VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO EMPRESARIAL

LITON LANES PILAU SOBRINHO

RAFAEL PADILHA DOS SANTOS

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 empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Liton Lanes Pilau Sobrinho; Rafael Padilha dos Santos– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-475-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Obrigações. 3. Corporativismo. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho n. 25 – Direito Empresarial e Sustentabilidade durante o VII Encontro Internacional do CONPEDI realizado na cidade de Braga, em Portugal, entre os dias 07 e 08 de setembro de 2017.

Inicialmente, o Grupo de Trabalho propiciou importantes debates sobre o direito empresarial, abordando, dentre outros temas, sobre recuperação judicial, falência, lei anticorrupção, compliance, acordo de leniência, demonstrando que a regulação das relações derivadas do desenvolvimento e exploração das atividades econômicas empresariais devem se reger, dentre outros, por princípios éticos e pelos direitos fundamentais.

O exercício da atividade econômica organizada requer o diálogo com ramos de direito público (como o direito tributário e penal) e de direito privado (direito do trabalho, civil e comercial), estabelecendo um padrão de conduta para as partes nas relações obrigacionais empresariais.

Em um segundo momento, o debate partiu para o tema da sustentabilidade, discutindo, dentre outros, o princípio do desenvolvimento sustentável, a responsabilidade civil ambiental, fazendo compreender os desafios da interligação do homem com o mundo natural em uma sociedade global.

O direito ambiental já é reconhecido como parte da terceira dimensão dos direitos humanos, integrando os direitos de solidariedade e fraternidade, transcendendo os interesses individuais, tornando-se uma esfera sócio-jurídica transindividual, ultrapassando barreiras, limites territoriais, o que vem levando a mudanças de paradigmas, refletindo-se na proposta de uma sociedade sustentável.

O direito ambiental é essencial para fornecer as premissas para uma cooperação internacional, e a sustentabilidade propicia a construção de uma sociedade planetária, um pacto de todos para que não seja comprometida a capacidade de subsistência, o desenvolvimento de uma vida digna a todos os habitantes, que sejam criados novos modelos de governança, e que a ciência, a técnica e a economia estejam reguladas em prol do bem comum.

Assim, através deste Grupo de Trabalho foi possível criar um vaso comunicante de ideias para aproximar profissionais e pesquisadores de diferentes Programas de Mestrado e Doutorado, contribuindo para o avanço dos debates acadêmicos sobre os temas abordados.

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Prof. Dr. Rafael Padilha dos Santos

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

ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A OPERAÇÃO LAVA JATO

AGREEMENTS OF LENIENCE IN BRAZILIAN LEGISLATION AND THE OPERATION CAR WASH

José Maria Ramos [1]
Antonio Bazilio Floriani Neto [2]

Resumo

Os países de economia de mercado têm significativas preocupações com as infrações e com atos de corrupção, pois ambos afetam as bases sociais e econômicas, para mitigar essas condutas os Estados têm implementado legislações que permitem acordos de leniência. O artigo tem por objetivo analisar os acordos de leniência previstos na Lei de defesa da concorrência e na Lei Anticorrupção brasileira no contexto da Operação Lava Jato. Com uma abordagem descritiva demonstrar-se-á que o acordo de leniência é um instrumento adequado no processo de identificação de empresas e pessoas envolvidas em atos de corrupção e no combate aos cartéis.

Palavras-chave: Acordo de leniência, Operação lava jato, Corrupção, Cartel

Abstract/Resumen/Résumé

Market economy countries have significant concerns about violations and acts of corruption, because both affect the social and economic bases, to mitigate these conduct States have implemented legislation that allows for leniency agreements. The purpose of this article is to analyze the leniency agreements provided for in the Antitrust Law and the Brazilian Anti-Corruption Law in the context of Operation Car Wash. With a descriptive approach it will be demonstrated that the leniency agreement is an adequate instrument in the process of identifying companies and individuals involved in acts of corruption and in the fight against cartels.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Leniency agreement, Operation car wash, Corruption, Cartel

[1] Doutorando em Direito - PUCPR, Mestre em Análise Regional. Professor da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste, Campus de Francisco Beltrão- PR - Brasil. E-mail: jmramoseco@hotmail.com

[2] Doutorando e mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em direito previdenciário e professor do Curso de Direito da Faculdade Curitibana. E-mail: antonio@rochaefloriani.com.br.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das investigações da Operação Lava Jato trouxe à sociedade brasileira o uso de expressões geralmente restritas ao meio jurídico como: acordos de leniência, colaboração premiada, condução coercitiva e outras pouco comuns no dia-a-dia, mas que ganharam destaque no transcorrer das investigações. A Operação Lava Jato, ainda em curso, investiga atos de corrupção, propina, lavagem de dinheiro, organização criminosa e outras condutas tipificadas como crimes econômicos que envolvem grandes empreiteiras, operadores financeiros, agentes políticos e servidores públicos, que segundo apontam as investigações, formavam uma organização criminosa com o propósito de constituir cartéis e/ou desviar recursos de contratos de obras ou serviços celebrados com empresas com capital público.

A formação de cartéis e corrupção são dois crimes que apresentam características distintas, mas que podem estar diretamente relacionados um ao outro. São crimes que provocam prejuízos significativos para qualquer sociedade, não importando o nível de desenvolvimento econômico do país. O cartel revela-se potencialmente prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa na medida que provoca restrições a concorrência e restringe a capacidade de desenvolvimento tecnológico, bem como a imposição de preços ou quantidades ao mercado, prejudicando escolhas dos consumidores com perdas de bem-estar e inflação. A corrupção, por sua vez, é um complexo fenômeno que abrange aspectos sociais, políticos e econômicos que afetam diretamente a capacidade de desenvolvimento de um país, com reflexos inclusive na democracia, que segundo Ferreira Filho (2001, p. 216), a corrupção que envolve retribuição material perverte as instituições e seus mecanismos.

Na legislação brasileira, as condutas que afetam o direito concorrencial e as práticas de corrupção de pessoas jurídicas são tipificadas como crimes e são investigadas e punidas de acordo com as leis 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) e 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), ambas trazem em seu bojo um instituto comum: o acordo de leniência, cuja finalidade é ampliar as possibilidades de obtenção de provas em relação aos cartéis ou dos atos de corrupção, permitindo assim aumentar a probabilidade de condenação desses crimes, bem como desestimular a formação de cartel ou práticas de corrupção diante do risco da delação.

Esse trabalho tem como objetivo analisar o instituto do acordo de leniência no âmbito da Lei 12.529/2011 e da Lei 12.846/2013 na defesa dos interesses concorrenciais e dos reflexos da responsabilização administrativa das empresas investigadas por práticas ilícitas em desfavor da Administração Pública nacional no contexto da Operação Lava Jato.

Para atender o objetivo proposto, optou-se por uma pesquisa descritiva, adotando o

método bibliográfico com referenciais teóricos em relação ao instituto acordo de leniência, bem como o levantamento de informações em sítios do Ministério Público Federal (MPF), Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre os acordos de leniência celebrados. O artigo está dividido em três seções além desta introdução. A primeira, trata do instituto do acordo de leniência na legislação nacional, segundo as características de cada norma; a segunda seção, analisa as aplicações do instituto a partir das investigações da Operação Lava Jato; e, por fim, a terceira, as considerações finais.

2. O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O termo leniência tem origem no latim, vem do lenitate, que traduz a noção de brandura, mansidão, suavidade. No âmbito jurídico, os acordos de leniência ocorrem quando um acusado confessa a prática de crime e contribui no processo de investigação, quer seja nos crimes de ordem econômica ou na prática de atos de corrupção contra a administração pública nacional ou internacional. O acordo de leniência encontra semelhança no instituto da delação premiada que foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 9.807/1999, que traz a possibilidade da extinção da punibilidade ou redução da pena em compensação à efetiva e voluntária colaboração do acusado com a investigação e o processo criminal.

O acordo de leniência previsto no art. 86 da Lei 12.529/2011 tem como objetivo desestruturar e desmantelar práticas de cartel. Os acordos de leniência, segundo Rodas (2007, p. 22), "são aqueles firmados entre um integrante-delator do cartel e a autoridade antitruste com vistas a reduzir ou afastar as sanções que seriam aplicadas ao primeiro em troca de cooperação nas investigações". Para Mello *et al* (2008, p. 586) o acordo de leniência "é uma tentativa de, pela via jurídica, desmantelar organizações que degeneram o ambiente de livre competição entre os agentes de mercado". Em complemento, Tavares e Giacaglia (2010, p. 78) destacam a "aplicação de uma sanção menos severa, mais suave, em razão da colaboração ao desmantelamento de um cartel".

Na repressão às condutas anticompetitivas, os acordos de leniência contribuem na defesa da concorrência por um instituto que busca "colher informações e documentos de uma fonte diretamente envolvida na conduta ilícita investigada, que levem à detecção da mesma e possibilite a sua punição, em troca da concessão da anistia das penalidades ou sua redução" (PEREIRA, 2011, p. 26).

O acordo de leniência na Lei Anticorrupção traz ao sistema jurídico brasileiro a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas que praticam atos que conduz prejuízos à Administração Pública nacional e estrangeira, nomeadamente em atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos. Por meio do acordo de leniência, pessoas jurídicas infratoras confessas poderão contribuir com um ente estatal nas investigações para identificação dos demais envolvidos, visando maior celeridade na comprovação dos atos ilícitos sob apuração, em troca da redução das sanções legais, mas com a obrigação de reparar integralmente o dano causado, conforme art. 16 §3º da Lei 12846/2013 (BRASIL, 2013).

A Lei Anticorrupção, segundo Ribeiro e Diniz (2015, p.101) objetiva

> [...] estimular o ambiente empresarial sustentável por intermédio da coibição de condutas que favoreçam atos de corrupção capazes de alterar de forma artificial a celebração de negócios privados, por meio do aprisionamento dos agentes públicos mediante oferta de benefícios indevidos em troca de vantagens injustificáveis.

Os acordos de leniência sejam na lei defesa da concorrência ou na Lei Anticorrupção são instrumentos que buscam na cooperação da parte envolvida em atos ilícitos participar das investigações para contribuir na prevenção e/ou reparação de danos de interesse coletivo em troca da extinção de penalidades ou sua redução.

2.1 O ACORDO DE LENIÊNCIA NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Os Estados Unidos foram pioneiros, em 1978, ao instituir uma política de leniência como instrumento de combate de práticas de cartel, mas que raramente era utilizado e que pouco contribuía na identificação de cartéis de grande porte ou internacionais. Mas em 1993, o programa de leniência passou por reformulações com a instituição do *Amnesty Program* visando facilitar e estimular empresas na delação de condutas que atentavam contra a concorrência em troca da redução da pena aplicável ou até mesmo a extinção da ação punitiva. Com a reformulação, o programa ficou mais transparente e ampliou as garantias para as empresas e possibilitou a proteção aos diretores e funcionários lenientes em processos criminais, ampliando significativamente o emprego do instituto de leniência na identificação de cartéis (HAMMOND, 2010).

Para fortalecer o programa de leniência norte-americano foi publicado em 29 de outubro de 2003, o *Antristrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of* 2003 e, em 22 de junho de 2004 a *Antristrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of* 2004, que ampliou penalidades e multas. O primeiro aumentou a multa imposta para a empresa

participante de cartel de dez milhões de dólares para cem milhões; a segunda aumentou a multa ao empresário participante de cartel de trezentos e cinquenta mil dólares para um milhão de dólares e a pena de prisão aumentou de três para dez anos (GPO - Government Publishing Office, 2004).

No Brasil, o programa de leniência foi instituído por meio da Medida Provisória 2.055/2000, convertida na Lei 10.149/2000, que acrescentou na Lei n. 8.884/1994 os artigos 35-B e 35-C, disciplinando os acordos de leniência. O Brasil, ao instituir o acordo de leniência, "optou pela consensualidade que, na medida do possível, deve operar na Administração Pública com vista à otimização da investigação antitruste de forma a proteger os interesses tutelados pela ordem econômica, bem como repreender os atos que expressam o abuso do poder econômico" (MELLO *ET AL*, 2008, p. 587). O programa de leniência, segundo o Ministério da Justiça é "[...] instrumento fundamental para garantir a plena concretização do princípio constitucional da livre concorrência, com especial relevância para a implementação da Política Brasileira de Combate a Cartéis" (BRASIL, 2010).

A legislação de defesa da concorrência brasileira foi alterada com a aprovação da Lei 12.529/2011, que revisou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e, no que tange ao acordo de leniência, ficou estabelecido que pessoas físicas ou jurídicas, que confessando sua participação em atos ilícitos tipificados como infração da ordem econômica e cooperando permanentemente com as investigações e no processo administrativo, poderiam obter a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável (BRASIL, 2011).

Aos moldes da legislação norte-americana, a lei antitruste brasileira incorporou a leniência *plus*, que ocorre quando uma empresa ou pessoa física que já está sob investigação e, assim não pode celebrar o acordo de leniência, porém é participante de um outro cartel que ainda não está sob investigação e quer contribuir na investigação desse segundo cartel. Nesta situação, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 da pena que lhe for aplicada no primeiro cartel já sob investigação e a extinção da ação punitiva em relação a nova infração denunciada, conforme disposição do art. 86 §§ 7° e 8°, da Lei 12.529 de 2011 (BRASIL, 2011). Contudo, para a obtenção deste benefício, o leniente precisa denunciar o segundo cartel antes que o primeiro seja levado a julgamento final. A leniência *plus* objetiva estimular empresas e pessoas investigadas a considerarem a possibilidade de celebrar acordo de leniência com relação a todos os seus mercados de atuação.

Embora o programa de leniência seja relativamente recente no SBDC, ele tem sido extremamente importante nos esforços de combate aos cartéis, segundo dados do CADE

(Gráfico 01), no período compreendido entre 2003 e 2016, houve 61 acordos leniência, 20 aditivos a acordos de leniência e 9 acordos de leniência *plus*, com destaque para os anos de 2015 e 2016 que apresentaram um aumento significativo em novos acordos de leniência. O acordo de leniência *plus* foi empregado pelo CADE pela primeira vez em 2015 em razão de investigações da Lava Jato, no ano de 2016 os acordos de leniência *plus* dobraram, comparativamente ao ano anterior.

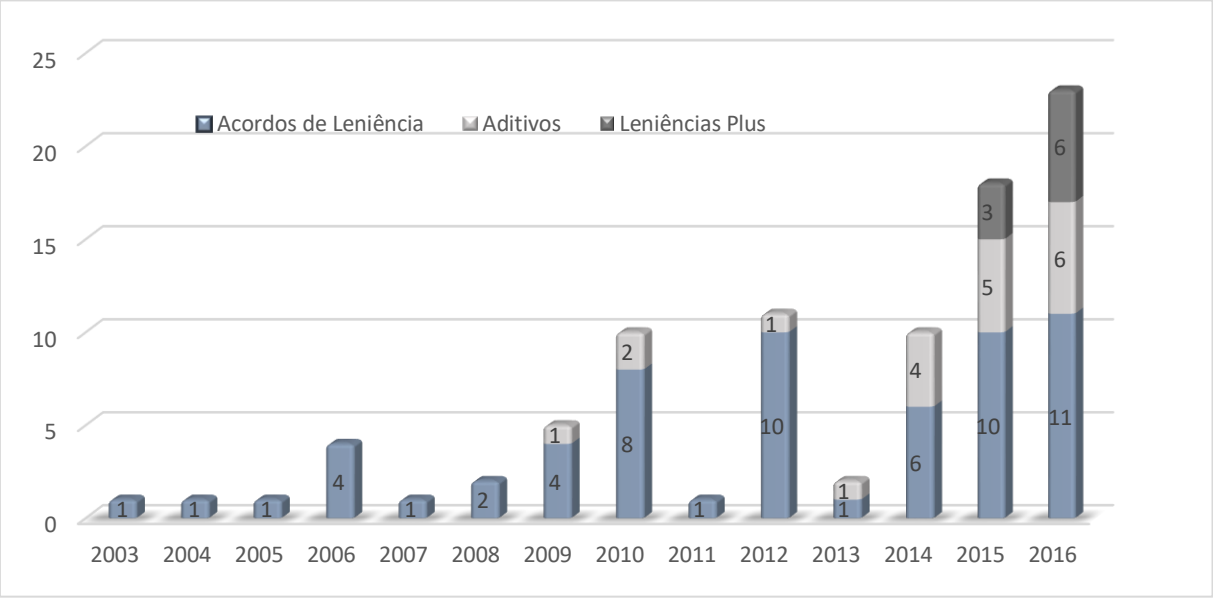


Gráfico 01- Acordos de leniência, aditivos e acordos de leniência *plus* celebrados no período de 2003 a de 2016.
Fonte: CADE, 2017.

A eficiência dos programas de leniência no combate aos cartéis requer incentivos suficientes para que a empresa conclua que terá mais benefícios denunciando a prática de cartel que se silenciando, para isso, é importante os seguintes elementos: "i) nível das sanções, ii) receio da descoberta, iii) incerteza da conduta do concorrente integrante do acordo, iv) transparência na aplicação do programa" (RODAS, 2007, p. 23). Assim, a transparência dos programas de leniência e a severidade das penalidades são características essenciais para combater condutas colusivas.

2.2 O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Essa lei foi aprovada a partir do contexto das

manifestações da população brasileira, que foi às ruas em junho de 2013 para reivindicar maior transparência nos atos da administração pública e ao combate a corrupção.

A Lei Anticorrupção brasileira entra em vigor de forma tardia, haja vista o país ter assumido compromissos em três convenções internacionais de combate a corrupção, quais sejam: i) Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, mas sua vigência para o Brasil ocorre em 7 de outubro de 2002 com promulgação do Decreto n. 4.410; ii) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, aprovada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000; e iii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, assinada pelo Brasil em 2003 e promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Com esse conjunto de compromissos assumidos o país precisava, "punir de forma efetiva os atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais" (SANTOS, 2015, p.18).

A corrupção, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU, 2013, p. 7), é o maior obstáculo ao desenvolvimento econômico e social no mundo, pois entende que:

> A corrupção limita a capacidade dos governos em servir a população, pois fragiliza o Estado de Direito, as instituições públicas e a confiança nos líderes. Ela age como um freio ao desenvolvimento e priva milhões de pessoas ao redor do mundo da prosperidade, dos direitos, dos serviços e dos empregos dos quais elas precisam desesperadamente, e os quais merecem.
> Quando a corrupção reina, a democracia, que é um pré-requisito do desenvolvimento, é ameaçada. Logo, o desenvolvimento sustentável não é apenas um objetivo em si, mas sim o antídoto mais eficaz que existe contra a corrupção.

O problema da corrupção é considerado um fenômeno transnacional decorrente da intensa globalização e que precisa ser combatida por todos os países, pois afeta, segundo Leal (2016), a capacidade do Estado na realização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais. Daí a importância da Lei Anticorrupção para que possa restringir condutas ilícitas que afetam a organização e a democracia do Estado.

A tipificação dos atos infracionais elencados no art. 5º da lei anticorrupção[1], não chega a ser uma novidade na legislação brasileira, pois tais atitudes já eram responsabilizadas em

[1] 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

outras normas nacionais, como: o Código Penal (art. 317), a Lei de licitações (Lei 8.666/1993) e ainda a de lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992). A principal novidade da Lei Anticorrupção é a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, nos âmbitos administrativos e civil por atos lesivos em desfavor da Administração Pública, haja vista que salvo algumas exceções, a pena para atos de corrupção era aplicada à pessoa física.

O acordo de leniência na Lei Anticorrupção é uma inspiração da legislação antitruste, isto é, conforme previsão do art. 16 da Lei 12.846/2013, pessoas jurídicas responsabilizadas objetivamente por atos de corrupção praticados por seus representantes, empregados, gestores e terceiros podem celebrar acordo de leniência com a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, desde que confessem a prática de ilícitos e contribuam na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem a ilicitude investigada.

A competência para celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal e nos casos de atos lesivos contra a administração pública estrangeira é da Controladoria-Geral da União, que atualmente é o Ministério da Transparência, Fiscalização e

---

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.
§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.
§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.
§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais (BRASIL, 2013).

Controladoria-Geral da União, conforme art. 29 do Decreto 8.420/2015 que regulamenta a aplicação da Lei Anticorrupção. No âmbito dos Estados e municípios, cada ente federativo deve regulamentar a aplicação da lei, o que pode representar entraves aos acordos de leniência diante da multiplicidade de órgãos ou entidade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário que regulamentarão a matéria[2].

A celebração do acordo de leniência exige, conforme o artigo 16, §1º da Lei Anticorrupção, três requisitos que devem ser cumpridos cumulativamente: i) a pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar interesse em cooperar; ii) cessar completamente sua participação nas ilicitudes e admitir sua participação nos ilícitos; e, iii) cooperar de forma plena e permanente com as investigações e com o processo administrativo.

Celebrado o acordo de leniência e cumprido todos os requisitos, o leniente ficará isento da pena de publicação da decisão condenatória prevista no inciso II do art. 6º, da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entes públicos pelo prazo de um a cinco anos, conforme previsão do inciso IV do art. 19 e, da redução em até 2/3 (dois terços), da multa aplicável, conforme art. 6º, I e §4º, que é calculada na proporção de 0,1% a 20% sobre o faturamento bruto da empresa, relativo ao exercício anterior a instauração do processo administrativo, mas que não pode ser inferior a vantagem obtida. Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) (BRASIL, 2013). O acordo de leniência suaviza as penalidades, não isentando a pessoa jurídica de reparar a totalidade dos danos.

> A feitura do acordo de leniência apenas abrandará as penalidades a serem impostas à pessoa jurídica, mas não interferirá no dever de reparar integralmente os danos causados. Entendemos que, no caso de impossibilidade fática de reparação integral do dano, a autoridade competente deverá estabelecer condições que contribuam para o ressarcimento do dano pela empresa infratora, ainda que parcialmente e a longo prazo. Desse modo, se a pessoa jurídica autora da conduta ilícita tiver preenchido simultaneamente os requisitos para a celebração do acordo de leniência, fará jus à isenção de sanções e/ou redução da multa mesmo que tenha havido tão-somente reparação substancial do dano (CAMPOS, 2015, p. 180).

Diferentemente da legislação antitruste em que acordo de leniência garante benefícios tanto a pessoa jurídica quanto para a pessoa física, na Lei Anticorrupção não há qualquer

[2] Esse decreto regulamenta a aplicação da lei somente no âmbito do Executivo Federal, os Estados e Municípios e demais órgãos terão também que regulamentar a aplicação da lei. A Prefeitura de São Paulo saiu à frente e por meio do Decreto nº 55.107, de 13 de maio de 2014. Estabelecendo compentência exclusiva para instauração e processamento do Processo Administrativo de Responsabilização e para a celebração dos acordos de leniência em um único órgão – a Controladoria-Geral do Município.

benefício à pessoa física, apenas para a pessoa jurídica. Nesse contexto, segundo Magalhães (2013, p. 36), "a confissão de ato lesivo contra o poder público, normalmente também tipificado como ilícito penal, pode até trazer vantagens à pessoa jurídica, mas certamente trará consequências gravosas às pessoas físicas". Assim, a colaboração do leniente poderá reduzir a sanção pecuniária, mas o delator ficará mais implicado na esfera criminal.

Com a finalidade de proporcionar maior segurança jurídica às empresas lenientes, tendo em vista os efeitos do acordo nas esferas administrativa e civil foi proposta Medida Provisória 703 que trazia inovações em relação a: (i) autoridade competente para celebrar os acordos, que passaria a ser o órgão de controle interno com a participação Ministério Público ou com a Advocacia Pública; (ii) o impacto nas "declarações de inidoneidade" das Leis de Licitações, possibilitando que em havendo processos administrativos referentes a licitações e contratos em curso que tratam sobre o mesmo objeto do acordo deverão ser sobrestados e posteriormente arquivado; e (iii) a possibilidade de o acordo de leniência ser realizado com mais de uma pessoa jurídica nos casos de conluio, mas apenas a primeira empresa leniente poderia ter o benefício da remissão total da multa (BRASIL, 2015). Contudo, esse conjunto de alterações prevista pela Medida Provisória 703 não foi votada pelo Congresso Nacional, por falta de apoio político, em um momento que transcorria o processo de *impeachment*, restou jubilada em 30 de maio de 2016.

Comparativamente, há algumas assimetrias entre o acordo de leniência previsto na lei antitruste com o da lei anticorrupção, haja vista que nesta última não há abrangência de garantias sobre efeitos penais para as pessoas físicas; não impede demais sanções civis, como por exemplo a dissolução compulsória da pessoa jurídica; como também não há previsão da leniência *plus*. Assimetrias normativas e a multiplicidade de jurisdição e competências concorrentes do sistema federativo brasileiro implicam em uma menor segurança jurídica.

3. A OPERAÇÃO LAVA JATO E OS ACORDOS DE LENIÊNCIA

Na história brasileira não havia ocorrido investigações sobre corrupção e lavagem de dinheiro em comparativo com as dimensões e complexidades da Operação Lava Jato. A Operação, ainda em vigência, teve seu início em 2009 com investigações de crimes de lavagem de recursos. As provas recolhidas durante o processo de investigação revelaram um esquema criminoso de corrupção em negócios da Petrobras, que de acordo com o Ministério Público Federal ocorria havia pelo menos dez anos, envolvendo grandes empreiteiras organizadas em

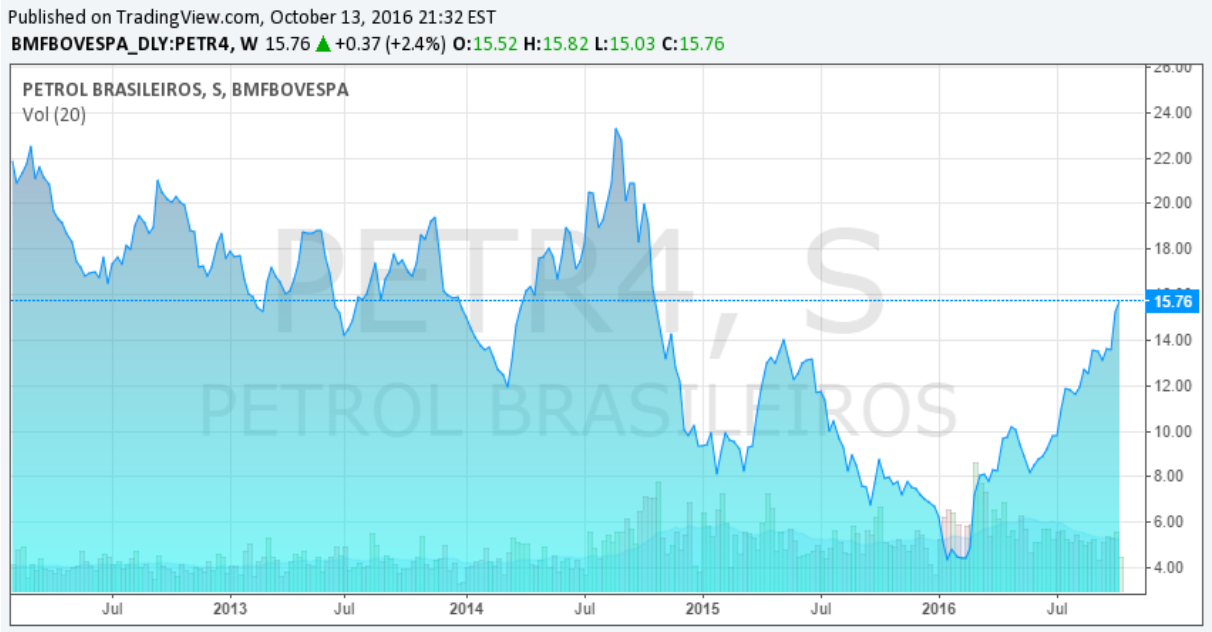
cartel e que pagavam propinas de 1% a 5% do valor dos contratos para altos executivos da estatal e outros agentes públicos (MPF, 2017).

Com o avanço das investigações da Operação Lava Jato e com o acordo de leniência da Setal Óleo e Gás com CADE, em março de 2009, ficou evidenciado que além dos crimes de corrupção ocorria a prática de crimes de cartel, com condutas anticompetitivas que consistiam "em acordos de (i) fixação de preços, condições, vantagens e abstenção de participação, e (ii) divisão de mercado entre concorrentes, em licitações públicas de obras de montagem industrial "onshore" da Petrobras no Brasil" (CADE, 2015a, p.1). Essas condutas anticompetitivas tiveram início no final dos anos de 1990, mas as ações foram mais estáveis e frequentes partir de 2003 e 2004 e duraram até aproximadamente o início de 2012.

Os prejuízos decorrentes da estrutura de corrupção no âmbito da Petrobras, investigada pela Operação Lava Jato, apontaram, segundo dados oficiais da empresa um montante no valor de R$ 6,194 milhões, baixados no exercício de 2014, decorrentes de perdas por corrupção. Além dos problemas relativos a corrupção a Companhia apresentou significativos prejuízos, após um lucro de R$ 23,570 milhões em 2013, a Petrobras registrou um prejuízo de R$ 21,587 milhões em 2014 e, em 2015, o prejuízo foi de R$ 34,836 milhões. Os prejuízos de 2015 estão relacionados entre outros fatores a redução do preço do barril de petróleo, reavaliação de ativos, despesas de juros e perda cambial (PETROBRAS, 2017).

Em um cenário de dificuldades, as ações da Petrobras tiveram quedas expressivas em 2015 e 2016. As ações preferenciais (PETR4) que em 21 de maio de 2008 chegaram a ser cotadas em R$ 52,51, no auge dos preços de *commodites*, antes dos reflexos da crise do sistema financeiro de 2008, mas que a partir do começo do ano de 2010 iniciaram um período de queda, atingindo R$ 4,20 em 23 de janeiro de 2016 (UOL, 2017). A perda de valor das ações da Petrobras nos últimos 5 anos, representada na figura 01, é um reflexo do forte impacto das condições de conjuntura econômica, especialmente sobre os preços das *commodities* e das investigações sobre corrupção na companhia, notadamente a partir do segundo semestre de 2014.

Figura 01- Cotação de ação da Petrobras (PETR4) nos últimos cinco anos



Fonte: Bm&f Bovespa, 2016.

Os esquemas de corrupção e formação de cartéis das empreiteiras não ficaram adstritos apenas a obras e contratos com a Petrobras outras empresas estatais ou de economia mista como a Eletrobras Eletronuclear, Correios, Caixa Econômica Federal, Furnas, Banco do Brasil, entre outras, também enfrentam problemas semelhantes, decorrentes das infrações à ordem econômica ou corrupção em contratos com empresas investigadas na Lava Jato.

É nesse cenário de delitos concorrenciais e corrupção que, apesar de causarem perdas de bem-estar para a sociedade, os acordos de leniência, quer seja pela Lei 12.529/2011 ou Lei 12.846/2013 são oportunidades para as empresas contribuírem no processo de investigação dada a dificuldade da apuração desses crimes, que ocorrem em estruturas sofisticadas. Com a colaboração e cumprimento do acordo a empresa pode ficar isenta ou mesmo minimizar as sanções impostas pela legislação.

3. 1 OS ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LAVA JATO DERIVADOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Com o desenvolvimento das investigações da Operação Lava Jato, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (2015) instaurou 29 processos administrativos contra empreiteiras envolvidas na Lava Jato desde 2014. Embora a relação de empresas lenientes seja sigilosa, a divulgação das investigações nos meios de comunicação e a

apresentação da versão pública do histórico de condutas das empresas lenientes pelo CADE possibilitaram a elaboração de uma relação de empresas que celebraram acordos de leniência com o Ministério Público Federal e o CADE, quais sejam: Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa, SOG Óleo e Gás, Braskem, Carioca Engenharia, Odebrecht, conforme relação apresentada no quadro 01. Além dessas, houve a tentativa da SBM Offshore formalizar um acordo com o MPF Procuradoria do Rio de Janeiro e a Petrobras, que segundo do MPF-RJ (2016), previa um ressarcimento de US$ 341,8 milhões, sendo US$ 328,2 milhões para a Petrobras e US$ 13,6 aos cofres público, contudo esse acordo não foi homologado. Há, ainda, outros acordos que estão sob sigilo.

A empreiteira Andrade Gutierrez formalizou acordo de leniência em janeiro de 2016 nos termos do art. 16 a 21 da Lei 12.846/2013 em razão de sua participação em propina, corrupção e esquema de cartel provocando prejuízos para a VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.. A multa estipulada pelo MPF-PR (2016) foi de um bilhão de Reais, que deverá ser paga em 12 parcelas corrigidas pela taxa SELIC. O acordo visa preservar a idoneidade da empresa e reduz sua exposição em outras ações judiciais relativas a empresa ou aos seus colaboradores. Ao assumir as responsabilidades por práticas de crimes econômicos, a empresa fez publicar nos principais jornais do país pedido de desculpas, apresentado medidas para um Brasil melhor. Esse acordo de leniência, por envolver atos colusivos foi encaminhado ao CADE, resultando em um novo acordo de leniência para investigar as condutas anticoncorrenciais.

A empreiteira Construções e Comércio Camargo e Corrêa S.A. também formalizou acordo de leniência com o MPF-PR e Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) e acordo de leniência com o CADE. “O objetivo é obter informações e provas sobre a cartelização entre as empresas que disputaram as licitações públicas promovidas pela Eletronuclear para a construção da usina Angra 3 nos anos de 2013 e 2014” (MPF-PR, 2015). A empresa se comprometeu com o pagamento de R$ 700 milhões para ressarcimento de prejuízos causados à sociedade, valor que será devolvido aos cofres das empresas de capital público prejudicadas pelas condutas de corrupção.

Quadro 01: Empresas que formalizaram acordo de leniência com o Ministério Público Federal

Empresa Leniente	Empresa afetada	Principais investigações	Multa R$
Andrade Gutierrez S.A.	VALEC	Infrações contra o Sistema Financeiro Nacional, contra a ordem econômica, corrupção, lavagem de dinheiro, etc.	1 bilhão
Camargo Corrêa S.A.	Eletronuclear e Angra 3	Cartel, fraude a licitação, corrupção e lavagem de dinheiro	700 milhões
Grupo Setal - Óleo e Gás – SOG	Petrobras	Corrupção, lavagem de dinheiro, organização criminosa, formação de cartel e fraude a licitações	15 milhões
Braskem[1]	-	-	3,1 bilhões
Carioca Engenharia	Petrobras	Fraude a licitações e caixa dois	155 milhões
Odebrecht S.A.	Petrobras	Crimes contra a administração pública e o Sistema Financeiro Nacional, lavagem de dinheiro, crimes contra a ordem econômica, tributária, corrupção etc.	3,828 bilhões
Total			7,798 bilhões

Fonte: Ministério Público Federal do Paraná, elaborado pelos autores.

1- BRASKEM, 2017.

A empresa Setal Óleo e Gás e seus executivos celebraram acordo de leniência com o CADE e o MPF-PR. A empresa se comprometeu com o pagamento de R$ 15 milhões a título de compensação de prejuízos e a apresentar documentos que permitiram novas ações em relação a outras empresas participantes do cartel e a ex-diretores e empregados da Petrobras (MPF-PR, 2014). Considerando o envolvimento da empresa na formação de cartel, a leniente também formalizou no CADE um acordo de leniência em razão de condutas colusivas.

No final de 2016, a Braskem, empresa controlada Odebrecht Participações e a Petrobras S.A. divulgou nota de Fato Relevante, informando a conclusão de acordo de leniência com um custo US$ 957 milhões, aproximadamente R$ 3,1 bilhões. É um acordo global que incluiu Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DoJ), que deverá receber US$ 95 milhões,

mais US$ 65 milhões à *Securities and Exchange Commission* e CHF (Francos Suíços) 95 milhões à Procuradoria-Geral da Suíça, para o MPF deverá ser pago o valor de R$ 736 milhões valores que serão pagos à vista e o restante, aproximadamente $ 1,5 bilhão será pago ao MPF em 6 parcelas anuais reajustadas pela variação do IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo (BRASKEM, 2016). A empresa também assumiu o compromisso de implementar práticas, políticas e processos mais robustos, a fim de melhorar o sistema de governança e conformidade.

O acordo de leniência da empreiteira Odebrecht S.A. foi celebrado com a MPF com a participação do Departamento de Justiça dos Estados Unidos e a Procuradoria Geral da Suíça. O valor global a ser pago pela compensação de prejuízos causados à sociedade foi estipulado em R$ 3,828 bilhões, os valores serão divididos entre Brasil, Estados Unidos e Suíça, países que integram o acordo de leniência, a ser estabelecido pelo MPF. Com a celebração do acordo a empresa divulgou nota na qual indica arrependimento "de sua participação nas condutas que levaram a este acordo e pede desculpas por violar os seus próprios princípios de honestidade e ética" e se compromete a aprimorar seus sistemas de conformidade (OLIVEIRA; SALOMÃO, 2016).

Os acordos de leniência celebrados no âmbito da Operação Lava Jato por práticas de corrupção somam multas significativas, que totalizam R$ 7,789 bilhões. Considerando a aplicação da legislação anticorrupção, a autoridade administrativa ao estabelecer a sanção deve considerar a razoabilidade e proporcionalidade, haja vista que o escopo da legislação não é inviabilizar a atividade da pessoa jurídica, pois se assim fosse a lei seria inconstitucional por violação ao princípio da liberdade de iniciativa, bem como da função social da empresa (SANTOS, 2015, p. 200).

Considerando os prejuízos sociais e econômicos decorrentes das sanções legais, Martins (2015), destaca que há duas correntes sobre os acordos de leniência na lei anticorrupção. A primeira defende que as empresas inidôneas sejam impedidas de participar de concorrências públicas, conforme decisões do Tribunal de Contas da União (TCU); a segunda defende o acordo de leniência como forma de preservar a empresa e sua função social, sem prejuízos dos processos civis e criminais contra os responsáveis pelos atos infracionais.

A lógica de preservar a pessoa jurídica também é sustentada por Godoy (2016), que entende que o acordo de leniência deve ser compreendido na perspectiva da Lei de Falência e Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005), ou seja, a preservação da empresa e sua atividade econômica, ensejando "um pacto de colaboração com as autoridades com o fim de aprimorar a investigação, que favorece o ambiente de negócios, mas também a preservação da empresa com

a recuperação das suas atividades econômicas e negociais, pelo princípio da função social da empresa", baseado no art. 170, inciso III da Constituição Federal[3].

Em suma, a aplicação da legislação anticorrupção deve visar o ressarcimento integral dos prejuízos provocados à sociedade e ao mesmo tempo preservar a empresa, de forma a reduzir os impactos sobre a dinâmica economia e no mercado de trabalho.

3. 2 OS ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LAVA JATO DERIVADOS DA LEI ANTITRUSTE

A partir das investigações da Operação Lava Jato foi observado indícios da prática de cartel em processos licitatórios em contratações da Petrobras, apontando que no período entre 1998 e 2014, pessoas jurídicas e pessoas físicas promoveram estratégias de divisão de mercado de forma coordenada, combinação de valores das propostas e formação de consórcios com vistas a implementar a divisão de mercado com a finalidade de evitar pressão de potenciais concorrentes. Essas condutas podem ser enquadradas no art. 36, incisos I a IV combinado com seu § 3º, inciso I, alíneas "a", "c" e "d", da Lei 12.529/2011[4].

A constatação de evidências sobre a organização de cartel em obras da Petrobras surgiu do caráter dinâmico e adaptável das empresas envolvidas no acordo oclusivo, devido "às diversas mudanças ocorridas no mercado e no ambiente institucional, de forma a garantir que a alocação privada dos certames licitatórios conduzidos pela Petrobras lograsse êxito" para as empresas em conluio CADE (2015, p. 33c).

A trajetória da dinâmica das condutas do cartel na Petrobras pode ser resumida nas seguintes fases: a) Fase Preliminar, ocorrida no período de 1998/1999 até aproximadamente

---

[3] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III – função social da propriedade;

[4] Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.
§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:
I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

2012, com reuniões esporádicas com participação de sete empresas, para organizar alternativas contratuais com a Petrobras; b) entre 2003/2004 foi instituído o "Clube das 9", que meio de colusão organizava "alocação de licitações às integrantes do grupo"; c) entre 2006/2007, com um maior volume de obras sendo licitadas a Petrobras convida outras empresas a participar das licitações, que motivou o "Clube das 9" a implementar estratégias e cooptação de empresas entrantes, passando a constituir o "Clube das 16", com esse grupo as empresas indicavam seus interesses para ser vencedora do processo licitatório; d) entre 2006 e 2009 foi constituído o "Clube Vip" ou "G6", um subgrupo no âmbito do cartel das empresas de maior porte (Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez, Odebrecht, OAS, Queiroz Galvão e UTC), com exercício de liderança em relação ao "Clube das 16". Contudo, essa atitude provocou reclamações das demais empresas integrantes; e a partir do final de 2011, com um volume menor de licitações de grande porte, o "Clube das 16" empreiteiras deixaria de existir (CADE, 2015c).

A constatação que nas práticas de corrupção, investigadas na Lava Jato, as empresas também estavam realizando condutas que atentavam contra a defesa da concorrência, fez com que os acordos de leniência celebrados com MPF também fossem levados ao conhecimento do CADE, permitindo que as empresas possam celebrar acordos de leniências ou Termo de Cessação de Conduta (TCC). Em síntese, o quadro 02 apresenta as empresas lenientes e suas condutas que ferem a livre concorrência.

A primeira empresa a celebrar acordo e leniência com CADE, no âmbito da Lava Jato, foi a Setal Óleo e Gás, em março de 2015, com o compromisso de confessar participação no cartel da Petrobras e cooperar nas investigações com informações e documentos em relação as condutas colusivas em licitações públicas de obras de montagem industrial *onshore* da Petrobras no Brasil. A partir do acordo de leniência do Grupo Setal, a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. formalizou com o CADE o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), por estar diretamente relacionada no mesmo processo do Grupo Setal, assim não poderia celebrar o acordo de leniência pela prática de cartel em licitações da Petrobras, pois esse instituto é para apenas para a primeira empresa proponente, conforme art. 86, §1º, I, da Lei 12.529/2011.

Quadro 02: Empresas que formalizaram acordo de leniência com o CADE

Empresa Leniente	Procedimento/Processo	Conduta
Grupo Setal - Óleo e Gás – SOG[3]	Acordo de leniência 19/03	Cartel entre concorrentes em licitações públicas de obras de montagem industrial *onshore* da Petrobras.
Camargo Corrêa S.A..	Acordo de leniência 31/07	Cartel no mercado de obras de montagem eletromecânica na usina Angra 3 em licitação da Eletrobrás Termonuclear S.A. – Eletronuclear.
	Acordo de leniência 30/06	Condutas anticompetitivas da empreiteira em licitações da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.
Andrade Gutierrez	08700.006377/2016-62	Investigar suposto cartel na licitação para a concessão de exploração da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.
	08700.007776/2016-41	Cartel na licitação para obras públicas de serviços de engenharia e construção para urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Manguinhos e da Comunidade da Rocinha, realizada pela Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro, financiada com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.
	08700.006630/2016-88	Cartel no mercado nacional de obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas destinadas à Copa do Mundo do Brasil de 2014.
Carioca Engenharia	08700.007777/2016-95	Acordos de fixação de preços, divisão de mercado entre concorrentes em contratos da Petrobras.

Fonte: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, elaborado pelos autores.

Com a formalização do TCC, o CADE estipulou que a Camargo Corrêa S.A. pagasse uma contribuição pecuniária no valor de R$ 104.006.119,70. Essa multa foi calculada com a aplicação da maior penalidade permitida pela legislação antitruste brasileira, que de acordo com art. 37 da Lei 12.529/2011 varia de 20% a 0,1% do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração. Contudo, na aplicação da penalidade para a Camargo e Corrêa, o CADE levou em consideração o fato da empresa ser a primeira a formalizar o TCC, obtendo assim um desconto de 40% sobre a multa esperada, conforme possibilidade do art. 187 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, 2015b).

A Camargo Corrêa S.A celebrou, ainda, o acordo de leniência *plus*, conforme art. 86 §7º da Lei 12.529/2011, trazendo ao conhecimento do CADE um suposto cartel no mercado de obras de montagem eletromecânica na usina Angra 3 em licitação da Eletrobrás Termonuclear S.A. – Eletronuclear. Com esse acordo de leniência, a empresa infratora se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável no processo em que está sendo investigada, com isso o desconto total da Camargo e Corrêa no TCC foi de 60%, em relação a multa máxima de 20% permitida pela legislação, que foi aplicada à empresa (CADE, 2015). No acordo de leniência *plus* a empreiteira relatou condutas colusivas de (i) fixação de preços, condições e vantagens associadas, e (ii) divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo em licitação de obras na usina de Angra 3 entre os anos de 2013 e 2014.

Além do TCC e do acordo de leniência *plus*, a empreiteira Camargo Corrêa S/A formalizou com o CADE e o MPF-Procuradoria do Goiás um novo acordo de leniência, informado sua participação em conduta anticompetitiva em licitações da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. praticadas no Brasil. As condutas anticoncorrenciais consistiram em acordos para divisão de mercado entre concorrentes com fixação de vantagens, visando frustrar a concorrência em determinadas licitações de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para implantação da Ferrovia Norte-Sul, trecho Ouro Verde (Goiás) e Estrela do Oeste (São Paulo) e Ferrovia Oeste-Leste trecho Barreiras e Ilhéus (Bahia) (CADE, 2016a).

A Andrade Gutierrez formalizou três acordos de leniência, os dois primeiros ocorrem em novembro de 2016, um para investigar a possibilidade de cartel na licitação para a construção e concessão de exploração da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, e o outro para investigar o suposto cartel em obras públicas de serviços de engenharia e construção para urbanização Complexo do Alemão, do Complexo de Manguinhos e da Comunidade da Rocinha, realizada pela Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro e financiada com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. Em dezembro de 2016, o CADE celebrou mais um acordo para investigar a formação de cartel no mercado nacional de obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas destinadas à Copa do Mundo do Brasil de 2014. As violações à ordem econômica estavam relacionadas a acordos de fixação de preços das propostas; de divisão de mercado entre concorrentes e trocas de informações concorrencialmente sensíveis (CADE, 2016b).

Nos desdobramentos da Lava Jato e de acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção, a empreiteira Carioca Engenharia também reconheceu sua participação em condutas lesivas à ordem econômica na contratação de serviços de engenharia e construção

civil predial de “Edificações de Grande Porte com Características Especiais” para a Petrobras. A conduta anticoncorrencial envolvia: fixação de preços; condições, vantagens e abstenções de participação; divisão de mercado entre concorrentes e troca de informações concorrencialmente sensíveis, a fim de frustrar o caráter competitivo das mencionadas licitações públicas (CADE, 2016c).

A partir das investigações da Lava Jato, o CADE efetivou com as empreiteiras sete acordos de leniência por condutas lesivas à concorrência, esses acordos estão sob sigilo e em andamento. As empresas que vierem a ser condenadas por infração da ordem econômica poderão receber multas de até 20% de seu faturamento e as pessoas físicas, caso identificadas e condenadas, sujeitam-se a multas de R$ 50 mil a R$ 2 bilhões, conforme art. 37 da Lei 12.529/2011, e ainda outras medidas que o CADE julgar necessária na preservação da concorrência.

As ações coordenadas do MPF e o CADE no combate a formação de cartéis poderão minimizar os danos sociais e os econômicos em contratações do Estado e de empresas com capital público com a desestruturação dos cartéis. O fortalecimento da concorrência e das instituições antitruste são condições essenciais para o desenvolvimento e crescimento econômico, pautadas nos princípios de liberdade de concorrência e mercado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os acordos de leniência decorrentes dos desdobramentos das investigações da Lava Jato celebrados nos termos da lei antitruste ou da defesa da concorrência ressaltam a importância do ferramental jurídico, que contribui não apenas em relação as investigações, mas principalmente em desestimular essa conduta que provoca danos as atividades econômicas e ao desenvolvimento do país. Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento econômico as condutas e práticas de colusão “prejudicam os consumidores e apresentam efeitos perniciosos sobre a eficiência econômica” decorrentes da elevação de preços e sua consequente transferência de renda aos membros do cartel (OCDE, 2002, p. 2). As condutas típicas dos conluios são uma violação ao direito concorrencial e da ordem econômica, ao restringir a liberdade de mercado pelo exercício do abuso do poder econômico.

O acordo de leniência da Lei Anticorrupção é um instrumento que corrobora com as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil com o objetivo de reduzir práticas de corrupção em desfavor da Administração Pública nacional ou internacional, haja vista que os acordos possibilitam uma maior celeridade processual e o ressarcimento dos prejuízos

decorrentes das práticas de corrupção com a aplicação de multas, além de não impedirem a aplicação de outras medidas para assegurar interesses coletivos.

Considerando que as práticas delituosas de cartel e corrupção são construídas em grupos restritos que obstaculizam e criam dificuldades de investigação pelos métodos tradicionais, o acordo de leniência é visto como um elemento desestabilizador entre os membros do cartel ou da rede de corrupção diante do risco de delação, ou seja, o acordo de leniência passa a ser uma importante ferramenta na defesa da concorrência e no combate e práticas de corrupção.

O acordo de leniência passa a ser um instrumento que interessa tanto ao Estado quanto a iniciativa privada. Ao Estado amplia as possibilidades de recuperação dos prejuízos de forma mais célere e a redução de custos em contratações futuras; para as empresas é uma alternativa para preservar a continuidade da empresa ao possibilitar que continue a contratar com empresas com capital público, principais demandantes de grandes obras de infraestrutura e ter acesso as instituições de financiamento público, desde que também assumam o compromisso de adotar medidas de integridade e *compliance*. Em síntese, é um instrumento que minimiza os prejuízos socais ao preservar a concorrência e ampliar as ferramentas de combate a corrupção.

Entretanto, nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção não há, ainda, uma transparência sobre os interesses nem sempre convergentes entre os órgãos do governo federal: Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e Controle, Advocacia Geral da União, Ministério Público e Tribunal de Contas da União. A falta de sintonia de objetivos e a multiplicidade de competências jurídicas provocam insegurança, reduzindo a efetividade do instituto.

Em suma, o desmantelamento de cartéis e a redução de práticas de corrupção requer a robustez do instituto de acordo de leniência e o fortalecimento das instituições, pois as normas e instituições são instrumentos de indução de comportamentos dos agentes econômicos, sejam eles postivios ou não.

5. REFERÊNCIAS

BM&F - Bolsa de Mercadorias e Futuro / Bovespa Bolsa de Valores de São Paulo. **Cotações.** Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/servicos/market-data/cotacoes/>. Acesso em 14 out. 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em 26 set. 2016.

BRASIL. **Portaria nº 456, de 15 de março de 2010.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2010portariamj456.pdf/@@download/file/2010PortariaMJ456.pdf.>. Acesso em 13 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.
BRASIL. **Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 14 maio 2017.

BRASIL. **Medida Provisória 703 de 18 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP-703-15.pdf>. Acesso em 15 maio 2017.

BRASKEM. **Fato relevante**: acordo global. Disponível em: <http://www.braskem-ri.com.br/comunicados-e-fatos-relevantes>. Acesso em 17 mai. 2017.

CADE. **Histórico de Conduta**. Acordo de leniência da Setal Oléo e Gás. 2015a. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao_publica.pdf.> Acesso em 26 set. 2016.

CADE. **DESPACHO PRESIDÊNCIA Nº 226/2015.** 2015b. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 18 maio. 2017.

CADE. **Nota Técnica n° 38/2015/ASSTEC-SG/SGA2/SG/CADE**. 2015c. Disponível em: <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/12/NT_38___anexo.pdf >. Acesso em 02 out. 2016.

CADE. **Histórico de Conduta**. 2016a. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-mpf-go-e-policia-federal-realizam-operacao-para-investigar-suposto-cartel-em-licitacoes-de-ferrovias/historico-da-conduta-versao-publica.pdf> Acesso em 22 maio 2017.

CADE. **Histórico de Conduta**. 2016b. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-na-licitacao-da-usina-de-belo-monte/historico-da-conduta-bm.pdf> Acesso em 22 maio 2017.

CADE. **Histórico de Conduta**. 2016c. Disponível em: < http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0> Acesso em 22 maio 2017.

CADE. **Balanço 2016**. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf/view>. Acesso em 16 mai. 2017

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

HAMMOND. SCOTT D. **The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades**. The 24th Annual National Institute on White Collar crime, Miami, 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>. Acesso em 16 maio 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e Democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 226, p. 213-218, out./dez. 2001.

GODOY, Luciano. **Acordo de leniência e preservação da empresa**. Disponível em: < https://jota.info/colunas/luciano-godoy/acordo-de-leniencia-e-preservacao-da-empresa-26072016>. Acesso em 16 maio 2017.

GPO - Government Publishing Office. **Development organization advancement act of 2004**. Disponível em: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-108publ237/html/PLAW-108publ237.htm>. Acesso em: 18 maio 2017.

LEAL, Rogério Gesta. A nova lei anticorrupção empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 13, n. 2, p. 63-88, maio/ago. 2016.

MAGALHAES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). **Revista Controle**, v.11, n. 2, p. 25-46, dez. 2013. Disponível em <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volume-xi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorrupcao-empresarial-brasileira-lei-n-12-846-2013?Itemid=592>. Acesso em 08 set. 2016.

MARTINS, Ives Granda da Silva. A função social da empresa e acordos de leniência. **Revista Justiça e Cidadania**. Edição n. 176, 2015. Disponível: <http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2015/04/28/cee41a5justica_amp_cidadania_176_abril_2015.pdf >. Acesso em 19 maio 2017.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; *et al*. Acordo de leniência: A lógica do consenso na proteção dos interesses difusos tutelados pela lei antitruste. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. Uberlândia, v. 36, p. 575-598, 2008.

MPF - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Entenda o caso**. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em 19 maio 2017.

MPF-PR - Procuradoria da República no Paraná. **Termo de Leniência.** 2014. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/17dez-leniencia.pdf>. Acesso em 07 maio. 2017.

MPF-PR - Procuradoria da República no Paraná. **Lava Jato:** MPF e Cade celebram acordo de leniência com a Camargo Corrêa. 2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-forca-tarefa-do-mpf-e-cade-celebram-acordo-de-leniencia-com-camargo-correa>. Acesso em 05 maio. 2017.

MPF-PR - Procuradoria da República no Paraná. **Termo de Leniência.** 2016. Disponível em: <http://www.valor.com.br/sites/default/files/infograficos/pdf/termos_da_leniencia_AG_912_OUT7_09052016.pdf>. Acesso em 05 maio. 2017.

MPF-RJ Procuradoria da República no Rio de Janeiro. **Acordo de Leniência – SBM Offshore**. 2016. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/acordo-de-leniencia-sbm-offshore/view>. Acesso em 05 maio. 2017.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Responsabilização de empresas**, 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2015/04/cgu-abre-processo-administrativo-contra-mais-cinco-empresas-envolvidas-na-lava-jato>. Acesso em 29 set. 2016.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento econômico. **Cartéis – Seus Danos e Punições Efetivas**. Síntese, 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>. Acesso em 19 maio 2017.

OLIVEIRA, Mariana; SALOMÃO, Lucas. **Operação Lava Jato**: Odebrecht e Braskem assinam acordos de leniência com EUA e Suíça. G1, 2016. <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/odebrecht-e-braskem-fecham-acordo-com-suica.ghtml>. Acesso em 19 maio 2017.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Corrupção e Desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf>. Acesso em 12 set. 2016.

PEREIRA, Guilherme Teixeira. **Política de combate a cartel no Brasil:** Análise Jurídica do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação de Prática. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas - Escola de Direito de São Paulo. 2011.

PETROBRAS. **Holding.** 2017. Informações dos anos 2013, 2014, 2015. Disponível em: <http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/resultados-financeiros/holding>. Acesso em 06 maio 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.52, n.205 jan./mar. 2015.

RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. Revista dos Tribunais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 96, n. 862, p. 22-33, ago. 2007.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Lei anticorrupção Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013**. São Paulo Saraiva ,2015.

TAVARES, Carolina de Castro; GIACAGLIA, Alessandro Pezzolo. Efeitos do cumprimento do acordo de leniência. Análise do Inc. I do § 4° do art. 35-B e do art. 35-C, ambos da Lei 8.884, de 11/06/1994. Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, Jul.-Dez./ 2010, v. 18, p. 75-97.

UOL - Economia e Cotações. **Bolsa de Valores**. 2016. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/cotacoes/bolsas/acoes/bvsp-bovespa/petr4-sa/>. Acesso em 22 set. 2016.