

Henrique e Antabi: Acordo de leniência na Lei Anticorrupção

O vocábulo leniência, proveniente do latim (*lenitate*), corresponde à lenidade. Isto é, "brandura, suavidade, doçura, mansidão" [1]. Esse termo para o Direito Penal econômico significa a aplicação de uma sanção ou obrigação mais branda, com menor severidade, concedida em decorrência de uma investigação.



Acordos de leniência são pactos celebrados entre o poder

público e um agente envolvido em uma infração, com vista à sua colaboração na obtenção de informações, em especial sobre outros partícipes e autores, com a apresentação de provas materiais de autoria, tendo por compensação a extinção ou diminuição das penalidades que seriam a ele impostas com base nos mesmíssimos fatos [2].

Assim, o acordo de leniência pode ser considerado como um instrumento voltado à viabilização das investigações de determinados ilícitos, no âmbito concorrencial, econômico e de combate à corrupção, mediante a criação de incentivos à delação voluntária, especialmente a redução das penalidades que seriam impostas ao delator, na esfera administrativa e/ou criminal, caso as informações prestadas sejam relevantes à investigação em apuração.

No Brasil, atualmente, o acordo de leniência está previsto na Lei nº 12.529/2011 (conhecida como Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste), em relação às infrações contra a ordem econômica, assim como na Lei nº 12.846/2013 (também chamada de Lei Anticorrupção), no que tange aos atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Tecidas essas considerações, cumpre examinar os principais aspectos do acordo de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção.

A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), o mais recente diploma legislativo a prever o acordo de leniência, dispõe sobre a responsabilização objetiva nas esferas administrativa e cível de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, não abrangendo, todavia, a esfera penal.

Os atos lesivos à administração pública a que se refere a lei estão descritos no artigo 5º da referida lei, o qual possui o escopo de coibir a prática pelas empresas privadas de atos de corrupção envolvendo agentes públicos, bem como de ilegalidades em licitações e contratos administrativos.

Aliás, observa-se que muitas das condutas nela previstas também são consideradas ilícitas por outras leis, que também preveem sanções pela sua prática. É o caso, por exemplo, da fraude em licitações públicas, que é criminalizada pela Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), ou dos atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

Em outras palavras, uma análise do texto legal revela que os comportamentos descritos e as consequências a ele atreladas, embora intitulados como "administrativos", tem substância penal. Ora, no tocante aos atos ilícitos descritos no artigo 5º, percebe-se, claramente, que a grande maioria deles tem correspondente na seara criminal.

No tocante ao acordo de leniência, a lei prevê, em seu artigo 16, que a citada celebração seja realizada com a administração. É certo que a empresa poderá ser beneficiada com a redução em dois terços da multa aplicável, além da isenção das penas de publicação da decisão condenatória e de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Saliente-se, ainda, que a lei também prevê a isenção ou atenuação das sanções administrativas eventualmente incidentes dos artigos 86 a 88 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Primo oculi, nota-se, mais uma vez, a utilização do direito premial no intuito de viabilizar a apuração de condutas ilícitas. Em uma análise superficial, o aludido acordo de leniência aparenta ser extremamente benéfico, na medida em que a empresa envolvida na prática de uma infração, e na iminência de ser descoberta pelas autoridades públicas, poderia obter uma redução substancial no valor da multa a ser paga à administração em caso de condenação.

No entanto, após uma profunda análise dos dispositivos da aludida lei, nota-se que a lei carece de alguns pontos essenciais para garantir a efetividade do programa de leniência proposto.

Com efeito, a celebração do acordo de leniência não impede que o Ministério Público ajuíze demandas requerendo a suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa ou a sua dissolução.

Demais disso, há a possibilidade de persecução na esfera criminal, a qual não está excluída e nem sequer atenuada pela celebração do acordo. Nas palavras de Renato de Mello Silveira [\[3\]](#), *"isso, por um lado, pode evitar toda uma sorte de objeções sobre a própria constitucionalidade do instituto. Por outro, talvez iniba o convencimento do leniente, que pode se ver, futuramente, processado criminalmente pelo ato de corruptor inicial"*.

Além disso, considerado como um dos mais graves defeitos da citada norma, não há extensão dos benefícios do acordo às pessoas físicas, coautoras dos atos ilícitos.

Em outras palavras, afastou-se o interesse dos dirigentes, administradores e empregados da pessoa jurídica envolvida em auxiliar a administração pública na investigação dos fatos.

Conforme se observa, o acordo de leniência antevisto na Lei Anticorrupção, diferente daquele previsto na Lei Antitruste, apresenta algumas fragilidades. Dentre elas, a ausência de incentivos para o auxílio no combate e apuração das práticas de corrupção, como a não extensão à esfera criminal e às pessoas físicas.

Não resta dúvidas de que o acordo de leniência antevisto na Lei Anticorrupção se baseou naquele previsto na Lei Antitruste. No entanto, quando analisamos comparativamente o regime jurídico do acordo de leniência antevisto em cada uma das aludidas normas, resta absolutamente clara a desconformidade normativa existente.

Nesse sentido, no tocante aos acordos de leniência, verificam-se divergências atinentes aos requisitos, competências e implicações, as quais vêm gerando incerteza jurídica entre os interessados na celebração dos aludidos acordos e colocando em risco a própria efetividade do referido instituto.

Em primeiro lugar, no que tange a competência para a celebração do acordo de leniência, saliente-se que na Lei Antitruste incumbe à Superintendência-Geral do Cade, enquanto que na Lei Anticorrupção compete à autoridade máxima do órgão da administração pública lesado ou, no âmbito do Poder Executivo federal e nos casos de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira, exclusivamente à Controladoria-Geral da União (CGU) — atual, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC), conforme Medida Provisória 726; o que, por certo, poderá, em certos casos, causar um aparente conflito de atribuições. A depender da complexidade dos fatos e da diversidade das infrações investigadas (como ocorreu na operação "lava jato"), haverá diversos órgãos competentes no momento da celebração de eventual acordo.

Em segundo lugar, percebe-se que nenhum dos acordos supra referidos gera implicações protetivas para o colaborador em outros procedimentos sancionadores — devendo, assim, o infrator interessado em cooperar com o Estado buscar diversos acordos de leniência para se blindar, correndo o risco, inclusive, de não conseguir cumprir todos os requisitos antevistos em cada norma.

Outro ponto a ser considerado consiste no fato de que o acordo de leniência no âmbito da Lei Antitruste antevê a isenção da multa na hipótese de leniência prévia. Em dissonância, a Lei Anticorrupção não prevê qualquer tipo de isenção de multa, bem como não faz qualquer diferenciação entre a leniência prévia e a leniência concomitante (ou posterior). Afora isso, tal acordo no âmbito da Lei Anticorrupção não isenta o leniente de determinadas sanções previstas na referida lei (exemplificando, não impede a aplicação da dissolução compulsória da pessoa jurídica, bem como não impede a aplicação das sanções previstas no Direito Antitruste e no Direito Penal).

De outro lado, revelando-se como o principal ponto demonstrativo da referida discrepância normativa do regime jurídico do acordo de leniência antevisto nas aludidas normas, diz respeito aos efeitos penais da celebração do acenado acordo.

Nesse sentido, a Lei Anticorrupção não antevê qualquer efeito penal na celebração do acordo de leniência, tornando-o, assim, pouco ou nada atrativo, ante os riscos que a pessoa física se submeterá ao propor um acordo sabedora do grave risco de vir a ser processada criminalmente.

Em contrapartida, a Lei Antitruste traz em seu programa de leniência benefícios penais para as pessoas físicas envolvidas ao prever redução da pena e/ou extinção da punibilidade do agente. A título de exemplo, em um caso de cartel licitatório, havendo a celebração do acordo e seu efetivo cumprimento, o colaborador se tornará imune a ações penais das mais variadas ordens.

Nesse ponto, certo é que a legislação antitruste evoluiu significativamente. Na legislação anterior (Lei nº 8.884/1994), o benefício penal se limitava aos crimes contra a ordem econômica, ao passo que o novel diploma expandiu os benefícios para todo e qualquer crime, passando a atingir a esfera penal como um todo, todavia apenas para infrações de cartel.

Desse modo, resta evidente que a previsão de um mesmo instituto implantado em distintos diplomas normativos, inclusive com algumas e importantes diferenças no tocante à competência, requisitos e implicações, vem causando incertezas jurídicas, quer para os interessados na celebração do acordo, quer para os entes incumbidos de aplicá-lo.

Portanto, como solução para esse impasse, o presente estudo propõe a criação de uma norma geral versando sobre o instituto da leniência, utilizando-se as experiências estrangeira e nacional (atual Lei de Defesa da Concorrência ou Antitruste, por ter se mostrado a mais completa e eficaz), atenuando-se a insegurança jurídica hoje instalada e, via de consequência, aumentando-se o número de interessados (pessoas físicas e jurídicas) na celebração de tais acordos e o combate às práticas anticoncorrenciais e de corrupção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de junho de 1994.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 2 de dezembro de 2011.



_____. Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Diário Oficial da União, Brasília, 2 de agosto de 2013.

_____. Portaria nº 910, de 7 de abril de 2015. Controladoria Geral da União. Define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa e para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Diário Oficial da União, Brasília, 8 de abril de 2015.

_____. Decreto nº 8.420, de 18, de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de março de 2015.

_____. Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de dezembro de 2015.

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217675,41046-Consideracoes+a+respeito+do+acordo+de+lenienc+da+lei+anticorruptao>

<http://www.conjur.com.br/2014-mar-14/ely-rizzo-neto-acordo-leniencia-lei-anticorruptao-apresenta-falhas>

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/acordos-de-leniencia-assimetria-normativa-e-inseguranca-juridica>

[1] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. 1999.

[2] FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os Acordos de Leniência na Lei de combate à Corrupção. *In Lei Anticorrupção*: prefácio de Nicolao Dino. São Paulo : Editora JusPodivm, 2015.

[3] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **O acordo de leniência na lei anticorrupção**. Revista dos Tribunais, 2014.