importante mencionar a participação do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial – IBRADEMP, que contribuiu com análise e sugestões tão válidas que foram incorporadas ao projeto de lei. Entre as sugestões do IBRADEMP acolhidas pela Comissão Especial, vale ressaltar a inclusão de capítulo sobre acordo de leniência.⁶

No cenário atual, há pelo menos 3 (três) categorias de acordos de leniência segundo um viés setorial: (i) o acordo antitruste, (ii) o acordo anticorrupção, que vem sendo intensamente discutido, enfrentando problemas de diversas naturezas e, mais recentemente, (iii) o acordo para a defesa dos interesses do mercado de capitais e do sistema financeiro nacional (“acordo administrativo em processo de supervisão”, que será referido simplesmente como “acordo de supervisão”). Embora a última categoria desdobre-se em acordos que podem vir a ser celebrados por duas diferentes autoridades, cada qual na sua esfera de competência (Banco Central do Brasil e CVM), será aqui examinada de modo unitário, à vista de sua disciplina legal uniforme.

A ideia inicial deste artigo é trazer um panorama comparativo sobre esses acordos. Nesse sentido, coloca-se, lado a lado, questões fundamentais que trazem os contornos desses diferentes acordos, para que se verifique sua similitude.

Assim, confira-se adiante quadro descritivo que contempla os principais balizadores do acordo antitruste, estabelecido pela Lei de Defesa da Concorrência, o acordo anticorrupção disciplinado pela Lei Anticorrupção e o acordo de supervisão relacionado ao sistema financeiro nacional e ao mercado de capitais e trazido pela Lei nº 13.506/2017:

6 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.826, de 2010. *Parecer*. Relator Deputado Carlos Zarattini. Brasília, 14 mar. 2012. Disponível em: “<http://www.camara.gov.br>”. Acesso em: 5 jun. 2016.

Questão-chave	CADE (L. 12.529/2013)	CGU (L. 12.846/2013)	BACEN/CVM (L. 13.506/2017)
Premissas	Apresentação de provas e identificação dos demais envolvidos nos ilícitos	Apresentação de provas e identificação dos demais envolvidos nos ilícitos	Apresentação de provas e identificação dos demais envolvidos nos ilícitos
Requisitos	Empresário deve antecipar sua conduta (salvo pessoa física); cessação da atividade ilícita; autoridade não disponha de provas suficientes; cooperação com as investigações	Empresário deve antecipar sua conduta (salvo pessoa física); cessação da atividade ilícita; cooperação com as investigações	Empresário antecipe sua conduta (salvo pessoa física); cessação da atividade ilícita; autoridade não disponha de provas suficientes; cooperação com as investigações
Sigilo	Circunscrita aos termos da proposta de acordo	Circunscrita aos termos da proposta de acordo	Apenas trata da não divulgação da proposta; impõe comunicação a outros órgãos e prevê publicidade do acordo
Confissão de culpa	Sim, salvo se proposta for rejeitada	Sim, salvo se proposta for rejeitada	Sim, salvo se proposta for rejeitada
Exclusão ou redução de sanção	Extinção da ação punitiva (caso a autoridade não tenha conhecimento da infração) ou redução da pena de 1/3 a 2/3	Extinção da sanção de publicação extraordinária da condenação e redução da multa em até 2/3	Extinção da ação punitiva (caso a autoridade não tenha conhecimento da infração) ou redução da pena em 1/3

As premissas são basicamente as mesmas: apresentação de provas e identificação dos demais envolvidos nos ilícitos. E os requisitos são muito semelhantes. No acordo de leniência anticorrupção não existe uma referência expressa ao fato da autoridade não dispor de provas suficientes para iniciar um processo sancionador.

Com relação à confidencialidade, a Lei de Defesa da Concor-

rência e a Lei Anticorrupção têm idêntica redação, no sentido de estabelecer que a proposta do acordo de leniência deve ser mantida em sigilo. Na Lei nº 13.506, há menção à não divulgação, mas não há referência expressa à palavra “sigilo”. Ao que tudo indica, o efeito prático é análogo quanto à confidencialidade da proposta de acordo. A inovação da Lei nº 13.506, digna de nota, refere-se à publicidade do acordo que vier a ser efetivamente formalizado, a exemplo do que ocorre com os acordos de leniência firmados com a *Securities and Exchange Commission* e o *Department of Justice*, ambos órgãos sancionadores da esfera federal dos Estados Unidos da América. Trata-se de medida muito bem-vinda e que colabora para a transparência dos atos praticados pela Administração Pública.

A confissão de culpa é requisito comum nas três categorias de leniência. Porém, se a proposta não for aceita, essa confissão de culpa se queda caduca.

Com relação à extinção da ação punitiva ou à redução da sanção, infere-se que, basicamente, são os mesmos critérios, de tal sorte que a única diferença é com relação ao acordo anticorrupção, o qual contempla a extinção da sanção de publicação extraordinária da condenação e a redução da pena em até 2/3.

E quanto aos incentivos de se fazer um acordo?

Inicialmente, devem ser reafirmadas a dificuldade e os custos para a autoridade produzir a prova, valendo ressaltar, no âmbito do mercado de capitais, o exemplo do crime de *insider trading*, cuja demonstração é extremamente onerosa. Sem falar nos atos de corrupção, cujas principais características são sua discrição e o pacto de silêncio entre os agentes corruptores, raramente perceptíveis pelo observador externo ao conluio.

Por outro lado, cabe trazer uma reflexão sugerida por Tina Søreide, professora da *Norwegian School of Economics* e especialista em acordos de leniência.

Sustenta a professora que as organizações empresárias e, principalmente, as grandes companhias abertas, fazem de tudo para não estar sob investigação, para não enfrentar o risco de uma ação judicial cujo resultado é imprevisível. Evitam ser incluídas em cadastros públicos de restrição, em especial as companhias que lidam de modo recorrente com a Administração Pública. As situações de ter seus administradores presos, ter que pagar elevadas multas e ter uma exposição amplamente negativa na mídia são, enfim, indesejáveis. Logo, a leniência pode ser lida como instrumento que viria a afastá-las.⁷

A propósito do acordo de supervisão celebrado com a CVM, o aumento significativo da multa pela Lei 13.506/2017, que alterou o art. 11, §1º, I, da Lei nº 6.385/76 para determinar o novo limite de R\$ 50 milhões, funciona como incentivo para a autodenúncia que poderá levar à celebração do acordo. Vale registrar que a Medida Provisória nº 784, que antecedeu a Lei nº 13.506/2017, chegou a elevar a multa para R\$ 500 milhões, recuando-se para aquele valor de R\$ 50 milhões, o qual, de qualquer modo, é muito superior ao que dispunha a Lei nº 6.385/76, com redação dada pela Lei nº 9.457/97 (R\$ 500 mil).

2. A leniência anticorrupção e seu papel promocional da virada ética no ambiente de negócios.

Como acima se disse, a quebra da rede de atores envolvidos na atividade ilícita consubstancia importante método para sua cessação, à vista da dissipação da relação de cumplicidade estabelecida entre tais infratores.

No âmbito do mercado de capitais, esse método merece ser

7 SØREIDE, Tina. Regulating corruption in international markets: Why governments introduce laws they fail to enforce. *Working Paper 2017/4*. Bergen: Norwegian School of Economics, p. 11. Disponível em: “www.nhh.no”. Acesso em: 25 nov. 2018.

relativizado, pois, em geral, os infratores operam isoladamente ou em pequenos grupos, que não chegam a formar uma teia de infratores.

Com relação ao ilícito concorrencial, ainda que haja grupos cartelizados para operação em larga escala, seu efeito no ambiente de negócios é setorial e, a princípio, não chega a comprometer o desenvolvimento da economia em sentido amplo, salvo em hipotéticas situações extremadas, em que haja a contaminação da cadeia de produção, inclusive em outros setores.

Portanto, especificamente nos domínios da anticorrupção, a leniência tem outra potencial vantagem, que é a redução efetiva da prática de corrupção, em razão dos riscos de delação daquele que celebra acordo. À medida que mais acordos de leniência são firmados, mais agentes públicos veem-se indiciados criminalmente pela prática de corrupção.

No médio e longo prazos, a tendência será a quebra da cadeia de “confiança” e de cumplicidade entre corruptos, com o consequente desmantelamento de redes de corrupção. O professor de economia da Universidade de Passau (Alemanha), Johann Graf Lambsdorff, comenta esses aspectos da seguinte forma:

Investigating criminal reciprocity has also widely inspired legal reform. Rather than deterring bribery by help of detection and punishment the idea is to seek methods for inhibiting corrupt reciprocity and rather encourage corrupt actors to cheat each other. Bribery differs from many other forms of crime in that it involves two perpetrators. It suffices for law enforcers to convince just one of the perpetrators to collaborate and self-report [...] Self-reporting combined with leniency should thus be a valuable tool to destabilise corrupt transactions.⁸

8 LAMBSDORFF, Johann Graf. Behavioural and institutional economics as an inspiration to anti-corruption. Some counterintuitive findings. In: HEYWOOD, Paul M. (Ed.). *Routledge handbook of political corruption*. New York: Routledge, 2015. p. 305.

A Lei Anticorrupção concentra a disciplina do acordo de leniência no art. 16, dispondo que “a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública” poderá celebrá-lo com as pessoas jurídicas responsáveis “que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo”, desde que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção de informações que demonstrem a prática do ilícito.

Aqui reside a principal dificuldade com relação ao acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção: indefinição da entidade pública que tem competência para firmá-lo, o que traz indesejável insegurança ao particular, porquanto não obstrui a imposição de sanções por outro órgão que se arvore competente para apreciar os mesmos fatos.

Nessa linha de raciocínio, a despeito do art. 16, § 10º, da Lei Anticorrupção indicar a CGU como órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, o *caput* deixa margem para entidades da Administração Pública indireta exigirem novos acordos ou prosseguirem no processo administrativo destinado a apurar responsabilidade anticorrupção (“Processo Administrativo de Responsabilização” ou “PAR”, conforme os termos empregados pelo Decreto nº 8.420/2015).

Na esfera regulatória, o Decreto nº 8.420/2015 pouco acrescenta. Por sua vez, a Portaria Interministerial nº 2.278, de 15.12.2016 (“Regulamento Leniência Anticorrupção”) define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei Anticorrupção no âmbito da CGU e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União.

Assim, o Regulamento Leniência Anticorrupção propõe-se a estabelecer a participação articulada entre CGU e Advocacia-Geral da União, mas é insuficiente para vincular entes autônomos como o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União. Como se explica na Seção 3 deste artigo, a ausência de regras que vinculem os demais órgãos do Poder Público enfraquece o acordo de leniência,

pois não previne o empresário de sanções ou medidas restritivas relacionadas ao ilícito objeto do acordo.

A Medida Provisória nº 703, de 18.12.2015 – que teve seu prazo de vigência encerrado no dia 29.05.2016, por meio do Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 30.05.2016 – propôs-se a mitigar o problema, contemplando a participação do Ministério Público Federal (de modo pouco esclarecedor) e o inusitado encaminhamento do acordo (após sua assinatura!) ao Tribunal de Contas, que poderia instaurar procedimento administrativo contra o particular “para apurar prejuízo ao erário”, quando entendesse que o valor constante do acordo fosse insuficiente para ressarcir o dano. Pior a emenda que o soneto, de tal modo que a exclusão da referida Medida Provisória do ordenamento brasileiro veio em boa hora.

A insegurança permanece e, sem dúvida, o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção merece ampla revisão, para que alcance o sucesso daqueles celebrados no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência pelo CADE.

Outro ponto que suscita aprimoramentos diz respeito à discricionariedade da autoridade para a celebração dos acordos, risco que é ressaltado inclusive na literatura estrangeira. Confira-se adiante trecho do artigo publicado por Jennifer Arlen, em que critica firmemente a ampla discricionariedade de que gozam as autoridades norte-americanas:

The pre-announced duties and rules may be implemented through negotiated settlements. But prosecutors must be given clear guidelines governing what enhancements should be imposed on firms that failed to self-report, failed to cooperate, or that adopted genuinely ineffective compliance programs.

A central deficiency in the U.S. approach is that the Department of Justice has not provided prosecutors with clear guidelines that lead to predict-

able resolutions that predicate the choice of criminal resolution on the quality of corporate policing. Instead, the DOJ grants prosecutors enormous discretion to decide whether to pursue a conviction or instead use a DPA or NPA. Prosecutors are told to make this decision based on a list of ten factors, but this list is not exclusive.

[...] As a result, a firm cannot predict with confidence how it will be treated by a prosecutor should it self-report misconduct because prosecutors have full discretion to decide which of the ten factors matters the most [...] As a result, the existing U.S. approach to adjusting corporate liability for effective policing does not provide the clear ex ante rewards for corporate policing needed to deter corporate misconduct effectively.⁹

Com efeito, a Lei Anticorrupção ou, ao menos, o Regulamento Leniência Anticorrupção deveria ter fixado critérios objetivos para a celebração do acordo, a fim de que se obtenha razoável redução de discricionariedade da autoridade na negociação, trazendo maior segurança e previsibilidade para aquele que busca a autodenúncia.

Adicionalmente, seria útil instituir, desde logo, mecanismos de controle externo da leniência. Essa é uma questão que vem sendo bastante debatida nos meios acadêmicos. Há quem mencione a cooperação com o Ministério Público, mas outros meios de controle externo podem ser pensados, desde que não burocratizem a celebração dos acordos. Nesse sentido, o controle *ex ante* funcionaria de modo objetivo, muito mais relacionado com o cumprimento de premissas estabelecidas em lei e a proporcionalidade entre a gravidade do ilícito e os benefícios obtidos pelo particular. O controle *ex post* seria in-

9 ARLEN, Jennifer. Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals into Corporate Cops. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper nº 17-12. *Law & Economics Research Paper Series*, Working Paper nº 17-09. Nova Iorque: New York University School of Law, 2017, p. 14-15.

desejável, por permitir a reabertura de discussões e trazer dúvidas sobre a higidez da leniência, após sua formalização.

De toda forma, acordos de leniência firmados recentemente no Brasil, como o do Grupo Odebrecht, são indicativos da inclinação para efetiva disseminação da cultura anticorrupção da empresa no País. Evidentemente, há que se observar os próximos capítulos do movimento de saneamento das empresas envolvidas em escândalos de corrupção. Porém, o resultado das reestruturações de organizações empresárias subsequente a suas leniências poderá servir como referência para outras que venham a incorrer em semelhante problema, incentivando-as a implementar transformações destinadas à conformidade anticorrupção.

Por tudo que se disse, a criação de uma cultura de autodenúncia tende a influenciar positivamente o ambiente de negócios.

E essa tendência pode ser, indiretamente, benéfica para o mercado de capitais brasileiro, ainda que, como se disse, os ilícitos nele praticados usualmente não envolvam uma extensa rede de agentes. Nesse aspecto, vale observar que o termo de compromisso estabelecido no art. 11, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.385/76, embora cumpra papel relevante, é completamente distinto do modelo de autodenúncia de que trata o acordo de leniência, a começar pela desobrigação de confissão de culpa.

Portanto, criar uma cultura de autodenúncia mais efetiva, que inclua a indicação de culpados e o fornecimento de provas, colaborará para o saneamento das práticas de mercado e terá seu efeito potencializado se aliado ao monitoramento da gestão e à melhoria na estrutura de governança das companhias, fundos de investimento e demais agentes participantes do mercado, cujas relações seguirão na direção do aperfeiçoamento. Resumidamente, tais agentes vão procurar fiscalizar melhor sua própria estrutura, para que então possam se beneficiar da autodenúncia, antes mesmo de serem acusados de algum ilícito.¹⁰

10 Art. 11. [...] § 5º. A Comissão de Valores Mobiliários, após análise de conveniência e oportu-

3. A multileniência do empresário.

O encerramento integral de um caso deve ser incentivo e interesse comum de autoridades e empresário.

Considere-se o seguinte problema: uma companhia que tenha incorrido em atos ilícitos, na verdade praticados por seus administradores ou prepostos. A companhia em questão pretende se apresentar às autoridades competentes, para colaborar, resolver questões pendentes e voltar à normalidade de sua atividade na maior brevidade possível, pois, em tese, precisa sobreviver em mercado naturalmente competitivo. O que fazer?

Como acima se introduziu, fatos contemporâneos figuram como verdadeiros calvários experimentados por companhias (em geral, são empresas de grande dimensão organizadas sob a forma de sociedade anônima), as quais têm na leniência o ponto de partida para a desejada renovação de suas práticas, como ocorrido em casos bem sucedidos de empresas transnacionais, valendo citar o Caso Siemens (2006)¹¹.

tunidade, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a: I — cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II — corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos. § 6º O compromisso a que se refere o parágrafo anterior não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

11 A Siemens é um conglomerado de companhias que conta com mais de 166 anos de existência, em torno de 350.000 colaboradores e aproximadamente 80 bilhões de receita anual, segundo dados divulgados por seu então Diretor de Compliance, Klaus Moosmayer, em palestra proferida na Academia Internacional Anticorrupção (Laxemburgo, Áustria), em 6 de julho de 2017. Em 15 de novembro de 2006 foi desencadeada a operação policial que compreendeu diversos mandados de prisão e busca e apreensão e diligências realizadas nos escritórios da companhia e na casa de executivos e empregados, sob alegação de prática de atos de corrupção (resumidamente, 4.238 pagamentos suspeitos e 332 projetos de legalidade questionável em todo o mundo). Sua leniência foi celebrada em 2008 com os órgãos competentes da Alemanha (Ministério Público de Munique) e dos Estados Unidos (Departamento de Justiça e a Comissão de Valores Mobiliários), contemplando o pagamento de penas de aproximadamente 2 bilhões.

Esse é o mais importante ponto deste artigo, que diz respeito exatamente ao seguinte: quem celebra acordo de leniência não procura resolver o problema parcialmente. Aquele que se submete a uma leniência, quer se ver livre de qualquer contingência, acusação, qualquer situação desfavorável resultante daquele ilícito que foi identificado.

Portanto, subsiste o interesse inequívoco de pôr fim irrestrito ao caso. E, para a administração pública, deve haver convergência nesse propósito, porquanto lhe possibilita reter energias (recursos pessoais e materiais) e alocá-las em outras funções.

Com efeito, pode-se examinar o problema sob dois pontos de vista, que se complementam: (i) a infração de norma de conduta estabelecida em diferentes esferas jurídicas (mercado de capitais, defesa da concorrência e sistema anticorrupção); (ii) desvirtuamento no funcionamento de certos órgãos do Poder Público, como o Ministério Público, que tem avocado o poder para celebrar acordos de leniência anticorrupção, diversamente da norma expressa na Lei Anticorrupção, além do Tribunal de Contas da União, que tem se recusado a excluir a sanção de inidoneidade do empresário leniente, impedindo-o de contratar com a Administração Pública.

Logo, inicie-se com aquele primeiro ponto de vista, por meio do exame do seguinte caso: em determinada licitação para a contratação de obra pública de grande dimensão (ex., construção de uma ponte), a “Companhia Aberta A” participa em conjunto com dois outros licitantes. Essas companhias combinam preços para fraudar a licitação e o Diretor de uma delas é destacado para fazer esses ajustes com o agente público, inclusive com a realização de mudanças no edital, previamente à publicação, acertando condições relevantes em relação a prazo, objeto e preço.

Considere-se “D” como o dia da divulgação do resultado da licitação pela Administração Pública. As cartas são finalmente marcadas pelos licitantes e agente público em “D – 6 dias”. Em “D – 5 dias”, o Diretor da “Companhia Aberta A” entra em conluio com outras pes-

soas, seus laranjas, para comprar, em bolsa de valores, ações de sua emissão em “D – 4 dias”. O resultado da licitação é publicado em “D” e, neste dia, a “Companhia Aberta A” divulga aviso de fato relevante ao mercado. Naturalmente, a cotação de suas ações sobe significativamente. Então, configura-se um ilícito antitruste, um ato de corrupção de agente público pela “Companhia Aberta A” e, ainda, o ilícito de *insider trading* pelo Diretor e seus compartes.

Vale dizer que essa atividade ilícita é passível de sanção por diversas autoridades administrativas, embora o direito sancionador observe o princípio da vedação ao *bis in idem*. Deve-se considerar, ademais, a tipificação das condutas como crime, dado seu grau de reprovabilidade, atraindo a competência do Ministério Público para sua investigação e eventual propositura de ação penal.

Esse é o cenário a ser solucionado via acordo de leniência. Como fazer?

A complexidade da conjuntura pode ser agravada pelo desalinhamento entre autoridades estatais. E, nesse passo, ingressa-se no segundo ponto de vista, acima ressaltado.

Veja-se que CGU, Ministério Público Federal e Tribunal de Contas da União parecem não se entender a respeito de suas competências e de suas relações institucionais.

Artigos foram publicados, recentemente, mencionando a “esquizofrenia” do Poder Público: um órgão decide de uma maneira e outro órgão decide contrariamente ao primeiro. E o empresário que celebra um acordo de leniência acaba tendo que buscar outros acordos, a fim de não permanecer sujeito a determinadas sanções, inclusive a declaração de inidoneidade, que muito onera as companhias que contratam com a Administração Pública, por motivos óbvios.¹²

12 LIMA, Carlos Fernando dos Santos; e POZZOBON, Roberson Henrique. Um Estado esquizofrênico? *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro, 21 abr. 2017. País, p. 7.

Algumas questões merecem ser pensadas. Como afirmado nas notas introdutórias deste artigo, a Lei Anticorrupção não prevê competência do Ministério Público Federal e do Tribunal de Contas da União para participar da celebração do acordo de leniência e muito menos autoridade para “homologá-lo”.

Logo, a ação do Ministério Público nada tem de sancionadora e sua posição está restrita à esfera criminal e à eventual propositura de ação de improbidade, cabendo ressaltar que os acordos de colaboração premiada (Lei nº 12.850/13) são absolutamente distintos do acordo de leniência. São regulados por lei própria e com outras finalidades.

Não obstante, em 01.09.2016, a CGU divulgou nota oficial criticando severamente a posição do Ministério Público Federal, de não “homologar” o acordo firmado no caso “SBM”, nos seguintes termos:

Ciente da decisão unânime da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal de não homologar a decisão do Procurador que subscreveu, em nome do Ministério Público Federal, o acordo de leniência com a SBM, o Ministério da Transparência esclarece o quanto se segue.

O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle celebrou, em 15 de julho de 2016, com a SBM Offshore, o Ministério Público Federal, a Advocacia-Geral da União e a Petrobras, Acordo de Leniência sobre os fatos relacionados à atuação do principal agente da SBM no Brasil durante o período compreendido entre 1996 – 2012 e todas as investigações deles decorrentes.

Para a integral vigência do acordo, conforme previsto em cláusula específica, o Ministério Público Federal submeteu o texto à apreciação da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que, na data de hoje, se pronunciou e determinou a distribuição do acordo a outro Procurador da República para sua readequação ou prosseguimento das investigações.

O Ministério da Transparência reconhece a inequívoca competência do Ministério Público em rever os termos no acordo de leniência no âmbito de suas competências, seja com base no seu poder de investigação criminal, na Lei de Improbidade, na Lei de Organização Criminosa, na Lei da Ação Civil Pública e outros normativos jurídicos.

Na mesma linha de entendimento, o Ministério também reconhece as competências constitucionais do Tribunal de Contas da União, tendo disponibilizado total acesso aos autos, com vista ao integral acompanhamento dos procedimentos adotados. Neste momento, equipes do TCU encontram-se no MTFC realizando análise de procedimentos de Acordo de Leniência, um deles inclusive, o da SBM.

Mesmo considerando a independência de instâncias e suas respectivas competências, o Ministério esclarece e enfatiza:

O procedimento do Acordo de Leniência por parte do MTFC observou integralmente os requisitos da Lei Anticorrupção. A SBM já disponibilizou 1 terabyte de informações, onde foi possível identificar outras pessoas envolvidas na infração. Mas essas informações somente poderão ser utilizadas se efetivado o Acordo.

O programa de compliance da empresa foi analisado pelo MTFC e a implementação de recomendações expedidas será monitorada pelo Ministério, como exigência do cumprimento do Acordo.

O Acordo com a SBM se restringe aos fatos e provas reconhecidos e documentados no processo de investigação. Por essa razão, não há quitação integral de eventual dano.

Há cláusulas contratuais que preveem expressamente que a descoberta de novos fatos e documentos não abrangidos pelo Acordo implicaria

numa nova investigação e eventual punição e cobrança de prejuízos causados.

Há também cláusulas que listam os contratos que não são objetos do Acordo e que poderão ser re-
vistos/investigados a qualquer tempo.

Portanto está claro que o Acordo de Leniência não deu quitação total do dano e que houve efetiva colaboração da SBM.

Por outro lado, a não efetivação do Acordo de Leniência acarretará o prosseguimento do processo administrativo de responsabilização no âmbito deste Ministério, que poderá resultar na declaração de inidoneidade da SBM. E, uma das consequências, conforme avaliação da própria Petrobras, seria a rescisão dos contratos celebrados com aquela Estatal.

Esse cenário levará, segundo estudo técnico aprovado pelo Conselho de Administração da Petrobras, à perda da produção de óleo e gás na ordem de 15% entre os anos de 2016 e 2020. O prejuízo avaliado é de no mínimo US\$ 12,66 bilhões, sem considerar reflexo no preço final do combustível ao consumidor, nem o impacto para a União sobre a receita tributária, em função dessa perda de produção.

Por fim, com a não aprovação do acordo, a Petrobras deixará de receber valor superior a R\$ 1 bilhão pactuado no Acordo.¹³

O protagonismo do Ministério Público Federal relativamente à negociação e celebração de acordos de leniência foi finalmente enfrentada pelo Poder Judiciário. Comente-se a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (“TRF-4”), segundo o qual o

13 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Nota à Imprensa – Acordo de Leniência com a SBM Offshore*. Brasília, 1 set. 2016. Disponível em: “<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/09/nota-a-imprensa-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore>”. Acesso em: 20 nov. 2018.

acordo de leniência celebrado no âmbito da Operação Lava Jato, pelo Ministério Público Federal, não vincula a CGU:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA.

1. A Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC) estatuiu sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de natureza privada pela prática de atos contrários aos interesses do Poder Público e sua administração, tanto nacionais quanto estrangeiras.

2. O Acordo de Leniência pressupõe como condição de sua admissibilidade que a pessoa jurídica interessada em fazê-lo manifeste prima facie sua disposição, reconhecendo expressamente a prática do ato lesivo, cessando-o e prestando cooperação com as investigações, além de reparar integralmente o dano causado.

3. O Acordo de Leniência é uma espécie de colaboração premiada em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção, justamente para viabilizar maior celeridade e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, vis-a-vis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de coparticipantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público.

4. Enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular, a Lei Anticorrupção (LAC) tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também, em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-

os, por consequência, para o campo de incidência da LIA.

5. Não há antinomia ab-rogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o mens legislatoris foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção.

6. No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microsistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução.

7. Por isso, na hipótese de o Poder Público não dispor de elementos que permitam comprovar a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção, o interesse público conduzirá à negociação de acordo de leniência objetivando obter informações sobre a autoria e a materialidade dos atos investigados, permitindo que o Estado prossiga exercendo legitimamente sua pretensão punitiva.

8. Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impenção, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.

9. Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que, em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de compliance e não reincidência na prática de atos corruptivos, desde que confirmada a validade do acordo de leniência.

10. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU).

11. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo, portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos.

12. O acordo de leniência firmado pelo Grupo Odebrecht no âmbito administrativo necessita ser rratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos.

13. Enquanto não houver a rratificação do acordo de leniência, a empresa deverá permanecer na ação de improbidade, persistindo o interesse no bloqueio dos bens, não porque o MP não pode transacionar sobre as penas, mas porque o referido acordo possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato negocial.

14. Provido o agravo de instrumento para determinar a indisponibilidade de bens das empresas pertencentes ao Grupo Odebrecht.¹⁴

Casos recorrentes deram mostra da ineficiência da celebração de acordos de leniência pelo Ministério Público Federal, porquanto não impediram a aplicação de outras sanções pela Administração Pública. Na referida decisão do TRF-4, a questão foi tratada com muita especificidade e reafirmou-se a competência da CGU para formalizar acordos de leniência. E, enquanto não houvesse sua rratificação, os bens da companhia deveriam continuar indisponíveis.

Com efeito, o Grupo Odebrecht viu-se obrigado a reinstaurar a negociação com os órgãos competentes na esfera do Poder Executivo Federal, vindo a firmar, em 2018, novo acordo de leniência com

14 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. 3ª Turma. Agravo de instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR. Relatora Des. Federal Vânia Hack de Almeida. Julgado em 22 ago. 2017.

CGU e AGU, por meio do qual se obrigou a desembolsar o montante de R\$ 2.727.239.997,64.¹⁵

Foi estabelecido, na leniência celebrada entre o Grupo Odebrecht e a CGU, que o referido valor será abatido daquele constante do acordo firmado com o Ministério Público Federal e autoridades americanas e suíças em dezembro de 2016.

Outra questão, de similar seriedade, tem origem na resistência do TCU em seguir a leniência firmada pela CGU. Para o empresário o efeito é desastroso, pois perde-se a referência de interlocução e não mais se sabe com quem ele pode negociar.

Na prática, o TCU decidiu que não estaria vinculado a quaisquer acordos. Um caso bastante impactante foi o da Eletronuclear, em que o TCU menciona que os acordos de leniência podem ser considerados como elementos atenuantes e não haveria qualquer óbice jurídico para o TCU, no exercício da competência constitucional, aplicar à companhia fraudadora a sanção de idoneidade. Vale conferir a ementa do acórdão:

[...] Portanto, os acordos de leniência, de colaboração premiada e termo de cessação de conduta podem ser considerados pelo TCU como elementos atenuantes [...] Dessa forma, não há como a CCCC alegar que esperava por um benefício não previsto em Lei e, por isto mesmo, não previsto nos Acordos de Leniência firmados com o CADE e com o MPF. Muito menos alegar que a expectativa de ser anistiada pelo TCU por fraude à licitação foi um fator decisivo para que a empresa fornecesse todas as informações, pois não há previsão legal para tal anistia. Não é razoável que uma empresa do porte e da experiência da CCCC, além de bem assessorada juridicamente, não considerasse a

15 O texto do acordo, com poucos trechos suprimidos, encontra-se disponível para consulta no sítio da CGU na internet. Disponível em: “<https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/odebrecht.pdf>”. Acesso em: 23 nov. 2018.

possibilidade de sanção pelo TCU na sua ponderação de viabilidade do acordo [...] Portanto não há óbices jurídicos quanto à atuação do TCU para, cumprindo sua competência constitucional, aplicar à empresa fraudadora a sanção de inidoneidade.¹⁶

Reflita-se sobre a iniquidade das circunstâncias em que o empresário empenha seus esforços na negociação do acordo, finalmente o celebra, paga a respectiva multa e, subseqüentemente, continua sofrendo a sanção de inidoneidade por força de uma decisão do TCU.

Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal interveio, por meio de decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, para impedir a decretação de inidoneidade da Andrade Gutierrez. Tratava-se de caso apreciado pelo TCU que envolvia várias construtoras. Tramitou perante o STF em segredo de justiça, motivo pelo qual o inteiro teor daquela decisão não está disponível para consulta.¹⁷

Outro acórdão do TCU, bem recente, diz que os acordos de leniência não podem afastar o Tribunal do exercício das suas funções, além do fato de a corrupção não eximir a pessoa jurídica de reparar o dano. Nessas bases, decretou cautelarmente a indisponibilidade de bens da Andrade Gutierrez, como se vê das palavras a seguir reproduzidas:

[...] Por outro lado, os acordos de leniência e outras formas de colaboração não podem afastar o Tribunal do exercício de suas funções. Com efeito, ainda que possamos – e devemos – levar em con-

16 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 016.991/2015-0. Relator Min. Bruno Dantas. Julgado em: 22 mar. 2017.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 35.435 MC/DF. Decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, de 14 mar. 2018, para impedir a decretação de inidoneidade da Andrade Gutierrez no âmbito do Processo TC 016.991/2015-0.

sideração essas louváveis iniciativas ao tomarmos nossas decisões, esta Corte não pode se furtar de cumprir seu papel constitucional de buscar o ressarcimento do dano sofrido pelos cofres públicos. Relembro que a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que instituiu a figura do acordo de leniência, não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado, consoante o teor do seu art. 16, § 3º [...] medidas [...] decretar cautelarmente a indisponibilidade dos bens da empresa Andrade Gutierrez Engenharia S.A., no limite de R\$ 508.341.306,30;¹⁸

Diante desse quadro confuso, a ponderação que se deve fazer é no sentido de que se inicia novo ciclo em relação à leniência, mais especificamente aquela respeitante ao mercado de capitais, por meio do acordo de supervisão negociável com a CVM.

Nesse sentido, é fundamental que se busque o mínimo de articulação, cooperação entre a CVM, o Ministério Público e outros órgãos da Administração Pública com competência para firmar acordos de leniência, uma vez que o interesse deve ser na linha de resolver por completo o caso, incluindo-se quaisquer desdobramentos.

Algumas medidas foram tomadas, cabendo citar o Memorando de Entendimentos, firmado em 15.03.2016 entre o CADE e o Ministério Público Federal, embora a cooperação, ainda que vinculada ao memorando, seja muito tímida e vise à comunicação entre os órgãos. A pessoa física ou jurídica poderia procurar o Ministério Público Federal para celebração de um acordo de colaboração premiada e as garantias seriam, para o particular, que a negociação frustrada perante qualquer das instituições não seria considerada confissão.

A Lei nº 13.506/2017 ressalva expressamente as funções do Ministério Público Federal e impõe a cooperação informacional entre

18 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 002.651/2015-7. Relator Min. Bruno Dantas. Julgado em: 25 abr. 2018.

esses órgãos. A Medida Provisória nº 784, que inicialmente tratou desse tema, não contemplava essa redação de ressalva com relação às funções do Ministério Público Federal, fato que foi muito criticado pelo próprio Ministério Público. A Medida Provisória perdeu a vigência e foi criado um novo projeto de lei, que apresentou essa redação com as ressalvas com relação às funções do Ministério Público e a cooperação técnica.

Na área anticorrupção, a Portaria Interministerial nº 2.278, de 15.12.2016, prevê um acordo de cooperação entre CGU e AGU. Após a recusa do Ministério Público Federal de homologar aquele acordo de leniência firmado com a SBM, a AGU, em conjunto com a CGU, firmou um novo acordo de leniência, em novembro de 2017, que veio a ser aprovado pelo TCU.

Em 16.04.2018, CGU, AGU e Ministério Público Federal celebraram acordo de leniência em conjunto, no valor de R\$ 53,1 milhões (multa, ressarcimento por danos aos cofres públicos e devolução de lucros) com as agências de publicidade MullenLowe Brasil e FCB Brasil, com base na Lei Anticorrupção.

O caso relaciona-se com contratos ilícitos celebrados com a Caixa Econômica Federal, Ministério da Saúde e Petrobras. Nesse acordo, o Ministério Público interveio e não figurou como contraparte. Há aqui relevante evolução: o Ministério Público não deve ser contraparte no acordo e apenas participou como interveniente para ratificar tudo aquilo que foi ajustado. As organizações empresárias adotaram programa de integridade e se sujeitaram ao monitoramento por dois anos. Ademais, não foram concedidas quitações de débitos às empresas lenientes, o que parece ser uma medida para atender as exigências do TCU.

Atualmente, TCU e outros órgãos como CGU, CADE, AGU, BACEN estão empreendendo esforços no sentido de formalizar um acordo de cooperação.

Em acórdão recentemente proferido, o TCU faz menção a es-

ses esforços, o que funciona como indicador de que o próprio TCU está desconfortável em não confirmar os termos dos acordos de leniência.¹⁹ Sabe-se que o TCU está empenhado em rever a instrução normativa que trata dos efeitos do acordo de leniência e de sua prerrogativa de fiscalização.²⁰

Por fim, não se pode deixar de mencionar os riscos para o particular de confessar além do necessário. Algumas dificuldades ainda são enfrentadas por uma sociedade que possui uma cultura de punição, sem o mesmo nível de pragmatismo de outras sociedades desenvolvidas. Para alguns, a leniência pode ser vista como uma compra de um tratamento benéfico, de um privilégio, por conta de uma questão cultural.

Haveria casos inegociáveis, com referência aos quais não se cogita a celebração de uma leniência? Outro problema diz respeito ao estabelecimento de parâmetros de confiança entre as partes. Nesse ponto, é importante lembrar que não se está diante de uma negociação privada e, portanto, deve ser aprofundado o papel do princípio da confiança entre autoridade pública e o particular, para que as “trincheiras” sejam mitigadas. São questões que não são novas e estão presentes em diversos estudos sobre acordos de leniência. Desafios que igualmente devem ser enfrentados nos acordos de supervisão que podem vir a ser celebrados com a CVM.

19 Confira-se trecho do acórdão: “[...] recomendar ao comitê, criado consoante Comunicação da Presidência de 12/7/2017, com o objetivo de viabilizar os acordos de leniência firmados no âmbito da União, que avalie a conveniência de elaborar norma interna específica para potencializar as formas de cooperação dos jurisdicionados para o deslinde efetivo e tempestivo dos processos relevantes em curso no Tribunal de Contas, estabelecendo normas e critérios minimamente objetivos, inclusive quanto às possíveis sanções premiais, conjugando, sobretudo, a segurança jurídica e o interesse público” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 002.651/2015-7. Relator Min. Bruno Dantas. Julgado em: 25 abr. 2018).

20 Instrução Normativa nº 74/2015, que dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei nº 12.846.

Conclusão.

Por tudo que se disse, podem ser inferidas as seguintes conclusões:

(i) a despeito da organização empresária incorrer em reprovável conduta ilegal, há espaço para a adoção de importante ferramenta de adequação a padrões de conformidade anticorrupção, concorrencial etc. E o acordo de leniência ocupa com protagonismo dito espaço, servindo como relevantíssimo instrumento de readequação da organização empresária;

(ii) sob a perspectiva do empresário, uma das principais funções da leniência consiste na busca pelo restabelecimento do curso ordinário dos negócios, inclusive para que a entidade empresária volte a contratar com a Administração Pública, seja por meio de participação em licitações, seja pelo acesso a linhas de crédito de bancos oficiais;

(iii) sob o ponto de vista da autoridade pública, a leniência é tratada como instrumento investigativo, de tal sorte que sua utilidade está ligada à ausência (ou insuficiência) de informações sobre o ato ilícito e a redução de custos para sua obtenção;

(iv) no cenário atual, há pelo menos 3 (três) categorias de acordos de leniência segundo um viés setorial: (a) o acordo antitruste, (b) o acordo anticorrupção, que vem sendo intensamente discutido, enfrentando problemas de diversas naturezas e, mais recentemente, (c) o acordo para a defesa dos interesses do mercado de capitais e do sistema financeiro nacional;

(v) a criação de uma cultura de autodenúncia tende a influenciar positivamente o ambiente de negócios;

(vi) criar uma cultura de autodenúncia mais efetiva, que inclua a indicação de culpados e o fornecimento de provas, colaborará para o saneamento das práticas de mercado e terá seu efeito potencializado se aliado ao monitoramento da gestão e à melhoria na estrutura de

governança das companhias, fundos de investimento e demais agentes participantes do mercado, cujas relações seguirão na direção do aperfeiçoamento;

(vii) quem celebra acordo de leniência não procura resolver o problema parcialmente. Aquele que se submete a uma leniência, quer se ver livre de qualquer contingência, acusação, qualquer situação desfavorável resultante daquele ilícito que foi identificado;

(viii) pode-se examinar o problema sob dois pontos de vista, que se complementam: (a) a infração de norma de conduta estabelecida em diferentes esferas jurídicas (mercado de capitais, defesa da concorrência e sistema anticorrupção); (b) desvirtuamento no funcionamento de certos órgãos do Poder Público, como o Ministério Público, que tem avocado o poder para celebrar acordos de leniência anticorrupção, diversamente da norma expressa na Lei Anticorrupção, além do Tribunal de Contas da União, que tem se recusado a excluir a sanção de inidoneidade do empresário leniente, impedindo-o de contratar com a Administração Pública;

(ix) novo ciclo se inicia em relação à leniência, mais especificamente aquela respeitante ao mercado de capitais, por meio do acordo de supervisão negociável com a CVM;

(x) nesse sentido, é fundamental que se busque o mínimo de articulação, cooperação entre a CVM, o Ministério Público e outros órgãos da Administração Pública com competência para firmar acordos de leniência, uma vez que o interesse deve ser no sentido de resolver por completo o caso, incluindo-se quaisquer desdobramentos;

(xi) está-se diante da aqui conceituada multileniência do empresário, a envolver a ampla cooperação entre órgãos sancionadores, Ministério Público e TCU, cuja convergência institucional constitui o desafio a ser enfrentado e solucionado.

