

POLÍTICA DE ACORDOS DE LENIÊNCIA

Márcio Oliveira

1. ACORDOS DE LENIÊNCIA

A política de leniência é definida pela Lei nº 12.846¹ de 2013 e regulamentada pelo Decreto nº 11.129 de 2022. A citada lei surgiu em agosto de 2013 como tentativa de resposta aos protestos de junho daquele ano e prevê a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. No âmbito do Poder Executivo Federal e para os casos de suborno transnacional, essa atribuição compete à Controladoria-Geral da União.

Essa legislação traz mecanismo inovador no país, o direito consensual, especificamente conhecido como o Acordo de Leniência Anticorrupção, permitindo por meio de colaboração entre as partes, por exemplo, que uma determinada empresa possa ter sancionado acordo de maneira mitigada, não sendo declarada inidônea, e podendo, assim, voltar a contratar com o poder público, inclusive com bancos públicos.

BENEFÍCIOS E VANTAGENS



Isenção ou atenuação da proibição de contratar com a Administração Pública (inidoneidade)



Redução da multa em até 2/3



Isenção da proibição de receber do Governo Federal incentivos subsídios e empréstimos (inclusive bancos)



Isenção da obrigatoriedade de publicar a punição

Na consensualidade, evita-se a judicialização dos atos, mostrando-se como opção mais tempestiva e com alto percentual de recuperação de valores quanto aos ilícitos cometidos.

¹ <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/legislacao-1>.

Os primeiros Acordos de Leniência assinados ocorreram no segundo semestre de 2017. Atualmente, ainda há pouca jurisprudência sobre o assunto e menos definições ainda sobre seus aspectos econômicos. Até junho de 2023, 25 acordos foram firmados, no montante de 18,3 bilhões de reais, dos quais já foram pagos 8,6 bilhões de reais.

A efetividade verificada dos acordos merece destaque: cerca de 47% dos recursos já foram pagos pelas colaboradoras mesmo em um cenário de diminuição do investimento público. Ainda há previsão de ingresso dos demais recursos, que estão sendo pagos em parcelamentos ou fruto de acordos recém-assinados.

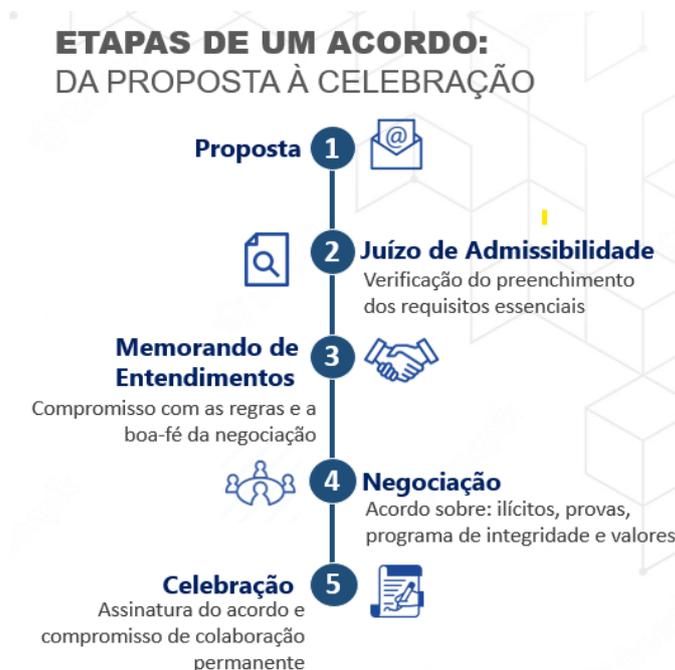
Acordos firmados²

Empresa	Assinatura	Valor do Acordo	Total Pago
UTC Participações S.A.	10/07/2017	R\$ 574.658.165	R\$ 36.708.055
Bilfinger	14/08/2017	R\$ 11.036.345	R\$ 11.036.345
Mullenlowe e FCF Brasil	13/04/2018	R\$ 50.000.000	R\$ 53.985.614
Odebrecht	09/07/2018	R\$ 2.727.239.998	R\$ 172.764.325
SBM Offshore	26/07/2018	R\$ 1.375.164.585	R\$ 1.062.856.645
Andrade Gutierrez	18/12/2018	R\$ 1.489.361.135	R\$ 430.475.960
Braskem S.A.	31/05/2019	R\$ 2.872.038.788	R\$ 2.189.677.161
Technip Brasil e Flexibras	25/06/2019	R\$ 819.794.769	R\$ 849.371.948
Camargo Corrêa	31/07/2019	R\$ 1.396.128.460	R\$ 491.030.768
Nova Participações S.A.	12/11/2019	R\$ 516.301.314	R\$ 6.898.598
OAS	14/11/2019	R\$ 1.929.257.982	R\$ 4.348.109
Car Rental Systems do Brasil	25/08/2020	R\$ 762.201	R\$ 762.201
Samsung Heavy Industries	22/02/2021	R\$ 811.786.743	R\$ 811.786.743
SICPA e CEPTIS	07/06/2021	R\$ 762.736.310	R\$ 242.235.723
Amec Foster Wheeler	25/06/2021	R\$ 86.196.063	R\$ 86.196.063
Statkraft	15/10/2021	R\$ 18.015.265	R\$ 18.019.532
Rolls-Royce PLC	25/10/2021	R\$ 93.838.750	R\$ 93.838.750
Stericycle	20/04/2022	R\$ 109.698.074	R\$ 99.093.485
Hypera	31/05/2022	R\$ 110.882.112	R\$ 110.882.122
Gol	15/09/2022	R\$ 14.266.602	R\$ 14.266.602
Keppel	19/12/2022	R\$ 1.223.657.710	R\$ 1.223.657.710
Uop	19/12/2022	R\$ 638.046.366	R\$ 638.046.366
BRF	28/12/2022	R\$ 583.977.360	R\$ -
Resource	28/12/2022	R\$ 14.567.327	R\$ 11.616.115
MAR HOLDING e OPERADORA	28/12/2022	R\$ 74.376.822	R\$ 74.376.822
		R\$ 18.303.789.248	R\$ 8.733.931.764

Houve 84 propostas de acordo, estando três em admissibilidade, 21 acordos estão em negociação, 35 propostas foram encerradas sem chegarem a um acordo, além dos 25 acordos celebrados. Destes, 12 já estão quitados. Até o momento, um dos acordos foi

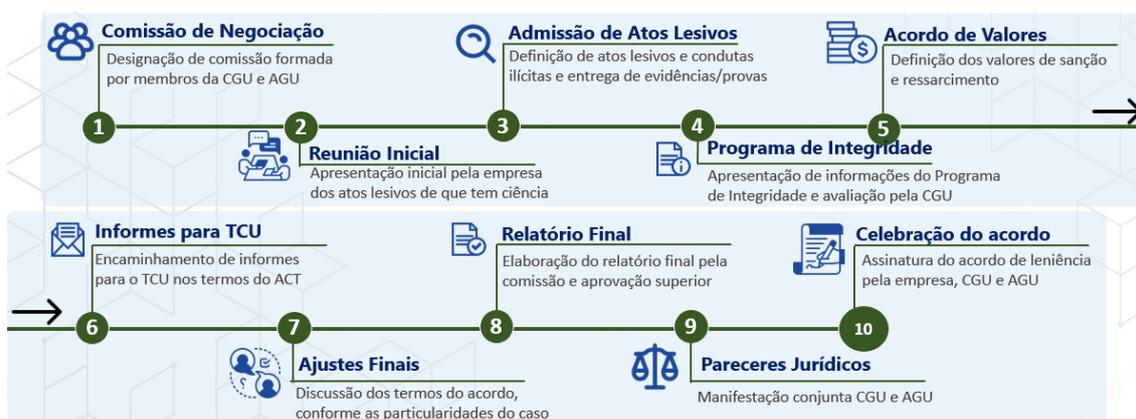
² Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-celebrados>.

resilido, apesar do ato estar suspenso administrativamente. Os acordos ocorrem com empresas que cometeram ilícitos e pagam volumosas reparações e empresas que por vezes estão em processo de *turnaround* ou recuperação em judicial - em termos de recuperação de crédito seriam clientes de complicada reputação e baixa expectativa de recebimento.



Após a empresa entrar em contato com as instituições celebrantes – a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União, ocorre o juízo de admissibilidade conforme os critérios definidos pela legislação. A empresa, tida como responsável colaboradora no acordo, descreve os ilícitos cometidos e assume responsabilidade objetiva, comprometendo-se a cooperar com possíveis desdobramentos. O objetivo desta fase é a alavancagem investigativa.

A responsável colaboradora toma medidas para aumento da integridade de seus atos, sujeitando-se a avaliação e acompanhamento das instituições celebrantes. E, ainda, realiza pagamento de valores pecuniários definidos na negociação.



Observa-se, assim, a relevância do tema, de forma material nos montantes verificados, no protagonismo da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União na inovação da forma da resolução dos conflitos entre empresas e o Estado.

2. LAW AND ECONOMICS E LENIÊNCIA

Considerando os seis anos decorridos do primeiro acordo de leniência, sugere-se aprimorar os argumentos econômicos da política de acordos de leniência, de forma a conferir a melhor aplicação econômica ao conceito jurídico trazido pela Lei nº 12.846/2013 e suas legislações complementares, sob a ótica da *Law and Economics*, em que se afirma que “não obstante a existência de autonomia lógica das premissas jurídicas, elas são demasiadamente vagas, cabendo aos conceitos econômicos a função de concretizar a argumentação das normas e sentenças jurídicas. Tal espaço existente nas argumentações jurídicas deve ser preenchido pela conveniência dos conceitos econômicos.” Especificamente, destacam-se alguns pontos a serem aprimorados: dosimetria, vantajosidade e melhores práticas.

2.1 REVISÃO DA DOSIMETRIA DO ACORDO BASEADA EM VANTAGEM AUFERIDA

No caso dos acordos com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por vezes, é possível identificar um desequilíbrio econômico ocorrido por deslealdade concorrencial, que pode ser auferida por estimativa de sobrepreço de cartéis (*overcharge*), estimativa do preço competitivo no caso de cartel (*but-for-price*) ou estimativa do peso morto de cartéis (*deadweight loss*). No caso da Lei Anticorrupção, de maneira diversa, não é possível identificar paralelo na teoria econômica que permita determinar a dosimetria baseada nas vantagens auferidas considerando o impacto dos ilícitos cometidos. Regulamentado atualmente pelo Decreto nº 11.129/2022, os valores a serem ressarcidos aos entes lesados podem ser dano ou vantagem indevida ou multas decorrentes da lei anticorrupção ou da lei de improbidade administrativa.

As multas decorrentes da lei de improbidade administrativa, consideradas as alterações legislativas e interpretação judicial, estão prescritas na maioria dos casos, não sendo mais possível de serem imputadas.

As multas da lei anticorrupção, variam de seis mil reais a vinte por cento do faturamento do ano anterior a instauração do processo. São contabilizados agravantes e

atenuantes para a definição dos valores, conforme descrito detalhadamente no Decreto nº 11.129/2022. Entretanto, a multa não pode ser inferior a vantagem auferida pela responsável colaboradora, bem como não pode ser superior a três vezes essa mesma vantagem.

A determinação da vantagem auferida deve representar o valor obtido pelo ato ilícito. Para o cálculo destes valores, a tarefa atual é separar os valores lícitos dos ilícitos, preservando os valores lícitos diretamente relacionados ao custo do serviço ou da mercadoria efetivamente prestado. Portanto, de uma demonstração do resultado do exercício, compõem-se novamente o lucro, uma espécie de lucro mitigado, em que é salvaguardado aquilo que não foi contaminado pelo ato ilícito.

Trata-se de espécie de *valuation* do ilícito cometido. No art. 7º da Lei nº 12.846/2013, são elencados os fatores que devem influenciar o cálculo:

- a) a gravidade da infração;
- b) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- c) a consumação ou não da infração;
- d) o grau de lesão ou perigo de lesão;
- e) o efeito negativo produzido pela infração;
- f) a situação econômica do infrator;
- g) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- h) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; e
- i) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Por mais que haja colocações jurídicas sobre a questão, na prática, o assunto tem se mostrado desafiador, devendo ser revisado pela ótica econômica, trazendo amparo à questão principal da determinação de uma justa reparação ao ente lesado considerado o ilícito cometido.

2.2 PONTO ÓTIMO DA LENIÊNCIA: A VANTAJOSIDADE ECONÔMICA

Tratando-se de justiça consensual, apesar do caráter sancionador, a discricionariedade é componente das negociações. Por mais que se estabeleçam parâmetros e certa tradição, deve ser determinado o ponto ótimo econômico de

convencimento do Estado para assinar um acordo. Como balizador, pode-se levar em consideração a expectativa de recebimento médio conquistado pelo Judiciário, especificamente pelo TRF4, que, segundo o Conselho Nacional de Justiça, é de cerca de 15,22% nas ações referentes a Lei de Improbidade Administrativa. Conforme a recuperação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), quando do início do projeto do Protesto Extrajudicial de Certidões da Dívida Ativa da União³, o índice de recuperação do protesto alcançou o patamar de 19,2%.

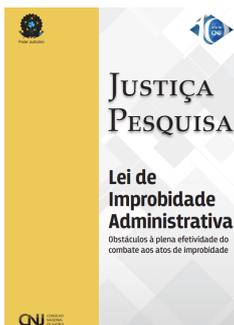


Tabela 41: Número absoluto e percentual (entre parênteses) por TJ e a informação se houve efetivo ressarcimento

Houve efetivo ressarcimento	Tribunal						Total
	STJ	TJMT	TJPA	TJRN	TJSP	TRF4	
a) Sim, total	1 (3,33)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	4 (8,7)	5 (4)
b) Sim, parcial	1 (3,33)	0 (0)	0 (0)	1 (6,67)	3 (18,75)	3 (6,52)	8 (6,4)
c) Não	28 (93,33)	15 (100)	3 (100)	14 (93,33)	13 (81,25)	39 (84,78)	112 (89,6)

Tais números poderiam ser utilizados como a melhor alternativa sem acordo (MASA), espécie de piso para o valor mínimo de um acordo. A dosimetria seria ainda influenciada pela capacidade de pagamento observada da empresa responsabilizada, incluindo os fluxos de caixa livre projetados que estarão disponíveis para o pagamento da penalidade, garantias apresentadas, dentre outras opções. E como medidas auxiliares, é possível incluir o grupo econômico para dar maior robustez à negociação. Em casos extremos, pode-se estabelecer *watchdogs* (uma espécie de agente de monitoramento dos passos da empresa). Tal ato poderia suscitar novo desafio: até que ponto o Estado deve opinar na condução do negócio considerando a obrigação reparatória do acordo? Por exemplo, seria correto determinar que a empresa mantivesse seu foco apenas no seu negócio principal com o desfazimento das demais operações?

Vislumbra-se a possibilidade de elaboração de modelo teórico, baseado na teoria dos jogos, que permita a definição das variáveis relevantes e consequente modelagem dos pontos de equilíbrio de Nash em uma negociação entre o Estado e a empresa pleiteante de um acordo de leniência.

³ <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2016/protesto-de-cdas-possui-taxa-de-recuperacao-de-19>.

2.3 NORMATIZAÇÕES A PARTIR DAS MELHORES PRÁTICAS DISPONÍVEIS

Identifica-se a necessidade de revisão e normatização do uso de índice de atualização monetária nos acordos, da forma de conversão cambial, do modo como são calculados os juros moratórios e a multa de mora, e, com destaque diferenciado, os parâmetros para concessão de repactuações considerando alterações bruscas na capacidade de pagamento das empresas que já assinaram os acordos.

Quanto aos primeiros pontos apresentados, faz-se necessária revisão literária para determinação das melhores práticas. Quanto à análise da capacidade de pagamento das empresas, o assunto apresenta maior complexidade. A capacidade de pagamento pode influenciar a negociação, embora não desobrigue a empresa a ressarcir integralmente o dano causado verificado.

Considerando o amadurecimento da política de acordos de leniência, juntamente com a prática de monitoramento desses acordos, faz-se relevante analisar a possível necessidade das responsáveis colaboradoras de solicitarem alterações nas cláusulas econômico-financeiras dos acordos vigentes, advindas de dificuldades em efetuarem os pagamentos.

O objetivo seria permitir o ajustamento do cronograma de pagamentos nos casos em que tais valores não se verifiquem suficientes no caixa livre da responsável colaboradora. Em casos específicos de problemas de fluxo de caixa de curto prazo, originados prioritariamente por externalidades ou ocorrências extraordinárias, as instituições celebrantes deveriam estar dispostas a dialogar no intuito da preservação do acordo e da empresa.

A questão é como identificar a confirmação da realização ou não do que inicialmente era previsto como geração de caixa livre da responsável colaboradora e a readequação potencial dessa situação. Quando verificado que o fluxo de caixa antes previsto se mostrou significativamente diferente do efetivamente observado, ou aproximando-se o prazo de ocorrência, vê-se que as previsões não se confirmarão, pois com a diminuição do fator tempo tende-se a diminuir as incertezas da previsibilidade. Uma das opções razoáveis na teoria econômica é o devedor demandar ao credor alterações no desenho da dívida.

É possível elencar alternativas, como a busca de crédito no mercado (tendo ônus do custo de captação de dívidas que a empresa possui) para efetuar os pagamentos devidos, desinvestimentos (neste quesito é considerado boa prática em contextos

desafiadores focar no core da empresa, desfazendo-se das demais operações) ou a execução das garantias do acordo, nomeando-se novas garantias para o prosseguimento do acordo.

Considera-se que, tendo sido o acordo consensual, de caráter sancionador e não sujeito a reequilíbrio financeiro, não há previsão de repactuação ou quaisquer mudanças estruturais em seu teor. A empresa considerada responsável colaboradora compromete-se a pagar na forma acordada e, portanto, espera-se que a dívida esteja conforme a sua capacidade de pagamento nos valores e datas definidos.

Espera-se, ainda, que apenas externalidades sejam as causadoras de pedidos de ajustamento, pois fatores internos deveriam ser previstos pela empresa no modelo pessimista, enquanto externalidades abruptas não são de recomendada inclusão em modelos por sua baixíssima probabilidade – como o caso de uma pandemia.

É necessário analisar também um contraponto: a verificação da necessidade de renegociação ou de uma situação financeira mais gravosa que a contida nos cenários apresentados aumenta o risco de descumprimento do acordo. Nesse sentido, parece razoável, em contrapartida ao acolhimento do pedido de repactuação parcial do perfil de pagamento, a reavaliação das garantias e o aprimoramento do instrumento para concessão de ajustamento dos valores, assim como a revisitação de outros pontos dos acordos que possam aumentar sua confiabilidade, segurança e vantajosidade para as instituições públicas.

No cenário traçado, busca-se entender a situação da empresa, e, sendo o caso, elaborar novo cronograma de pagamento que permita a continuidade do acordo e que a responsável colaboradora ultrapasse a fase gravosa em que se encontra. Para tanto, devem ocorrer reuniões de negociação para busca de um ponto comum onde o interesse do Estado seja preservado, sempre buscando manter ao máximo os termos inicialmente pactuados no acordo.

Assim, na possibilidade de pagamento integral apontado no acordo, desde que haja dilação do cronograma, não havendo ilegalidades no *compliance* e estando a empresa comprometida com o pagamento do acordo, inclusive dando prioridade dentro do seu fluxo ordinário de caixa ou por obtenção de valores no mercado ou mesmo desinvestimentos, a Administração Pública poderia definir novos termos aos acordos.

Entretanto, é importante manter o foco na dualidade da questão: de um lado, há a pretensão de se manter a função social da empresa, de forma mais evidente os empregos. De outro lado, a Administração Pública celebrante, ao conceder atesto de idoneidade,

permite novos contratos e obtenção de créditos às empresas que tiveram grave envolvimento em atos de natureza corrupta. Portanto, dentro da discricionariedade das instituições, deve-se buscar construir o melhor racional para permitir a repactuação do perfil de pagamento, sem impactar no acordo em si, nem na política de acordos de leniência como um todo.

Essa delimitação de fatores para identificar o equilíbrio desses valores, como finalidades do acordo, são uma questão complexa que pode e deve ser aprimorada sob o amparo da teoria econômica, e não mantida, como ocorre muitas vezes, simplesmente debaixo de uma análise literal e jurídica.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção efetuada por pessoas jurídicas, apesar de não ser classificada diretamente como uma externalidade, produz inúmeros efeitos negativos, como a redução da eficiência econômica, o enfraquecimento das instituições, o aumento da desigualdade, a distorção dos mercados e a perda da confiança na governança. Tais externalidades derivadas da corrupção apontam a existência de falha de mercado.

Observa-se que, considerando os montantes apontados no âmbito da lei 12.846/2013, atualmente em 18,3 bilhões de reais, vê-se que a falha de mercado é significativa.

Sendo a prática de corrupção reiterada no país, não houve indicação de que o próprio mercado pudesse corrigir ou alterar significativamente a ocorrência dos ilícitos por pessoas jurídicas.

A lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, surgiu para possibilitar a punição de pessoas jurídicas pelo cometimento de ilícitos, buscando dirimir as robustas falhas de mercado causadas pela corrupção em um ambiente em que não se verificou que o próprio mercado pudesse responder de modo suficiente às práticas ilícitas recorrentemente cometidas no país.

Dado o escopo proposto, considera-se legítima a intervenção do estado por meio dessa lei e há evidências de geração de bem-estar produzido considerando o percentual de execução dos acordos propostos.