

O Acordo de Leniência na Lei 12.846/2013 (Lei anticorrupção)

Eduardo Alecsander Xavier de Medeiros¹

Introdução

A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, nos termos do seu artigo 1º, “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Trata-se de legislação impulsionada por compromissos internacionais firmados pelo Brasil com o objetivo de endurecimento das medidas de repressão à corrupção, a partir da compreensão de que, no contexto de globalização econômica, ela compromete interesses comuns a todos os povos, a demandar, assim, o fortalecimento dos esforços de cooperação internacional².

Assim, com o objetivo de atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção, foi editada a Lei 12.846/2013, que veio a se somar a diversos outros diplomas legais³ que prescrevem o sancionamento de práticas corruptas, incorporando-se ao que a literatura vem chamando “sistema legal de defesa da moralidade” (Moreira Neto e Freitas, 2014).

Se é certo que a Lei 12.846/2013 não inaugurou o sistema de responsabilização da pessoa jurídica por atos ilícitos contra a administração pública, fato é que endureceu as medidas de repressão ao prever a responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente de dolo ou culpa, nos âmbitos administrativo e civil (artigo 2º), por atos lesivos nela previstos (artigo 5º), praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

¹ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), mestre em Administração Pública pelo IDP e Procurador do Distrito Federal.

² Nesse cenário, tem-se a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, conhecida como Convenção de Paris, firmada no âmbito da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento – OCDE, promulgada pelo Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 4.410, de 07 de outubro de 2002, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, promulgada pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

³ Por exemplo, cita-se a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei do Sistema de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste), a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), a Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas) e a Lei 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

Conforme destaca a literatura, a Lei 12.846/2013, veio reforçar, no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema jurídico sancionatório, aumentando a carga punitiva para a ponta privada do fenômeno corruptivo, invertendo-se a lógica até então prevalente caracterizada pela responsabilização do agente público envolvido na prática de atos de corrupção e de improbidade, como o objetivo de criar incentivos para a cooperação dos agentes privados no combate ao fenômeno da corrupção. Nas palavras de Moreira e Bagatin (2014):

(...) a Lei nº 12.846/2013 inverte a lógica tradicional do combate à corrupção, que antes pretendia basicamente imputar consequências gravosas, a posteriori, aos agentes corruptos pessoas físicas — deixando-se de lado as pessoas jurídicas que serviam como instrumento de geração e distribuição dos benefícios indevidos (salvo raras exceções, muitas deles dependentes da prova da culpa grave ou dolo). Ao contrário dessa concepção tradicional, que correlaciona atos ilícitos a castigos contra pessoas físicas, a Lei Anticorrupção instalou um sistema de incentivos econômicos para que as pessoas jurídicas efetivamente incorporem mecanismos de compliance.

Nesse mesmo sentido, afirmam Simão e Vianna (2017, p. 150) que “Ao introduzir a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração, a Lei Anticorrupção acabou por dividir com o mercado privado parte dos custos relativos ao combate à corrupção. Trata-se de interessante estratégia do ponto de vista da racionalidade econômica e, ao mesmo tempo, espera-se que a norma difunda a cultura de comportamento ético nas relações entre empresas e governo”.

Assim, dentro dessa lógica de criar incentivos para a chamada autorregulação regulada, a Lei 12.846/2013, além de estabelecer a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção, prescreveu sanções gravosas como consequência jurídica para os atos lesivos nela tipificados (artigos 6º e 19), bem como previu os institutos do compliance, como condição para a atenuação da pena (artigo 7º, inciso VIII), e o acordo de leniência (artigos 16 e 17).

No presente trabalho, procuraremos traçar um perfil do acordo de leniência, especificamente os seus fundamentos de legitimidade e premissas, e apontar alguns questionamentos que surgem da sua normatização na Lei 12.846/2013.

O presente trabalho tem como base versão preliminar da dissertação intitulada “Acordos de Leniência e o Papel do Tribunal de Contas da União”, que apresentamos à Banca de Qualificação do Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública da Escola de Administração do Instituto Brasileiro de Direito Público.

O acordo de leniência na Lei 12.846/2013: premissas e fundamentos de legitimidade

O acordo de leniência é instrumento negocial celebrado, no âmbito de processo administrativo sancionador, entre o Estado e um particular, em que este se compromete a colaborar com a instrução probatória em troca da mitigação ou isenção da punição oferecida por aquele.

Trata-se de instrumento voltado à incrementar a capacidade investigativa estatal, que se opera, fundamentalmente, pela criação de incentivos à colaboração do infrator, para apuração de crimes graves e de difícil desvendamento pelas vias ordinárias.

Tem como premissa, portanto, argumentos de ordem utilitarista e pragmática. Busca-se superar as dificuldades investigatórias, basicamente a existência de assimetria de informações, e a diminuição dos custos do aparato estatal na persecução dos ilícitos. Assim, considerando o incremento da capacidade investigativa, bem como o argumento de que a sanção administrativa tem natureza instrumental, não sendo um fim em si mesmo, a literatura justifica a adoção do instituto e afasta a possível alegação de que se estaria a violar o princípio geral da indisponibilidade do interesse público.

Sobre ser um instrumento de obtenção de provas pelo Estado, os acordos de leniência, quando bem formulados e implementados, constituem, ao mesmo tempo, “em ferramenta de dissuasão da própria prática do ilícito em três frentes: (i) a criação de desconfiças recíprocas que tornem insustentável a associação para o cometimento de infrações; (ii) o incremento da atividade sancionadora estatal; e (iii) a prevenção quanto à reincidência (reformação dos mesmos cartéis ou organizações), considerando a traição inerente à celebração do acordo” (CANETTI; 2018; p. 29).

Em conclusão, a adoção do acordo de leniência, como instrumento de política pública de repressão à corrupção e à criminalidade, tem a finalidade de aumentar a capacidade persecutória estatal, com redução dos custos investigativos.

Condições para a efetividade do programa de leniência

Conforme reconhece a literatura, a partir da experiência de programas de leniência de outros países, fundamentalmente da experiência dos Estados Unidos da América, a mera previsão normativa de um programa não é suficiente para sua efetividade, que depende da existência de condições que assegurem atratividade e segurança jurídica aos agentes privados.

Nesse sentido, aponta-se que os programas de leniência, para terem sucesso, devem se pautar pela transparência, credibilidade e efetividade de seus benefícios (MARRARA; 2018; p. 190).

A transparência exige que os interessados tenham todas as informações sobre a extensão do programa, obrigações e benefícios, custos e riscos, de maneira rápida, simples e inteligível; a credibilidade depende da “comprovação

histórica da seriedade, do profissionalismo, da boa-fé e da respeitabilidade das entidades, dos órgãos e das autoridades competentes”; e a efetividade dos benefícios “consiste na evidenciação de que a adesão ao programa de leniência e a colaboração com o Estado valem mais ao infrator do que a não cooperação” (MARRARA; 2018; p. 190).

Intuitivo que a efetividade do programa de leniência depende de sua atratividade e da segurança jurídica que o Estado pode oferecer aos candidatos a colaboradores, pressupondo-os agentes econômicos racionais que buscam maximizar seus benefícios e minimizar seus custos.

Acordo de leniência na lei 12.846/2013: características essenciais

A Lei 12.846/2013 disciplina, nos artigos 16 e 17, o acordo de leniência a ser firmado pela “autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública” com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos ilícitos tipificados no artigo 5º da Lei, desde que “colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo”.

A seguir, destacaremos alguns pontos críticos identificados pela doutrina na forma como o acordo de leniência está normatizado na Lei 12.846/2013.

Competência para celebrar o acordo de leniência

Um primeiro ponto que gera questionamento é referente à competência para celebrar o acordo, nos termos do artigo 16, caput, da Lei, é a “autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública”, sendo que, no âmbito do Poder Executivo Federal e no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira, a competência é da CGU, atual Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

A Medida Provisória 703, de 21 de dezembro de 2015, pretendeu alterar a redação do caput do artigo 16, atribuindo a competência para a celebração do acordo aos órgãos de controle interno da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, “de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública”.

Nesse sentido, procurava-se afastar dúvidas sobre a competência, aumentar a segurança jurídica dos interessados e a eficiência do instrumento, ao possibilitar a participação do Ministério Público e da Advocacia Pública, prevendo, ainda, que os acordos de leniência que tivessem a participação destes órgãos impediram o ajuizamento ou prosseguimento de ações de improbidade e ações de natureza civil.

Não obstante, a MP 703/2015 perdeu a sua eficácia por ausência de apreciação pelo Congresso Nacional, inexistindo, atualmente, norma legal disciplinando essa colaboração institucional.

No âmbito do Poder Executivo federal, a Portaria Interministerial 2.278, de 15 de dezembro de 2016, que define os procedimentos para celebração do acordo de leniência da Lei 12.846/ 2013, no âmbito da CGU, procurou contornar o problema, ao disciplinar a colaboração da AGU no programa de leniência.

Porém, ainda se ressentem de norma legal a disciplinar a colaboração institucional no programa de leniência, especialmente entre a CGU, AGU, MP e TCU.

Requisitos para a celebração do acordo de leniência

A Lei 12.846/2013, no artigo 16, prevê que o acordo de leniência poderá ser celebrado desde que, da colaboração da pessoa jurídica interessada, resultar: “I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.

Em relação à primeira condição, observa Simão e Vianna (2017, p. 116), que a expressão “quando couber”, relacionada a identificação dos demais envolvidos na infração, sugere que é possível a ocorrência de ato lesivo tipificado na Lei 12.846/2013 que não envolva a participação de um agente público ou de outro particular. Ademais, com a expressão “quando couber”, é possível interpretar que se permite a celebração do acordo na hipótese de o Poder Público já deter informações sobre todos os envolvidos na infração⁴, porém não desobriga a pessoa jurídica da identificação dos demais envolvidos na infração.

Em relação à segunda condição, qual seja, “obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”, observa-se que as provas e a cooperação ofertada pela pessoa jurídica interessada devem ser novos e gerar utilidade para o Estado (MARRARA, 2018, p. 219; SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 118).

A Lei 12.846/2013 adotou a regra “first come, first serve”, que tem o objetivo de estimular a corrida pela leniência e, assim, desestabilizar a organização criminosa. Essa regra, cuja racionalidade se justifica no âmbito do sistema de defesa da concorrência, ou seja, na repressão à prática dos cartéis, não se conformaria com a lógica do combate à corrupção, em que o ilícito pode

⁴ Simão e Vianna (2017, p. 118) mencionam a seguinte situação: “Durante a negociação, a empresa não fornece informações sobre novos envolvidos, mas concede acesso a provas contundentes do cometimento de atos mais graves que facilitarão o processamento das pessoas naturais e a recuperação de valores obtidos em decorrência da prática do ilícito. Parece-nos que, ainda assim, a colaboração poderia ser considerada efetiva e a ausência de informação sobre novos agentes não constituiria impedimento legal para a celebração do acordo”.

ser praticado de forma unilateral. Com essa consideração, Simão e Vianna (2017, p. 119) sugerem que o critério que deve nortear a celebração do acordo de leniência, no sistema da Lei 12.846/2013, é o do “ineditismo da informação trazida pelo proponente” (2017, p. 119)⁵.

Em sentido contrário a esse entendimento, Fidalgo e Canetti (2016, p. 359) afirmam que, se o primeiro colaborador atender às condições previstas na Lei 12.846/2013 para a celebração do acordo, não haveria, em princípio, necessidade de serem firmados outros acordos de leniência sobre os mesmos fatos. Ademais, argumenta-se que a permissão de celebração de múltiplos acordos sobre os mesmos fatos, poderia criar incentivos para as pessoas jurídicas aguardarem o desenvolvimento das investigações, avaliando a conveniência em colaborar com o Poder Público, e estimular a negociação entre si as informações que cada uma apresentaria, com a finalidade de o benefício da leniência ser assegurado a todos (FIDALGO; CANETTI, 2016, p. 361).

Não se descarta, porém, a possibilidade de ser adotada, a exemplo do que há na legislação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a chamada “leniência plus”, inspirada no modelo norte-americano do “Amnesty Plus”, que possibilita a celebração de múltiplos acordos de leniência, desde que as colaboradoras apresentem provas sobre outros fatos ilícitos não investigados inicialmente, e prevendo uma graduação de benefícios conforme a ordem em que as pessoas jurídicas forem se candidatando⁶.

Efeitos da celebração do acordo de leniência

Em relação aos efeitos do acordo de leniência, prevê o artigo 16, §2º, da Lei 12.846/2013, que a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções de “publicação extraordinária da decisão condenatória” (artigo 6º, II) e de “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições

⁵ Registre-se que o Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei 12.846/2013, previu no artigo 30, I, que “a pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante”. Com a expressão “quando tal circunstância for relevante”, evidentemente pretendeu relativizar a regra “*first come, first serve*”. A norma do Decreto recebe comentário crítico de Marrara ao afirmar que, sobre ser inconstitucional por exorbitar o poder regulamentar (artigo 84, IV, da Constituição da República), ela “poderá chancelar violações ao princípio da impessoalidade e ao princípio da moralidade, uma vez que não prevê critérios claros para aceitação de leniências adicionais, diferentemente do que se vislumbra na legislação concorrencial a respeito da leniência plus” (Marrara, 2018, p. 198).

⁶ Nesse sentido, escrevem Simão e Vianna: “(...) somos de opinião que o melhor caminho seria a adoção dos três instrumentos previstos na legislação antitruste: acordo de leniência, termo de compromisso de cessação e leniência *plus*. Entretanto, o requisito da primeira proponente ficaria restrito às hipóteses em que houvesse concurso de pessoas jurídicas. Ademais, os benefícios previstos deveriam ser ponderados de acordo com o grau de ineditismo da informação prestada e sua utilidade para a condenação de outros agentes e a investigação de novos ilícitos”. (2017, p. 124).

financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos” (artigo 19, IV), e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

Assim, não há imunidade total na esfera judicial, em que poderá ser condenada às sanções de “perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé” (artigo 19, I); “suspensão ou interdição parcial de suas atividades” (artigo 19, II) e “dissolução compulsória da pessoa jurídica” (artigo 19, III).

Questionamento que se faz à disciplina do acordo de leniência na Lei 12.846/2013, e que implica consequências negativas para a atratividade do programa, consiste na ausência de benefícios para a pessoa física, que poderão sofrer sancionamento nas esferas civil, administrativa e judicial. No ponto, como observa Marrara (2018, p. 225):

De um lado, a ausência desses benefícios é compreensível pelo fato de a Lei Anticorrupção não prever infrações, nem sanções administrativas e civis para pessoas físicas, as quais somente poderão responder, dependendo de seu status jurídico, por infração disciplinar, ato de improbidade ou crime (licitatório, contra a Administração Pública, contra a ordem econômica etc.). Isso significa que eventuais acordos deverão ser buscados em outra seara, por exemplo, uma delação premiada no âmbito da Lei das Organizações Criminosas ou um acordo de leniência com base na Lei de Defesa da Concorrência. De outro lado, porém, é de se questionar se o legislador andou bem ao restringir os benefícios da leniência por ato de corrupção, mormente porque pessoas jurídicas nada mais são que ficções criadas e conduzidas, no seu dia a dia, por pessoas físicas. Sob essa premissa, a dúvida que resta é a seguinte: que pessoa jurídica será estimulada, por seus administradores, a procurar uma leniência que, ao final, possa se reverter contra eles mesmos, inclusive mediante a imposição de gravíssimas sanções criminais?

Nota-se, por fim, que a Lei 12.486/2013 não previu qualquer efeito do acordo de leniência sobre as demais esferas de responsabilização administrativa ou civil, como, por exemplo, as que tenham por fundamento a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e na Lei Orgânica do Tribunal de Contas (Lei 8.443/1992). Essa omissão pode comprometer a atratividade do programa de leniência, considerando, como lembram Fidalgo e Canetti (2016, p. 363-364), que “a possibilidade de que a confissão realizada no âmbito do acordo de leniência seja utilizada nessas esferas deverá ser realizada como elemento de risco na sua celebração”.

A MP 703/ 2015 pretendeu alterar a redação do caput do artigo 16, com o objetivo de aumentar a segurança jurídica dos interessados e a eficiência do programa de leniência, ao possibilitar a participação do Ministério Público e da Advocacia Pública, situação em que impediram o ajuizamento ou prosseguimento de ações de improbidade e ações de natureza civil. Não

obstante, a MP perdeu a sua eficácia por ausência de apreciação pelo Congresso Nacional.

Por fim, merece nota o fato de a Lei 12.846/2013, em seu artigo 16, §3º, prescrever que “O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”.

Conclusão

Assim, o acordo de leniência foi previsto na Lei 12.846/2013, dentro dessa lógica de criar incentivos para a chamada autorregulação regulada, ou seja, com o objetivo de buscar a cooperação dos agentes privados no combate ao fenômeno da corrupção.

O instituto tem como fundamento de legitimidade e premissa argumentos utilitaristas e pragmáticos, que consideram o incremento da atividade investigativa, decorrente do ganho informacional obtido com a colaboração dos infratores, nos crimes graves e de difícil desvendamento.

Procuramos destacar, no trabalho, alguns pontos críticos identificados pela literatura na forma como o instituto está normatizado na Lei 12.846/2013, especialmente questões referentes à competência para celebração, os requisitos e efeitos dos acordos de leniência no que podem comprometer a atratividade e segurança do programa.

Em conclusão, a efetividade do programa de leniência depende do grau de segurança jurídica, transparência e previsibilidade, razão pela qual imperativa a atuação coordenada e harmônica dos órgãos e entidades competentes ganha dimensão fundamental, bem como do ajuste adequado entre os benefícios concedidos e as sanções impostas.

Referências

ALVES, Francisco Sérgio Maia. Análise da juridicidade do controle dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção Empresarial pelo Tribunal de Contas da União. **Revista da Agu**, [s.l.], v. 17, n. 2, p.155-182, 29 jun. 2018.

CANETTI, Rafaela Coutinho. Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ,

Ronaldo Pinheiro (Orgs). Lei Anticorrupção e Temas de Compliance. 2ª edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2016. p. 337-373.

MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: modalidades, regime jurídico e Problemas Emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 3 jul. 2015.

_____, Thiago. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei Anticorrupção comentada. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2018. p. 187-227.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set.2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204512>>. Acesso em: 3 out. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=102105>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.