

**INSPER
LLC**

WILLIAN HENRIQUE BARBOZA

**ASPECTOS FORMAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: PROBLEMATIZAÇÃO DE SUAS CONSEQUÊNCIAS**

**SÃO PAULO
2016**

WILLIAN HENRIQUE BARBOZA

**ASPECTOS FORMAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: PROBLEMATIZAÇÃO DE SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso, com o objetivo
de aprovação em curso na instituição INSPER, na
área de direito concorrencial

Orientador: Pamela Gabrielle Romeu Gomes
Roque

SÃO PAULO

2016

Barboza, Willian Henrique

Aspectos formais do acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro: problematização de suas consequências.

Willian Henrique Barboza – São Paulo, 2016

Trabalho de Conclusão de Curso – INSPER, 2016

Orientador: Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

1. Acordo de Leniência. 2. Direito Concorrencial. 3. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. I. Willian Henrique Barboza. II. Aspectos formais do acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro

WILLIAN HENRIQUE BARBOZA

**ASPECTOS FORMAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: PROBLEMATIZAÇÃO DE SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso, com o objetivo
de aprovação em curso na instituição INSPER, na
área de direito concorrencial

DATA DE APROVAÇÃO: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

NOME COMPLETO

TITULAÇÃO

INSTITUIÇÃO

NOME COMPLETO

TITULAÇÃO

INSTITUIÇÃO

NOME COMPLETO

TITULAÇÃO

INSTITUIÇÃO

Este trabalho é dedicado aos meus pais, que sempre me ofertaram as melhores oportunidades possíveis em minha trajetória, bem como a todos os amigos e profissionais com quem tive o contato durante a elaboração do presente trabalho e que com certeza engrandeceram a qualidade deste.

RESUMO

Este trabalho irá abordar os aspectos formais do acordo de leniência no âmbito concorrencial oferecido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – fundamentos, objetivos, hipóteses de cabimento e procedimentos.

Além desta exposição do tema, com base nos aspectos formais, abordará duas possíveis hipóteses, ainda em fase preliminar de efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, de resultado do acordo de leniência, sendo: (i) problematização da penalidade aplicada – dependendo da forma de aplicação, está poderá levar à falência todas as empresas envolvidas no acordo, resultando em um prejuízo ao ordenamento econômico do Brasil; e (ii) a proibição de contratação poderá gerar dificuldade ao Estado para contratar empresas com *know-how* suficiente para a continuação das obras iniciadas e/ou necessárias à sociedade brasileira.

Tais questionamentos não possuem entendimento pacífico, visto a atualidade do tema no ordenamento jurídico brasileiro, sendo oficialmente utilizado a partir de 2014, porém, como todo instrumento no ordenamento jurídico, este poderá ser alvo de medidas provisórias, que poderão alterar de forma significativa sua estrutura e, por conseguinte, seus efeitos.

Palavras-chave: Acordo de leniência. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento. Efeitos.

ABSTRACT

This document will address the formal aspects of the leniency agreement under competition point of view by the Administrative Council for Economic Defense - foundations, objectives, hypotheses of application and procedures.

In addition to this exhibition, based on the formal aspects, will address two possible hypotheses that remains in the preliminary stage in the Brazilian legal system, results of the leniency agreement: questioning the penalty applied - depending on the application, this can bankrupt all the companies involved in the leniency process, resulting in a loss to Brazil's economic scenario; and (ii) the prohibition on hiring with the public administration could generate difficulties for the State hire companies with enough know-how to continues the work initiated and/or necessary for the Brazilian society.

Such questions do not have a final understanding yet, seen the actuality of the topic in the Brazilian legal system, being officially used from 2014, however, as every instrument in the legal system, this may be the subject of provisional measures, which may significantly change its structure and, therefore, its effects.

Keywords: leniency agreement. Administrative Council for Economic Defense. Procedure. Effects.

LISTA DE ILUSTRAÇÃO

Figura 1 - Acordos de Leniência e Aditivos assinados: Gráfico dos últimos 13 anos com o número de acordos de leniência assinados no Brasil	26
--	----

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	11
1.1	O acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro	12
2	O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA	14
2.1	Estrutura e competências	14
<i>2.1.1</i>	<i>Secretaria geral</i>	15
<i>2.1.2</i>	<i>Tribunal administrativo de defesa econômica</i>	15
<i>2.1.3</i>	<i>Departamento de estudos econômicos</i>	16
<i>2.1.4</i>	<i>Procuradoria federal especializada</i>	16
3	O ACORDO DE LENIÊNCIA E A COMPETÊNCIA NO ÂMBITO CONCORRENCIAL	18
3.1	Histórico, procedimento e consequências do acordo de leniência	19
3.2	Etapas do acordo de leniência	20
<i>3.2.1</i>	<i>Fase do pedido de senha (marker)</i>	21
<i>3.2.2</i>	<i>Fase de apresentação de informações e documentos que comprovem o relatado</i>	22
<i>3.2.3</i>	<i>Fase de formalização do acordo de leniência</i>	23
3.3	Da desistência pela parte signatária do acordo de leniência	24
4	CONSIDERAÇÕES	25
5	CONCLUSÃO	27
6	REFERÊNCIAS	28

1. INTRODUÇÃO

Nota-se que o acordo de leniência, ao lado da delação premiada e do impeachment, é um dos assuntos mais abordados no ano de 2016 no Brasil.

Porém, devido ao fato de o tema ser recente e disposto em uma lei relativamente nova, do ano de 2011, existem questionamentos acerca de sua efetividade. Por isso, o presente trabalho visa apresentar a estrutura do órgão responsável pela assinatura do acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito concorrencial e, após, analisar suas consequências, principalmente no tocante ao fato da proibição de contratação com o Estado. Isto porque esta proibição poderá gerar um malefício maior à população do que um benefício efetivo.

Este estudo se dará por meio de uma pesquisa qualitativa, tentando apresentar o tema e suas conclusões, considerando-se prematuro formalizar que existe uma opinião certa, devido ao pouco tempo de aplicabilidade do instrumento.

Posto isto, adentra-se ao tema do acordo de leniência. Em primeiro lugar, resta clara a necessidade de uma definição sobre o que é o acordo de leniência. Nesta seara, conforme Martins¹, disserta:

A exemplo da delação premiada, muito comum na esfera do ato ilícito, o legislador prestigiou o denominado acordo de leniência visando facilitar a apuração dos fatos, conhecimentos de técnicas e solução das investigações. Compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade estipular acordos de leniência com aquelas pessoas jurídicas responsáveis pelos atos classificados na lei anticorrupção. Essencial destacar que o acordo objetiva o resultado concreto de trazer elementos e subsídios, a fim de que a Administração Pública se recomponha do prejuízo e consiga a recuperação de ativos.

Essa definição resume de forma breve o que o instituto do acordo de leniência, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 2011, objetiva. Alguns críticos apontam que seria a admissão da Administração Pública de sua incapacidade de investigar e punir atos que atentem contra o erário, outros, que seria a evolução no ordenamento jurídico brasileiro, em que pessoas de fora, ou não, da Administração Pública, colaboram para a proteção do erário.

Tendo em vista o curto prazo para análise dos efeitos esperados, não se pode definir precisamente se este instrumento admite o fracasso da Administração Pública em investigar os

¹ MARTINS, Fran. **CURSO DE DIREITO COMERCIAL**. Rio de Janeiro, 2014. p. 436.

atos praticados ou se gera resultados efetivos, pois existem argumentos plausíveis que sustentam ambos os argumentos.

Posto isto, é possível analisar o cenário político e jurídico desde a implementação do instrumento até o fim do primeiro semestre do ano de 2016.

1.1 O acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro

Antes de abordar o tema acordo de leniência, cumpre-se esclarecer a razão de seu surgimento. O acordo de leniência é uma ferramenta jurídica que surgiu para combater os crimes de cartéis, quais sejam, grupos de concorrentes que se unem com o propósito de acordar suas ações visando benefício próprio em detrimento de terceiros. Este acordo, em sua forma mais simples, pode ser de preços a serem praticados no mercado, não necessariamente o mesmo preço, mas muito próximos, visando eliminar ou dificultar a entrada de novos concorrentes no mercado. Pode ser também de definição na participação de licitações, bem como dos preços a serem praticados, em ação claramente criminosa que atenta contra a administração pública e a população brasileira. Em suma, o crime de cartel é caracterizado quando um grupo de concorrentes se une para a prática de crime contra a ordem econômica.

Posto isto, nota-se que entre os anos de 2011 e 2012, com o advento da promulgação da lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (“Lei 12.529/2011”), que trata da estrutura do sistema brasileiro de defesa da concorrência, adentrou-se as formas de prevenção e punição de atos que infrinjam a ordem econômica. Com isto, o cenário do direito concorrencial brasileiro alterou-se de forma significativa, pois esta lei fundamentou-se no direito norte-americano, visando a celeridade na obtenção de provas comprobatórias de condutas anticoncorrenciais. Em seu capítulo VII, a Lei 12.529/2011 descreve como se transcorrerá o programa de leniência no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se ainda a existência da lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 (“Lei Anticorrupção”), tratando primordialmente da responsabilização das pessoas jurídicas que pratiquem atos de corrupção contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Esta lei não será alvo de aprofundamento no presente trabalho, porém, poderá ser citada no decorrer deste, pois possui conexão próxima com ações que a Lei 12.529/2011 aborda. Mesmo possuindo

conexão, Carvalhosa² faz considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas, “a Lei do Cade visa restaurar a moralidade do mercado, enquanto a presente Lei visa restaurar a moralidade do Estado”.

Assim sendo, devido à exposição da operação movida pela Polícia Federal e o Ministério Público Federal, nomeada Lava-Jato, que foi iniciada em 2014 e até o presente momento não foi finalizada, ressalta-se que existem diferenças e semelhanças entre acordo de leniência e delação premiada e, segundo Rodrigues e outros³, “não é demais dizermos que os acordos de leniência assemelham-se a uma espécie de delação premiada voltada para as empresas”.

² CARVALHOSA, Modesto; **CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI ANTICORRUPÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS – LEI 12.846/2013**. São Paulo, 2015. p. 373.

³ RODRIGUES, Aldenir Ortiz et al; **LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL**. São Paulo, 2015. p. 64

2 O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

O sistema brasileiro de defesa da concorrência é encarregado da política de defesa da livre concorrência no Brasil.

O ordenamento jurídico concorrencial no Brasil é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, responsável por apurar infrações à ordem econômica por meio de processos administrativos e a analisar atos de concentração e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, responsável por promover a advocacia da concorrência perante órgãos do governo e a sociedade.

Passando a aprofundar o estudo, compreende-se que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica é a autoridade de defesa da concorrência (autarquia em regime especial) responsável por julgar e punir administrativamente pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica, além de analisar atos de concentração que possam afetar a ordem econômica do país.

2.1 Estrutura e competências

A lei 12.529/2011 alterou a estrutura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conforme Taufick⁴, passando a ser formado pela Superintendência-Geral, pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica ainda recebe apoio da Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da Diretoria Administrativa.

As competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica foram definidas pela Lei 12.529/2011 e complementadas pelo Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sendo estas divididas em três: preventiva, repressiva e educativa.

⁴ TAUFICK, Roberto Domingos. **NOVA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA**. Rio De Janeiro, 2012. p. 27-33.

A competência preventiva visa analisar e decidir sobre fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica que possam colocar em risco a livre concorrência;

A competência repressiva visa investigar e julgar condutas nocivas à livre concorrência, principalmente cartéis;

Já a competência educativa visa instruir o público em geral sobre as condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar estudos e pesquisar sobre o tema.

2.1.1 Secretaria geral

A Secretaria Geral é comandada por um Superintendente-Geral, com mandato de dois anos e dois Superintendentes-Adjuntos. É composta por um Gabinete e por oito Coordenações-Gerais de Análise Antitruste (CGAA), divididas por temas, sendo eles: produtos diferenciados, setor de serviços, produtos industriais, mercados regulados, triagem e monitoramento, cartéis (residual), cartéis internacionais e cartéis em licitações.

É a responsável por iniciar investigações, conduzir a instrução processual, realizar a produção de provas e emitir parecer sobre o resultado da instrução em processos administrativos, bem como analisar atos de concentração.

Além disso, também é responsável por celebrar Termos de Compromisso de Cessação e remeter ao Tribunal os casos e Termos de Compromisso de Cessação que instrui.

Por fim, em casos de atos de concentração com parecer da Secretaria Geral pela aprovação sem restrições, caso o Tribunal não solicite que o caso siga para julgamento, o parecer da Secretaria Geral basta para a aprovação.

2.1.2 Tribunal administrativo de defesa econômica

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é composto por um Presidente e seis Conselheiros, todos com mandatos de quatro anos, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

Os casos que serão julgados pelo Tribunal são distribuídos por sorteio ao conselheiro que será o relator, sendo que este realiza sessões plenárias de julgamento, em que os conselheiros leem e discutem seus respectivos votos.

As principais atribuições do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica são os julgamentos de processos administrativos de condutas anticompetitivas e aplicar eventuais penalidades, analisar e julgar atos de concentração que tenham potencial efeito anticompetitivo à concorrência e ao mercado brasileiro, aprovar acordos firmados pela Secretaria Geral, como Termo de Compromisso de Cessação e Acordos de Leniência, e atestar seu integral cumprimento e ordenar providências para cessação de determinada infração à ordem econômica (medidas preventivas).

2.1.3 Departamento de estudos econômicos

O Departamento de Estudos Econômicos atua na assessoria à Superintendência-Geral e ao Tribunal na instrução e análise de processos administrativos e na produção de estudos para garantir a atualização técnica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

É responsável, principalmente, por elaborar e analisar pareceres econômicos, realizar estudos setoriais e sobre efeitos das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e propor e elaborar Guias de Análise.

2.1.4 Procuradoria federal especializada

A Procuradoria Federal Especializada atua na assessoria à Superintendência-Geral e ao Tribunal na fiscalização e execução das decisões e representa o Conselho Administrativo de Defesa Econômica judicialmente.

Possui como atribuições, principalmente, emissão de pareceres para auxiliar a análise da Secretaria Geral e do Tribunal, recebimento e fiscalização do pagamento de multas e obrigações pecuniárias de Termo de Compromisso de Cessação, executar o cumprimento das penas determinadas no Tribunal e representação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica perante o Judiciário.

3 O ACORDO DE LENIÊNCIA E A COMPETÊNCIA NO ÂMBITO CONCORRENCIAL

No âmbito concorrencial, a autoridade competente para assinar o acordo de leniência é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com a possibilidade de participação do Ministério Público, para que a isenção penal seja garantida ao beneficiário do acordo (quando isso for aplicável).

Além disso, a participação do Ministério Público visa conferir maior segurança jurídica aos signatários do acordo, além de facilitar a investigação do cartel.

Quando se encerra a fase de apresentação das informações e documentos sobre a prática (histórico da conduta), a Secretaria Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica inicia o contato com o Ministério Público. Excepcionalmente, caso seja de interesse da Secretaria Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e do proponente, o contato com o Ministério Público pode se dar desde o início das negociações do acordo de Leniência perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Por fim, Del Masso⁵, dispõe que “é importante saber ainda que o Cade pode celebrar acordo de leniência”. O autor, transcreve, ainda, o artigo 86 da Lei 12.529/2011⁶, que autoriza o Conselho Administrativo de Defesa Econômica a celebrar o acordo:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

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;

⁵ MASSO, Fabiano Del. **DIREITO ECONÔMICO: ESQUEMATIZADO**. São Paulo, 2013. p. 196-199.

⁶ Lei 12.529/2011 – artigo 86.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 03/08/2016.

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.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10º Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11º A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

3.1 Histórico, procedimento e consequências do acordo de leniência

O acordo de leniência no Brasil no âmbito concorrencial decorreu de um conjunto de iniciativas da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica com o

objetivo de detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica brasileira, além de informar e incentivar os possíveis proponentes à celebração de acordos de leniência.

Em contrapartida, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica oferece benefícios administrativos e criminais aos participantes, sendo que os interessados em assinar um acordo de leniência, deverão comprometer-se a:

- Ser o primeiro a se qualificar com respeito à infração;
- Cessar sua participação na infração relatada;
- Confessar sua participação na conduta (oral ou por escrito);
- Cooperar com as investigações, apresentando informações e documentos relevantes para condenação dos outros envolvidos na conduta; e
- Identificar os demais envolvidos na conduta.

Além disso, no momento da propositura, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica não pode ter provas suficientes para assegurar a condenação da parte signatária do acordo de leniência.

É interessante notar que a Lei 12.529/2011 prevê que o acordo celebrado com a participação da Advocacia Pública impede o ajuizamento ou o prosseguimento das ações de reparação já ajuizadas.

Por fim, a Advocacia Geral da União não tem competência para firmar acordos de leniência no âmbito concorrencial, uma vez que ela não é um órgão investigativo ou punitivo e sua jurisdição não deve abranger este âmbito.

A Advocacia Geral da União é responsável por representar a União judicial e extrajudicialmente. Assim, a Advocacia Geral da União pode propor ações de reparação de danos contra empresas que tenham, de algum modo, causado danos ao erário.

3.2 Etapas do acordo de leniência

A negociação do acordo é realizada de maneira confidencial, podendo ser dividida em três etapas, sendo que, após o advento da Lei 12.529, de acordo com Cordovil⁷, “a grande novidade

⁷ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente. **NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMENTADA: LEI 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011**. São Paulo, 2011. p. 191.

da Lei 12.529/2011 é permitir que aquele que tenha estado à frente da infração possa celebrar o acordo”.

Os objetivos do acordo podem ser resumidos em dois itens, de acordo com Rodrigues⁸ “a) identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e b) obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”

3.2.1 Fase do pedido de senha (*marker*)

O proponente contata o Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral para reportar a infração e se candidatar aos benefícios do programa (pode ser feito de maneira presencial, por telefone ou por escrito).

Nesse momento ele deve responder as perguntas: (i) Quem? (ii) O quê? (iii) Quando? (iv) Onde?

Se for o primeiro a reportar tal conduta e fornecer as informações necessárias, o proponente receberá em 3 dias um *marker*, atestando seu primeiro lugar na fila, caso contrário, ele poderá ficar em uma “fila de espera”.

Acrescenta-se ainda, de acordo com Cordovil⁹:

Contudo, nada impede que, caso a autoridade já tenha conhecimento da infração, mas conclua que a leniência pode fortalecer a investigação e tornar uma condenação mais provável, aceite a leniência parcial, ou seja, a promessa de que a redução da penalidade será pelo menos parcial.

Porém, tal hipótese foi considerada e está disposta na Lei 12.529/2011.

Posto isto, cumpre-se acrescentar o instituto da leniência *plus*, ao entendimento do que é o acordo de leniência.

Na leniência *plus*, empresas que mesmo não tendo sido as primeiras a se qualificar no processo, fazendo jus à aplicação do acordo de leniência integral, possam se habilitar ao recebimento da redução da pena, ou até mesmo a sua extinção, mediante apresentação de fato novo, qual seja, fatos que não foram mencionados na delação inicial que deu origem ao acordo de leniência.

⁸ RODRIGUES, op. cit., p. 66.

⁹ CORDOVIL, op. cit., p. 192.

3.2.2 Fase de apresentação de informações e documentos que comprovem o relatado

Após a obtenção do *marker*, o proponente deve protocolar em até 30 dias:

- I. sua qualificação completa;
- II. o detalhamento da infração notificada ou sob investigação;
- III. a identificação dos outros autores da infração notificada ou sob investigação;
- IV. os produtos ou serviços afetados;
- V. a área geográfica afetada;
- VI. a duração estimada da infração notificada ou sob investigação;
- VII. uma descrição das informações e dos documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do Acordo de Leniência;
- VIII. informação sobre outras propostas de Acordos de Leniência sobre as mesmas práticas apresentadas em outras jurisdições, desde que não haja vedação para tanto por parte da autoridade estrangeira;
- IX. declaração de que foi orientado a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais;
- X. declaração de que foi orientado a fazer-se acompanhar de advogado; e
- XI. declaração de que está ciente de que o não atendimento às determinações da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica implicará a desistência da proposta de Acordo de Leniência.

Dá-se início, então, à fase de negociação de fato (possui duração de seis meses a um ano), quando o proponente deve fornecer informações detalhadas e documentos comprobatórios da prática.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica poderá rejeitar a proposta de leniência, caso:

- O proponente não apresente uma proposta em 30 dias;
- O proponente não coopere com a investigação;
- O proponente não apresente informações suficientes; e
- O proponente não demonstre os efeitos no Brasil de infração praticada no estrangeiro.

Nesse caso, a proposta não será divulgada e todos os documentos serão devolvidos ao proponente.

3.2.3 Fase de formalização do acordo de leniência

Todos os documentos devem ser autenticados e traduzidos e todos os proponentes devem aparecer para a assinatura do acordo de leniência.

Nessa fase, a Secretária Geral contata o Ministério Público, para garantir a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem econômica.

Se o acordo de leniência for firmado apenas pela empresa, seus funcionários envolvidos na conduta poderão aderir ao acordo, assim como outras empresas do mesmo grupo.

Os benefícios do acordo de leniência são então estendidos aos que o aderirem, desde que cooperem com as investigações e firmem o instrumento em conjunto com a empresa proponente.

Caso o signatário do acordo de leniência seja uma pessoa física, os benefícios não se estenderão à pessoa jurídica, porém, caso o signatário seja uma pessoa jurídica, somente as pessoas físicas que assinarem o acordo terão a garantia da imunidade penal. Aponta-se que tal fato diverge do direito norte-americano, em que “a mera assinatura da pessoa jurídica já beneficia seus empregados, sendo um grande incentivo ao programa de leniência”, segundo Cordovil¹⁰.

Os benefícios decorrentes da assinatura do acordo de leniência, no âmbito administrativo, caso colabore de maneira efetiva com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o signatário será beneficiado com:

- Extinção da ação punitiva da administração pública (se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica não tiver conhecimento prévio da conduta noticiada); ou
- Redução de até 2/3 da multa aplicável (se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica já tinha conhecimento da conduta).

Os benefícios decorrentes da assinatura do acordo de leniência, no âmbito criminal, do acordo de leniência são:

- Suspensão do curso do prazo prescricional; e

¹⁰ Ibidem, p. 192.

- Impossibilidade de oferecimento de denúncia no que tange aos crimes contra a ordem econômica e os diretamente relacionados à prática de cartel, ou seja, extingue-se a punibilidade desses crimes.

A autora¹¹ ressalta, ainda, que:

os crimes referidos são aqueles tipificados na Lei 8.137/1990 (cartel, observadas as revogações pelo art. 116 da Lei 12.529), Lei 8.666/1993 (que institui normas para a licitação e contratos com a Administração Pública) e art. 288 do Código Penal (quadrilha ou bando).

3.3 Da desistência pela parte signatária do acordo de leniência

A parte signatária do acordo de leniência poderá, a qualquer momento, desistir da assinatura do acordo. Com tal possibilidade, a Lei 12.529/2011 tenta proteger uma possível parte signatária que desiste de seguir com a execução do acordo de leniência, entendendo-se ainda não ser justo que as autoridades que investiguem determinado crime contra a ordem financeira fiquem de posse das documentações fornecidas no âmbito de uma negociação que não foi concluída.

Sendo assim, segundo Rodrigues¹², restam claros os efeitos da desistência:

- a) não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado pela pessoa jurídica;
- b) implicará a devolução, sem retenção de cópias, dos documentos apresentados, sendo vedado o uso desses ou de outras informações obtidas durante a negociação para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública tiver conhecimento deles por outros meios; e
- c) não será divulgada, ressalvando o disposto no § 2º do artigo 28, da Portaria da CGU nº 910/2015.

Com isso, nota-se que a Lei 12.529/2011 tenta fazer com que as partes envolvidas no acordo de leniência retornem ao status anterior ao do início das negociações, qual seja, em resumo, a autoridade que investiga não possuir a documentação que sustentaria uma possível acusação e a outra parte não poder ser acusada por reconhecer prática do ato pela mera negociação de um possível acordo.

¹¹ Ibidem, p. 193.

¹² RODRIGUES, op. cit., p. 64.

4 CONSIDERAÇÕES

Entende-se que o acordo de leniência é aplicável às infrações previstas no artigo 36 da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), mas usualmente é celebrado em relação à prática de cartel, pois, conforme dispõe o Bagnoli¹³:

o programa de leniência é um conjunto de iniciativas com vistas a: (i) detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; (ii) informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011; e (iii) incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de acordo de leniência.

A infração à ordem econômica independe de culpa das partes envolvidas e das condutas terem ocorrido ou não no território brasileiro, desde que produzam efeitos na jurisdição brasileira.

Após a assinatura do acordo de leniência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica poderá instaurar inquérito ou processo administrativo para apurar a conduta informada.

Durante todo o processo, os signatários devem colaborar com as investigações, sob pena de perderem os benefícios do acordo e pagarem multas.

O acordo e as informações ali obtidas serão de acesso restrito, não podendo ser compartilhadas com autoridades estrangeiras ou outros órgãos governamentais.

Nas palavras de Martins¹⁴, resume-se:

Formatado o acordo de leniência, na consecução da prova do ilícito e nos comportamentos dos envolvidos, disso resulta, portanto, o abrandamento das sanções e punições aplicáveis à espécie.
Conquanto, a pessoa jurídica não esteja livre de reparar o dano, a multa poderá ser reduzida em até 2/3 do seu valor cabível à espécie.

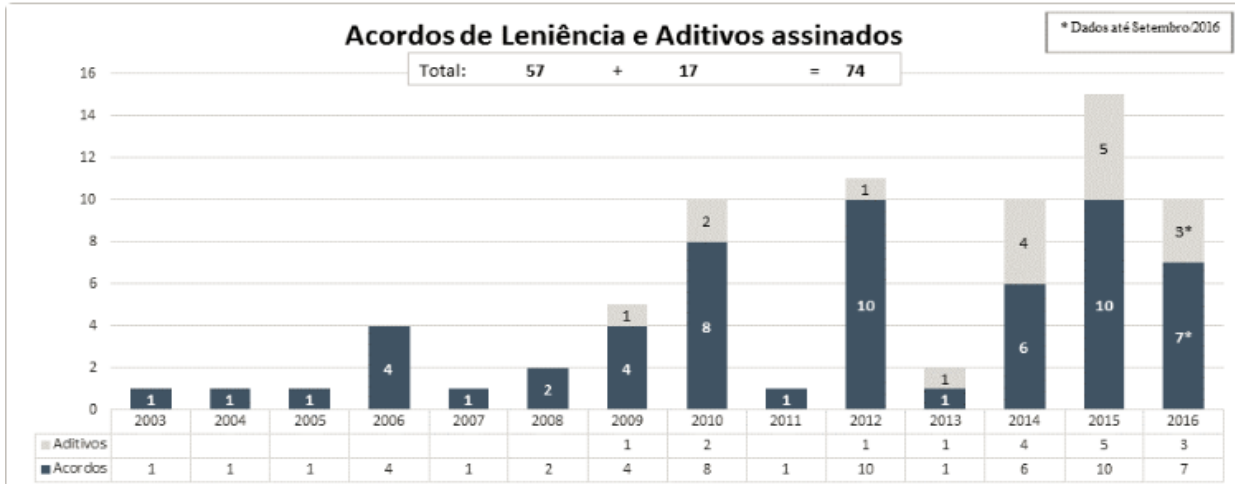
Ainda de acordo com o autor, é de extrema importância ressaltar que “nos casos de empresas corporativas internacionais, representa mecanismo de incremento, de incentivo, para se debelar a corrupção e repatriar o valor desviado”.

Posto isto, nota-se que o número de acordos de leniência assinados no Brasil vem aumentando consecutivamente, conforme o gráfico ilustra.

¹³ BAGNOLI, Vicente. **DIREITO ECONÔMICO**. São Paulo, 2013. p. 241.

¹⁴ MARTINS, op. cit., p. 436-437

Figura 1 - Acordos de Leniência e Aditivos assinados: Gráfico dos últimos 13 anos com o número de acordos de leniência assinados no Brasil



Fonte: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia> - Acesso em 11/10/2016.

Este aumento no número, que salta de um acordo assinado em 2003 para sete acordos assinados em 2016, e que alcançou o seu ápice nos anos de 2012 e 2015, em que foram assinados 10 acordos.

Estes números geram questionamentos em torno dos benefícios obtidos pela utilização do instrumento acordo de leniência, da forma com que se é aplicada as penalidades, bem como quais são suas possíveis consequências econômicas para a sociedade.

5 CONCLUSÃO

Considerando que o acordo de leniência é um instrumento existente no ordenamento jurídico brasileiro, mas que ainda gera repercussões devido ao seu uso, cumpre esclarecer alguns pontos comuns de discussão a favor e contra seu uso.

O primeiro ponto que deve ser abordado, diz respeito ao benefício gerado pelo acordo de leniência. Nesta seara, nota-se que existem argumentos tanto a favor de sua aplicabilidade, bem como críticas.

Critica-se o uso acordo de leniência, bem como a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, com os fundamentos de que este seria o reconhecimento da incapacidade da autoridade de investigar e punir os crimes contra a ordem econômica. Em contraponto, a favor da utilização do acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro, fundamenta-se no fato de que é muito mais eficaz um membro do cartel reportar a atividade, mediante recebimento de recompensa posterior do que a autoridade conseguir coletar provas suficientes para incriminar todos os membros do cartel.

Acrescenta-se ainda, conforme disposto no artigo publicado por Braga e outros¹⁵:

além do fato de que os cartéis devem ser combatidos e que o programa de leniência é uma ferramenta inteligente por modificar todo um mecanismo de incentivos na formação e estabilidade dos cartéis, outro fator ajuda a justificar a adoção dos programas de leniência por diversos outros países: o custo-benefício.

Com base no exposto, conclui-se ser favorável o uso do acordo de leniência, principalmente se considerados os resultados favoráveis demonstrados por este até o fim do primeiro semestre de 2016 no Brasil.

Superando o ponto dos benefícios do uso do acordo de leniência, é necessário analisar a forma com que este é aplicado. Para isto, cumpre ressaltar, com base no exposto, que o acordo de leniência é firmado com a empresa que reporta o esquema fraudulento que cometeu crimes contra

¹⁵ BRAGA, Marcelo José; OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio; PINHA, Lucas Campio. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. Revista de Defesa da Concorrência. Brasília, vol. 4, n. 1 (maio de 2016), pp. 139. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/253/128>. Acesso em 3 de agosto de 2016.

a ordem econômica. Esta empresa que delatou o esquema, recebe imunidade, bem como outros benefícios. Já as outras empresas são penalizadas nos termos da lei 12.529/2011.

Portanto, conforme disposto no artigo publicado por Pereira Filho¹⁶, conclui-se que:

... o Programa de Leniência só será interessante para os infratores caso sejam consideráveis os receios de serem processados e condenados pela autoridade. Do contrário, cartéis tenderiam a ser formados, com vistas à redução ou à imunidade de penas, ou os agentes tenderiam a não delatar as práticas ilícitas.

Assim sendo, utilizando-se como base o caso ocorrido no estado de São Paulo, em que uma empresa delatou a existência de um cartel que visava manipular resultados de licitações para construção das linhas de metrô no referido estado, resta claro que as empresas uniram-se para cometer um crime contra a ordem econômica. Neste âmbito, conforme Carvalho¹⁷, nota-se que:

As licitações são um ambiente propício à atuação dos cartéis, que podem agir de várias formas, como por exemplo, fixando preços entre concorrentes com a finalidade de que as propostas fiquem abaixo de um preço-base, definindo quem irá vencer determinados certames ou uma série de processos licitatórios, dividindo um conjunto de licitações entre membros do cartel, suprimindo propostas, apresentando propostas com valores altos ou com objetivo de direcionar a licitação para um concorrente especial, fazendo rodízio de entre os vencedores de uma licitação específica e subcontratando os participantes desistentes pelo participante vencedor.

A empresa delatora do cartel recebeu todos os benefícios dispostos na lei 12.529/2011, enquanto as outras estão sendo penalizadas. Porém, devido a todas as penalidades impostas, grande parte das empresas com conhecimento técnico aptas a construir as linhas de metrô do estado estão com restrições de contratação com o estado e, em decorrência disto, não podem se habilitar no processo licitatório.

Porém, nota-se que o fato destas empresas, que possuem o conhecimento para realizarem as obras necessárias mas não podem habilitar-se no processo licitatório, geram mais prejuízos a sociedade, que já foi penalizada pelos efeitos dos crimes contra a ordem econômica praticados

¹⁶ PEREIRA FILHO, Venício Branquinho. Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. Revista de Defesa da Concorrência. Brasília, vol. 3, n. 2 (novembro de 2015), pp. 101. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/155/111>. Acesso em 3 de agosto de 2016.

¹⁷ CARVALHO, Erick Leonardo Freire. A política antitruste no Brasil e o combate a cartéis à luz do novo Cade. Revista de Defesa da Concorrência. Brasília, vol. 1, n. 2 (novembro de 2013), pp. 84. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/64/71>. Acesso em 3 de agosto de 2016.

por estas empresas, e passam a ser penalizados por atrasos em obras que foram iniciadas e não irão cumprir o prazo de entrega inicialmente divulgado e acordado.

Assim sendo, apresenta-se ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica um novo desafio, qual seja, a dosimetria da penalidade aplicada no âmbito do julgamento dos casos de cartel decorrentes do acordo de leniência. Isto porque, a depender da forma com que é aplicada, este poderá gerar efeitos negativos à sociedade brasileira, ao invés de gerar os benefícios esperados.

Inclusive, dependendo da forma de aplicação, está poderá levar à falência as empresas delatadas no acordo de leniência, resultando em um prejuízo ao ordenamento econômico do Brasil.

Além disso, e em decorrência da proibição de contratação com o estado, o Poder Público vem encontrando dificuldades para licitar e encontrar empresas com *know-how* suficiente para a continuação das obras iniciadas e/ou necessárias à sociedade brasileira. Ou seja, uma penalidade imposta por um órgão que analisa crimes à ordem econômica pode gerar um malefício ainda maior à sociedade, além mesmo dos próprios efeitos negativos gerados pelos crimes praticados. Isto porque o país necessita melhorar a sua infraestrutura e, em grande parte dos casos, nota-se que as empresas que estariam aptas a desempenhar tais atividades foram envolvidas em esquemas de formação de cartel.

Portanto, nota-se que o desafio para modular os efeitos da penalidade aplicada no âmbito de um acordo de leniência, deve-se considerar não só o cenário jurídico que se encontra. Deve-se analisar, também, o cenário econômico e seus efeitos à sociedade, isto porque o Conselho Administrativo de Defesa Econômica deve atuar visando proteger os interesses da sociedade.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. **DIREITO ECONÔMICO**. São Paulo, 2013.

BRAGA, Marcelo José; OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio; PINHA, Lucas Campio. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. *Revista de Defesa da Concorrência*. Brasília, vol. 4, n. 1 (maio de 2016), pp. 123 - 152. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/253/128>. Acesso em 3 de agosto de 2016.

CARVALHO, Erick Leonardo Freire. A política antitruste no Brasil e o combate a cartéis à luz do novo Cade. *Revista de Defesa da Concorrência*. Brasília, vol. 1, n. 2 (novembro de 2013), pp. 74-91. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/64/71>. Acesso em 3 de agosto de 2016.

CARVALHOSA, Modesto; **CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI ANTICORRUPÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS – LEI 12.846/2013**. São Paulo, 2015.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente. **NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMENTADA: LEI 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011**. São Paulo, 2011.

MARTINS, Fran. **CURSO DE DIREITO COMERCIAL**. Rio de Janeiro, 2014.

MASSO, Fabiano Del. **DIREITO ECONÔMICO: ESQUEMATIZADO**. São Paulo, 2013.

PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. *Revista de Defesa da Concorrência*. Brasília, vol. 3, n. 2 (novembro de 2015), pp. 87 - 113. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/155/111>. Acesso em 3 de agosto de 2016.

RODRIGUES, Aldenir Ortiz et al; **LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL**. São Paulo, 2015.

TAUFICK, Roberto Domingos. **NOVA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA**. Rio De Janeiro, 2012.