XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Sérgio da Silva Cristóvam; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-536-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública II", reunido no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI em São Luís (MA), traz um variado conjunto de artigos, marcados pela destacada qualidade acadêmica e pelo induvidoso relevo prático, com estudos de mais de duas dezenas de pesquisadores de diversas regiões do país.

Além do invulgar apuro intelectual dos artigos, ressaltamos que os comunicados científicos e as discussões trouxeram debates de elevada qualidade e pertinência, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pela forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO COMO SISTEMA FUNDADO NA IDEIA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO;

2. REGULAÇÃO ECONÔMICA ESTATAL: A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) COMO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DA EFICIÊNCIA;

3. OS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA JURIDICIDADE DO AGIR E NÃO-AGIR DA ADMINISTRAÇÃO E O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO COMO IMPERATIVO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO;

4. PODER E A CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: AS FACES OCULTAS QUE RESISTEM AO DIREITO FUNDAMENTAL A PROBIDADE;

5. COMPARAÇÃO ENTRE O ACORDO DE LENIÊNCIA APLICADO PELO CADE E O PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO: AVANÇO OU RETROCESSO?;

6. LEI ANTICORRUPÇÃO: MUDANÇA DE PARADIGMA NAS CONTRATAÇÕES ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO;

7. CORRUPÇÃO E INEFICÁCIA DA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: FAZENDO A CONEXÃO;

8. A FUNÇÃO DE CONTROLAR DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CARÁTER PEDAGÓGICO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA;

9. A CONDIÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ANÁLISE SISTÊMICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR FRENTE A EDIÇÃO DA LEI 13.460/2017;

10. REVISÃO DE PREÇOS DE PROPOSTAS DESCLASSIFICADAS;

11. VERBA INDENIZATÓRIA: QUANDO O LEGAL É IMORAL E ENGORDA;

12. A ESCOLHA DO ÁRBITRO E DA CÂMARA ARBITRAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: (DES) NECESSIDADE DE LICITAR E A CONCRETIZAÇÃO DE UMA SELEÇÃO ADEQUADA E EFICIENTE;

13. A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO MUNÍCÍPIO PELA INACESSIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS; e

14. RESPONSABILIDADE EXTRACONTATUAL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DOS DANOS CAUSADOS POR INDÍGENAS.

O conjunto de temáticas já evidencia uma firme marca de interdisciplinaridade e profunda contemporaneidade dos debates afetos à atividade administrativa e à gestão pública, com a potencial condição de apontar rumos para a pesquisa e o debate sobre as candentes discussões relacionadas ao Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados em participarmos na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho, com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes do GT.

Por fim, queremos registrar os sinceros e efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pela qualidade do evento, e agradecer aos colegas de São Luís (MA) pela afetuosa acolhida em todo o período desse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito. A musicalidade, a poesia, as danças típicas, as paisagens, a culinária e a hospitalidade da gente do Maranhão conquistaram a todos nós!

Esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas.

Fraternal abraço,

São Luís, novembro de 2017.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

COMPARAÇÃO ENTRE O ACORDO DE LENIÊNCIA APLICADO PELO CADE E O PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO: AVANÇO OU RETROCESSO?

THE LENIENCY AGREEMENT APLIED BY CADE COMPARED TO THE ONE PREDICTED IN THE ANTI-CORRUPTION LAW: ADVANCE OR A STEP BACK?

Viviane Duarte Couto de Cristo
Rafaela Cristina Rovani

Resumo

O acordo de leniência possibilita o poder público a obter provas de crimes complexos, em troca de benefícios ao colaborador. Este sistema se consolida no Brasil como importante ferramenta do CADE no combate aos cartéis. Na Lei Anticorrupção, o acordo de leniência se dá com a pessoa jurídica imputada por atos de corrupção. O estudo é proposto no sentido de comparar estas duas formas de acordo de leniência, mediante revisão bibliográfica e por meio do método indutivo e dialético, com vistas a identificar se a Lei Anticorrupção trouxe avanço ou retrocesso deste instituto, e em que medida.

Palavras-chave: Acordo de leniência, Lei nº 12.529/2011, Cade, Lei nº 12.846/2013, Combate à corrupção, Administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

The Leniency Agreement allows the public authority to obtain complex crimes proof, in exchange of benefits to the collaborator. This system is consolidated in Brazil as an important CADE tool in the fight against cartels. In the Anti-Corruption Law, the leniency agreement occurs with the legal entity imputed by corruption acts. The study is proposed to compare this two leniency agreement forms, through the inductive and dialectical method, that views to identify if the Anti-Corruption Law have brought any progress or regression of this institute, and in what measure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Leniency agreement, Law n. 12.529/2011, Cade, Law n. 12.846/2013, Fight against corruption, Public administration

INTRODUÇÃO

Muito embora tenham objetos e objetivos diversos, a Lei nº 12.529/2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e a Lei nº 12.846/2013, que versa sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, mais conhecida como Lei anticorrupção, preveem o acordo de leniência para auxiliar no desbaratamento de crimes e ilícitos de difícil comprovação: formação de cartel e corrupção, respectivamente.

As duas normas estabelecem o acordo de leniência com a finalidade de beneficiar a coletividade, uma vez que com ele amplia-se a capacidade de investigação destes graves ilícitos que trazem prejuízo a toda sociedade e ao mercado, até porque, ressaltando-se que a sanção não é a única resposta adequada diante da existência de inúmeros interesses públicos em jogo.

Através da Lei nº 12.529/2011, o acordo de leniência é utilizado no combate aos cartéis no país, cujas penalidades possíveis são administrativas e criminais, exigindo a cessação da prática ilícita, a denúncia e confissão, além de efetivamente cooperar com as investigações. Os benefícios às empresas partícipes compreendem extinção da ação punitiva da administração pública, ou redução de um terço a dois terços da penalidade.

A Lei Anticorrupção, aprovada no momento de pressão popular com as manifestações recentes, compõe um sistema de defesa do patrimônio público ao lado de outros dispositivos como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92), parte penal da Lei e Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), Lei da Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11), além dos crimes desta natureza previstos no Código Penal. Inova com a penalização civil e administrativa de pessoas jurídicas (MOREIRA NETO e FREITAS, 2014, p. 10).

Referida Lei prevê à empresa mecanismos de colaboração com o Poder Público, na identificação do esquema criminoso, obtenção de provas e rapidez na recuperação de valores desviados através de acordo de leniência, com a redução e mitigações de sanções. Referida norma também incentiva a implantação de programas de integridade (*compliance*), para estabelecimento de cultura de prevenção e ética empresarial.

A metodologia utilizada nesta pesquisa se dará através de revisão bibliográfica, mediante método dedutivo e dialético, com a comparação das normas que preveem o acordo de leniência, no intuito de identificar se houve avanço ou retrocesso deste instrumento na Lei Anticorrupção em relação ao que já era aplicado na Lei nº 12.529/2011, e em que medida.

2 O ACORDO DE LENIÊNCIA

Com origem nos Estados Unidos, no ano de 1978, o *Leniency Program*, ou programa de leniência, foi implementado na tentativa de coibir ações antitruste, ou seja, infrações no âmbito concorrencial. Todavia, até o ano de 1993, em razão de insegurança jurídica de suas regras subjetivas, e da grande discricionariedade na sua aplicação, referido instituto não alcançou, à época, seus objetivos. Contudo, após a reforma do programa, no ano de 1993, restaram estabelecidas regras mais claras, e de aplicação obrigatória e não mais discricionária, mediante o preenchimento dos requisitos legais. (SALES e BANNWART JUNIOR, 2015, p. 34).

Marlon Roberth Sales e Clodomiro José Bannwart Júnior ainda destacam que o modelo norte americano prevê que o Estado não realize a persecução penal quando firmado acordo de leniência em relação às ações antitruste e formação de cartéis (2015, p. 36).

A legislação brasileira no que se refere ao acordo de leniência foi instituído no ano de 2000 através da Lei nº 10.149/00, visando a defesa da concorrência (MARRARA, 2015, p. 514). Este instrumento foi consolidado na Lei nº 12.529/2011, que passou a dispor sobre o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

O acordo de leniência é um "ato convencional" no qual a Administração Pública e o particular negociam a redução de rol de punições a que a pessoa jurídica está sujeita, mediante o cumprimento de certos requisitos (ZOCKUN, 2016, p. 01).

Não se trata, todavia, de dispor de interesses públicos, mas de optar pelo viés utilitarista para a consecução de finalidade também de interesse público:

> Em face da nova realidade, muitos Estados se viram jogados frente a um dilema: negociar e punir com base em processos administrativos fortemente instruídos ou não negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da fraqueza probatória de processos acusatórios baseados em técnicas tradicionais de instrução. Vários desses Estados (cf. ALBRECHT, 2008, p. 257), inclusive o Brasil, optaram pela via utilitarista: aceitaram negociar com um infrator com o objetivo de enriquecer o processo e lograr punir outros infratores! Diga-se bem: negociar não para beneficiar gratuitamente, não para dispor dos interesses públicos que lhe cabe zelar, não para se omitir na execução das funções públicas. Negociar sim, mas com o intuito de obter suporte à execução bem sucedida de processos acusatórios e atingir um grau satisfatório de repressão de práticas ilícitas altamente nocivas que sequer se descobririam pelos meios persecutórios e fiscalizatórios clássicos (MARRARA, 2015, p. 511).

No mesmo sentido, para Moreira Neto e Freitas (2014, p. 18):

> Trata-se de acordo substitutivo: atos administrativos complexos, por meio dos quais a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua

> conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente exigível, por outra secundariamente negociável. Por meio desta via negocial, a Administração Pública opta por uma atuação consensual, que lhe é aberta em hipóteses legalmente previstas, de sorte a tutelar, de forma mais eficiente, o interesse público primário que está a seu cargo. É relevante destacar-se que, nesses atos, a Administração não dispõe sobre direitos públicos, mas sobre as vias formais para satisfação do interesse público envolvido. De resto, o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de previsões de acordos substitutivos, tais como o que ora se comenta.

Esta possibilidade de aproximação do Estado com a empresa infratora, era impensável há décadas atrás, no sentido de colaborar no desvelamento de crimes de corrupção de grande complexidade, assim como ocorre com as pessoas físicas na delação premiada (direito penal). Não se trata, porém, de negociar e dispor do interesse público, mas de alcançar o embasamento e a solução de processos acusatórios, o que não seria possível pelo método tradicional (MARRARA, 2015, p. 511).

2.1 O ACORDO DE LENIÊNCIA APLICADO AO CADE

O Conselho Administrativos de Defesa Econômica - CADE, ao assumir a função da Secretaria de Direito Econômico (SDE), passou a ser o órgão competente para aplicar o acordo de Leniência através da atualizada Lei nº 12.529/2011. Referida Lei tem o seguinte escopo:

> [...] estrutura o Sistema brasileiro de defesa da concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico[1].

Nesta Lei há previsão de que o acordo pode ser firmado por pessoas jurídicas e físicas[2], e dispõe ainda sobre a possibilidade de extinção ou redução da sanção nos seguintes termos e condições:

> 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

[1] Lei nº 12.529/2011 - Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.
Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

[2] Lei nº 12.529/2011 - Art. 86. § 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

> pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:
> I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e
> II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.
> § 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:
> I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;
> II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;
> III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e
> IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.
> § 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

Além da redução ou extinção da multa, um forte atrativo para o acordo de leniência neste sistema é a previsão do art. 87 da Lei[3], que impede o oferecimento de denúncia pelo cometimento de crimes relacionados aos fatos objeto do acordo, cuja punibilidade fica automaticamente extinta se o mesmo for cumprido.

Mais relevante que a questão econômica é a privação de liberdade a que os agentes estão sujeitos, talvez o motivo do grande número de acordos firmados pelo CADE[4], chegando a cinquenta acordos. E a integração destes dois aspectos (civil e penal) incentiva a colaboração por empresas e pessoas físicas.

O acordo de leniência já se encontra com aplicação consolidada no CADE, e se configura como uma forte ferramenta contra os cartéis no país.

Como é possível estabelecer-se apenas um acordo de leniência por infração, firmando com a empresa que em primeiro lugar reportar a conduta, a Lei nº 12.529/2011, através do art. 85, ainda prevê às demais envolvidas no ilícito, pessoas físicas ou jurídicas, em celebrarem com o CADE um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) que também exige a colaboração do

---

[3] Lei nº 12.529/2011 - Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.
Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

[4] "O Programa de Leniência do Cade (Programa de Leniência) é um dos principais instrumentos de combate a cartéis no Brasil e no mundo. Instituído na legislação brasileira em 2000, o primeiro Acordo de Leniência do país foi assinado em 2003, e, desde então, mais de 50 Acordos de Leniência já foram assinados pela autoridade antitruste brasileira." Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia. Acesso em 19 ago. 2017.

signatário nas investigações, além de cessar os atos ilícitos, com descontos em multas proporcionais a ordem de solicitação. Outro benefício de tal acordo (TCC) é a intermediação do CADE junto ao Ministério Público no sentido de possibilitar a realização de acordo de colaboração premiada. Este instituto de TCC não é previsto na Lei Anticorrupção.

Todavia, a Lei anticorrupção também trouxe a figura do acordo de leniência para as pessoas jurídicas, com semelhanças e fundamentais diferenças em relação às normas aplicadas pelo CADE.

2.2 O ACORDO DE LENIÊNCIA PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO

A previsão do acordo de leniência inserido na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) a partir de seu artigo 16, conta com a seguinte redação:

> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:
> I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
> II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.
> § 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;
> II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;
> III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

A natureza do acordo de leniência da Lei anticorrupção é a mesma da que já era aplicada ao direito antitruste, com certas particularidades. (SANTOS; BERTONCINI; CUSTÓDIO FILHO, 2014, p. 233).

Não há violação de princípios constitucionais, como da indisponibilidade de interesses públicos primários (isonomia e a legitimidade para o ato)[5]. Tratam-se de novas premissas, embasadas na consensualidade do poder sancionador, e que não violariam a Constituição Federal. (MARRARA, 2015, p. 512).

[5] Sobre legitimidade e adequação constitucional do acordo de leniência, consultar "O acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade." (SALES e BANNWART JÚNIOR, 2015)

O objeto do acordo de leniência é a alternatividade das sanções, decorrente dos ilícitos previsto no art. 5º da Lei Anticorrupção[6] e na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), mediante acordo entre empresa e Poder Público que também se beneficia, mediante os requisitos seguintes:

> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:
> I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
> II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.
> § 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;
> II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;
> III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

A competência para a instauração e julgamento do Processo Administrativo, assim como para celebrar acordo de leniência, é da autoridade máxima de cada ente público (caput dos art. 8º e 16). No âmbito federal, competirá à Controladoria Geral da União processar e

---

[6] 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.

julgar concorrentemente, competindo-lhe também avocar os processos em andamento para exame e correção (art. 8º § 2º).

A pessoa jurídica que firmar o acordo de leniência e cumpri-lo integralmente terá os seguintes benefícios: i) isenção da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória; ii) não proibição em receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público; iii) redução da penalidade de multa em até dois terços do valor que seria aplicável (art. 16, § 2º); iv) isenção ou atenuação das sanções previstas no art. 86 a art. 88 da Lei nº 8.666/93[7] (art. 17).

Importante ressaltar que o acordo de leniência não exime o infrator da reparação integral do dano causado (art. 16, § 3º).

O primeiro benefício, de isenção de publicação extraordinária da condenação parece uma decorrência lógica do próprio acordo firmado, uma vez que inexistirá neste caso decisão condenatória a ser publicada.

---

[7] Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.
§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.
§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.
§ 3º . Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.
Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
I - advertência;
II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.
§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.
§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.
§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.
Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:
I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Mesmo considerando que a publicação de decisão condenatória teria efeito nocivo à imagem da empresa[8], mais prejudicial quanto maior for seu espaço no mercado, há que se ponderar que ao firmar acordo de leniência a empresa acaba por se expor de certa forma, uma vez que há divulgação, pelo princípio da publicidade dos atos administrativos, de que foi firmado o acordo envolvendo atos de corrupção. Seria uma amenização em ser vista como infratora colaboradora.

Também cabe melhor análise o benefício que prevê a redução da penalidade, uma vez que não há disposição na lei, ou mesmo na sua regulamentação, sobre a graduação desta diminuição, não há requisitos para tanto, sabendo-se apenas que a redução máxima será de até dois terços, criando uma grande margem discricionária ao Poder Público, e insegurança ao interessado.

2.2.1 A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DA LEI ANTICORRUPÇÃO E ASPECTOS DA APLICABILIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA

A Lei nº 12.846/13, publicada em 01/08/2013, entrou em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação, ou seja, em 29/01/2014.

A Medida Provisória nº 703 (MP 703/15), que vigorou desde sua publicação (21/12/2015) trouxe várias modificações no acordo de leniência, porém teve sua vigência encerrada em 29/05/2016.

A intenção desta alteração era a de flexibilizar a penalização às empresas, no sentido de favorecer que fossem firmados acordos, para preservação de empregos, em especial para possibilitar que empresas pudessem continuar participando de licitações[9].

---

[8]A publicação extraordinária da decisão condenatória: "Trata-se de hipótese de tornar pública a condenação sofrida, para submeter a pessoa jurídica condenada pelo cometimento dos atos ilícitos de corrupção ao jugo da sociedade. É sanção bastante significativa e pode produzir consequências mais severas para as pessoas jurídicas do que a pena pecuniária. A boa reputação das empresas tem, contemporaneamente, especialmente no que tange às grandes corporações, valor econômico direto inegável. Um abalo da reputação ética pode produzir danos econômicos inestimáveis. Em uma ambiência corporativa e de mercado que preza pela responsabilidade social - que inclui o zelo pela coisa pública e abominação de práticas de corrupção - a divulgação da prática e da condenação por atos ilegais violadores de preceitos éticos fundamentais pode produzir efeitos devastadores à imagem com reflexos importantes nas relações comerciais." (SANTOS; BERTONCINI; CUSTÓDIO, 2014, p. 163-164)

[9] "O relator da MP, deputado Paulo Teixeira (PT-SP), defendeu seu relatório numa das reuniões da Comissão Mista. A experiência internacional, disse o deputado, trabalha o acordo de leniência para preservar empregos, a partir do combate à corrupção e do desenvolvimento econômico das empresas que cometeram ilícitos. — Vários parlamentares vieram me cumprimentar dizendo o seguinte: eu concordo com o seu relatório, o problema é o momento. O momento é conturbado — disse. Segundo ele, havia uma visão muito punitiva por parte dos integrantes da Comissão Mista sobre o uso da leniência. Teixeira ressaltou que, atualmente, há quase 9 mil

As principais alterações que a MP 703/15 trazia no sentido de ampliar os efeitos de alternatividade da pena eram: i) a possibilidade do acordo de leniência afastar a responsabilidade da pessoa jurídica na esfera judicial; e ii) o impedimento do ajuizamento, ou prosseguimento, de ações relativas à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e das sanções judiciais previstas no art. 19 da Lei Anticorrupção contra a pessoa jurídica que firmasse o acordo.

Assim, a pessoa jurídica ao firmar o acordo de leniência, momento em que deveria "admitir sua participação no ilícito" (art. 16, § 1º, inciso III da Lei Anticorrupção), teria a garantia de não se sujeitar às penalidades da Lei de Improbidade Administrativa e às penalidades decorrentes de responsabilização judicial previstas na Lei Anticorrupção, que são extremamente gravosas como a dissolução compulsória da empresa (art. 19, inciso III).

O fim da vigência da MP 703/15 além de excluir as novas disposições, ainda fez voltar a redação original de vários dispositivos, criando uma situação bem peculiar na aplicação do direito e em relação às doutrinas sobre o tema.

Cabe explicitar que a legislação como se encontra, no que se refere à leniência, pode voltar a ser alterada em breve, uma vez que estão em trâmite, na Câmara dos Deputados, pelo menos dois Projetos de Lei neste sentido (Projetos de Lei nº 3636/2015 e 5280/2016)[10].

O Decreto nº 8.420/2015 (publicado em 19/03/2015), veio regulamentar a Lei Anticorrupção. Nesta regulamentação foi definido o rito do Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, que apura os ilícitos definidos na Lei.

Aspecto importante da regulamentação foi de parametrização dos valores das multas (art. 17), com critério detalhado de escalonamento, e no art. 18 aponta os fatores para a redução da penalidade, como a existência e aplicação de programa de integridade na empresa[11].

---

empresas inabilitadas para trabalhar com o Estado brasileiro. Para ele, esse número já levaria à necessidade de se revisar as regras." Notícia da Agência Senado. "MP dos acordos de leniência perde a validade". **Senado Federal**, 31 mai. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/31/mp-dos-acordos-de-leniencia-perde-a-validade> Acesso em 27/11/2016.

[10] Notícia da Agência Senado. "MP dos acordos de leniência perde a validade". **Senado Federal**, 31 mai. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/31/mp-dos-acordos-de-leniencia-perde-a-validade> Acesso em 27/11/2016.

[11] Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:
I - um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;
II - um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;
III - um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;
IV - um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;

Em relação ao acordo de leniência, o Decreto repete os requisitos da lei, trazendo algumas inovações:

> Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá:
> I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;
> II - ter cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo;
> III - admitir sua participação na infração administrativa
> IV - cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; e
> V - fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa.
> § 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.
> § 2º A proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR.

A regulamentação flexibilizou a disposição de firmar-se acordo apenas com a primeira pessoa jurídica a manifestar interesse em cooperar, inserindo a expressão "quando tal circunstância for relevante", o que possibilitará outras pessoas jurídicas a firmarem acordos sobre o mesmo processo.

Também previu o Decreto que o prazo máximo para a proposição do acordo de leniência deve se dar a até emissão do relatório final no Processo Administrativo de Responsabilização - PAR.

V - cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e
VI - no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:
a) um por cento em contratos acima de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
b) dois por cento em contratos acima de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);
c) três por cento em contratos acima de R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);
d) quatro por cento em contratos acima de R$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e
e) cinco por cento em contratos acima de R$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).
Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:
I - um por cento no caso de não consumação da infração;
II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;
III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;
IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e
V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Mesmo com a regulamentação, que demorou a vir, não foram superadas várias lacunas e problemas que poderiam ser nela resolvidos.

3 DIFERENÇAS ENTRE AS NORMAS: AVANÇO OU RETROCESSO?

O acordo de leniência da Lei Antitruste, muito embora tivesse cumprindo com sua finalidade na sua larga e satisfatória utilização no combate à formação de cartéis no Brasil, não foi utilizado como parâmetro para o acordo de leniência da Lei Anticorrupção, especialmente em importantes aspectos dos benefícios. Neste aspecto "as diferenças entre a lei concorrencial e a lei de combate à corrupção empresarial são gritantes. Muitas dessas diferenças, em verdade, representam falhas graves da legislação e que podem sepultar a atratividade da leniência nessa esfera" (MARRARA, 2015, p. 521).

Os pontos que serão destacados como principais diferenças que serão dialeticamente avaliados nas Leis correspondem a: i) quem pode firmar o acordo (pessoas físicas/pessoas jurídicas); ii) abrangência do acordo (se outras sanções podem ser englobadas uma vez que a infratora confessará ilícito; iii) a mensuração dos benefícios apuráveis previamente ao acordo.

3.1 QUEM PODE FIRMAR O ACORDO LENIÊNCIA?

No programa de leniência do CADE podem firmá-lo tanto as pessoas físicas como jurídicas, o que de certa forma incentiva a denúncia uma vez que os signatários estarão relativamente protegidos de sofrerem represálias em função de suas próprias confissões. A importância da ampliação na realização do acordo se firma no interesse público em resolver ilícitos de grande complexidade que sem o acordo não seriam desvendados ou não teriam possível o maior aprofundamento das investigações.

> Os programas de leniência são importantes instrumentos na descoberta de conspirações que de outra forma não seriam detectadas. Segundo dados da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento –OCDE, desde que o programa de leniência dos Estados Unidos foi adequado em 1993, a fim de tornar o escopo da anistia mais claro e de abrangência mais ampla, o número de pedidos protocolados até 2001 subiu para mais de vinte por ano e conduziu a dezenas de condenações e multas que superam o total de U$ 1 bilhão (CORRÊA, 2016, p. 07).

Mas somente será facultado firmar o acordo com a primeira empresa que se apresentar e que esteja disposta a cumprir os requisitos legais. As demais, como já referido, podem firmar Termos de Compromisso de Cessação (TCC), com a facilitação de ser firmado acordo de colaboração premiada com o Ministério Público.

Na Lei anticorrupção apenas é possibilitado o acordo com a pessoa jurídica, que terá que apontar todos os envolvidos no ilícito de corrupção, englobando inclusive pessoas físicas partícipes, como os membros da diretoria e funcionários da empresa infratora, o que sem dúvida alguma pode desestimular o interesse em firmá-lo.

3.2 A ABRANGÊNCIA DO ACORDO

A prática do cartel corresponde a um ilícito administrativo (art. 36, § 3º, I da Lei nº 12.529/2011) e criminal (art. 4º II da Lei nº 8.137/1990). O acordo de leniência que o CADE pode firmar com o infrator confesso e colaborador da investigação, possibilita a concessão de imunidade administrativa e criminal quando a infração não for de seu prévio conhecimento, ou ainda poderá reduzir as sanções aplicáveis de um a dois terços quando já tiver sido iniciado o procedimento administrativo de apuração da conduta denunciada (CADE)[12].

Tal previsão garante maior segurança jurídica ao denunciante que também não se verá embaraçado a denunciar atos que saberá estarão envoltos no acordo em outras instâncias além da administrativa.

No acordo previsto na Lei anticorrupção, diante das instâncias serem diferenciadas, nada impede que ao após homologada a transação, sejam aplicadas sanções mediante ação judicial com vistas a suspensão das atividades da empresa e até sua extinção, entre outras penalidades graves no aspecto penal em face das pessoas físicas envolvidas e apontadas. Apenas se prevê a possibilidade de envolver ilícitos previstos na Lei de Licitações (Lei nº 8.888/93).

Mais parece uma ferramenta que dificilmente terá uso, diante da impossibilidade de se envolver as demais sanções aplicáveis aos fatos autodenunciados, como as previstas na Lei de Improbidade Administrativa e no Código Penal, o que pode ser considerado afronta a garantia da presunção de inocência[13].

---

[12] http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia. Acesso em: 19/08/2017.

[13] Sobre o tema, já se posicionaram neste sentido Moreira Neto e Freitas (2014, p. 19): “Isso porque “a admissão da participação no ilícito” corresponde, ao fim e ao cabo, em fazer prova contra si, o que viola o disposto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República e o artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário”.

3.3 A MENSURAÇÃO DOS BENEFÍCIOS APURÁVEIS PREVIAMENTE AO ACORDO

Todo acordo é antecedido da ponderação do interessado que avaliará os benefícios e riscos que existem no estabelecimento de um consenso com a Administração Pública, isso se dá tanto do ponto de vista financeiro como também no aspecto de possível restrição de liberdades individuais.

No caso do acordo de leniência aplicado ao CADE, como já analisado pode-se estabelecer garantia de imunidade criminal e administrativa, o que inclui as sanções pecuniárias que podem ser integralmente mitigadas quando a denúncia se der antes da instauração do procedimento para apuração da conduta, ou de um a dois terços quando posterior a isso.

A Lei Anticorrupção não prevê remissão integral da multa, apenas sua redução, independente do momento em que se firma o acordo, sendo menos atraente do que no combate aos cartéis.

Em relação aos benefícios advindos ao infrator com a denúncia, se for realizada perante o CADE antes de aberta investigação terá extinta a ação punitiva da Administração Pública contra ele (art. 86, § 4º, inciso I da Lei nº 12.529/11), e depois de instaurada investigação a redução se dará de um a dois terços da penalidade (art. 86, § 4º, inciso I).

É clara a intenção por trás desta norma no sentido de incentivar mais fortemente a denúncia espontânea antes mesmo de ter se iniciado um procedimento de investigação, até porque esta situação revela fatos não imaginados pelo Poder Público, e possibilita a cessação de atividade ilícita e penalização de outros envolvidos de circunstâncias que provavelmente sequer chegassem ao conhecimento das autoridades públicas.

Esta possibilidade não se estabelece na Lei Anticorrupção, não existindo diferenciação nos benefícios para o infrator que se apresente antes ou durante o Procedimento Administrativo de Responsabilização (PAR), nem mesmo a possibilidade de extinção da ação punitiva estatal.

Maurício Zockun (2016) ainda expõe que há ausência de critérios mais detalhados para o benefício de redução da penalidade por parte do Poder Público, em caso de ser firmado acordo de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção, o que cria situação de insegurança jurídica:

> É certo que se outorgou certa margem de liberdade aos agentes públicos para, em razão da celebração do acordo de leniência, mitigar o alcance das sanções pecuniárias passíveis de imposição à pessoa jurídica faltosa. Registre, neste particular, que a inexistência de uma pauta objetiva capaz escalonar a mitigação dessas penalidades – senão que para dosar sua imposição –, causa inegável insegurança à entidade leniente, especialmente em razão das pesadas multas que lhe são imponíveis.
> A solução nestes casos perpassa pela aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da adequação dos atos administrativos à finalidade pública

> perseguida por meio dessa lei, sem embargo do inegável conteúdo aberto destes específicos comandos jurídicos.

Se a intenção era incentivar a formalização de acordos para a obtenção de provas de crimes de corrupção, que muitas vezes se dão entre dois agentes em uma sala e por este motivo são de dificílima senão impossível detecção, parece que as restrições legais impõem dificuldades à sua concretização, diferentemente do que ocorre no combate à concorrência desleal, o que se demonstra um verdadeiro retrocesso do instituto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o tema mereça maior aprofundamento, com o estudo de cada particularidade dos acordos de leniência previstos na Lei que combate aos cartéis e na Lei Anticorrupção, verifica-se nesta pesquisa, que parece ter ocorrido um retrocesso deste instituto, uma vez que na Lei Anticorrupção há evidente falta de segurança jurídica para a empresa que deseje propor acordo nos moldes que a legislação se encontra.

Muito embora seja um enorme avanço a definição de sanções relativas à corrupção com o alcance de pessoas jurídicas envolvidas e do incentivo à prevenção através de implantação de Programa de Integridade, o que é extremamente necessário para a busca da moralidade e da ética também no setor privado, o mecanismo de alternatividade à estas penas se mostram pouco transparente e eficaz, o que pode inviabilizá-lo.

Um dos pontos que as duas legislações mais divergem é a possibilidade de extinção da ação punitiva da administração pública prevista na Lei nº 12.529/2011, que torna o acordo bastante atrativo, mas que não foi prevista na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

A possibilidade de serem englobadas no acordo sanções de outra natureza pelo CADE não encontra amparo na Lei Anticorrupção, onde há falta de repercussão do acordo em outras sanções, inclusive em relação à improbidade administrativa, como se dava com a previsão da Medida Provisória nº 703/2015 que perdeu seus efeitos, além da possibilidade de suspensão de punibilidade criminal, ao passo que obriga o participante a confessar o ilícito (abrindo mão da garantia da presunção de inocência).

A falta de uniformidade de entendimentos e características do acordo de leniência previstos nas duas leis estudadas traz dificuldade ao operador do direito e à evolução do próprio sistema.

Os benefícios que realmente atraem o infrator a firmar o acordo com a Administração Pública, revelando a formação de cartel, não se verificam na sua maioria na Lei Anticorrupção, revelando que o instituto sofreu retrocesso no que diz respeito à sua aplicação e obtenção de provas para o aprofundamento de investigações e o alcance de agentes que se encontram escondidos por trás do manto da impunidade.

Com isso, sem que se considere a possibilidade de englobar-se num acordo outras hipóteses de penalização, administrativa ou judicial, possivelmente não haverá interesse maior de pessoas jurídicas em firmá-lo, sendo de rara aplicação do ponto de vista prático, contrariando o que poderia ser um importante indutor de redução de impunidade por ato de corrupção, não atingindo os objetivos legais.

Também não se pode esquecer que a corrupção, o mal a ser atingido, prejudica o cumprimento de um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, a erradicação da pobreza, e carece de mecanismos efetivos e modernos, os quais não podem ser objeto de discussões infindáveis[14].

Talvez por este motivo que duas propostas se encontram em discussão na Câmara dos Deputados visando alterar a Lei Anticorrupção (Projetos de Lei nº 3636/2015 e 5280/2016), o que pode ser objeto de novo estudo.

Aguarda-se que tais modificações no instrumento de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção, se ocorrerem, tragam maior viabilidade na sua implementação à pessoa jurídica, atraindo soluções de conflito alternativos à sanção, com o atingimento do interesse público, assim como tem ocorrido no caso da delação premiada e do acordo de leniência no âmbito do CADE.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão contra a ordem econômica. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 nov. 2011.

[14] Sobre a necessidade de quebra de paradigmas e mudanças o jurista e sociólogo português assim já se pronunciou: "Penso, pois, que, perante isto, só há uma saída: reinventar o futuro, abrir um novo horizonte de possibilidades, cartografado por alternativas radicais às que deixaram de o ser. Com isso assume-se que estamos a entrar numa fase de crise paradigmática, e portanto, de transição entre paradigmas epistemológicos, sociais, políticos e culturais. Assume-se também que não basta continuar a criticar o paradigma ainda dominante, o que, aliás, está feito já à saciedade." (SANTOS, 2008, p. 322).

BRASIL. Lei nº 12.843, 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, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 ago. 2013.

BRASIL. 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 e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 mar. 2015.

CADE. **Programa de leniência**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em: 19 ago. 2017.

CORRÊA, Davi Beltrão de Rossiter. Análise econômica do programa de leniência brasileiro destinado ao combate de condutas anticoncorrenciais estruturado na lei nº 12.529/2011. In **VIII Congresso anual da AMDE**, set. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Véras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas**. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

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

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

SANTOS, Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei nº 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 12 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SENADO FEDERAL. **MP dos acordos de leniência perde a validade.** Agência Senado, Brasília, 31 mai. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/31/mp-dos-acordos-de-leniencia-perde-a-validade> Acesso em 27/11/2016.

ZOCKUN, Maurício. Vinculação e Discricionariedade no Acordo de Leniência. **Revista Colunistas Direito do Estado**, 2016, n. 142. 14 abr. 2016.