



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Aline Teodoro de Moura


**O acordo de leniência para o ajustamento de condutas ilícitas perpetradas
contra a administração pública e seus impactos na indústria do petróleo**

Rio de Janeiro

2018

Aline Teodoro de Moura

O acordo de leniência para o ajustamento de condutas ilícitas perpetradas contra a administração pública e seus impactos na indústria do petróleo



Tese apresentada, como requisito para obtenção do título de Doutora, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M929 Moura, Aline Teodoro de.
O acordo de leniência para o ajustamento de condutas ilícitas perpetradas
contra a administração pública e seus impactos na indústria do petróleo /
Aline Teodoro de Moura. - 2018.

362 f.
Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito.

1. Acordo de leniência - Teses. 2. Corrupção - Teses. 3. Indústria
petrolífera - Teses. I. Alves, Alexandre Ferreira de Assumpção.
II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito.
III. Título.

CDU 33:34

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Aline Teodoro de Moura

O acordo de leniência para o ajustamento de condutas ilícitas perpetradas contra a administração pública e seus impactos na indústria do petróleo

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Aprovada em 08 de março de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Alexandre dos Santos Aragão
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Leonardo Netto Parentoni
Universidade Federal de Minas Gerais

Rio de Janeiro

2018

DEDICATÓRIA

Para João Pedro e Antônio.

“Não há prazer mais complexo que o do pensamento.”

Para minha mãe, *in memoriam*, com amor.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, coordenador do Programa de Recursos Humanos da ANP para o setor de Petróleo e Gás (PRH-33-ANP) da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), meu orientador, que tornou possível a elaboração da tese com o recorte e os direcionamentos necessários, sempre disposto a me orientar pelos nem sempre fáceis caminhos da pesquisa acadêmica, registro meu agradecimento. Gratidão, também, em razão do reconhecimento pela organização e pela execução do Seminário sobre Acordos de Leniência, do qual resultou a proposição ao Conselho Departamental da Faculdade de Direito e a respectiva concessão da moção de louvor; essa honra levarei para toda a vida.

Ao Professor Doutor José Gabriel Assis de Almeida, cuja orientação inicial também foi valiosa, especialmente por enxergar o potencial e a necessidade do desenvolvimento de uma pesquisa acadêmica sobre acordos de leniência com vistas à reflexão sobre as possíveis formas de garantir maior segurança jurídica na relação entre o Estado e as sociedades empresárias. Agradeço, ainda, pela dedicação primorosa de tempo (inclusive com a concessão de entrevistas) e pelo inegável prestígio agregado à organização do seminário sobre os acordos, o qual envolveu toda a Faculdade de Direito e a UERJ em um momento tão crítico para a Universidade, que passava por dificuldades financeiras e estruturais.

Ao Diretor da Faculdade de Direito, Professor Doutor Ricardo Lodi Ribeiro, agradeço por colocar-se sempre disponível para apoiar o que fosse necessário e por participar do seminário sobre acordos de leniência representando o Magnífico Reitor da UERJ, assim como pela idealização conjunta da realização da Comissão da Verdade Fiscal.

Ao Professor Doutor Luís Roberto Barroso, minha gratidão pelos estudos do Direito Constitucional Contemporâneo e pelo fundamental estímulo à pesquisa dos acordos de leniência, mesmo entendendo imprópria sua participação no seminário, cautela essa adotada para evitar a manifestação de juízo prévio sobre o tema.

À Professora Doutora Marilda Rosado de Sá Ribeiro expresso minha especial gratidão pelo aprendizado na convivência e pelo apoio acadêmico, além da mais sincera admiração por seus conhecimento e humanidade ímpares.

À Professora Doutora Clarissa Brandão, professora visitante do PRH33-ANP, expresso minha imensa gratidão pela incansável dedicação e parceria acadêmica nos estudos

do Direito Internacional do Petróleo em virtude dos trabalhos do PRH; foram muitas horas a mim dedicadas durante os trabalhos e avaliações.

Agradeço aos Professores Doutores da UERJ Alexandre Assumpção Alves, José Gabriel Assis de Almeida, Marilda Rosado, Valter Shuenquener de Araújo, Ricardo Lodi Ribeiro, Alexandre dos Santos Aragão, Adilson Rodrigues Pires, Flavio Mirza, Maurício Menezes e Geraldo Tadeu Monteiro, que participaram do Seminário sobre Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção, realizado nos dias 14 e 15 de abril de 2016, o qual subsidiou debates sobre os Acordos na Câmara dos Deputados através de uma proposta coletiva da sociedade civil, entregue em 4 de maio de 2016 à Câmara dos Deputados e apresentada em 10 de maio de 2016 como Projeto de Lei (PL) 5.208/2016.

Agradeço à Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, pela oportunidade que me foi dada de integrá-la nesses anos, e aos professores das disciplinas cursadas, em especial ao Professor Doutor Maurício Menezes e ao Professor Doutor Maurício Mota.

Agradeço ao Professor Doutor Heleno Taveira Torres, Professor Titular de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Universidade de São Paulo, e à Professora Doutora e Procuradora Regional da República Samantha Chantal Drobowski pela oportunidade de apreender o tratamento dos Acordos de Leniência através das visões do Direito Financeiro e Tributário e do Ministério Público Federal, e agradeço igualmente pela presença e pela contribuição inestimável de ambos no seminário sobre os Acordos de Leniência da UERJ.

Agradeço ao Ministro do Tribunal de Contas da União Benjamin Zymler, à Subprocuradora Regional da República Mônica Nicida Garcia, ao Procurador de Contas junto ao TCU Júlio Marcelo de Oliveira e ao Auditor de Controle Externo do TCU Nivaldo Dias Filho por contribuírem para a pesquisa sobre os acordos através da gentil disponibilidade para a concessão das entrevistas.

À chefe de gabinete da Faculdade de Direito, Mariana Marques, agradeço pelo profissionalismo e pelo suporte prestado sempre que foi necessário.

Aos Professores Doutores Caroline Pinheiro e Vinícius Chaves, expresso minha enorme gratidão. A constante ajuda, preocupação e apoio nos momentos mais diversos foram um farol. A vida é feita de encontros e o nosso foi um presente. Acompanhar a posse de ambos me proporcionou orgulho e alegria. À Doutora Caroline Pinheiro, manifesto meu especial agradecimento pela parceria acadêmica na organização do seminário sobre Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção, de que resultou o recebimento conjunto da moção de louvor.

Aos queridos Doutores Alexandre Albuquerque e Mariana Pinto, agradeço por te compartilhado as expectativas das titulações de ambos, um aprendizado para mim.

À Lucieni Pereira, pessoa rara, agradeço pela inestimável contribuição, fundamentalmente enriquecedora. Guardarei comigo todas as reflexões memoráveis.

À minha mãe, *in memoriam*, mulher de fibra inigualável e de alma admirável, de quem não pude me despedir devidamente, agradeço por tudo. Sempre será minha fonte de inspiração.

À minha família só posso dizer que não há palavras que expressem a enorme gratidão pelo apoio em tudo, em todos esses anos, mesmo diante de críticas severas ao judiciário, o que acaba afetando a compreensão da dimensão do Direito como ciência social aplicada e a sua importância para a sociedade (*ubi societas, ibi ius*). O respeito incondicional sempre esteve presente.

À Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, agradeço pela colaboração do Programa de Recursos Humanos para o Setor de Petróleo, com a concessão da bolsa de doutorado.

À UERJ, instituição de excelência que aprendi a admirar através da Faculdade de Direito, uma das melhores universidades do Brasil e que assim se manteve apesar de toda sorte de problemas financeiros e políticos que assolaram o Estado do Rio de Janeiro e a Universidade, só me cabe dizer que foi uma honra poder integrá-la. Sempre terei a UFF e a UERJ no coração.

Amar o perdido
deixa confundo
este coração.
Nada pode o olvido
contra o sem sentido
apelo do Não.
As coisas tangíveis
tornam-se insensíveis

à palma da mão
Mas as coisas fi
muito mais que li
essas fic.....

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

MOURA, Aline Teodoro de. **O acordo de leniência para o ajustamento de condutas ilícitas perpetradas contra a administração pública e seus impactos na indústria do petróleo**. 2018. 362 f. Tese (Doutorado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Este trabalho tem por objeto a análise do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção e os efeitos da sua aplicação na seara empresarial, em especial, na indústria do petróleo. A pesquisa estuda os impactos causados pelo Acordo de Leniência previsto no contexto da Lei Anticorrupção, sendo certo que a investigação se faz sob a ótica do Direito Comercial, embora seja necessária a observação de institutos atinentes a outros ramos do direito, como o Constitucional, o Administrativo e o Civil, em face da relação estabelecida pela Lei Anticorrupção. Esse diploma prevê a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas que cometem atos ilícitos contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Foram examinados os principais problemas encontrados na aplicação do Acordo de Leniência e constatou-se que a existência de uma multiplicidade de autoridades competentes para firmar o acordo, independente da previsão legal, associada à falta de uma dosimetria e de uma limitação na aplicação das sanções previstas pode inviabilizar a atividade empresarial, gerando grande insegurança jurídica para as sociedades empresárias e para a indústria do petróleo. A experiência internacional acerca dos Acordos de Leniência é explorada para que seja possível a compreensão das inadequações intrínsecas à produção legislativa brasileira, que, no caso em questão, desconsidera não apenas o microsistema anticorrupção vigente, mas até mesmo previsões constitucionais e legais que disciplinam a defesa do interesse e do patrimônio público. O estudo evidencia que a edição da norma de responsabilização das sociedades empresárias resulta do esforço para cumprir as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, as quais preconizam o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro como medida necessária para o atendimento do interesse público. O referencial teórico utilizado foi a teoria crítico-estruturalista do direito comercial, em que Calixto Salomão Filho propõe uma reflexão sobre o pensamento teórico do direito comercial, para que seja viabilizada uma mudança transformadora e que o direito comercial não atenda apenas a interesses econômicos através do direito positivado. A tese faz uma análise sistemática do Acordo de Leniência tal como consolidado no plano internacional, orientado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), e sua respectiva incorporação normativa no direito brasileiro, e não se limita à observação, mas também propõe criticamente uma solução que esteja em conformidade com o interesse social e com a função social da empresa.

Palavras-chave: Acordo de leniência. Lei anticorrupção. Segurança jurídica.
Indústria do petróleo.

ABSTRACT

MOURA, Aline Teodoro de. **The leniency agreement for the adjustment of unlawful conducts against the public administration and its impacts on the oil and gas industry.** 2018. 362 f. Tese (Doutorado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

This work is focused on the analysis of the leniency agreement in the Anticorruption Law and its effect on corporations, specially in the oil industry. The research studies the impacts caused by the leniency agreement within the context of the Anticorruption Law, being certain that the inquiry is carried out under the Corporate Law, despite the need to refer to institutes from other areas of law, such as Constitutional Law, Administrative Law and Civil Law as a result of the relation established by the Anticorruption Act, which is the administrative and civil liability of legal entities practicing unlawful acts against the national and foreign administration. The main problems found in applying the leniency agreement were examined and it was found that the existence of a number of competent authorities who need to sign the agreement, regardless of legal provisions, along with a lack of a established amount of penalty and a limitation to apply the sanctions may jeopardize the corporate activity, generating legal uncertainty for corporations and for the oil industry. The international experience concerning leniency agreements is explored so that it is possible the understand the intrinsic improprieties to the Brazilian legislative production that in that case disrespects disregards not only the effective anticorruption microsystem, but even constitutional and legal provisions on the defense of the public interest and property. The study evidences that the enactment of the standard holding corporations accountable results from the effort to comply with the international conventions ratified by Brazil, which foster the fight against corruption and money laundry as a necessary action for the public interest. The theoretical reference used was the critical-structuralist theory of Corporate Law, where Calixto Salomão Filho proposes a reflection on Corporate Law theoretical thinking, so a change is possible and the Corporate Law becomes able to meet not only economic interests by means of positive law. The thesis makes a systematic analysis of the leniency agreement as consolidated as in the international arena and guided by the Organization for Economic Cooperation and Development and its respective normative incorporation into the Brazilian law, not limited to comments but also critically suggesting a solution according to the social interest and the social role of business.

Keywords: Leniency agreement. Anticorruption law. Legal Certainty. Oil Industry.

RIASSUNTO

MOURA, Aline Teodoro de. **L'Accordo di Collaborazione giudiziaria/amministrativa con la società per l'adeguamento del comportamento illecito nei confronti della Pubblica Amministrazione e il suo impatto sull'industria petrolifera.** 2018. 362 f. Tese (Doutorado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Lo scopo di questo lavoro è analizzare l'accordo di collaborazione amministrativa con la società nella Legge Anticorruzione e gli effetti della sua applicazione nel settore imprenditoriale, in particolare, nell'industria petrolifera. La ricerca studia gli impatti causati dall'accordo di collaborazione amministrativa con la società previsto nel contesto della Legge Anticorruzione, ed è vero che l'inchiesta è condotta sotto il profilo del diritto commerciale, sebbene sia necessario osservare gli istituti relativi ad altri rami del diritto, come quelli costituzionali, responsabilità amministrativa e civile di fronte alla relazione stabilita dalla Legge Anticorruzione, che è la responsabilità amministrativa e civile delle persone giuridiche che commettono atti illeciti nei confronti della pubblica amministrazione nazionale e straniera. Sono stati esaminati i principali problemi incontrati nell'attuazione dell'accordo di collaborazione amministrativa con la società e si è constatato che l'esistenza di una molteplicità di autorità competenti per firmare l'accordo, indipendentemente dalla disposizione legale, associata alla mancanza di dosimetria e alla limitazione nell'applicazione delle sanzioni può rendere l'attività aziendale non fattibile, generando una grande incertezza giuridica per le società commerciali e per l'industria petrolifera. L'esperienza internazionale degli accordi di collaborazione amministrativa con la società è esplorata per comprendere le inadeguatezze intrinseche alla produzione legislativa brasiliana, che, in questo caso, trascurano non solo l'attuale microsistema anticorruzione, ma anche le disposizioni costituzionali e legali che disciplinano la difesa dell'interesse e beni pubblici. Lo studio mostra che l'edizione dello standard di responsabilità delle imprese deriva dallo sforzo di rispettare le convenzioni internazionali ratificate dal Brasile, che sostengono la lotta alla corruzione e al riciclaggio di denaro come misura necessaria per soddisfare l'interesse pubblico. Il quadro teorico utilizzato è stato la teoria strutturalista-critica del diritto commerciale, in cui Calixto Salomão Filho propone una riflessione sul pensiero teorico del diritto commerciale, per rendere possibile il cambiamento trasformativo e così che il diritto commerciale non serve solo interessi economici attraverso il diritto positivo. La tesi fa un'analisi sistematica dell'accordo di collaborazione amministrativa con la società come consolidata a livello internazionale e guidata dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico e la sua rispettiva incorporazione normativa nella legge brasiliana, non limitata all'osservazione, ma anche a proporre in modo critico una soluzione che sia conforme all'interesse sociale e alla funzione sociale dell'azienda.

Parole chiave: Accordo di collaborazione amministrativa con la società. Legge anticorruzione. Sicurezza legale. Industria Petrolifera.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACCA	American Corporate Counsel Association
ACFE	Association of Certified Fraud Examiners
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia Geral da União
AIPN	Association of International Petroleum Negotiators
ANP	Agência Nacional do Petróleo
ANPR	Associação Nacional dos Procuradores da República
ANTC	A Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil
AUD-TCU	Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União
Art.	Artigo
BCB	Banco Central do Brasil
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CGU	Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União
CF	Constituição Federal
CR	Constituição Federal
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CPI	Corruption Perception Index
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DF	Distrito Federal
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
DOU	Diário Oficial da União
DPU	Defensoria Pública da União
ENCCLA	Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
EPE	Empresa de Pesquisas Energéticas
EUA	Estados Unidos da América
E&P	Exploração e Produção
FATF	Financial Action Task Force on Money Laundering
FCM	Financial Subcommittee Meeting
FCR	Financial Subcommittee Representative

FMI	Fundo Monetário Internacional
FNCC	Fundo Nacional de Combate à Corrupção
FPSO	Floating Production Storage and Offloading
GAFI	Grupo de Ação Financeira Internacional
INTERPOL	International Police Organization
JBA	Joint Bidding Agreement
JOA	Joint Operating Agreement
LAC	Lei Anticorrupção
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LSA	Lei das Sociedades Anônimas
MESICIC	Mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana Contra a Corrupção
MME	Ministério de Minas e Energia
MP	Ministério Público
MPE	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
MPV	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
MTFC	Ministério da Transparência Fiscalização e Controle
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OCM	Operating Committee Meeting
OEA	Organização dos Estados Americanos Organização das Nações Unidas
ONU	Organização das Nações Unidas
OMC	Organização Mundial de Comércio
OPCOM	Operating Committee
PAR	Processo Administrativo de Responsabilização
Petrobras	Petróleo Brasileiro S.A.
PIB	Produto Interno Bruto
PGR	Procuradoria Geral da República
PL	Projeto de Lei
PSA	Production Sharing Agreement
PSL	Partido Social Liberal
PPSA	Pré-Sal Petróleo S.A.
RICADE	Regimento Interno do CADE

SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SFO	Fraud Serious Office
SPCI	Secretaria de Prevenção Contra a Corrupção e Informações estratégicas
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCR	Technical Subcommittee Representative
TCM	Technical subcommittee meeting
TCU	Tribunal de Contas da União
UNCAC	United Nations Convention Against Corruption
UNODC	União das Nações Unidas Contra Drogas e Crime
WGB	Working Group on Bribery

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura	1	–	Interseção de temas no combate à corrupção.....	32
Quadro	1	–	Índice de percepção da corrupção.....	32
Figura	2	–	Mapa do índice de percepção da corrupção.....	33
Quadro	2	–	Relatórios de Monitoramento da OCDE.....	50
Quadro	3	–	Número de ratificações e de signatários das Convenções Internacionais de combate à corrupção.....	53
Figura	3	–	Mapa de adesão à Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.....	54
Quadro	4	–	Comparação entre a Lei Anticorrupção Brasileira, FCPA e <i>UK Bribery Act</i>	75
Organograma	1	–	Árvore da Fraude.....	77
Quadro	5	–	Aplicação das sanções conforme a esfera de responsabilização....	81
Quadro	6	–	Estatística dos Acordos de Leniência assinados pelo CADE.....	86
Gráfico	1	–	Número de Acordos de Leniência assinados no Programa de Leniência do CADE.....	89
Gráfico	2	–	A Lava Jato no Programa de Leniência do CADE.....	93
Figura	4	–	Leniência <i>Plus</i>	96
Quadro	7	–	Programa de Leniência dos EUA.....	101
Quadro	8	–	Relação entre a LAC e a CR.....	113
Figura	5	–	Múltiplas autoridades competentes para realizar o Acordo de Leniência.....	117
Quadro	9	–	Quadro resumo analítico-qualitativo das respostas dos entrevistados.....	149
Gráfico	3	–	Distribuição da produção de petróleo por operador.....	168
Gráfico	4	–	Distribuição da produção de gás natural por operador.....	169
Figura	6	–	Petrobras: atuação em exploração e produção.....	172
Quadro	10	–	As 10 maiores multas aplicadas a sociedades empresárias pelo FCPA.....	176

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	19
1	A LEI ANTICORRUPÇÃO E OS ATOS ILÍCITOS PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	23
1.1	A Lei Anticorrupção	26
1.1.2	<u>O fundamento constitucional da Lei Anticorrupção</u>	27
1.1.3	<u>O sistema internacional de combate à corrupção e aos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública</u>	30
1.1.3.1	The Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).....	37
1.1.3.2	U.K Bribery Act.....	39
1.1.3.3	Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI).....	40
1.1.3.4	Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.....	43
1.1.3.5	A Convenção Interamericana Contra a Corrupção.....	45
1.1.3.6	O mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana Contra a Corrupção (MESICIC).....	47
1.1.3.7	Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.....	51
1.1.3.8	A soft law e as transnacionais.....	55
1.1.3.9	Cooperação Internacional.....	57
1.2	Principais disposições da Lei Anticorrupção	60
1.2.1	<u>A responsabilização objetiva da Lei nº 12.846/2013</u>	64
1.2.2	<u>Desconsideração da Personalidade Jurídica</u>	70
1.2.3	<u>Responsabilização judicial</u>	73
1.2.4	<u>O Processo Administrativo de Responsabilização da Lei nº 12.846/2013</u>	79
1.3	O Acordo de Leniência previsto na Lei Anticorrupção	82
1.4	O Acordo de Leniência na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	84

1.4.1	<u>Benefícios concedidos para a assinatura do acordo</u>	91
1.4.1.2	Procedimento – fases da negociação do Acordo de Leniência no CADE.....	93
2	O ACORDO DE LENIÊNCIA NO PLANO INTERNACIONAL	97
2.1	O Acordo de Leniência previsto na Lei nº 12.846, de 2013 – A Lei Anticorrupção brasileira	102
2.2	A coordenação entre as autoridades no Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção	109
2.2.1	<u>Judicialização decorrente da sobreposição de autoridades competentes: o Mandado de Segurança nº 34031</u>	117
2.2.2	<u>A Lei nº 8.443/1992 e a Instrução Normativa – TCU nº 74</u>	119
2.2.3	<u>Entrevistas com Agentes de Estado: análise comparativa</u>	122
2.3	A Lei Anticorrupção e as propostas de alterações legislativas	153
2.3.1	<u>A Medida Provisória (MPV) nº 703/2015</u>	156
2.3.2	<u>Proposta Legislativa para os Acordos de Leniência Previstos na Lei Anticorrupção: o Projeto de Lei nº 5.208/2016</u>	158
3	IMPACTOS DO ACORDO DE LENIÊNCIA NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO	167
3.1	Modelo de partilha e papel da Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA)	170
3.2	A corrupção e os efeitos nocivos para a indústria do petróleo	173
3.3	A Lei Anticorrupção e os contratos empresariais associativos na indústria do petróleo	186
3.3.1	<u>As joint ventures na indústria do petróleo</u>	188
3.3.1.2	O Joint Operating agreement.....	191
3.4	A leitura crítica do Acordo de Leniência: a teoria crítico-estruturalista e as alternativas de intervenção estrutural	203
3.4.1	<u>A atuação empresarial do Estado sob a ótica do interesse público e social</u>	209
3.4.2	<u>O tratamento da Petrobras nos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção</u> ...222	
3.5	Estudo de caso do Acordo de Leniência realizados pela SBM Offshore com a interveniência da Petrobras	230
	CONCLUSÃO	245

REFERÊNCIAS	249
ANEXO 1 – Íntegra das entrevistas.....	264
ANEXO 2 – Projeto de Lei nº 5.208/2016.....	302
ANEXO 3 – Versão em Inglês do Acordo de Leniência firmado entre autoridades brasileiras, Petrobras e SBM Offshore.....	315
ANEXO 4 – Modelo de Acordo de Leniência do CADE.....	317
ANEXO 5 – Modelo de Acordo de Leniência para pessoas jurídicas do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (<i>Corporate Conditional Leniency Letter</i>).....	340
ANEXO 6 – Modelo de Acordo de Leniência para pessoas físicas do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (<i>Individual Conditional Leniency Letter</i>).....	349
ANEXO 7 – Modelo de Acordo de Leniência para pessoas jurídicas do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (<i>Dual Investigations Conditional Leniency Letter</i>).....	353
ANEXO 8 – Modelo de Acordo de Leniência do Departamento de Justiça dos Estados Unidos para funcionários (<i>Dual Investigations Acknowledgment Letter for Employees</i>).....	362

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846, de 2013, (“Lei Anticorrupção”) decorre da necessidade da harmonização do direito brasileiro com convenções sobre o combate à corrupção. Somente após quase dois anos da publicação da Lei surgiu o Decreto Regulamentador nº 8.420, de 2015, responsável, dentre outras previsões, por estabelecer a possibilidade da realização do Acordo de Leniência no contexto da Lei Anticorrupção.

Nesse contexto, cabe observar quais são os problemas decorrentes de uma produção legislativa que não observou os dispositivos constitucionais e a legislação anticorrupção vigente, bem como os respectivos efeitos da sua aplicação perante o ordenamento jurídico brasileiro, o que está entre as questões que ora serão investigadas, primordialmente, sob a ótica do direito comercial. Assim, a pesquisa tem por objeto a análise do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção e, conseqüentemente, os efeitos da sua aplicação na seara empresarial, em especial na indústria do petróleo.

A pesquisa perscruta os impactos causados pelo Acordo de Leniência previsto no contexto da Lei Anticorrupção e, apesar de a investigação ocorrer sob a ótica empresarial, faz-se necessária a observação de institutos atinentes a outros ramos do direito, como o constitucional, o administrativo e o civil, em face da relação estabelecida pela Lei Anticorrupção, que implica a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas que cometem atos ilícitos contra a Administração Pública nacional e estrangeira.

Pretende-se, assim, demonstrar que o combate à corrupção, bem como a utilização de instrumentos de investigação para a defesa e proteção do patrimônio público, têm grande relevância para a ampla sociedade, já que ela é diretamente prejudicada pela perda de recursos que lhe deveriam ser direcionados, mas são obstados pela corrupção. Do mesmo modo, a reflexão sobre a função social da empresa e a adoção de mecanismos que garantam o pleno funcionamento da atividade empresária, com o restabelecimento do funcionamento regular dos mercados afetados pela corrupção, também têm conexão com o interesse público.

A tese corrobora a constatação de que o Acordo de Leniência previsto no contexto da Lei nº 12.846/2013 é um instrumento ineficaz em relação aos efeitos que deveria produzir, sob a ótica empresarial. A sujeição das sociedades a uma multiplicidade de autoridades potencialmente competentes para firmá-lo, sem que a norma tenha considerado as especificidades da previsão constitucional e do ordenamento jurídico preexistente, coloca-as

em uma condição de grande vulnerabilidade e de insegurança jurídica.

O trabalho é uma produção da linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas e nele foi utilizado o método sistêmico para a análise do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. O instituto do Acordo dialoga com conceitos de outros ramos do Direito, como o Constitucional, o Civil, o Administrativo e até mesmo o Penal. Contudo, a delimitação da pesquisa foi necessária a fim de manter o escopo do estudo pretendido.

Empreende-se uma pesquisa exploratória e utiliza-se o método hipotético-dedutivo. As análises normativas e teóricas possibilitaram a proposição de ajustes normativos como meio de contribuir para a viabilização da efetividade de um instituto que tem como fim não só a defesa e a proteção do patrimônio público, mas também o ajustamento de condutas ilícitas perpetradas contra a Administração, com vistas ao restabelecimento da regularidade dos mercados.

O marco teórico utilizado foi a teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial, em que Calixto Salomão Filho propõe uma reflexão sobre o pensamento teórico desse ramo do Direito, para que seja viabilizada uma mudança transformadora e para que o Direito Comercial não atenda apenas a interesses econômicos através do direito positivado. Esta é a proposta: a harmonização do interesse público tanto sobre a administração pública quanto sobre as sociedades empresárias.

Nesse sentido, a tese faz uma análise sistemática do Acordo de Leniência tal como consolidado no plano internacional orientado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), e sua respectiva incorporação normativa no direito brasileiro. O trabalho não se limita apenas à observação, mas também propõe criticamente uma solução que esteja em conformidade com o interesse social e com a função social da empresa.

O primeiro capítulo trata da Lei Anticorrupção no seu aspecto histórico, especialmente no sistema internacional de combate à corrupção, tendo como parâmetro e motivação as Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil, referenciais normativos internacionais para a instituição dos mecanismos legais de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. A proposta é identificar a correlação e a influência dessas normas do Direito Internacional e o modo como foram internalizadas e compatibilizadas com o sistema constitucional e normativo brasileiro, levando-se em conta as suas especificidades. Adicionalmente, o capítulo também trata das principais inovações trazidas pela Lei, como a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, o Acordo de Leniência e a implementação dos programas de integridade

empresarial.

A segunda parte do trabalho é direcionada para o estudo do Acordo de Leniência no contexto da Lei Anticorrupção. Para tanto, a análise empreendida nesse capítulo observa o Acordo de Leniência previsto tanto no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) quanto no contexto da Lei Anticorrupção. Almeja-se demonstrar diferenças entre o Acordo de Leniência da Lei do SBDC e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção. Salta aos olhos uma evidente inviabilidade de aplicação da mesma racionalidade para acordos que tutelam valores e bens jurídicos distintos, já que a Lei Anticorrupção trata da relação entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas em geral. Há a incidência de normas de Direito Público e Privado, em associação com a necessidade de harmonização de um microsistema anticorrupção já existente.

Na sequência do mesmo capítulo, faz-se uma análise das dificuldades enfrentadas na aplicação do instituto, como a coordenação de autoridades competentes para realizar o Acordo de Leniência, apesar do que dispõe a Lei Anticorrupção. São consolidadas as visões obtidas a partir das entrevistas de quatro agentes de Estado diretamente relacionados com os processos dos Acordos de Leniência da Lei nº 12.846/2013. São eles: o Ministro do Tribunal de Contas da União Benjamin Zymler, a Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia, o Procurador de Contas junto ao Tribunal de Contas da União Júlio Marcelo de Oliveira e o Auditor de Controle Externo e Diretor da Secretaria de Operações Especiais de Infraestrutura do Tribunal de Contas da União Nivaldo Dias Filho. As entrevistas consolidam e corroboram com a análise dos processos de Acordos de Leniência em curso na Administração e sobretudo contribuem para a formulação de proposições normativas que visem tornar o instituto eficaz e passível de ser firmado pelas pessoas jurídicas.

Nesse contexto, observa-se a tentativa frustrada de alteração legislativa da Lei através da Medida Provisória nº 703. Paralelamente, procede-se à análise do Projeto de Lei nº 5.208/2016, em curso na Câmara dos Deputados, como medida apta a eliminar os problemas decorrentes do tratamento impróprio dos Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção.

O Projeto de Lei também garante que os recursos advindos do processo administrativo sancionador sejam apropriadamente aproveitados pela sociedade, mediante a previsão detalhada da destinação dos recursos advindos das multas dos acordos, inclusive com o direcionamento de recursos para a composição de um Fundo Nacional de Combate à Corrupção que contemple instituições de ensino e pesquisa e órgãos que tenham por missão o combate à corrupção.

Verifica-se que o início da vigência da Lei Anticorrupção instaurou uma considerável insegurança jurídica em função da existência de diversas autoridades competentes – não contempladas pela Lei – para realizar os Acordos.

O terceiro capítulo trata da verificação da aplicação dos estudos realizados na pesquisa nos dois primeiros capítulos através de um *leading case* em torno do Acordo de Leniência da SBM Offshore, que realizou negociações para a assinatura de um Acordo de Leniência, porém sem sucesso. O primeiro Acordo de Leniência da indústria do petróleo realizado pelo Ministério Público Federal do Rio de Janeiro não foi homologado pela 5ª Câmara de Combate à Corrupção (5ª CCR) do Ministério Público Federal, cujas razões são expostas pela Subprocuradora Regional da República Mônica Nicida Garcia no parecer da 5ª Câmara de Revisão, o que expõe as fragilidades e a compreensão inadequada dos órgãos de controle sobre a funcionalidade do instituto.

1 A LEI ANTICORRUPÇÃO E OS ATOS ILÍCITOS PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em 1º de agosto de 2013 a Presidente da República sancionou a Lei Ordinária nº 12.846/2013, que foi publicada em 2 de agosto de 2013 e entrou em vigor cento e oitenta dias após sua publicação. A então intitulada Lei Anticorrupção¹, decorreu do Projeto de Lei (PL) nº 6.826/2010² proposto pela Controladoria Geral da União (CGU), Ministério de Justiça e Advocacia Geral da União, em 8 de fevereiro 2010, através da Mensagem nº 52/2010³, apresentando a Exposição de Motivos Interministerial (EMI) nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, de 23 de outubro de 2009. A EMI destaca que:

2. O anteprojeto tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos.

3. Sabe-se que a corrupção é um dos grandes males que afetam a sociedade. São notórios os custos políticos, sociais e econômicos que acarreta. Ela compromete a legitimidade política, enfraquece as instituições democráticas e os valores morais da sociedade, além de gerar um ambiente de insegurança no mercado econômico, comprometendo o crescimento econômico e afugentando novos investimentos. O controle da corrupção assume, portanto, papel fundamental no fortalecimento das instituições democráticas e na viabilização do crescimento econômico do país.

4. As lacunas aqui referidas são as pertinentes à ausência de meios específicos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas e obter efetivo ressarcimento dos prejuízos causados por atos que beneficiam ou interessam, direta ou indiretamente, a pessoa jurídica. Mostra-se também necessário ampliar as condutas puníveis, inclusive para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção.

Somente em junho de 2013, porém, a tramitação passou a ter prioridade na Câmara dos Deputados, e em 11 de julho de 2013 o PL nº 6.826/2010 foi encaminhado para sanção⁴.

¹ ZOCKUN, Maurício. **Comentários ao Art. 1º**, p. 15-21. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord). Lei Anticorrupção Comentada. Ed. Forum: Belo Horizonte, 2017. Maurício Zockun entende que seria manifestamente equivocado designar a Lei nº 12.846/2013 como Lei Anticorrupção, pois essa rotulação apequena o real conteúdo, sentido e alcance da norma. Para Zockun o nome mais apropriado seria Lei de Probidade Administrativa Empresarial, pois a lei exige que as pessoas jurídicas se relacionem com o Poder Público de modo reto, na amplitude e limitações por ela fixadas, com o que se concorda. A CGU entende que designá-la como Lei da Empresa Limpa seria o mais apropriado, por ser esse o objetivo final da Lei. Não obstante, segue-se a avaliação de Maurício Zockun e, apesar da falta de técnica da designação, com o propósito de facilitar a compreensão e a identificação da norma (mais conhecida e difundida como Lei Anticorrupção), a designação Lei Anticorrupção será utilizada para se referir à Lei nº 12.846/2013.

² PL disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em 15 dez. 2016.

³ Mensagem com a apresentação da exposição de motivos disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=Tramitacao-PL+6826/2010>. Acesso em 10 jan. 2016.

⁴ Designação da comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6826, de 2010, do Poder Executivo, que "dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira ou dá outras providências", disponível na página 316

A lei sancionada dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, ao longo de sete capítulos. Dentre as principais inovações trazidas pela Lei Anticorrupção, estão: (i) a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas; (ii) a previsão da existência de procedimentos internos de integridade, o *compliance*; (iii) a previsão da possibilidade de realização de acordo de leniência pelas pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações; (iv) a Controladoria-Geral da União como o órgão de controle interno competente para celebrar os Acordos de Leniência no âmbito do Poder Executivo Federal, e também para o caso de atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira; e (v) o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP. O diploma legal dispõe, todavia, de fragilidades que inclusive já ocasionaram o questionamento acerca da inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas.

É importante destacar que no texto original da Lei⁵ proposto pelo Poder Executivo não havia previsão de responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, assim como também não havia a previsão da realização de Acordo de Leniência. A ficha de tramitação⁶ do Projeto de Lei informa que o acordo de leniência é incluído pelo Relator do PL na Comissão Especial, cujo relatório⁷, no mérito, expõe o que segue:

O Brasil tem experimentado, nas últimas décadas, um período de transformação nas formas de fazer política e de fazer negócios que tem relação direta com o combate à corrupção. Existe uma clara decisão da sociedade – manifesta, por exemplo, em processos de “impeachment”, em cassação de mandatos e em legislação como a “Lei da Ficha Limpa” –, de romper com o círculo vicioso da corrupção e adotar um estilo de governo e de negócios orientado pela transparência.

De fato, o Brasil não está sozinho nesse propósito. Está em sintonia com semelhante esforço que se dá em escala global e regional. É nesse contexto que se deve apreciar o PL 6.826/10. Além de representar mais um passo para a transparência nas relações econômicas e políticas na sociedade brasileira, o PL 6.826/10 torna concretos os compromissos assumidos pelo Brasil em tratados internacionais antissuborno e anticorrupção, como as Convenções da ONU, da OCDE e da OEA. [...]

O PL 6.826/10 tem alcance maior do que o previsto em acordos internacionais anticorrupção, pois abrange a responsabilização de pessoas jurídicas, e não somente

do Diário da Câmara dos Deputados ano LXVIII nº144 e na página 12 a ata da sessão comunica o envio do PL 6.826 para a sanção Presidencial. Disponível em:

<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020130823001440000.PDF#page=28>>. Acesso em 10 jan. 2016.

⁵ O texto original da Lei Anticorrupção, o PL 6.826/2010, pode ser consultado em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8A82203158EDCC5E0452AE62BE5709FD.proposicoesWebExterno1?codteor=734764&filename=PL+6826/2010>. Acesso em 10 jan. 2016.

⁶ A ficha de tramitação do projeto de lei pode ser consultada em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em 10 jan. 2016.

⁷ O inteiro teor parecer do Relator do PL 6826, Deputado Carlos Zarattini, pode ser acessado em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8A82203158EDCC5E0452AE62BE5709FD.proposicoesWebExterno1?codteor=970659&filename=Tramitacao-PL+6826/2010>. Acesso em 10 jan. 2016.

empresas, por atos contra autoridades estrangeiras e nacionais. Por outro lado, o PL 6.826/10 é restrito a sanções cíveis e administrativas, apesar do modelo amplamente adotado no mundo incluir a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas por atos de suborno contra autoridades públicas.

Entretanto, a ausência de sanções criminais para o suborno transnacional é prevista nos tratados, o que concorre para a convencionalidade do PL 6.826/10. Para que os tratados sejam plenamente observados pelo Brasil, o que é indispensável é a existência de legislação que responsabilize pessoas jurídicas por atos de suborno de autoridades públicas, especialmente estrangeiras. Sanções civis e administrativas são, portanto, suficientes para que o Brasil passe a dar pleno cumprimento às suas obrigações pactuadas internacionalmente.

Assim, nas páginas 21 e 23 do parecer, o Relator do Projeto de Lei, ao informar sobre as alterações introduzidas em seu relatório, destaca que incluiu a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica como forma de afastar a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração e que incluiu um capítulo sobre Acordo de Leniência, semelhante ao previsto na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e aplicado pelo CADE.

Por fim, o parecer do Relator foi pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do Projeto de Lei nº 6.826, de 2010, e de todas as emendas apresentadas; pela adequação financeira e orçamentária dele, bem como de todas as emendas, por inexistência de impacto financeiro e orçamentário; e, no mérito, pela sua aprovação.

Nesse mesmo sentido, a Exposição de Motivo Interministerial também aponta a edição da Lei Anticorrupção como resposta a três compromissos assumidos pelo Brasil, no âmbito de Convenções Internacionais, que preveem a adoção de medidas contra a corrupção (responsabilizar pessoas jurídicas por atos de corrupção pública, por exemplo), ao ratificar: (i) a Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, de 1977 (Decreto nº 3.678, de 2000); (ii) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996 (Decreto nº 4.410, de 2002); e (iii) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003 (Decreto nº 5.687, de 2006)⁸.

Porquanto sejam louváveis os esforços no sentido da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública visando o combate à corrupção, é necessário que se faça uma análise detida sobre o diploma legal, se congruente com motivações sociais e jurídicas, para que sua aplicação possa se realizar com a superação das ilegalidades, ou mesmo das inconstitucionalidades nele identificadas⁹.

⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 58. As variáveis influenciadas e que podem influenciar as estruturas não são mais apenas as econômicas, mas sim – e talvez principalmente – as jurídicas.

Como o sistema jurídico é o conjunto de regras e de princípios que se instituem e se adotam para regular todo o corpo de leis da República para a sociedade¹⁰, é importante que a Lei discipline o que se propõe, de forma a evitar insegurança jurídica – princípio constitucional que deve ser perseguido para a paz social – das pessoas jurídicas em geral e, em especial, das sociedades empresárias. Portanto, além do questionamento da adequação da responsabilização das pessoas jurídicas previstas na LAC, merece destaque o estudo criterioso do Acordo de Leniência, diante da detecção de diversas disfunções relativas à sua efetividade.

1.1 A Lei Anticorrupção

A Lei nº 12.846, de 2013, a Lei Anticorrupção, estabelece a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas que praticam atos ilícitos contra a Administração Pública nacional e estrangeira. A norma alcança todas as sociedades empresárias e simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, nos exatos termos da previsão do seu art. 1º e parágrafo único¹¹.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a corrupção é a antítese da democracia e tem o efeito deletério de propiciar a apropriação privada de recursos públicos que poderiam ser investidos na realização de inúmeras políticas funcionalizadoras de direitos fundamentais: “Fundamentalmente, na prestação dos serviços de saúde, educação, segurança, transporte, alimentação e moradia. Em suma, contraria os objetivos de uma sociedade independente, justa, livre e solidária, que persegue o seu desenvolvimento”¹².

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 220. Para Calixto Salomão, “a sociedade que vemos é uma representação de valores sociais democraticamente estabelecidos.”

¹¹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas**. Revista Fórum Administrativo, n. 156, 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et

Relativamente ao bem jurídico tutelado, a Lei nº 12.846/2013 garante a proteção do interesse público¹³ – bem e patrimônio públicos –, assim como a proteção do sistema econômico, da livre iniciativa e da concorrência¹⁴.

Quanto à inovação legislativa acerca do estabelecimento de programas de integridade, conforme preleciona Benjamin Zymler¹⁵, a Lei Anticorrupção transferiu para o regulamento, o Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015, a definição dos parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos dos programas de integridade das pessoas jurídicas.

Conforme preleciona Calixto Salomão filho, acerca da análise estruturalista do interesse social, é inegável que existem interesses que não podem ser resolvidos internamente, *per se*. Em muitos casos é até positivo para esses interesses que a mediação entre eles e o interesse social se faça por via legislativa ou regulamentar.¹⁶

Os atos de corrupção demonstram a clara confusão entre o público e o privado, bem como a relação promíscua entre o Estado e as sociedades empresárias, daí a relevância do assunto. Contudo, se o tema é importante, a Lei Anticorrupção tem suscitado polêmicas e dúvidas quanto à aplicação e aos contornos jurídicos de alguns institutos, sobretudo quanto ao Acordo de Leniência.

1.1.2 O fundamento constitucional da Lei Anticorrupção

A corrupção, ao propiciar a apropriação privada de recursos públicos que deveriam ser investidos na prossecução de políticas funcionalizadoras de direitos fundamentais, viola

al_Lei-Anticorrupcao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017 p. 1.

¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 207. Para Calixto Salomão Filho, “A definição de interesse público é multifacetada – ora política, ora econômica –, não permitindo que a mesma seja colocada em termos precisos. Aliás, a experiência prática põe em sérias dúvidas a existência de um conceito – verdadeiro e coerente – de interesse público para fins de intervenção do Estado na economia.”

¹⁴ ALBURQUEQUE, Ana Claudia de Paula. **Aspectos da responsabilização administrativa da pessoa jurídica na lei 12.846/13**. 2016. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 97-98.

¹⁵ ZYMLER, Benjamin. DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 141-143.

¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 172.

frontalmente os objetivos do art. 3º, incisos I, II, III e IV, da Constituição¹⁷ e, em última análise, ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁸.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a Constituição da República prevê um rol de dispositivos que visam assegurar a moralidade administrativa¹⁹, princípio que informa vários institutos atinentes ao controle da Administração Pública e que embasa o desempenho ético dos agentes públicos e administrativos. O que pretendeu o constituinte foi exatamente coibir a imoralidade no âmbito da Administração²⁰.

Nessa seara, faz-se necessário tecer algumas considerações adicionais, pois a análise que se faz é de que a Lei Anticorrupção, além de encontrar fundamento no princípio da moralidade administrativa e nos princípios fundamentais, também encontra fundamento direto no art. 173, §5º, da CR²¹, especificamente em relação à responsabilização, ao dispor que a lei estabelecerá a responsabilidade das pessoas jurídicas, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Adicionalmente, quanto à competência da União para a edição da Lei, aponta-se o art. 22, incisos I e XXVII da CR²², pois cabe à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, dentre outros, e ainda trata de normas gerais de licitação e contratação para a

¹⁷ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas**. Revista Fórum Administrativo, n. 156, 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017, p. 4 e 5.

¹⁹ Art. 37, caput; Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; art. 5º, LXXIII: Art. 5º [...] LXXIII - Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; art. 85, V: Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] V - a probidade na administração; e o 37, §4º

²⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 19.

²¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

²² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (neste último caso, regulamentando o art. 37, XXI da CR²³ que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública).

Há em curso uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 5261²⁴, ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL) para questionar os artigos 1° e 2° e parágrafo 1° do art. 3° da Lei n° 12.846, sob o fundamento de que tais artigos introduziram mudanças substanciais na Lei, com alterações que afetam as competências constitucionais de órgãos de controle e de representação da pessoa jurídica do ente da Federação; frise-se que para o autor da ação a teoria do risco integral viola garantias constitucionais.

A ADI se insurge no Supremo Tribunal Federal contra os mencionados dispositivos, por considerar inconstitucional a responsabilidade objetiva, que passou a ser imputada às sociedades empresárias, nos casos previstos pela LAC. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁵, o PSL afirma que a medida violou os princípios da segurança jurídica e da não transcendência da pena²⁶ (art. 5°, inciso 45), ao adotar a teoria do risco integral, e também que violou os mandamentos constitucionais relativos ao devido processo legal (art. 5°, inciso 54).

No entanto, a Procuradoria-Geral da República (PGR) exarou parecer pela improcedência da ADI, sustentando que a Constituição da República (art. 173, parágrafo 5°) permite a imputação de responsabilidade a pessoas jurídicas, independentemente da responsabilização de seus dirigentes, e que a obrigação imposta pela Lei Anticorrupção tem o apoio de diversos princípios constitucionais, tais como o da probidade administrativa, o da moralidade, o da razoabilidade, o da proporcionalidade e o da função social da propriedade.

A Lei n° 12.846/2013 consubstancia instrumento que visa rechaçar a corrupção e preservar o patrimônio público, atendendo a compromissos internacionais firmados pelo

²³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

²⁴ A ADI pode ser consultada no STF em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4730342>>. Acesso em 20 jun. 2017.

²⁵ A petição Inicial da ADI é o documento n° 2 da ADI pode ser consultada no STF em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4730342>>. Acesso em 20 jun. 2017. O relator da ADI 5.261 é o ministro Marco Aurélio Mello.

²⁶ O princípio da intranscendência de penas guarda correlação com sanções de natureza criminal.

Brasil, e impõe a pessoas jurídicas responsabilização, autônoma em relação à de seus dirigentes, de índole cível e administrativa.

Quanto à responsabilização objetiva, a PGR sustenta²⁷ a constitucionalidade das disposições da LAC diante da assunção de compromissos internacionais pelo Brasil:

A Lei 12.846/2013 consubstancia instrumento que visa a rechaçar corrupção e preservar o patrimônio público, em cumprimento à Constituição e a compromissos internacionais contraídos pelo Brasil. Encontra fundamento de validade nos princípios constitucionais da probidade administrativa (arts. 5º, LXXIII, e 37, § 4º); da moralidade (art. 37, caput); da razoabilidade e proporcionalidade (art. 5º, LIV); da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III) e do regime republicano (art. 5º, caput). Desse modo, improcede o pedido, pois a Lei 12.846/2013 não contraria o texto constitucional, mas lhe dá concretude e efetividade e mostra-se imprescindível a exigências sociais e à consolidação de compromissos internacionais do Brasil.

Por fim, em convergência com o entendimento de Jorge Munhós de Souza, depreende-se que a Lei 12.846/2013 não integra o âmbito do Direito Penal, contudo dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos de corrupção e suborno contra a Administração, inserindo-se declaradamente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador²⁸.

1.1.3 O sistema internacional de combate à corrupção e aos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública

A integração do Estado aos sistemas de governança global permite que as ordens jurídicas nacionais passem a se articular com esferas sobrepostas de normatividade estatal, de maneira que a esfera jurídica em que se desenvolve a Administração Pública deixa de circunscrever exclusivamente a concretização das ordens jurídicas nacionais, conforme destaca Marilda Rosado²⁹:

O conceito de direito administrativo global surge da percepção de que os sistemas de governança global podem ser compreendidos, em ampla escala, como um sistema administrativo, cujas funções se desenvolvem globalmente através de uma malha de

²⁷ A manifestação da PGR é o documento nº 41 da ADI e pode ser consultada no STF em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4730342>>. Acesso em 20 jun. 2017.

²⁸ SOUZA, Jorge Munhós de. **Responsabilização administrativa na lei anticorrupção**. In: SOUZA & QUEIROZ. Lei Anticorrupção. p. 37-40.

²⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. **Regulação dos investimentos estrangeiros e a governança global**. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.), VOLPON, Fernanda Torres (Colab.). Governança global. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 11.

cooperação entre instituições de naturezas e de níveis diferentes, as quais exercem a regulação através de uma variedade de instrumentos, ainda que de caráter não vinculante. Nesse sentido, a multiplicidade de instituições regulatórias e de entidades reguladas caracteriza um espaço administrativo global, pressuposto de existência para o direito administrativo global.

Vale frisar que a preocupação com a adoção de mecanismos internacionais de monitoramento e de combate à corrupção encontra-se intimamente ligada à regulação dos mercados e dos investimentos estrangeiros, principalmente em razão da assinatura de acordos de investimento que demandam garantias de interação dos agentes de mercado em igualdade de condições³⁰. Sobre a Lei Anticorrupção brasileira, avalia a autora:

Merece atenção o estudo da Lei 12.846/2013, que entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014, a qual pode ser considerada como uma resposta do Brasil aos compromissos de combate à corrupção internacionalmente assumidos pelas Convenções da Organização das Nações Unidas, da Organização dos Estados Americanos e da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. A mencionada lei brasileira tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico brasileiro no que se refere à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos em face da Administração Pública nacional ou estrangeira, principalmente no que se refere a atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos. Era necessário criar mecanismos efetivos e específicos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas, a fim de obter o ressarcimento dos prejuízos causados pela corrupção.³¹

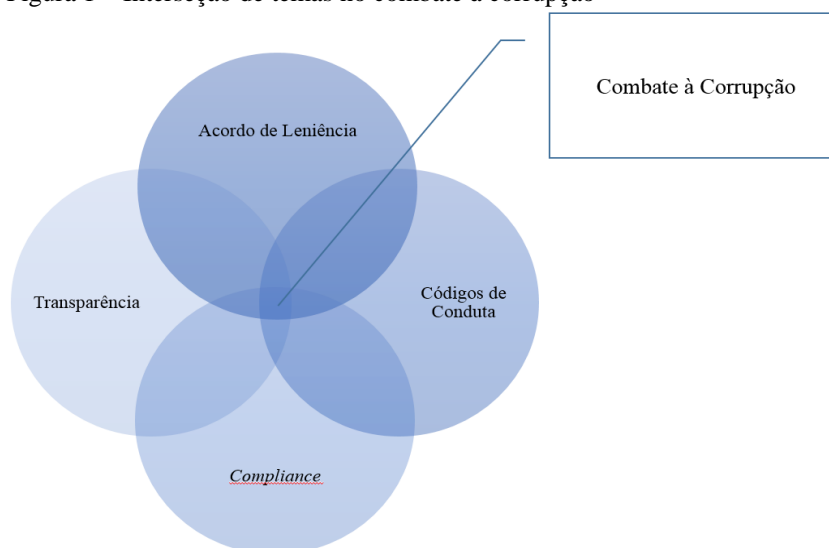
Em seminário da UERJ realizado no dia 14 de abril de 2016, Marilda Rosado proferiu palestra³² em mesa de debate sobre os riscos e as oportunidades dos acordos de leniência sob a ótica do controle público e das convenções internacionais. Expôs ter o acordo como objetivo a vinculação de pessoas que participem ou que tenham participado da prática de delitos, com a finalidade da privação do produto do delito e a sua recuperação, desde que seja prestada informação útil para fins investigativos e probatórios; e para demonstrar como o combate à corrupção está na interseção de variados temas, como a transparência, o *compliance*, os códigos de conduta e os acordos de leniência, em âmbito internacional, apresentou o gráfico seguinte:

³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 28. O autor analisa que a “Função central do funcionamento do sistema econômico é, então, garantir a interação dos agentes de mercado em igualdade de condições”.

³¹ *Ibidem*, p. 26

³² Seminário sobre Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção, 2016, Rio de Janeiro. Riscos e oportunidades dos acordos de leniência sob a ótica do controle público e das convenções internacionais. Anais do evento disponível em DVD. TCE-RJ. O seminário foi integralmente filmado e está disponível em DVD na biblioteca do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Figura 1 – Interseção de temas no combate à corrupção



Fonte: A Autora, 2017.

Rosado destaca, ainda, que há transcendência internacional no histórico da regulação de combate à corrupção; que o termo corrupção não dispõe de um conceito definido diante do seu amplo tratamento; e que nos tratados internacionais *corruption is the abuse of entrusted power for private gain*³³.

Quadro 1 – Índice de percepção da corrupção

CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2017

2017 Rank	Country	2017 Score	2016 Score	2015 Score	2014 Score	2013 Score	2012 Score	Region
91	Guyana	38	34	29	30	27	28	Americas
91	Sri Lanka	38	36	37	38	37	40	Asia Pacific
91	Timor-Leste	38	35	28	28	30	33	Asia Pacific
96	Brazil	37	40	38	43	42	43	Americas
96	Colombia	37	37	37	37	36	36	Americas
96	Indonesia	37	37	36	34	32	32	Asia Pacific
96	Panama	37	38	39	37	35	38	Americas
96	Peru	37	35	36	38	38	38	Americas
96	Thailand	37	35	38	38	35	37	Asia Pacific
96	Zambia	37	38	38	38	38	37	Sub Saharan Africa
103	Bahrain	36	43	51	49	48	51	Middle East and North Africa
103	Côte d'Ivoire	36	34	32	32	27	29	Sub Saharan Africa
103	Mongolia	36	38	39	39	38	36	Asia Pacific
103	Tanzania	36	32	30	31	33	35	Sub Saharan Africa

Fonte: Transparência Internacional, 2017³⁴.

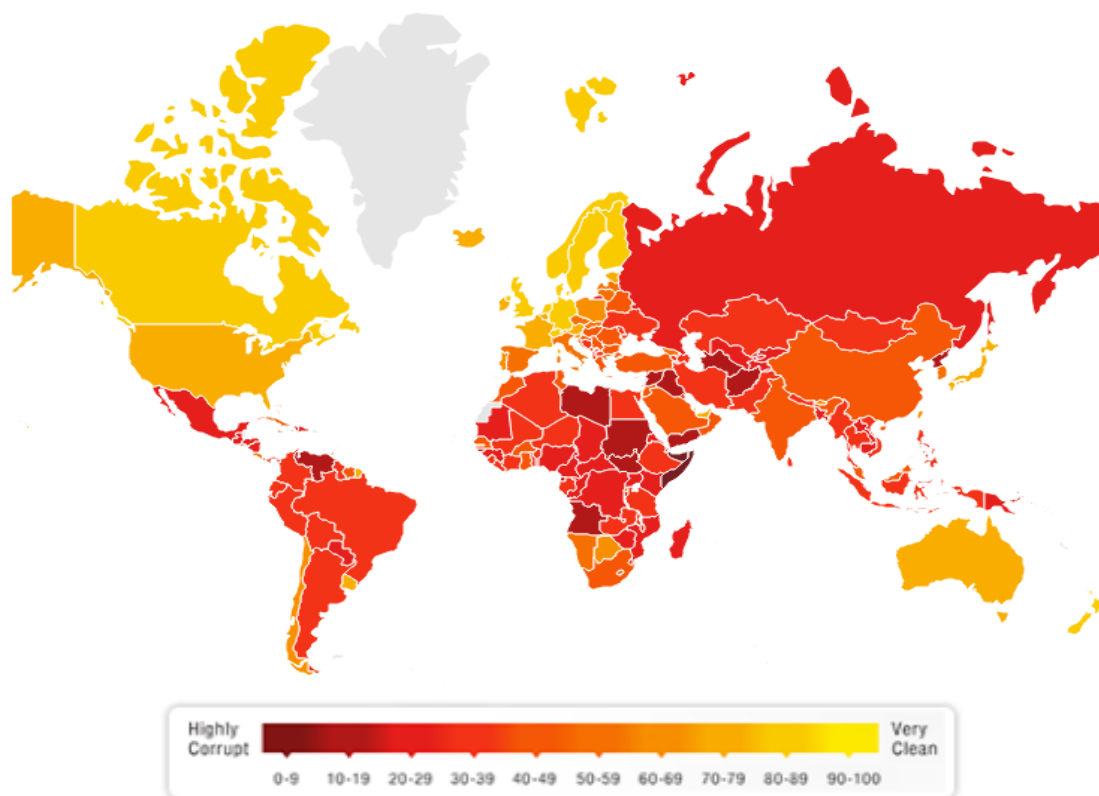
³³ Em uma tradução livre: “A corrupção é o abuso de poder/confiança para ganhos privados”.

³⁴ Disponível em: < https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em 11 dez. 2017.

A posição do Brasil no Quadro 1 acima, sobre o *ranking* do índice de percepção da corrupção, elaborado pela Transparência Internacional, demonstra que o Brasil está na posição 96 em um *ranking* que lista 180 países, em que as primeiras posições são ocupadas pelos menos corruptos.

Relatório Econômico da OCDE sobre o Brasil enfatiza que práticas de corrupção fazem com que os recursos públicos sejam desperdiçados e exacerbam as desigualdades de renda, ao permitir que servidores públicos e sociedades empresárias desviem os recursos do contribuinte. Salaria o relatório que o aperfeiçoamento da transparência e da responsabilização são fundamentais para abordar as causas enraizadas da corrupção. As regras relativas à imparcialidade nas contratações públicas poderiam ser otimizadas e fortalecidas. Uma boa proposta fornecida é a do uso obrigatório de órgãos de compra centralizados, que estão menos propensos à corrupção³⁵.

Figura 2 – Mapa do Índice de percepção da corrupção



Fonte: Transparência Internacional, 2017³⁶.

³⁵ OCDE. Relatórios Econômicos OCDE: Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018, p. 35.

³⁶ Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em 11 dez. 2017.

Os dados sobre corrupção fornecidos pela Transparência Internacional deixam claro que a corrupção é um fenômeno mundial e é possível detectá-la em diversos países, dado que pode ser depreendido de uma análise do mapa do Índice de Percepção da Corrupção ou *Corruption Perceptions Index* (CPI)³⁷, anteriormente reproduzido. Quanto maior é o CPI, menor é o nível de corrupção.

A palavra corrupção denota, dentre as diversas acepções possíveis³⁸: (i) deterioração, (ii) suborno e (iii) disposição apresentada por funcionário público de agir em interesse próprio ou de outrem, não cumprindo com suas funções e prejudicando o andamento do trabalho. Segundo Marcos Fernandes Gonçalves da Silva, há um denominador comum nos muitos sentidos que podem ser atribuídos à palavra corrupção: ela envolve a interação entre pelo menos dois indivíduos ou grupos de indivíduos que corrompem ou são corrompidos, e essa relação implica uma transferência de renda que se dá fora das regras do jogo econômico ou político-legal *stricto sensu*³⁹.

Relatório da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo⁴⁰ aponta que, no setor privado, a corrupção é o segundo maior obstáculo ao desenvolvimento empresarial, sendo superada apenas pela elevada carga tributária. Esse estudo concluiu que o custo médio da corrupção no Brasil é estimado entre 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto⁴¹ (PIB), isto é, de R\$ 90,472 bilhões a R\$ 150,788 bilhões (em reais de 2017). Essa estimativa do custo da corrupção evidencia a ineficiência econômica e o quanto de investimentos públicos socialmente importantes deixou de ser realizado, notadamente nas áreas de saúde e educação.

No que se refere especificamente à corrupção na indústria do petróleo no Brasil e no mundo, nota-se uma condição de corrupção estrutural⁴² pelo menos desde a promulgação do *Sherman Act*⁴³ e do primeiro conhecido caso de truste norte-americano, o da *Standard Oil*⁴⁴,

³⁷ O mapa do índice de percepção da corrupção está disponível em:

<https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em 5 jan. 2018.

³⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

³⁹ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da Corrupção**. Transparência Brasil. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2017.

⁴⁰ FIESP. **Relatório. Corrupção: Custos Econômicos e propostas de combate**. DECOMTEC, 2010.

Disponível em: <<file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/custo-economico-da-corrupcao-final.pdf>>, p. 7. Acesso em 20 dez. 2017.

⁴¹ O PIB brasileiro de 2017 foi de R\$ 6,556 trilhões, nos termos da nota para a imprensa do dia 28 de fevereiro de 2018, expedida pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/notecon3-p.asp>>. Acesso em 20 mar. 2018.

⁴² ALMEIDA, Edmar de. **Estão dadas as condições para a retomada do setor de petróleo e gás no Brasil?** Boletim INFOPETRO Petróleo & Gás Brasil. Análise de Conjuntura das indústrias de petróleo e Gás. Ano 17. n.1, p. 3-6, mar./abr. 2017. Disponível em: <<file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/BOLETIM%20INFORMOPETRO%20PETR%C3%93LEO%20&%20G%C3%81S%20BRASIL.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2018.

⁴³ O *Sherman Act*, norma promulgada nos Estados Unidos em 1890 representa para muitos o ponto de partida do

que por muitos anos controlou a indústria do petróleo sob a administração de John D. Rockefeller⁴⁵.

Marcelo Colomer analisa que, ao longo da história, foram inúmeros os casos de corrupção envolvendo companhias de petróleo. O autor afirma que desde as negociações dos campos petrolíferos da antiga Pérsia, na década de 30, até os recentes casos de corrupção envolvendo a Petrobras, a relação entre as sociedades de petróleo e os estados nacionais esteve sempre vulnerável a práticas pouco transparentes⁴⁶.

Por essa razão, conclui o autor que a corrupção na indústria do petróleo não é um fenômeno contemporâneo e nem exclusivo dos países em desenvolvimento ou das empresas estatais, o estudo das relações entre o público e o privado na indústria de petróleo desponta como uma importante agenda de pesquisa. Por fim, enfatiza:

Vários modelos teóricos foram desenvolvidos para tentar explicar a corrupção como fenômeno estrutural. Harstad e Svensson (2011) apresentam um modelo teórico em que mostram que as empresas subornam e atuam na prática de lobby a fim de influenciar o desenvolvimento do arcabouço regulatório em seu favor. De modo semelhante, Fredriksson et al. (2004) mostra que quanto mais frequente a prática de corrupção menos restritiva é a política energética do país. Outras correntes teóricas destacam o nexos entre a corrupção, regulação e lobby. Bjertnaes e Faehn (2008) afirmam que a probabilidade de ocorrência de práticas de corrupção aumenta significativamente na indústria de petróleo e gás, já que o setor envolve elevados investimentos e frequentes interações com funcionários do governo.⁴⁷

Paasha Mahdavi realizou um levantamento de dados que mostra que de cento e quarenta e três processos movidos pela *Securities and Exchange Commission* (SEC) e o Departamento de Justiça americano (DOJ) com base na *Foreign Corrupt Practices Act*⁴⁸

estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico, segundo Paula Forgioni. O diploma visava corrigir distorções pela excessiva concentração de capital. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 65 e 70.

⁴⁴ *Standard Oil Company*, fundada em 2 de janeiro de 1882, foi uma das maiores companhias de petróleo e querosene dos Estados Unidos e obteve o controle quase total do refino e comercialização de petróleo no país por quase um século, com o controle de 95% de todo o setor petrolífero dos Estados Unidos. Em 1992 a *Standard Oil* passou a denominar-se Esso.

⁴⁵ Disponível em: <<http://petroleo.coppe.ufrj.br/historia-do-petroleo/>>. Acesso em 19 mar. 2018.

⁴⁶ COLOMER, Marcelo. **Corrupção na Indústria do Petróleo: Um caso isolado ou fenômeno estrutural**. Boletim INFOPETRO Petróleo & Gás Brasil. Análise de Conjuntura das indústrias de petróleo e Gás. Ano 17. n.1, p. 22, mar./abr. 2017. Disponível em: <<file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/BOLETIM%20INFORPETRO%20PETR%C3%93LEO%20&%20G%C3%81S%20BRAS IL.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2018.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁸ Legislação dos Estados Unidos, de 1977, promulgada em decorrência de escândalos envolvendo sociedades americanas e autoridades no exterior.

FCPA), de 1977 a 2013, quarenta e um envolveram suborno em contratos da indústria de óleo e gás. Foram identificados casos em trinta e nove países produtores de petróleo⁴⁹.

Para Mahdavi, países em que empresas estatais têm autoridade regulatória que envolva a adjudicação de contratos para direitos de perfuração, assim como companhias de supervisão envolvidas na exploração e produção, na supervisão de pagamentos de impostos, taxas e royalties para o governo, entre outras responsabilidades, têm maior oportunidades para incidência de corrupção em comparação com países que não têm poderes regulatórios⁵⁰.

Merece destaque o fato de que estão sob investigação da SEC vinte e oito sociedades do setor de petróleo e gás por violações a FCPA. Sete são companhias de exploração e produção de petróleo e gás e vinte e uma são sociedades de serviços de petróleo e gás, sendo que treze delas mencionaram o Brasil em suas divulgações. Sete mencionaram Unaoil. Seis delas divulgaram pela primeira vez investigações relacionadas a FCPA em 2017⁵¹.

Importante observar a conclusão de Monica Nicida Garcia acerca do que é preciso para atingir os objetivos almejados pelas convenções que visam a prevenção e o combate à corrupção. Para a autora, o primeiro passo é o estabelecimento e o aperfeiçoamento de uma legislação cuja aplicação eficaz depende de uma intensa cooperação internacional. Com efeito, ao analisar o caráter eminentemente programático das convenções, expõe⁵²:

Não obstante a maior parte das disposições das convenções seja programática, há algumas que são desde logo aplicáveis, valendo lembrar que, no Brasil, os tratados e convenções internacionais, após sua promulgação, têm *status* de lei, exceto aqueles relativos aos direitos humanos que, por força das modificações trazidas pela EC n° 45/2004, têm *status* de emenda constitucional (art. 5° , § 3°, da CF). Apesar de toda imbricação com os direitos humanos, o fato é que as convenções contra a corrupção não tratam propriamente de direitos humanos, de tal forma que não parece ser possível das a elas *status* de emenda constitucional.

Em razão da importância de se examinar a harmonização do sistema anticorrupção do Brasil em um contexto global, passa-se para uma breve análise dos compromissos internacionais que antecederam a Lei Anticorrupção, tendo em vista tornar possível a compreensão dos esforços realizados pelo país na internalização de mecanismos de combate à corrupção.

⁴⁹ MAHDAVI, Paasha. **Institutions and the ‘resource curse’: Evidence from cases of oil-related bribery.** September, 2017. Disponível em: <<http://paashamahdavi.com/NOC-bribery-sep2017.pdf>>, p. 14. Acesso em 20 mar. 2018.

⁵⁰ Ibidem, p. 7.

⁵¹ Disponível em: <<http://www.fcablog.com/blog/2018/1/11/corporate-investigations-list-includes-28-companies-from-the.html>>. Acesso em 20/mar. 2018.

⁵² GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 335-336.

1.1.3.1 *The Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*

Apesar de a Lei Anticorrupção brasileira decorrer da necessidade do cumprimento de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em três convenções internacionais (delineando um breve histórico que será exposto adiante), é importante destacar que o combate à corrupção internacional já havia sido positivado nos Estados Unidos em 1977 através de cláusulas antissuborno e de livros e registros contábeis da Lei Americana Anticorrupção no Exterior. A SEC e o Departamento de Justiça são responsáveis em conjunto pelo cumprimento da FCPA⁵³.

A Lei criou uma estrutura administrativa para combater a prática de corrupção em transações comerciais internacionais e submeteu pessoas e sociedades americanas a sanções cíveis, administrativas e penais por atos de corrupção no poder público estrangeiro.

As sanções para violações da FCPA podem ser significativas. A SEC pode intentar ações de execução civil contra emissores e seus executivos, diretores, empregados, acionistas e agentes por violações das disposições antissuborno ou contábeis da FCPA. Sociedades e indivíduos que cometeram violações da FCPA podem entregar seus ganhos ilícitos, pagar juros prévios e penalidades civis substanciais, além da possibilidade de sujeição das sociedades à supervisão de um consultor independente.

Até a promulgação da Lei, não havia um consenso internacional quanto à ilegalidade da corrupção internacional. Em 1977, mais de 400 (quatrocentas) companhias norte-americanas admitiram à *Securities and Exchange Commission* (SEC) ter realizado pagamentos questionáveis ou ilegais para oficiais de governo, políticos ou partidos políticos estrangeiros, segundo o texto de explicação da lei publicado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ). A urgência de criação de um mecanismo de combate aos desvios de conduta no mercado em relação aos agentes do estado ganhou forma na atividade do Congresso estadunidense para aprovar a FCPA, conforme adiante se reproduz, aludindo também à necessidade de negociar um tratado internacional:

Congress viewed passage of the FCPA as critical to stopping corporate bribery, which had tarnished the image of U.S. businesses, impaired public confidence in the financial integrity of U.S. companies, and hampered the efficient functioning of the markets. As Congress recognized when it passed the FCPA, corruption imposes enormous costs both at home and abroad, leading to market inefficiencies and

⁵³ Lei Norte-Americana Anticorrupção promulgada pelo Congresso dos EUA em 1977 destinada a criar sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional, cuja versão Português se encontra disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2017.

instability, sub-standard products, and an unfair playing field for honest businesses. By enacting a strong foreign bribery statute, Congress sought to minimize these destructive effects and help companies resist corrupt demands, while addressing the destructive foreign policy ramifications of transnational bribery. The Act also prohibited off-the-books accounting through provisions designed to “strengthen the accuracy of the corporate books and records and the reliability of the audit process which constitute the foundations of our system of corporate disclosure.” In 1988, Congress amended the FCPA to add two affirmative defenses: (1) the local law defense; and (2) the reasonable and bona fide promotional expense defense. Congress also requested that the President negotiate an international treaty with members of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) to prohibit bribery in international business transactions by many of the United States’ major trading partners.¹⁸ Subsequent negotiations at the OECD culminated in the Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions (Anti-Bribery Convention), which, among other things, required parties to make it a crime to bribe foreign officials.⁵⁴

Em 1998, o presidente dos Estados Unidos declarou que a Convenção da OCDE representava o resultado de muitos anos de esforço diplomático e que, nos termos da Convenção, os principais concorrentes seriam obrigados a criminalizar o suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais. Ressaltou que os signatários existentes já representavam um grande percentual da contratação internacional, mas também haveria um programa de divulgação ativa para encorajar outras nações a se tornarem partes desse importante instrumento. Por fim, afirmou que os Estados Unidos da América pretendiam trabalhar diligentemente, por meio do processo de monitoramento a ser estabelecido pela a OCDE, para assegurar que a Convenção fosse amplamente ratificada e plenamente implementada⁵⁵.

Dentro do contexto do processo de monitoramento, Marilda Rosado frisa que não há arcabouço formal para que organismos externos possam monitorar a observância do código de

⁵⁴ Em tradução livre: “O Congresso aprovou a FCPA como importante medida contra o suborno corporativo, que manchou a imagem das companhias dos EUA, prejudicou a confiança pública na sua integridade financeira e prejudicou o funcionamento eficiente dos mercados. Como o Congresso reconheceu quando promulgou a FCPA, a corrupção impõe enormes custos tanto no país como no exterior, levando a ineficiências e instabilidade no mercado, produtos inferiores e mercado hostil para empresas honestas. Ao promulgar um forte estatuto de suborno estrangeiro, o Congresso procurou minimizar esses efeitos destrutivos e ajudar as companhias a resistir às demandas corruptas, ao mesmo tempo em que aborda as ramificações destrutivas da política externa do suborno transnacional. A lei também proíbe a contabilidade fora do livro contábil através de disposições destinadas a “fortalecer a precisão dos livros e registros corporativos e a confiabilidade do processo de auditoria que constituem os alicerces do nosso sistema de divulgação corporativa”. Em 1988, o Congresso alterou a FCPA para adicionar duas defesas afirmativas: (1) a proteção da lei local; e (2) a defesa de despesas promocionais à razoabilidade e à boa-fé. O Congresso também pediu que o Presidente negociasse um tratado internacional com membros da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para proibir o suborno em transações comerciais internacionais por muitos dos principais parceiros comerciais dos Estados Unidos. As negociações subsequentes na OCDE culminaram na Convenção sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção Antissuborno), que, entre outras coisas, exigia que as partes criassem crime para subornar funcionários estrangeiros.”

⁵⁵ Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/signing.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2018.

conduta pelas sociedades, o que se traduz em uma tentativa opaca de promoção e de aplicação dos Direitos Humanos no âmbito das sociedades empresariais⁵⁶.

Nesse sentido, a autora observa que as transnacionais também estão sujeitas ao efeito extraterritorial dos países onde a matriz se encontra instalada⁵⁷. Exemplifica, assim, esses esforços através do *Bribery Act* da Inglaterra, de 2010, e do *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, que se caracterizam como legislação de combate à corrupção.

A partir de então, passou a existir uma especificação das práticas comerciais proibidas a emissores de valores mobiliários registrados no exterior como conduta punível e passível de sanção pela FCPA. Outrossim, após esforços diplomáticos, ocorreu a ratificação e a entrada em vigor da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE.

1.1.3.2 *U.K Bribery Act*

A *U.K. Bribery Act*⁵⁸ foi aprovada em 8 de abril de 2010 e entrou em vigor em 1º de julho de 2011. A Lei é a norma anticorrupção do Reino Unido (constituído⁵⁹ por Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte), representa uma mudança significativa na legislação desse país na área empresarial e foi introduzida parcialmente em resposta à pressão da OCDE, certamente em função da crítica internacional sobre a insuficiente previsão da legislação do Reino Unido sobre o combate à corrupção naquele contexto.

A *U.K Bribery Act* é vista de maneira mais ampla como uma das leis anticorrupção mais rígidas do mundo. A Lei descreve quatro crimes principais, que estão resumidos⁶⁰: (i) *offences of bribing another person*, que é o suborno ativo (*section 1*), traduz-se em oferecer, prometer ou dar propina; (ii) *offences relating to being bribed*, que é o suborno passivo (*section 2*), traduz-se em solicitar, concordar em receber ou aceitar propina; (iii) *bribery of a*

⁵⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 105.

⁵⁷ LOW, Lucinda A.; SPRANGE, Thomas K.; BARUTCISK, Milos. **Global anti-corruption standard and enforcement: implications for energy companies**. *Journal of World Energy Law & Business*, v. 3, n. 2, jul. 2010, p. 166-213 apud RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 105.

⁵⁸ GUIDANCE. The Bribery Act 2010 – Guidance. Disponível em:

<<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁵⁹ Informação sobre o Reino Unido disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/unitedkingdom_pt>.

⁶⁰ O texto do Bribery Act está disponível em:

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

foreign public officials, que é o suborno ativo a funcionário público estrangeiro (*section 6*); e (iv) *failure of commercial organisations to prevent bribery*, que é a contravenção corporativa de falha na prevenção de suborno (*section 7*), em que a responsabilidade decorre da ação de uma pessoa agindo para ou em nome de uma corporação e que paga o suborno.

Quanto às penalidades (*section 11*) há as seguintes previsões: (i) para as sociedades empresariais, há a previsão de uma multa ilimitada (a ser definida pelo tribunal); (ii) para as pessoas físicas, estão sujeitas a pena de prisão por até 10 anos, além de multa ilimitada (a ser definida pelo tribunal), ou ambas; (iii) para os diretores das sociedades, estão sujeitos a processos de impedimentos, o que pode ensejar uma proibição de atuar como diretor por até 15 anos; (iv) para os empreiteiros públicos, há a possível exclusão de contratos públicos. Embora não estipuladas na Lei, as consequências colaterais para uma organização comercial poderiam envolver danos severos à reputação por meio de cobertura negativa da imprensa, bem como a descontinuidade da empresa.

O órgão responsável pela investigação e aplicação do *UK Bribery Act* é o *Serious Fraud Office*⁶¹ (SFO), que integra o sistema de justiça criminal do Reino Unido. Frise-se que a condenação pode levar organizações a serem colocadas em listas restritivas de participação de ofertas para determinados tipos de atividades. No caso de indivíduos, as consequências poderiam envolver ações disciplinares e/ou demissões.

1.1.3.3 Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)

Um regime internacional de combate ao financiamento do terrorismo, ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro surgiu com vistas a impedir que o resultado de atividades criminosas fosse introduzido no fluxo financeiro da economia formal dos estados nacionais. Para tanto, em 1989 foi criado o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) ou *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FATF) na reunião dos sete países mais ricos do mundo, o G7 (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Alemanha, Itália, Japão e França), em Paris⁶². Assim, o GAFI nasceu como instrumento de consecução de objetivos de política externa dos países desenvolvidos. Em 1991, na reunião do G-7, em Londres, houve a

⁶¹ Disponível em: <<https://www.sfo.gov.uk/about-us/>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

⁶² Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/about/historyofthefatf/>>. Acesso em 22 dez. 2017.

determinação de que o GAFI ficaria sediado na OCDE, em Paris, para o aproveitamento do seu secretariado e da sua infraestrutura⁶³.

O GAFI é definido pelo Conselho de Controle de Atividades Financeira (COAF)⁶⁴ como organismo elaborador de políticas que atua com a finalidade de gerar a vontade política necessária para realizar reformas legislativas e regulatórias. Para cumprir seus objetivos, o GAFI, em abril de 1990, menos de um ano após a sua criação, emitiu um relatório contendo um conjunto de quarenta recomendações que visavam fornecer um plano de ação abrangente contra a lavagem de dinheiro.

Em outubro de 2001 o GAFI emitiu oito recomendações especiais para lidar com a questão do financiamento do terrorismo, e em outubro de 2004 publicou uma nona recomendação especial, fortalecendo os padrões internacionais acordados para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

Em 25 de junho de 2010, o GAFI elaborou um relatório detalhado e um sumário executivo sobre o Brasil, no qual resumia as medidas adotadas pelo país para combater o terrorismo e a lavagem de dinheiro, oferecendo algumas recomendações⁶⁵.

Em apertada síntese, as principais recomendações feitas ao Brasil incluíam: (i) criminalizar o financiamento do terrorismo de forma consistente com os requisitos internacionais; (ii) continuar a apoiar os tribunais federais especializados e outras medidas para aumentar a capacidade de aplicar sanções finais para a lavagem de dinheiro; (iii) estender a responsabilidade civil ou administrativa às pessoas jurídicas que cometeram lavagem de

⁶³ FRANCE, Guilherme de Jesus. **Castelo de Areia: Desafiando o Consentimento Estatal e (Des)Construindo a Legitimidade do Grupo de Ação Financeira**, in Governança Global. Vol. 1. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá e VOLPON, Fernanda Torres, coord. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p.149/150.

⁶⁴ Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/atuacao-internacional/participacao-no-gafi>>. Acesso em 15 dez. 2017.

⁶⁵ Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/countries/#Brazil>>. Acesso em 15 dez. 2017. *Recomendações extraídas do texto original, em tradução livre: 9. Key recommendations made to Brazil include: criminalise terrorist financing in a manner consistent with the international requirements; continue to support the Specialised Federal Courts and other measures to enhance the ability to apply final sanctions for money laundering; extend corporate civil or administrative liability to legal persons who commit ML/FT; ensure that confiscation is systematically pursued; implement effective laws and procedures to take freezing action pursuant to the relevant United Nations Security Council Resolutions (UNSCRs); broaden the obligation to declare physical cross-border transportations of currency and bearer negotiable instruments (BNI); enhance supervisory powers and resources in some areas; increase supervision of non-bank financial institutions; and extend AML/CFT requirements to all categories of designated non-financial businesses and professions (DNFBP). [...] 39. Brazil has implemented a number of mechanisms that allow, at the domestic level, effective policy and operational co-operation and co-ordination. The cornerstone of domestic co-operation on issues relating to ML, FT and corruption is the ENCCLA. The ENCCLA is in charge of delivering national policy and enhancing the co-ordination of relevant government institutions and the private sector. 40. Brazil has signed and ratified the Vienna Convention, the Palermo Convention, and the United Nations International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (the Terrorist Financing Convention). Brazil has implemented UNSCR 1267(1999) and 1373(2001) through Presidential Decrees, but overall the effectiveness of its implementation of these Resolutions has not been established.*

dinheiro ou financiamento ao terrorismo; (iv) garantir que o confisco de ativos e bens decorrentes dos delitos seja sistematicamente realizado; (v) implementar leis e procedimentos eficazes para tomar medidas de acordo com as resoluções relevantes do Conselho de Segurança das Nações Unidas; (vi) aumentar a obrigação de declarar transações transfronteiriças físicas da moeda e de instrumentos negociáveis ao portador; (vii) melhorar os poderes e recursos de supervisão em algumas áreas; (viii) aumentar a supervisão das instituições financeiras não bancárias etc.

O relatório aponta que o Brasil implementou uma série de mecanismos que permitem uma política efetiva de cooperação e coordenação operacional por meio das atividades da ENCCLA, a responsável por fornecer políticas nacionais e reforçar a coordenação das instituições governamentais e privadas relevantes.

Em fevereiro de 2012, o GAFI publicou suas recomendações revisadas, o que reforçava as salvaguardas globais e a proteção da integridade do sistema financeiro, fornecendo aos governos, segundo sua própria publicação, instrumentos mais fortes para tomar medidas contra a criminalidade financeira. As nove recomendações especiais sobre o financiamento do terrorismo foram totalmente integradas às medidas contra a lavagem de dinheiro.

Juntamente com as Recomendações de 2012, conforme expõe Guilherme de Jesus France, foi elaborada uma metodologia específica para utilização durante o processo de monitoramento. O autor avalia que a metodologia elaborada pelo GAFI deixa claro que a sua preocupação vai além de uma simples implementação textual e formal de suas recomendações, pois, de acordo com o produto final da avaliação, o GAFI poderá determinar que um país fique em regime de monitoramento ou de monitoramento intensificado, além de garantir que os Estados que não cumprem as Recomendações sofram sanções⁶⁶.

A cooperação do Brasil com a OCDE teve início na década de 1990⁶⁷. O relacionamento entre a OCDE e o Brasil aprofundou-se a partir de 1999, quando o Conselho da OCDE criou um programa direcionado ao Brasil. Uma maior aproximação entre o Brasil e a instituição ocorreu em 2000, quando o governo brasileiro assinou a Convenção de Combate à Corrupção de Autoridades Estrangeiras.

⁶⁶ FRANCE, Guilherme de Jesus. **Castelo de Areia: Desafiando o Consentimento Estatal e (Des) Construindo a Legitimidade do Grupo de Ação Financeira**, p.150-151, in Governança Global. Vol. 1. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá e VOLPON, Fernanda Torres, coord. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

⁶⁷ Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>>. Acesso em 21 dez. /2017.

1.1.3.4 Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais

Em 17 de dezembro de 1997, a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais foi firmada pelos Estados membros da OCDE. A Convenção entrou em vigor em 1999⁶⁸.

Em 2007, o Conselho Ministerial da OCDE decidiu “fortalecer a cooperação da OCDE com o Brasil, China, Índia, Indonésia e África do Sul” por meio de programas de *enhanced engagement* (engajamento ampliado)⁶⁹, com espaço específico criado para o Brasil em sua página oficial, onde divulga relatórios, pesquisas e previsões econômicas, além de estatísticas sobre o país⁷⁰.

No Brasil, a Convenção foi ratificada em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000⁷¹. O principal objetivo da Convenção é o de prevenir e combater o delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera de transações comerciais internacionais e trata, majoritariamente, da adequação da legislação dos Estados signatários às medidas necessárias a prevenção e combate à corrupção desses funcionários no contexto do comércio internacional.

A Convenção, em seu artigo primeiro, estabelece que é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter qualquer vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

Por meio da Convenção da OCDE, os Estados Parte acordaram que, para os fins da Convenção⁷²:

a) “funcionário público estrangeiro” significa qualquer pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ela nomeada ou eleita; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro,

⁶⁸ Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/marco-legal.html>>. Acesso em 21 dez. 2017.

⁶⁹ Disponível em: <<http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/o-brasil-e-a-ocde>>. Acesso em 21 dez. 2017.

⁷⁰ Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000 disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/>>. Acesso em 21 dez. 2017.

⁷¹ Ratificação da Convenção disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em 21 dez. 2017.

⁷² Art. 1º, item 4, a, da Convenção sobre o combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

inclusive para representação ou empresa pública; e qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional.

No sentido de dar efetividade aos termos da Convenção, faz-se importante mencionar que, independentemente da nacionalidade, qualquer indivíduo ou entidade que cometa atos de suborno de funcionário público estrangeiro no território de um Estado signatário da Convenção da OCDE se sujeita às determinações definidas na Convenção⁷³.

Quanto à responsabilização de pessoas jurídicas, a Convenção dispõe, no artigo 2º, que “cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos”. O artigo 3º dispõe que o suborno de funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas, compatíveis com as penas aplicadas aos delitos de corrupção pelo próprio Estado Parte.

Ressalte-se que, nos casos em que o sistema jurídico não responsabilize criminalmente as pessoas jurídicas, a Convenção dispõe que a Parte deverá assegurar que elas estejam sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas, inclusive sanções financeiras.

De acordo com o art. 7º da Convenção, o Estado signatário que tipifique a corrupção de seu funcionário público para o propósito de sua legislação própria sobre lavagem de dinheiro deve fazer o mesmo, nos mesmos termos, em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, sem considerar o local de ocorrência do fato.

As regras de contabilidade constantes do artigo 8º da Convenção da OCDE requerem o estabelecimento da proibição de “caixa dois”⁷⁴ ou de operações inadequadamente explicitadas. Além disso, determina a proibição de quaisquer operações que facilitem a ocultação da corrupção de funcionários públicos estrangeiros, tais como os registros de despesas inexistentes e o lançamento de obrigações com explicitação inadequada de seu objeto, bem como o uso de documentos falsos por empresas com o propósito de corromper os funcionários públicos estrangeiros ou ocultar tal corrupção.

O processo de avaliação e de acompanhamento da implementação integral da Convenção tem sua previsão no art. 12 e determina que se operará no âmbito do Grupo de

⁷³ MTFC. **Convenção da OCDE Contra o Suborno Transnacional**. 2016.. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2017, p. 6.

⁷⁴ A expressão é adotada no sentido de uma escrituração contábil paralela à oficial, realizada fora livros fiscais e é uma prática ilegal.

Trabalho sobre Corrupção em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, de acordo com seu termo de referência, ou no âmbito e de acordo com os termos de referência de qualquer substituto para essa função, devendo as Partes arcar com os custos do programa.

1.1.3.5 A Convenção Interamericana Contra a Corrupção

Já na esfera de atuação dos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Interamericana contra a Corrupção foi firmada em 29 de março de 1996, em Caracas, Venezuela. No Brasil, ela foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002⁷⁵.

Em dezembro de 1994, na realização da Primeira Cúpula das Américas, os Chefes de Governo e de Estado reconheceram a importância do combate à corrupção para promover o fortalecimento da democracia. Em 1995, na seção plenária de 9 de junho, foi solicitado ao presidente do “Grupo de Trabalho sobre Probidade e Ética” que desenvolvesse um projeto de Convenção Interamericana contra a Corrupção. Assim, a “Convenção Interamericana contra a Corrupção” foi firmada em Caracas, Venezuela, em 29 de março de 1996, na Conferência Especializada sobre o Projeto de Convenção Interamericana contra a Corrupção⁷⁶.

Ao assinar a Convenção da OEA, os Estados Membros da Organização Interamericana Contra a Corrupção reconheceram que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social; e que a corrupção, em alguns casos, se reveste de transcendência internacional, o que exige por parte dos Estados uma ação coordenada para combatê-la eficazmente. Sendo assim, se comprometeram a envidar esforços e adotar um conjunto de medidas preventivas em seus sistemas institucionais.

A Convenção da OEA não conceitua corrupção, mas no artigo VI elenca os atos de corrupção⁷⁷:

- a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou

⁷⁵ Decreto Presidencial nº 4.410/02 disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

⁷⁶ Presidência, Controladoria-Geral da União. **Convenção Interamericana contra a Corrupção**. 1ed., Brasília: CGU, 2007, p. 7.

⁷⁷ Convenção da OEA está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em 20 fev. 2015.

- para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;
- d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e
- e. a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.
2. Esta Convenção também é aplicável por acordo mútuo entre dois ou mais Estados Partes com referência a quaisquer outros atos de corrupção que a própria Convenção não defina.

No tocante ao delito de suborno transnacional, previsto no art. VIII, os Estados Parte se comprometeram, sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, a proibir e punir o oferecimento ou a outorga de objeto de valor pecuniário ou benefício de qualquer natureza em troca de realização ou omissão de ato de funcionário público no exercício de funções públicas relativas a transações de natureza econômica ou comercial.

Quanto ao delito de enriquecimento ilícito, art. IX, sua configuração encontra-se diretamente relacionada à adoção de medidas necessárias para tipificar o delito na legislação dos Estados Parte, pois requer o acompanhamento da evolução patrimonial injustificada daqueles que exercem funções públicas.

A Convenção prevê ainda, no art. XIV, a mais ampla assistência recíproca entre os países signatários como forma de permitir a obtenção de provas e a execução de outros atos necessários para facilitar a realização de diligência, investigação ou persecução penal dos atos de corrupção, em conformidade com suas leis e com os tratados aplicáveis, dando curso às solicitações emanadas de autoridades que, de acordo com seu direito interno, tenham faculdades para investigar ou processar atos de corrupção.

Acerca da Convenção Interamericana contra a Corrupção, Mônica Nicida Garcia analisa que o seu advento não representa o marco inicial da atuação combativa nessa seara, constituindo-se, porém, em importantíssimo instrumento, a fortalecê-la⁷⁸, e que o Brasil já dispunha de uma legislação robusta destinada à prevenção e ao combate da corrupção, de

⁷⁸ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/combate-crimes-cirberneticos/artigos-1/A%20CICC%20e%20o%20MP.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2017.

maneira geral adequada aos termos das convenções internacionais, o que já havia sido inclusive reconhecido durante a avaliação do Brasil quanto ao cumprimento da Convenção da OEA⁷⁹. Desse modo, vale observar a análise do efeito da Convenção para o ordenamento jurídico, realizada pela autora ao citar Agustín Gordillo⁸⁰:

Agustín Gordillo, de fato, dedicou um capítulo inteiro de seu *Tratado de derecho administrativo* à análise da Convenção, fazendo o alerta inicial de que suas disposições alcançam não somente o direito penal e internacional, o direito político e constitucional, mas também todo o Direito Administrativo, pois contém “uma sorte de revolucionário corte transversal das instituições de direito administrativo”, modificando explosivamente o regime da lei de administração financeira do estado, reformando substancialmente os regimes de contratações públicas, dos deveres e das faculdades dos agentes públicos, do regime jurídico da função pública, incidindo na relação com os usuários de serviços públicos, inclusive os delegados, alcançando os agentes eleitos, como senadores e deputados.

Segundo a autora, é farta a legislação que dá suporte ao combate à corrupção no Brasil, sendo certo que, para grande parte dos atos descritos na Convenção como atos de corrupção, já há sancionamento, através de leis existentes, como o Código Penal, que tipifica os crimes de peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão, excesso de exação, corrupção ativa e passiva, facilitação de contrabando e descaminho, prevaricação, condescendência criminosa; crimes contra as finanças públicas em razão da Lei de Crimes de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 10.028/2000); a Lei de Licitações, (Lei nº 8.666/93); a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90); o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65); a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), que sanciona atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam lesão ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública; as Leis de Crimes de Responsabilidade (Leis nºs 1.079/1950 e 201/1967); os Estatutos dos Servidores Públicos Federais (Lei 8.112/90) e Estaduais; os Códigos de Ética (como o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto 1.171/94, o Código de Conduta da Alta Administração Federal e o Código de Ética e Decoro Parlamentar), entre outros⁸¹.

1.1.3.6 O mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana Contra a Corrupção (MESICIC)

⁷⁹ GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do agente público**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 338.

⁸⁰ GORDILHO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4 ed. Buenos Aires: *Fundación de Derecho Administrativo*, 1997. T. 1. Apud GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do Agente Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 353.

⁸¹ GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do agente público**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 339.

Os Estados membros da OEA encarregaram o Conselho Permanente de analisar os mecanismos de acompanhamento regionais e internacionais, com a finalidade de formular uma recomendação sobre o modelo mais adequado para o acompanhamento da Convenção, o que foi feito nos termos CP/RES. 783⁸², de 18 de janeiro de 2001.

Na Terceira Cúpula das Américas, realizada na Cidade de Québec, em abril de 2001, os Chefes de Estado e de Governo expressaram seu compromisso com o fortalecimento do combate à corrupção e, no Plano de Ação⁸³ então aprovado, acordaram o estabelecimento de um mecanismo de acompanhamento para a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção.

O compromisso foi efetivado em 4 de junho de 2001, no decorrer do Trigésimo Primeiro Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA, realizado em San José, Costa Rica, com a aprovação do Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC), em termos dispostos no Documento de Buenos Aires sobre o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC)⁸⁴, aprovado pela Conferência de Estados Partes da CICC, que teve lugar na referida cidade, de 2 a 4 de maio de 2001.

O Mecanismo de Acompanhamento prevê igualdade jurídica dos Estados, princípios de soberania e não-intervenção, respeitando, assim, a Constituição e os princípios fundamentais de cada país signatário.

A Controladoria-Geral da União destaca que é o órgão responsável pela promoção da transparência pública e que foram desenvolvidos o Portal da Transparência e as Páginas da Transparência Pública; que, dentre as medidas por ela adotadas em proveito do estímulo ao controle social, foi de fundamental importância a criação e a implantação do Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção, cuja finalidade foi sugerir e debater medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle e incremento da transparência na Administração Pública e, enfim, estratégias de combate à corrupção e à impunidade⁸⁵.

Destaca-se o acordo de cooperação entre o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) e a Controladoria-Geral da União para a realização do IV Fórum

⁸² Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/pr/resolucoes/res783.asp>>. Acesso em 22 dez. 2017.

⁸³ Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_cumbreIII.htm>. Acesso em 22 dez. 2017.

⁸⁴ Teor do documento disponível em: <www.oas.org/juridico/portuguese/declaracao_dos_estados_partes.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

⁸⁵ Presidência, Controladoria-Geral da União. **Convenção Interamericana contra a Corrupção**. 1 ed., Brasília: CGU, 2007, p. 13.

Global de Combate à Corrupção, o qual reuniu mais de 100 países para discutir formas de lutar com mais eficácia contra a corrupção, além da criação da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), em janeiro de 2006, na estrutura da Controladoria.

Para adequar a legislação brasileira às boas práticas internacionais, em 11 de junho de 2002 foi editada a Lei nº 10.467, a qual acrescentou o Capítulo II-A, que trata dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira, ao Título XI do Código Penal, tipificando, entre outros, no art. 337- B, o crime de “corrupção ativa em transação comercial internacional”.

Em 30 de junho de 2005, foi encaminhado ao Congresso Nacional um Projeto de Lei criminalizando o enriquecimento ilícito. O Projeto propôs a alteração do Código Penal, incluindo um dispositivo no Título XI, relativo aos crimes contra a Administração Pública.

Em 2003 foi criada a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) que se apresenta⁸⁶ como a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas e para a formulação de políticas públicas voltadas ao combate àqueles crimes.

A Estratégia Nacional, quando da sua criação, previa ações voltadas somente para o combate à lavagem de dinheiro, mas em 2006, com o intuito de fortalecer as ações de prevenção à corrupção, foi ampliado o seu escopo de atuação e o tema corrupção passou a fazer parte da ENCCLA. Atualmente, a ENCCLA é composta por mais de 70 órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público Federal, do Tribunal de Contas da União e de membros da sociedade civil.

A ENCCLA detém na sua estrutura⁸⁷ o Gabinete de Gestão Integrada, que consiste em um grupo órgãos e entidades específicos que se reúnem a cada três meses para realizar o acompanhamento da execução das Ações. No âmbito do GGI, há dois grupos (corrupção e lavagem de dinheiro) com o objetivo de propor ações que serão debatidas na Plenária. Desde a sua constituição, os trabalhos desenvolvidos pela Estratégia trouxeram diversos resultados positivos no combate ao crime de lavagem de dinheiro e às práticas de corrupção.

⁸⁶ Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

⁸⁷ Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/participantes-da-enccla>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

O Ministério Público Federal trabalha em parceria com a Controladoria-Geral da União⁸⁸ no Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE - *Working Group on Bribery* (WGB), e em demais atividades relacionadas à luta contra a corrupção, em foros internacionais e em âmbito interno⁸⁹.

A avaliação da implementação e da aplicação da Convenção, monitorada pelo Grupo de Trabalho sobre Suborno, passou por três fases⁹⁰. como demonstra, abaixo, o quadro-resumo dos monitoramentos realizados:

Quadro 2 – Relatórios de Monitoramento da OCDE

Monitoramento do Cumprimento pelo Brasil das Convenções Internacionais

OCDE: RELATÓRIOS DE MONITORAMENTO	
2014	Relatório – Fase 3
2010	Follow-up Relatório – Fase 2
2007	Relatório – Fase 2
2004	Relatório – Fase 1

Fonte: A Autora, 2017.

O monitoramento realizado em 2003 foi considerado positivo em função da constatação de que legislação brasileira já se encontrava, em boa parte, adequada aos termos da Convenção da OCDE⁹¹. O Grupo de Trabalho sobre Suborno – composto pelos trinta e quatro países membros da OCDE, além de Argentina, Brasil, Bulgária, Colômbia, Letônia, Rússia e África do Sul – aprovou o relatório do Brasil em sua terceira fase de acompanhamento da implementação da Convenção.

Vale mencionar que a OCDE expediu nota à imprensa⁹², em 29 de outubro de 2014, na qual destacou aspectos positivos do esforço brasileiro no combate à corrupção internacional e também apontou que a Lei Anticorrupção foi um passo importante para o cumprimento das recomendações da OCDE.

⁸⁸ Os três relatórios de avaliação do Brasil estão disponíveis em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/mecanismo-de-avaliacao>>. Acesso em 30 ago. 2017.

⁸⁹ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/noticias/noticias-1-1/mpf-participa-de-avaliacao-da-argentina-pela-ocde-para-implementacao-de-medidas-de-combate-a-corrupcao>>. Acesso em 20 mar. 2018.

⁹⁰ Os relatórios de monitoramento do Brasil estão disponíveis em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/brazil-oecdanti-briberyconvention.htm>>. Acesso em 20 jan. 2018.

⁹¹ Presidência, Controladoria-Geral da União. **Convenção Interamericana contra a Corrupção**. 1ed., Brasília: CGU, 2007, p. 10.

⁹² Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/o-brasil-poe-fim-a-uma-brecha-legal-do-suborno-estrangeiro-agora-a-ocde-esperana-que-isso-se-traduza-em-aco-es-repressivas-reforadas.htm>>. Acesso em 20 jan. 2018.

1.1.3.7 Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção

Como resultado da 81ª Plenária, em 4 de dezembro de 2000, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 55/61, reconheceu a importância de desenvolver um instrumento jurídico internacionalmente vinculante contra a corrupção. Decidiu-se estabelecer um Comitê *ad hoc*, aberto a todos os Estados, com a tarefa de elaborar uma Convenção. O texto do instrumento jurídico mencionado deveria considerar a criminalização de todas as formas de corrupção, cooperação internacional, aspectos regulamentares da corrupção e sua relação com a lavagem de dinheiro⁹³.

Decorridos os demais trabalhos do Comitê, em 9 de dezembro de 2003 deu-se a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁹⁴ (subscrita, inclusive, pelo Brasil), na cidade de Mérida, México. Com sua entrada em vigor em 14 de dezembro de 2005, a Convenção se tornou o primeiro instrumento jurídico anticorrupção que estabelece regras vinculantes aos países signatários e oferece um caminho para a criação de uma resposta global a um problema: o crime organizado e a corrupção internacional.

A Convenção⁹⁵, o maior, mais completo e principal instrumento internacional sobre a corrupção, foi ratificada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Composta de 71 artigos, tratou de diversos aspectos do tema no decorrer de oito capítulos, tendo sido fundamentada em seis tópicos especiais: (i) medidas preventivas (art. 5º ao art. 14); (ii) penalização e aplicação da lei (art. 15 ao art. 42); (iii) cooperação internacional (art. 43 ao art. 50); (iv) recuperação de ativos (art. 51 ao art. 59); (v) assistência técnica e intercâmbio de informações (art. 60 ao art. 62); e (vi) mecanismos de aplicação (arts. 63 e 64).

O segundo capítulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é inteiramente dedicado às medidas preventivas. Composto de dez artigos, traz uma série de medidas a serem implantadas pelos Estados Partes com o objetivo de promover a integridade, a transparência e a boa governança nos setores público e privado.

⁹³ Presidência, Controladoria-Geral da União. **Convenção Das Nações Unidas contra a Corrupção**. 1ª ed., Brasília: CGU, 2008.

⁹⁴ Convenção das Nações Unidas disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2017.

⁹⁵ Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

Entre outras obrigações determinadas pela Convenção, por meio do artigo 5º, os Estados Partes se comprometem a adotar políticas públicas contra a corrupção, de forma a promover a participação da sociedade e, concomitantemente, refletir os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de prestar contas.

Como medidas preventivas a serem adotadas pelo setor público, a Convenção também enfatiza temas relacionados à contratação e à promoção funcional de servidores públicos. De acordo com o artigo 7º da Convenção, os Estados Partes devem adotar sistemas de recrutamento, contratação, retenção, promoção e aposentadoria de servidores públicos, fundamentados em princípios de eficiência e transparência e em critérios objetivos como o mérito, a equidade e a aptidão.

A Convenção não se limita a estabelecer medidas de prevenção à corrupção do setor público. Para prevenir a corrupção no setor privado, a *United Nations Convention Against Corruption* (UNCAC) determina que os Estados Partes devem, além de melhorar as normas de contabilidade e de auditoria, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionais e dissuasivas em caso do não cumprimento das normas vigentes.

No capítulo relativo às medidas de prevenção da corrupção, os países signatários comprometem-se a, entre outras ações, aumentar a transparência, promover a participação dos cidadãos nos processos decisórios, realizar atividades de informação pública, bem como promover programas de educação pública para o controle social. Além disso, cabe aos Estados Partes respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa a corrupção⁹⁶.

A UNCAC estabelece algumas normas com o objetivo de garantir a aplicação da lei e, dessarte, assegurar a eficácia do combate à corrupção. Entre os atos de corrupção a serem tipificados pelos países, merecem destaque crimes não tradicionalmente encontrados na legislação penal, tais como o suborno de funcionários públicos estrangeiros, o de funcionários de organizações internacionais públicas, e o enriquecimento ilícito.

Além do delito de suborno de funcionários públicos nacionais, de acordo com artigo 16 da Convenção, os Estados Partes deverão criminalizar a promessa, o oferecimento ou a concessão, a um funcionário público de um Estado estrangeiro ou de uma organização internacional pública, de qualquer benefício que vise ação ilícita ou omissão do funcionário

⁹⁶ Presidência, Controladoria-Geral da União, 2008, p. 9.

no sentido de obter ou manter transação comercial ou benefício indevido em relação com a realização de atividades comerciais internacionais.

A Convenção também prevê a criminalização do delito de corrupção passiva internacional, no qual o sujeito ativo do crime é um funcionário público estrangeiro ou um funcionário de organização internacional pública.

O artigo 20 da Convenção, que determina aos Estados Partes a adoção de medidas legislativas para qualificar como delito o enriquecimento ilícito, estabelece o conceito desse delito como o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público que não pode ser razoavelmente justificado com seus ingressos legítimos.

O delito de lavagem de produto de delito é abordado no artigo 23 da Convenção. O ponto mais relevante com relação ao tema é a obrigação dos Estados Partes de incluir como crimes antecedentes, naqueles países em que a lavagem de dinheiro não é crime autônomo, uma gama de delitos referidos pela Convenção.

O quadro-resumo das Convenções Internacionais de combate à corrupção ratificadas pelo Brasil possibilita a observação da agilidade em que tais ratificações ocorreram no plano interno:

Quadro 3 – Número de ratificações e de signatários das Convenções Internacionais de combate à corrupção

CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

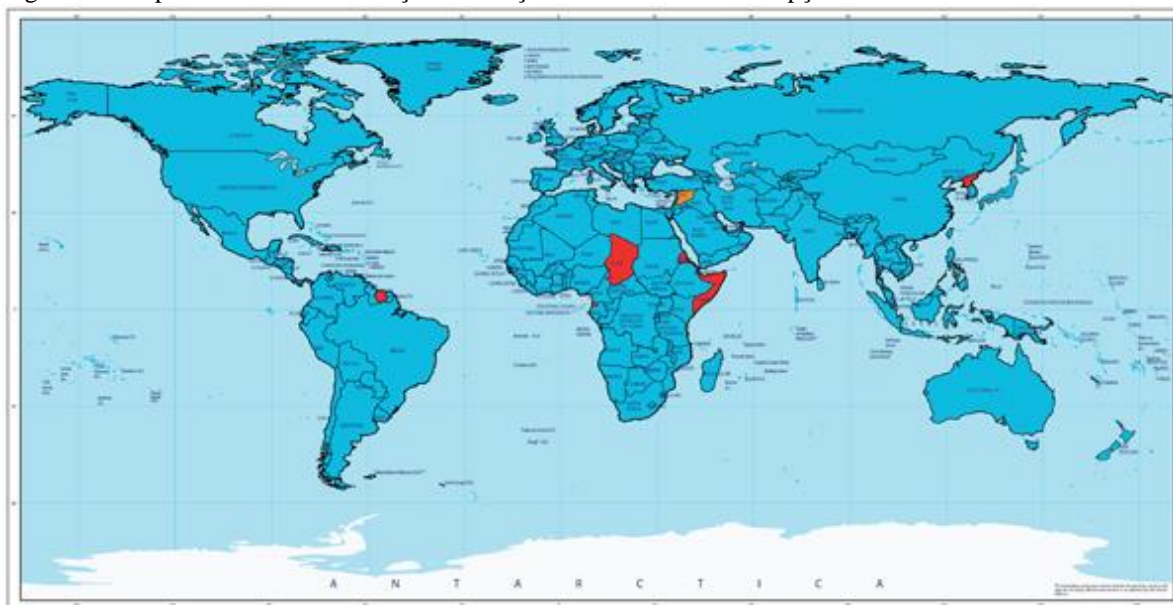
	OEA	OCDE	ONU
<i>Data da assinatura</i>	1996	1997	2003
<i>Data da entrada em vigor</i>	1997	1999	2005
<i>Signatários/Ratificações</i>	Signatários: 34 Ratificações: 33	41	Signatários: 140 Ratificações: 178
<i>Brasil - Ratificação</i>	2002	2000	2005
<i>Brasil - Internalização</i>	Decreto nº 4.410 07/10/2002	Decreto nº 3.678 30/11/2000	Decreto nº 5.687 31/01/2006

Fonte: Marilda Rosado, 2016⁹⁷.

⁹⁷ O quadro foi apresentado em palestra pela Prof. Marilda Rosado no Seminário sobre Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção, 2016, Rio de Janeiro. Painel: Riscos e oportunidades dos acordos de leniência sob a ótica do controle público e das convenções internacionais. Anais do evento disponível em DVD. TCE-RJ. O seminário foi integralmente filmado e está disponível em DVD na biblioteca do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

A Convenção realça a necessidade do estabelecimento de medidas eficazes, sejam elas penais ou não, incluídas as sanções monetárias às pessoas jurídicas consideradas responsáveis.

Figura 3 – Mapa da adesão à Convenção das Nações Unidas contra Corrupção



Signatários: **140**

Partes: **183**

Situação em: **3/10/2017**

■ States Parties

■ Signatories

■ Countries that have not signed or ratified the UNCAC

Fonte: UNDOC –United Nations Office on Drugs and Crime, 2017⁹⁸.

É importante salientar que as convenções internacionais contra a corrupção, bem como a Lei 12.846, de 2013, revelam-se mecanismos de implementação de direitos fundamentais ao objetivar a garantia de uma atuação proba do ente estatal e de quem se relaciona com ele. Somente com o respeito aos princípios da legalidade, da isonomia, da transparência, da eficiência, da economicidade e da moralidade das relações entre o público e o privado é que possível se vislumbrar a implementação dos direitos fundamentais. Logo, a Lei 12.846 também é um instrumento de efetivação de direitos fundamentais⁹⁹.

1.1.3.8 A *soft law* e as transnacionais

⁹⁸ Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>>. Acesso em 20 dez. 2017.

⁹⁹ ALBUQUERQUE, Ana Cláudia de Paula. **Aspectos da responsabilização administrativa da pessoa jurídica na Lei 12.846/2013**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 33.

Apesar do regime jurídico tradicional internacional basear-se na vontade dos Estados em um mútuo consentimento, a *soft law* poderá influenciar o comportamento dos Estados e até mesmo substituir o legislador ordinário na eficiência da resolução de questões internacionais¹⁰⁰.

Para Fernando Gregório, o conceito de *soft law* pode ser assim definido:

A *soft law* pode ser definida como um conjunto de normas (standards normativos) de categoria residual cujo escopo é criar vinculações exortatórias, em oposição clara às vinculações obrigatórias próprias da *hard law* criando, deste modo, uma expectativa de cumprimento baseada na autonomia da vontade e na boa-fé típica dos acordos convencionados cuja raiz é o mútuo consentimento. Embora reconheçamos que tal definição é simplificada ante o fenômeno da *soft law*, cremos que ela nos permite traçar uma diretriz hermenêutica capaz de nos levar à compreensão do motivo pelo qual atores estatais e não estatais podem adotá-la em suas relações negociais¹⁰¹.

Márcio Adriano Anselmo destaca que, especificamente quanto à lavagem de dinheiro, diversos são os organismos internacionais que vêm se ocupando do tema e se utilizando de instrumentos de *soft law* (códigos de conduta e outros instrumentos que não têm força cogente direta) como o a ONU, o GAFFI-FATF, a OCDE, a INTERPOL, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional¹⁰².

Nesse contexto, Fabiano Martins e Romulo Braga discorrem acerca da consolidação dos instrumentos de *soft law* no âmbito interno de órgãos internacionais especializados¹⁰³:

Os instrumentos de *soft law* consolidam-se através de ajustes e negociações entre os sujeitos de Direito Internacional ou ainda no âmbito interno de órgãos internacionais especializados. Suas regras caracterizam-se por uma elaboração mais rápida, isenta das dificuldades de articulação política típicas dos instrumentos normativos tradicionais. Podem ser citados como exemplos de instrumentos de *soft law* os acordos não vinculantes (*non-binding agreements*), as relações bilaterais consolidadas, os acordos de cavalheiros (*gentlemen's agreements*), os comunicados e declarações conjuntos, as leis-modelo, as atas de reuniões internacionais, os códigos de conduta e as declarações e resoluções não vinculantes de organismos internacionais.

¹⁰⁰ GREGÓRIO, Fernando da Silva. **Consequências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. RDCI vol. 95 abr./jun. 2016, p. 5. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.13.PDF>. Acesso em 20 mar. 2018.

¹⁰¹ Ibidem, p. 3.

¹⁰² ANSELMO, Márcio Adriano. **Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013 apud MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena; BRAGA, Romulo Rhemo Paliot. **Crescente adoção de instrumentos de *soft law* na cooperação internacional**. Revista Direito e Desenvolvimento. João Pessoa, v.4, n. 8, p. 95-113, jul./dez. 2013, p. 104-105.

¹⁰³ MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena; BRAGA, Romulo Rhemo Paliot. **Crescente adoção de instrumentos de *soft law* na cooperação internacional**. Revista Direito e Desenvolvimento. João Pessoa, v.4, n. 8, p. 95-113, jul./dez. 2013, p. 101.

Note-se que os Estados e as organizações governamentais dividem o protagonismo da cena internacional, seguidos dos vários modelos de associações civis internacionais dedicados a temas de interesse coletivo e das sociedades multinacionais¹⁰⁴.

Assim sendo, o surgimento e o fortalecimento das sociedades transnacionais se deram como consequência da economia globalizada cujos dinamismo e fluxo de investimentos nas relações internacionais pressupõe a necessidade de criação de instrumentos jurídicos adequados, capazes de prover as relações jurídicas que não mais se restringem a delimitações fronteiriças, suscetíveis de adaptação às relações internacionais. Tais questões constituem fundamento para o surgimento do *global administrative law*¹⁰⁵.

Compartilha do mesmo entendimento Valmir Magalhães ao afirmar que a transnormatividade decorrente da convergência público-privada se projeta para além das fronteiras nacionais, e que o Direito Administrativo Global decorre desse processo, sendo que ele não substitui, mas sim coexiste ao lado de tipos de regulamentação mais “formais”, como a legislação nacional e os tratados internacionais¹⁰⁶.

Samuel Huntington define que uma organização é “transnacional” e não “nacional” se ela executa operações importantes, sob orientação centralizada, no território de duas ou mais nações. Do mesmo modo, uma organização será chamada “internacional” em vez de “nacional” somente se o controle da organização é explicitamente dividido pelos representantes de duas ou mais nações. E uma organização é “multinacional”, e não “nacional”, somente quando pessoas de duas ou mais nacionalidades participam significativamente de suas operações¹⁰⁷.

Mateus Fornasier e Luciano Ferreira, ao tratarem da importância das transnacionais – inclusive destacando o fato de que várias possuem o PIB maior que o muitos países –, analisam que possuem campo de atuação para além das fronteiras territoriais estatais, sendo

¹⁰⁴ PINHEIRO, Silvia. **A empresa multinacional e seu novo papel na promoção do desenvolvimento sustentável**. Revista Ética e Filosofia Política. n° 13. Volume 2. UFJF. Junho de 2011. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2011/05/13_2_pinheiro.pdf>, p. 4.

¹⁰⁵ MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena; BRAGA, Romulo Rhemo Paliot. **Crescente adoção de instrumentos de *soft law* na cooperação internacional**. Revista Direito e Desenvolvimento. João Pessoa, v.4, n. 8, p. 95-113, jul./dez. 2013, p. 95.

¹⁰⁶ MAGALHÃES, Valmir Costa. **Governança Global, Governança Corporativa e *Criminal Compliance*: entre Conceitos, Aspectos Históricos e Desafios Contemporâneos**. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.), VOLPON, Fernanda Torres (Colab.). Governança global. Belo Horizonte: Arraes editores, 2017, p. 209.

¹⁰⁷ HUNTINGTON, Samuel p. **Organizações transnacionais na política mundial**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro. FGV. Abr./jun. 1975, p. 12-13. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/6060/4694>>

capazes de constituir grandes cadeias jurídicas mediante contratos com outros entes, impondo regras e princípios de conduta que não passam, necessariamente, pela chancela do Estado¹⁰⁸.

Marilda Rosado nota que as transnacionais atuam além das fronteiras do país sede, por meio de subsidiárias, de *joint ventures* ou de outro tipo de constituição societária realizada com outras sociedades estrangeiras cujos interesses governamentais de atração de investimentos podem conflitar com direitos humanos e ambientais – em função desse fato, questiona que tipo de responsabilidade teria proteção diante desses mencionados direitos¹⁰⁹.

Sendo assim, não se pode deixar de concordar com a afirmação de Valmir Magalhães: muitos países têm adotado e reproduzido, em seu ordenamento jurídico, normas desenvolvidas em foros internacionais, e há uma supressão da inovação por parte do legislativo interno na realização do transplante de tais normas para o ordenamento jurídico interno¹¹⁰. Conclui, por fim, que o enfrentamento da corrupção depende de uma atuação concentrada dos órgãos de controle em um nível transnacional¹¹¹.

1.1.3.9 Cooperação Internacional

Para assegurar a implementação e a aplicação dos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção em todos os Estados Parte, estabeleceu-se como um dos temas fundamentais da UNCAC a cooperação internacional, tanto nas medidas de prevenção da corrupção, quanto naquelas relativas ao combate à corrupção, tais como na investigação e na punição dos transgressores.

Conforme o artigo 44¹¹² da UNCAC, por exemplo, a extradição poderá ser concedida com base em quaisquer dos delitos compreendidos na Convenção, desde que a legislação interna dos Estados Parte permita, mesmo que os delitos não sejam passíveis de punição no ordenamento jurídico dos países envolvidos, o que mitiga a exigência da dupla incriminação

¹⁰⁸ FORNASIER, Marcus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. **A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 395-414, p. 397.

¹⁰⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 100.

¹¹⁰ MAGALHÃES, Valmir Costa. **Governança Global, Governança Corporativa e Criminal Compliance: entre Conceitos, Aspectos Históricos e Desafios Contemporâneos**. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.), VOLPON, Fernanda Torres (Colab.). **Governança global**. Belo Horizonte: Arraes editores, 2017, p. 211.

¹¹¹ *Ibidem*, 214-215.

¹¹² Teor da Convenção disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

para a concessão da extradição. Os Estados Parte também se comprometem, por meio da Convenção, a incluir os delitos ali previstos em todo tratado de extradição que celebrem entre si, bem como não considerarão o caráter político de qualquer dos delitos qualificados de acordo com a Convenção.

No concernente à assistência jurídica recíproca, o artigo 46 explicita que ela deverá ser prestada de forma ampla em investigações, inquéritos e ações judiciais relacionadas aos delitos explicitados pela Convenção. A assistência também deve ser dada no campo das ações de inteligência. A Convenção preconiza que uma informação poderá ser transmitida de um Estado Parte a outro, mesmo que não haja uma solicitação prévia.

Para garantir a efetividade das medidas de cooperação internacional, a Convenção estabeleceu, no parágrafo 21 do artigo 46, as hipóteses em que a cooperação internacional poderá ser negada (fato que deverá ser devidamente fundamentado). Quanto à recuperação de ativos, prevista no Capítulo V, ela é importante não só para aumentar a confiança no Estado, mas também para reaver os recursos necessários para o desenvolvimento do país. Por essas razões, a recuperação de ativos foi definida como um dos princípios fundamentais da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

No tocante à reparação dos efeitos financeiros dos atos de corrupção, a Convenção trata nos itens 4 e 5 do artigo 52 das medidas para prevenção e detecção de transferências de produto de delito e medidas para recuperação direta de bens. Relativamente às medidas para recuperação direta de bens, a Convenção dispõe sobre a possibilidade de um país signatário propor diretamente, ante tribunal de outro Estado Parte, uma ação civil com o objetivo de determinar a titularidade ou propriedade de bens adquiridos mediante prática de delito qualificado de acordo com os termos da Convenção¹¹³.

Com a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, o UNODC desenvolveu um programa denominado “Programa Global contra a Corrupção”, cujos objetivos, entre outros, são contribuir para o fortalecimento dos mecanismos de controle e para a elaboração de políticas nacionais anticorrupção, bem como para a promoção de transparência e responsabilidade internacional por meio do estabelecimento de um mecanismo de monitoramento da implementação da Convenção¹¹⁴.

¹¹³ Presidência, Controladoria-Geral da União. **Convenção Das Nações Unidas contra a Corrupção**. 1º Edição, Brasília: CGU, 2008. Acesso em 22 dez. 2017. Presidência, Controladoria-Geral da União, 2008, p. 14.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 15.

Pari passu às convenções e tratados internacionais de combate à corrupção, em 24 de janeiro de 2006 o Decreto 5.683¹¹⁵ previu, na estrutura organizacional da Controladoria-Geral da União (CGU), a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), a quem competia apurar, em articulação com a Corregedoria-Geral da União e com a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, os atos ou fatos inquinados de ilegalidade ou irregularidade, praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de recursos públicos federais.

Nesse mesmo sentido a CGU expõe os esforços que o governo brasileiro empenha no fortalecimento do Estado para a efetiva prevenção e combate à corrupção, e assim dispõe:

A determinação em prevenir e combater a corrupção permeia vários órgãos, entre eles a Controladoria-Geral da União (CGU), que atua, no Poder Executivo Federal, como órgão central das funções de controle interno, correição e ouvidoria, desenvolvendo, ainda, ações voltadas para promoção da transparência e a prevenção da corrupção. Neste sentido, vale mencionar a criação da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, no âmbito da CGU, à qual compete, entre outras atividades, acompanhar a implementação das convenções e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil que tenham como objeto a prevenção e o combate à corrupção.¹¹⁶

Portanto, a CGU, como órgão de controle interno da Administração Pública federal, integrante do Poder Executivo, responsável por acompanhar a implementação das convenções e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil – que tenham como objeto a prevenção e o combate à corrupção –, passou a coordenar a Conferência Nacional sobre Transparência e Controle Social (Consocial)¹¹⁷, convocada pelo Decreto Presidencial de 8 de dezembro de 2010¹¹⁸ e constituída pela Portaria Ministerial da CGU nº 309, presidida pelo Ministro de Estado Chefe da CGU.

A Consocial foi um processo nacional e coordenado de mobilização de entidades e de instituições que, dentre os objetivos estabelecidos pelo Decreto Presidencial, teve como norte a promoção do debate e a proposição de medidas de prevenção e combate à corrupção que envolvessem ações de governo e sociedade civil. Por conseguinte, a coordenação da Consocial garantiu a posição da CGU como o órgão do Poder Executivo federal responsável pelo debate público e pela consolidação das medidas de prevenção e combate à corrupção na esfera federal.

¹¹⁵ Revogado pelo Decreto 8.910, de 22 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8910.htm#art11>. Acesso em 10 ago. 2016.

¹¹⁶ Presidência, Controladoria-Geral da União. **Convenção Das Nações Unidas contra a Corrupção**. 1ed, Brasília: CGU, 2008.

¹¹⁷ Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/controle-social/consocial>>. Acesso em 9 nov. 2017.

¹¹⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Dsn/Dsn13078.htm#art8>. Acesso em 9 nov. 2017.

1.2 Principais disposições da Lei Anticorrupção

A Lei n.º 12.846/2013 preenche uma lacuna do sistema jurídico, pois estabelece a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas que praticam atos ilícitos em desfavor da Administração Pública nacional e estrangeira, a despeito da preexistência de uma plêiade legislativa que, embora esparsa, já previa a sanção para atos de corrupção praticados contra entes públicos. Em meio às mencionadas disposições legais, destacam-se: a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, Lei n.º 12.529/2011; a Lei de Improbidade Administrativa, Lei n.º 8.429/1992; a Lei de Licitações, Lei n.º 8.666/1993; a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n.º 101; a Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei n.º 9.613/1998; a Lei de Parceria Público-Privada, Lei n.º 11.079/2004; a Lei do Mercado de Capitais, Lei n.º 4.728/1965; e a Lei Complementar sobre Sigilo das Operações Financeiras, Lei Complementar n.º 108/2000.

A Lei é constituída por sete capítulos, quais sejam, I – Disposições Gerais, II – Dos Atos Lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira, III – Da Responsabilização Administrativa, IV – Do Processo Administrativo de Responsabilização, V – Do Acordo de Leniência, VI – Da Responsabilização Judicial e VII – Disposições Finais.

Apesar de não estar expressa no texto da Lei Anticorrupção a extensão de sua aplicação, ela é caracterizada como norma nacional ao editar: (i) normas gerais sobre licitações e contratos, em seu art. 5º, IV, alíneas “a” a “g” (art. 22, XXVII, da CR); (ii) normas gerais de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, nos termos do seu art. 5º, V (art. 175 da CR); e (iii) fiscalização do sistema financeiro nacional, conforme seu art. 5º (art. 21, inciso VIII, e 192 da CR)¹¹⁹.

Já ao editar normas de Direito Administrativo referentes à auto-organização administrativa, que decorre da autonomia dos entes federativos, a Lei se caracteriza como federal¹²⁰, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal a edição de normas desse caráter, no âmbito das suas competências. Nesse contexto Maria Sylvia Di Pietro assinala que as sanções

¹¹⁹ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013): uma visão do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 21. Os autores observam que como a regulação do sistema financeiro nacional deve ocorrer por meio de lei complementar, poderia haver dúvida quanto à constitucionalidade dos dispositivos da Lei n.º 12.846/2013 que versam sobre esse aspecto.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 22.

que constituem ilícito civil e administrativo só podem ser definidas no âmbito da legislação federal¹²¹ e que:

Fere o princípio da razoabilidade a interpretação de que os atos definidos na Lei Federal como lesivos à Administração Pública são considerados ilícitos em outras esferas de governos. Seria inconcebível que estados e municípios pudessem considerar como ilícitos os atos definidos como infração na Lei Anticorrupção. Até o princípio da isonomia restaria infringido se, dependendo da esfera de governo em que a infração fosse praticada, o agente pudesse ou não ser punido.¹²²

Os atos lesivos à Administração Pública que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil estão elencados nos cinco incisos do art. 5º da Lei.123. Sobre os tipos estabelecidos no art. 5º, vale atentar para a análise de Patrícia Campos ao destacar que uma das preocupações trazidas pela Lei nº 12.846/2013 consiste na

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Comentários ao Art. 6º**, p. 118-119. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord). Lei Anticorrupção Comentada. Ed. Forum: Belo Horizonte, 2017. Nesse sentido Maria Sylvia Di Pietro ressalva que a Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93, prevê nos arts. 86 e 87 sanções administrativas cabíveis em caso de inadimplemento total ou parcial de cláusulas contratuais e que nesse caso trata-se de lei de âmbito nacional, tendo em vista as disposições do art. 1º da Lei 8.666/93: “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Assim, Di Pietro ressalva que mesmo em se tratando de sanções administrativas, que podem ser aplicadas nas três esferas de governo, entendeu-se que a competência legislativa seria da União e que apenas a matéria pertinente ao processo de apuração de responsabilidade administrativa constitui competência de cada esfera de governo.

¹²² Ibidem, p. 118.

¹²³ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. § 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.

abertura excessiva desses tipos pela Lei, ao utilizar-se de condutas imprecisas que permitem vastas compreensões e que garantem alto grau de subjetividade para a atividade hermenêutica dos intérpretes, ocasionando menos segurança jurídica¹²⁴.

Ainda acerca do art. 5º, merece atenção o fato de que, quando há menção à promessa, oferta ou qualquer outro ato ilícito direcionado para ele, a concepção de um agente público é designativa de todos aqueles que, servidores públicos ou não, estão legalmente intitulados a exercer, em nível decisório, uma parcela do poder público, desde que investidos de competência¹²⁵.

A Lei Anticorrupção define como suas destinatárias, abarcadas na concepção de pessoas jurídicas: sociedades empresárias e sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, nos exatos termos do art. 1º e parágrafo único¹²⁶.

Para Dorival de Freitas Junior, como a legislação brasileira não faz qualquer distinção quanto à responsabilidade da pessoa jurídica ser somente aplicada ao ente de direito privado, admite-se, assim, também sua aplicação ao ente de direito público¹²⁷. Em uma primeira análise seria essa a conclusão a se chegar.

Ocorre que a Lei Anticorrupção, conforme o artigo 5º, dispõe que constituem atos lesivos à Administração Pública nacional todos os praticados pelas pessoas jurídicas (mencionadas no parágrafo único do art. 1º), que atentem contra o patrimônio público nacional.

Ora, a Administração Pública nacional é composta, na Administração Direta¹²⁸, pelo conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas (União, Estados, Distrito Federal e

¹²⁴ CAMPOS, Patrícia Toledo de. **Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção**. Revista Digital de Direito Administrativo. RDDA, v. 2, n. 1, 2015. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 166- Disponível em: < file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/80943-127259-2-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 16 nov. 2016.

¹²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 284.

¹²⁶ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

¹²⁷ JUNIOR, Dorival de Freitas. **A Responsabilidade da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção**. 2017. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 56.

¹²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 426-428.

Municípios); e, na Administração Indireta, pelo conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada¹²⁹ (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Portanto, as empresas públicas e as sociedades de economia mista também integram a Administração Pública (indireta) e estão sob a proteção da Lei Anticorrupção, apesar de poderem explorar atividade econômica em regime de competição e estarem sujeitas ao regime jurídico próprio do direito privado, nos termos do previsto no art. 173, § 1º, II da CRFB.¹³⁰ Desse modo, não é possível a aplicação de sanções pecuniárias previstas na LAC às empresas públicas e às sociedades de economia mista diante da função social¹³¹ que exercem e do fato de também integrarem o patrimônio público¹³², na proporção da participação societária do ente estatal.

Maria Silvia Di Pietro, ao tratar das estatais que exploram atividade econômica e se submetem ao regime próprio das sociedades privadas, constata que estariam excluídas do âmbito de atuação da Lei nº 12.846 as empresas públicas e as sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, incluídas aquelas que exploram atividade econômica¹³³.

Como já mencionado no item 1, há a responsabilização administrativa e judicial das pessoas jurídicas com a atribuição da responsabilidade objetiva destas e o estabelecimento de sanções de natureza administrativa e civil para o cometimento de atos lesivos praticados em

¹²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 430-432.

¹³⁰ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributário [...].

¹³¹ ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho. **Empresa na ordem econômica: princípios e função social**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 97. Para o autor, “é possível dizer que a empresa cumpre a sua função social quando se limita a atender a todas as exigências positivadas nos textos legais, em benefício de seus *stakeholders*.”

¹³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 1.049-1.050. Para o autor, são bens públicos todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas de direito público, sejam elas federativas como a União, os Estados, o Distrito federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas. Quanto aos bens das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, serviços autônomos etc.) também entende o autor que são bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para a consecução dos fins estatutários.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Apud ALBUQUERQUE, Ana Claudia de Paula. Aspectos da responsabilização administrativa da pessoa jurídica na Lei 12.846/2013. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 89-90.

desfavor da Administração Pública. Assim sendo, passa-se a uma breve análise das principais disposições da Lei.

1.2.1 A responsabilização objetiva da Lei nº 12.846/2013

A Lei Anticorrupção (LAC) torna as sociedades empresárias objetivamente¹³⁴ responsáveis, civil e administrativamente, por atos de corrupção perante a Administração Pública, e tem por finalidade estabelecer normas regulamentares¹³⁵ de conformidade (*compliance*) no seio das pessoas jurídicas, conforme assegura Modesto Carvalhosa¹³⁶, através da adoção de: códigos de ética; processos de análise de riscos de desconformidade; treinamento, e auditoria interna com poderes de verificação do mérito das transações praticadas ou por praticar; e, por fim, serviços de prevenção (inteligência), visando o combate à prática da corrupção junto ao Poder Público.

Nesse sentido, cumpre-nos observar que a Lei pretende tutelar o interesse público, mas não somente da Administração Pública nacional, afinal o diploma também garante proteção à administração estrangeira¹³⁷.

A Lei define como agente público¹³⁸ todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 701. Segundo Di Pietro, resumidamente, é chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir de apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo).

¹³⁵ Conforme o art. 7º, parágrafo único da Lei, que dispõe que os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

¹³⁶ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 30.

¹³⁷ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:[...] § 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.

¹³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 16. O autor define agente público como todos aqueles que, a qualquer título, executam

qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública, incluindo-se na definição servidores públicos, empregados públicos, servidores comissionados e políticos.

A norma destina sua aplicação às pessoas jurídicas em geral, nos termos do parágrafo único¹³⁹ do art. 1º, independentemente da responsabilização individual de seus dirigentes, administradores ou qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. Subsistirá a responsabilidade da sociedade sucessora em caso de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. Porém, nos casos de fusão e de incorporação, a responsabilidade será restrita ao pagamento de multa e à reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, enquanto para as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos na lei. Não obstante, a responsabilidade irá ser restrita à obrigação de pagamento de multa e à reparação integral do dano causado, conforme a previsão do art. 4º da Lei.

Em assentimento às palavras de Dorival de Freitas Junior, pode-se afirmar que a responsabilidade administrativa é uma das atividades desempenhadas pelo Estado, através do seu poder de polícia, que tem como finalidade assegurar o cumprimento das leis visando reprimir comportamentos que possam ser danosos ao corpo social.

Para o autor, acerca da responsabilização na Lei nº 12.846, o sistema processual brasileiro adotou o modelo da independência relativa ou mitigada das instâncias, para o qual a Lei Anticorrupção previu três espécies de responsabilização da pessoa jurídica por atos ilícitos praticados: a responsabilização objetiva administrativa, a responsabilização objetiva civil e a responsabilização judicial¹⁴⁰.

Sobre a responsabilidade civil, Hely Lopes Meireles a definiu como a que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais, e se exaure com a indenização. No que se refere à Administração Pública, a responsabilidade civil da Administração é a que impõe à Fazenda

uma função pública como prepostos do Estado. São integrantes dos órgãos públicos, cuja vontade é imputada à pessoa jurídica. Compõem, portanto, a trílogia fundamental que dá o perfil da Administração: órgãos, agentes e funções.

¹³⁹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

¹⁴⁰ JUNIOR, Dorival de Freitas. **A Responsabilidade da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção**. 2017. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 173-174.

Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las¹⁴¹.

Hely Lopes Meireles observa que o Direito Público se propôs a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios objetivos expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados em uma culpa especial do serviço público quando lesivo de terceiros, conforme a previsão do art. 36, § 6º da CRFB. Nessa tentativa, surgiram as teses da culpa administrativa, do risco administrativo¹⁴² e do risco integral, todas elas identificadas no tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública, mas com variantes nos seus fundamentos e na sua aplicação.

Conforme preleciona Fábio Ulhoa Coelho, é possível classificar quatro sistemas de responsabilidade civil¹⁴³ que conjugam elementos diversos como fundamento, ônus probatório e ligação entre conduta do responsável e resultado danoso, quais sejam: (i) o da responsabilidade subjetiva do tipo clássico¹⁴⁴, prevista no art. 927 do Código Civil¹⁴⁵; (ii) o da responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova¹⁴⁶; (iii) o sistema objetivo de responsabilidade civil¹⁴⁷; e (iv) o sistema de responsabilidade objetiva pura¹⁴⁸.

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37ª. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 697.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 702. Di Pietro expõe que, segundo Hely Lopes Meireles (2003:623) a teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral; a primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior. Yussef Said Cahali (1995:40), criticando a distinção feita por Hely Lopes Meirelles, diz que “a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, enunciado quanto à base ou à natureza da distinção”. E acrescenta que “deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco – risco integral, risco administrativo, risco proveito – aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiveram prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto.”

¹⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial., volume 2: direito de empresa**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 280-284.

¹⁴⁴ Fábio Ulhoa, ao falar sobre a responsabilidade subjetiva tipo clássico, assinala que esta corresponde à regra geral de responsabilização do direito brasileiro. Significa dizer que se a lei não preceituar para o ressarcimento de certo prejuízo uma norma específica filiada a outro sistema, a vítima deverá perseguir a reparação da lesão segundo os parâmetros da responsabilidade subjetiva tipo clássico.

¹⁴⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁴⁶ Fábio Ulhoa expõe que esse sistema, materialmente falando, não induz nenhum novo elemento constitutivo do dever de indenizar. A diferença desse sistema para a do tipo clássico reside em aspecto meramente processual, de distribuição do ônus da prova. Apenas no sistema clássico incumbe ao demandante demonstrar a culpa do ofensor, e no de inversão do ônus probatório atribui-se ao demandado o dever de provar que não agiu culposamente.

¹⁴⁷ Para Fábio Ulhoa o sistema objetivo foi desenvolvido em atenção aos mesmos valores de justiça que motivaram a evolução do sistema clássico para o da inversão do ônus probatório, mas ao submeter uma situação fática a esse terceiro sistema, a lei abstrai o elemento culposo da conduta lesiva. O agente responderá

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, o Código Civil de 1916, ao erigir, em seu art. 159, o dolo e a culpa como fundamentos da obrigação de indenizar, filiou-se à teoria subjetiva, que persistiu como regra geral durante toda a sua vigência, e que conviveu com a responsabilidade objetiva para atender a casos específicos para os quais a teoria tradicional revelou-se insuficiente¹⁴⁹.

Para o autor, o Código Civil de 2002 ampliou os domínios da responsabilidade objetiva. A primeira cláusula geral de responsabilidade objetiva encontra-se no art. 927 do Código Civil, conjugado com o art. 187 do mesmo diploma¹⁵⁰, que conceitua o abuso do direito e o define como ato ilícito, diferentemente daquele conceituado no art. 186¹⁵¹. Para Cavalieri, houve uma ruptura com a antiga noção civilista de ilicitude, falando-se agora em ato ilícito objetivo¹⁵².

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar do tema¹⁵³, destaca que a responsabilização objetiva não se trata de inovação no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas já tem sido adotada, por exemplo, no âmbito da legislação ambiental (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente conjugado com o art. 3º da Lei nº 9.605/1998) e nos artigos 932, inciso III, e 933, ambos do Código Civil¹⁵⁴. Conclui:

Significa dizer que, se a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção fizer prova de que não houve violação à ordem jurídica, ou de que tal evento não decorreu da conduta de seus representantes — rompendo o nexo de causalidade — não há que falar na aplicação das sanções previstas nos artigos 6º e 19 da referida lei. Mais que isso: caso se faça prova de que o ato de corrupção foi praticado em benefício de seu

pelos danos sofridos pela vítima, ainda que não tenha agido com culpa. Ressalta que o sistema objetivo apresenta dois pressupostos a serem provados pelo demandante: a) existência de extensão do dano; b) o liame de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do demandado. Assim, força maior e caso fortuito também são excludentes de responsabilidade.

¹⁴⁸ Fábio Ulhoa assinala que esse sistema foi criado pelo direito para assegurar a indenização às vítimas de certos eventos, cujas repercussões têm alcance econômico e social de maior envergadura. São quase modelos de seguro obrigatório. Se distingue do sistema objetivo na medida em que abstrai a relação de causa e efeito entre o dano experimentado pela vítima e determinada ação ou omissão daquele a quem o direito imputa o dever de pagar indenização.

¹⁴⁹ FILHO CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 12ª edição. Atlas, 08/2015, p. 220-221.

¹⁵⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁵¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁵² FILHO CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 12ª edição. Atlas, 08/2015, p. 238.

¹⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. **Revista Fórum Administrativo**, n. 156, 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹⁵⁴ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; [...] Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

funcionário, ou fora ou exercício de suas funções laborais, não há que se cogitar de responsabilização. [...]

Diante do exposto, é possível concluir esse item no sentido de que, embora a Lei nº 12.846/2013 tenha criado uma nova hipótese de responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção, isso não significa que tenha sido adotada a responsabilização pelo risco integral. Uma interpretação nesse sentido constituiria uma violação ao princípio da segurança jurídica, pilar estrutural de um Estado Democrático de Direito.

Essa ideia se coaduna com a posição de Luciana Stocco Betiol, quem avalia não ser razoável admitir que o legislador do Código Civil de 2002 tenha entendido que as diversas hipóteses de responsabilidade indireta, descritas nos arts. 932 e 933¹⁵⁵, estejam fundamentadas na teoria do risco, pois nesses casos há a responsabilização, independentemente de culpa, em clara aplicação do objetivo constitucional de realização da solidariedade social em favor dos lesados, independentemente de se analisar a negligência, imprudência, imperícia ou mesmo a violação de qualquer dever jurídico por parte dos responsabilizados nesses artigos¹⁵⁶. No entanto, conclui a autora que a responsabilidade subjetiva não entrou em declínio, tenha desaparecido ou possa desaparecer, e assinala:

O argumento no sentido de reafirmar a sobrevivência da culpa no nosso sistema jurídico parte exatamente da análise das regras da responsabilidade objetiva. Entre as causas de exclusão da responsabilidade encontra-se a denominada culpa exclusiva da vítima. Ou seja, integra a regra da responsabilidade objetiva analisar o comportamento culposos da vítima para o fim de excluir a obrigação de indenizar por parte do agente, em clara sobrevivência da responsabilidade subjetiva em nosso ordenamento jurídico. O que se tem, portanto, é que a responsabilidade objetiva, com a sua respectiva série de fatores objetivos, é entendida como uma segunda via de acesso à reparação.¹⁵⁷

A responsabilização objetiva da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção é um ponto controverso, pois independe de apuração de culpa do agente. Se, por um lado, a responsabilidade objetiva amplia a capacidade de atuação dos órgãos de controle para combater a corrupção envolvendo pessoas jurídicas, por outro é preciso avaliar até que ponto o sistema jurídico brasileiro não as deixará em situação de vulnerabilidade.

Para Fernando Facury Scaff e Renato de Mello Jorge Silveira, as questões a preocupar o mundo jurídico e, em especial, o empresarial, dizem respeito a pontos penais e econômicos.

¹⁵⁵ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

¹⁵⁶ BETIOL, Luciana Stocco. Coleção Prof. Agostinho Alvim - **Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente**, 1ª Ed. Saraiva, 09/2009, p. 101.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 95-96.

Sobre a dificuldade das sociedades empresárias de produzir a própria defesa, já que a responsabilidade é objetiva, questiona: como não se entender, se existe uma lógica penal embutida, da presença de um evidente cerceamento de defesa?¹⁵⁸

Caio Mário Pereira da Silva entende que o princípio da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado melhor se situa na “doutrina da realidade”. Sendo elas dotadas de personalidade e de vontade, podem ser responsabilizadas pela culpa e, com maioria de razão, poderão suportar os riscos. E acrescenta¹⁵⁹:

Afastados os obstáculos, mais especiosos do que ponderáveis, constrói-se o princípio da responsabilidade civil das pessoas jurídicas. Não podendo incorrer em responsabilidade criminal (salvo em casos especiais que a lei considere), ocorre uma assimilação com o procedimento das pessoas físicas. A elas aplica-se o princípio da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, pelos danos causados pelas pessoas físicas que são os seus órgãos, como pelos seus empregados ou prepostos, como ainda pelo fato das coisas.

Ainda nessa seara, o autor frisa a necessidade de considerar a questão com maior rigor quando se tratar da responsabilidade da pessoa jurídica pelos atos de seus órgãos, pois normalmente a pessoa jurídica age por via de seus administradores ou dirigentes, que são seus órgãos¹⁶⁰. Destaca que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado ganhou aspectos particulares no tocante aos administradores de sociedades anônimas e que, já no tempo da antiga Lei da S.A., o assunto merecia atenção da doutrina. Considera que, com o advento da Lei nº 6.404, de 1976, mais rígida se tornou a conduta dos administradores, o que nesse mesmo sentido perscrute na doutrina.¹⁶¹

O modelo posto pela Lei Anticorrupção, sem dúvida, amplia a capacidade de atuação dos agentes de Estad. Contudo, é um desafio para as sociedades empresárias contribuintes porque, na Lei Anticorrupção, a responsabilização objetiva, na esfera administrativa, é marcada pela competência legal de mais de onze mil órgãos de controle interno da União (CGU e outros órgãos de controle interno de cada Poder), dos Estados, do Distrito Federal e mais de cinco mil quinhentos e setenta municípios brasileiros, que mantêm um órgão de controle interno na Câmara Municipal e outro para o Poder Executivo (prefeituras), todos com competência para punir, de forma objetiva, as pessoas jurídicas com multas pesadas de até vinte por cento do faturamento bruto e com competência para celebrar Acordo de Leniência.

¹⁵⁸ SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. A Lei da Compliance**, p. 90. In SCAFF, Fernando Facury. **Crônicas de Direito Financeiro: Tributação, Guerra Fiscal e Políticas Públicas**. 1 ed. São Paulo: Conjur Editorial, 2016.

¹⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário Silva. *Responsabilidade Civil*. 11ª Ed. Forense, 07/2016, p. 156.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 157.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 161.

1.2.2 Desconsideração da personalidade jurídica

Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, Fábio Ulhoa Coelho sublinha que a autonomia patrimonial da sociedade empresária dá margem à realização de fraudes e que, para coibi-las, a doutrina criou a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, através da qual o Poder Judiciário é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que servir de expediente para a realização de fraude. O propósito da desconsideração é superar a autonomia patrimonial com vistas a responsabilização do sócio, direta, pessoal e ilimitadamente, por uma obrigação que originariamente caberia à sociedade responder¹⁶².

Salienta Fábio Ulhoa que é pressuposto inafastável da “despersonalização episódica” a ocorrência da fraude e sustenta que não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo – hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência. Para o autor, a desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica, o que pressupõe o mau uso. A contrário senso, se a autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a sua desconsideração¹⁶³.

Note-se que Luiz Antônio Zanoti entende ser possível concluir que o respeito ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica é de fundamental importância para que se cumpra a função social da empresa – e, em consequência, a valorização da dignidade da pessoa humana. Sobre o abuso de poder, assim dispõe¹⁶⁴:

Assim, o cerne dos arts. 50, do Código Civil, e 28, da Lei 8.078/90 (código de Defesa do Consumidor) é o uso abusivo da empresa, a ser apurado em caso concreto, caracterizado por condutas que contrariam os preceitos contidos no contrato social ou nos estatutos da sociedade, que promovam a gestão promíscua do patrimônio da pessoa jurídica com os das pessoas físicas.

Instala-se aqui um evidente dualismo, pois embora seja pacífico o entendimento de que a sociedade responde pelos débitos sociais originários das operações caracterizadas pelo excesso de poder, o Código Civil tem postura diferente a esse respeito, já que preceitua que não são de responsabilidade da sociedade os encargos oriundos de atos de seus administradores que ultrapassam os limites contidos nos atos constitutivos, coo constam dos arts. 47, 1.015, parágrafo único e 1.016, do Código Civil.

¹⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 153-154.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 154-155.

¹⁶⁴ ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho. **Empresa na ordem econômica: princípios e função social**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55-57.

Quanto à desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves observa confusão que se criou ao considerar como elementos autorizadores da desconsideração o ato ilícito, a fraude à lei e a responsabilidade civil do administrador. Em razão disso, analisa que para ocorrência da desconsideração (não abusiva) deve-se levar em consideração: i) a constituição regular da pessoa jurídica; ii) o abuso de direito ou fraude através da pessoa jurídica; iii) prejuízo a terceiro em decorrência de ato praticado pela pessoa jurídica; e iv) impossibilidade de aplicação de modo diverso, observadas prioritariamente as normas societárias. Também faz considerações sobre a fraude e o prejuízo a terceiros:

Em relação à fraude, pode-se dizer ser esta o meio arditoso por meio do qual o sócio cria uma situação de prejuízo ao credor e vantagem para si, de tal maneira que este pensa estar praticando negócio jurídico com garantias ou sem determinado grau de risco, quando, na verdade encontra-se diante de situação diversa. Um caso comum e típico de levantamento da personalidade por fraude é o patrimônio fictício da pessoa jurídica, isto é, aquele que só existe nos documentos assinados dolosamente pelos sócios, fazendo o credor crer numa solvência ou prosperidade quando, de fato, não terá condição de realizar seu crédito na situação de inadimplemento da obrigação. O prejuízo a terceiro, outro requisito, pode advir de infração à lei ou a contrato e será indenizável pelo sócio que agiu irregularmente, pois seu ato não vinculará a pessoa jurídica, também uma vítima da conduta exacerbada, nem os demais sócios se não restar provada a participação individual ou cumplicidade. Acredita-se que o sócio não administrador é aquele quem realmente é beneficiado com a autonomia subjetiva, em virtude da norma de direito societário não imputar a ele responsabilidade pelas obrigações assumidas pela pessoa jurídica ou, em certos casos, apenas de forma subsidiária.¹⁶⁵

Acerca da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, é importante consignar que Leonardo Parentoni Netto destaca que “o progressivo distanciamento das feições clássicas fez com que a desconsideração contemporânea fosse aplicada com exagero, em hipóteses nas quais tecnicamente não seria cabível.”¹⁶⁶ O Autor faz uma análise sobre a desconsideração da personalidade jurídica¹⁶⁷ contemporânea, exclusivamente com

¹⁶⁵ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **Desconsideração da personalidade jurídica como instrumento jurídico de efetivação da reparação por danos ambientais**. In: XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional - Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2007. p. 4118-4136. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_ferreira_de_assumpcao_alves.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017, p. 4126-4127.

¹⁶⁶ PARENTONI, Leonardo Netto. **Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira**. 203 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-27082013-112343/pt-br.php>>. Acesso em: 10 jan. p. 153.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 41. Para Leonardo Parentoni, ao abordar a desconsideração clássica, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser considerada *derivação* de uma ideia maior de abuso do direito, por técnica aplicável especificamente a fim de coibir abusos da limitação de responsabilidade cometidos por meio de centros autônomos de imputação de direitos e deveres, quando tal limitação for utilizada contra as razões, históricas, econômicas e sociais que a condicionam.

fundamento na insolvência do devedor, e avalia que, quando os pressupostos autorizadores da desconsideração não estão presentes, a teoria fica descaracterizada e se converte em responsabilidade civil objetiva.

Sobre a “superutilização” do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, conclui Leonardo Parentoni que é necessário que se verifique em que medida os pressupostos da teoria clássica lhe são aplicáveis, assim como construir pressupostos complementares que resgatem o equilíbrio entre as hipóteses excepcionais de incidência dessa teoria e a limitação da responsabilidade patrimonial como regra do sistema, pois as normas que tratam da desconsideração contemporânea são vagas e subjetivas¹⁶⁸.

Relativamente à desconsideração da personalidade jurídica, Calixto Salomão Filho ressalta que a concepção organizativa do interesse social também ajuda – e muito – a aceitação de uma nova concepção de desconsideração da personalidade jurídica, nomeada desconsideração atributiva, teoria que não restringe as hipóteses de desconsideração aos casos de fraude, dando-lhe uma perspectiva funcional. Acrescenta ainda que os impositivos dogmáticos nem sempre são capazes de fornecer resposta adequada às rápidas mutações do direito societário, e que aqueles pragmáticos trazem consigo o perigo da aplicação livre e arbitrária das normas¹⁶⁹.

Esse entendimento está lastreado na concepção crítica que não aceita tratar o Direito Comercial exclusivamente como instrumento de defesa dos interesses do empresário, segundo os seguintes termos:

A visão crítica não aceita tratar o direito comercial exclusivamente como instrumento de defesa dos interesses do empresário. Vê, ao contrário na transformação da empresa, na disciplina dos mercados, elementos estruturais para a transformação de um sistema, que mantido nas bases econômicas e jurídicas em que atualmente se encontra, dá claros sinais físicos (meio ambiente) e sociais (desigualdade e exclusão) de esgotamento.¹⁷⁰

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 157. O autor elenca cinco pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam: (i) existência de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, dotado de patrimônio próprio, ao qual se limita a responsabilidade de seus membros; (ii) a existência de atividade praticada por meio desse centro de imputação (por exemplo, atividade empresarial desenvolvida por sociedade); (iii) que essa atividade seja formalmente lícita, porque contra o ato ilícito já existe a responsabilidade civil; (iv) a inobservância, pelo membro de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, do distanciamento característico desse centro; e (v) a inexistência de dispositivo legal que atribua responsabilidade solidária aos membros do centro autônomo de imputação. A partir deste quinto pressuposto o autor afirma que se pode inferir que a desconsideração da personalidade jurídica ostenta caráter subsidiário.

¹⁶⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 174-175.

¹⁷⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 7-8.

Nesse cenário, a Lei Anticorrupção previu a possibilidade de a Administração desconsiderar a personalidade jurídica das pessoas jurídicas, sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos, ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração¹⁷¹.

1.2.3 Responsabilização judicial

A Lei Anticorrupção, em seu art. 1º, prevê a responsabilização administrativa e civil pelos ilícitos nela previstos, o que enseja a responsabilização em outros subsistemas distintos e independentes, como crimes previstos na Lei de Improbidade Administrativa, na Lei de Licitação e Contratos Administrativos, na Lei do Sistema Brasileiro da Concorrência etc. Assim, um ato comissivo ou omissivo praticado pelo mesmo agente poderá ensejar diferentes esferas de responsabilização, autônomas, sem que se caracterizem como *bis in idem*¹⁷², uma vez que a tutela dos bens jurídicos e dos valores nesses subsistemas são diferentes.

No Capítulo VI, denominado Responsabilidade Judicial, o art. 18¹⁷³ da Lei dispõe expressamente que a responsabilização na esfera administrativa não afasta a possibilidade de

¹⁷¹ Lei nº 12.846: Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...] e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; [...]. Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

¹⁷² MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. Boletim Científico. ESPMU, Brasília. Ano 4 – n. 16, jul./set. 2005, p. 11-75. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/o-principio-do-ne-bis-in-idem-e-a-constituicao-brasileira-de-1988>>. Acesso em: 12 jul. 2017, p. 27. A expressão *bis in idem* (utilização jurídica), por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*), ainda que com caráter processual e em contexto não-penal.

¹⁷³ Lei nº 12.846: Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

a pessoa jurídica poder ser responsabilizada na esfera judicial e que, em caso de condenação, a obrigação de reparar integralmente o dano causado pelo ilícito será certa¹⁷⁴.

Logo, nos termos do art. 19¹⁷⁵, em razão das práticas previstas no art. 5º da Lei nº 12.846, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial e Ministério Público, poderão ajuizar ação judicial com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé; (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas, de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos.

O Estudo Técnico do MPF sobre os acordos de leniência da Lei Anticorrupção, nº 01/2017 – 5ª CCR¹⁷⁶, assinala que a responsabilização das pessoas jurídicas que tenham praticado atos lesivos ao erário atende a demanda manifestada em dois níveis complementares (político e jurídico), pois é um compromisso assumido no plano internacional e também se constitui como um imperativo interno, de caráter constitucional, de construção da igualdade de todos perante a lei.

Nesse contexto, merece relevo trazer um quadro comparativo entre as normas anticorrupção dos Estados Unidos da América, do Reino Unido e do Brasil, com vistas a uma

¹⁷⁴ Lei nº 12.846: Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

¹⁷⁵ Lei nº 12.846: Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - 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; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. § 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. § 2º (VETADO). § 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. § 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

¹⁷⁶ Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR, da 5ª Câmara de Revisão (Combate à Corrupção do Ministério Público Federal). Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2017, p. 31.

melhor compreensão dos tipos de responsabilidade e de sancionamento nos distintos ordenamentos jurídicos.

Quadro 4: Comparação entre a Lei Anticorrupção Brasileira, FCPA e UK *Bribery Act*

Previsão	Lei Anticorrupção Brasileira	<i>Foreign Corrupt Practices Act - FCPA</i>	<i>UK Bribery Act</i>
Corrupção	Existência de corrupção pública, inclusive entre funcionários públicos nacionais e estrangeiros	Existência de corrupção pública, apenas no âmbito de funcionários públicos estrangeiros.	Existência de corrupção pública e privada
Tipo de responsabilidade	Objetiva, administrativa e civil. Aplica-se somente a pessoas jurídicas.	Objetiva para atos relacionados à contabilidade e subjetiva civil e penalmente. Aplica-se a pessoas físicas e jurídicas.	Objetiva civil e penalmente (<i>strict liability</i>). Aplica-se a pessoas físicas e jurídicas.
Autoridade Competente	Pela LAC, na esfera federal, a CGU. No entanto, há a competência concorrente de outros órgãos sem que a LAC tenha realizado ressalvas. Nas esferas estadual e municipal e competência é múltipla e sem limitações de atuação dos órgãos.	DOJ (<i>U.S. Department of Justice</i>)	SFO (<i>Serious Fraud Office</i>).
Alcance extraterritorial	Não	Sim	Sim
Multa	Multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica ou de R\$ 6 mil a R\$ 6 milhões (se não for possível utilizar o critério do faturamento bruto)	Violação aos dispositivos contábeis: multa de até US\$ 2 milhões por violação. Violações aos dispositivos de controles internos: multa de até US\$ 25 milhões por violação. Duas vezes o benefício obtido ou almejado.	Pessoas jurídicas: multas ilimitadas. Pessoas físicas: multa ilimitada e/ou até 10 anos de prisão. Diretores: destituição do cargo e proibição de atuar como diretor por até 15 anos. Contratantes públicos: possível exclusão de contratos públicos
Crédito pela existência de programas de integridade	Sim. A existência de controles internos e auditoria poderá ser motivo para diminuição das sanções, de acordo com o art. 7º, VII, da lei.	Sim (<i>U.S. Sentencing Guidelines</i>)	Sim (pode ser absoluta para o crime de <i>failure to prevent bribery</i>)
Crédito por reporte voluntário e cooperação	Sim (redução de até 2/3 do valor da multa e exclusão das demais sanções)	Sim	Sim, mas limitado

Outras penalidades	Criação do Cadastro Nacional das Empresas Punidas; publicação da decisão condenatória; dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios ou empréstimos de entidades públicas	Suspensão ou proibição de contratar com o Poder Público	Não há previsão de outras penalidades
Programas de integridade	Identificação e avaliação do risco, medidas de mitigação, aplicação do programa e revisão periódica	Consideração aplicável	Consideração aplicável
Leniência	Possível a celebração de acordos.	Possível a celebração de acordos.	Possível a celebração de acordos.

Fonte: Adaptação da autora, 2017.¹⁷⁷

Vale registrar que a *Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE) destaca três principais tipos de fraude: corrupção, apropriação indevida de ativos e declarações fraudulentas. A partir desses tipos principais a ACFE faz uma discriminação completa das demais fraudes decorrentes desses três tipos, discriminação essa que é referida como “árvore da fraude”¹⁷⁸ e que apresenta 65 tipos individuais de fraudes empresariais.

As fraudes, individualmente discriminadas, demonstram a potencialidade do alcance interpretativo (extensivo) dos atos e das condutas empresariais. Merecem atenção os tipos identificados como ilícitos praticados em desfavor da Administração Pública e que causam dano ao erário. Os efeitos da corrupção são danosos tanto para a seara privada quanto para a pública, posto que estão interrelacionadas.

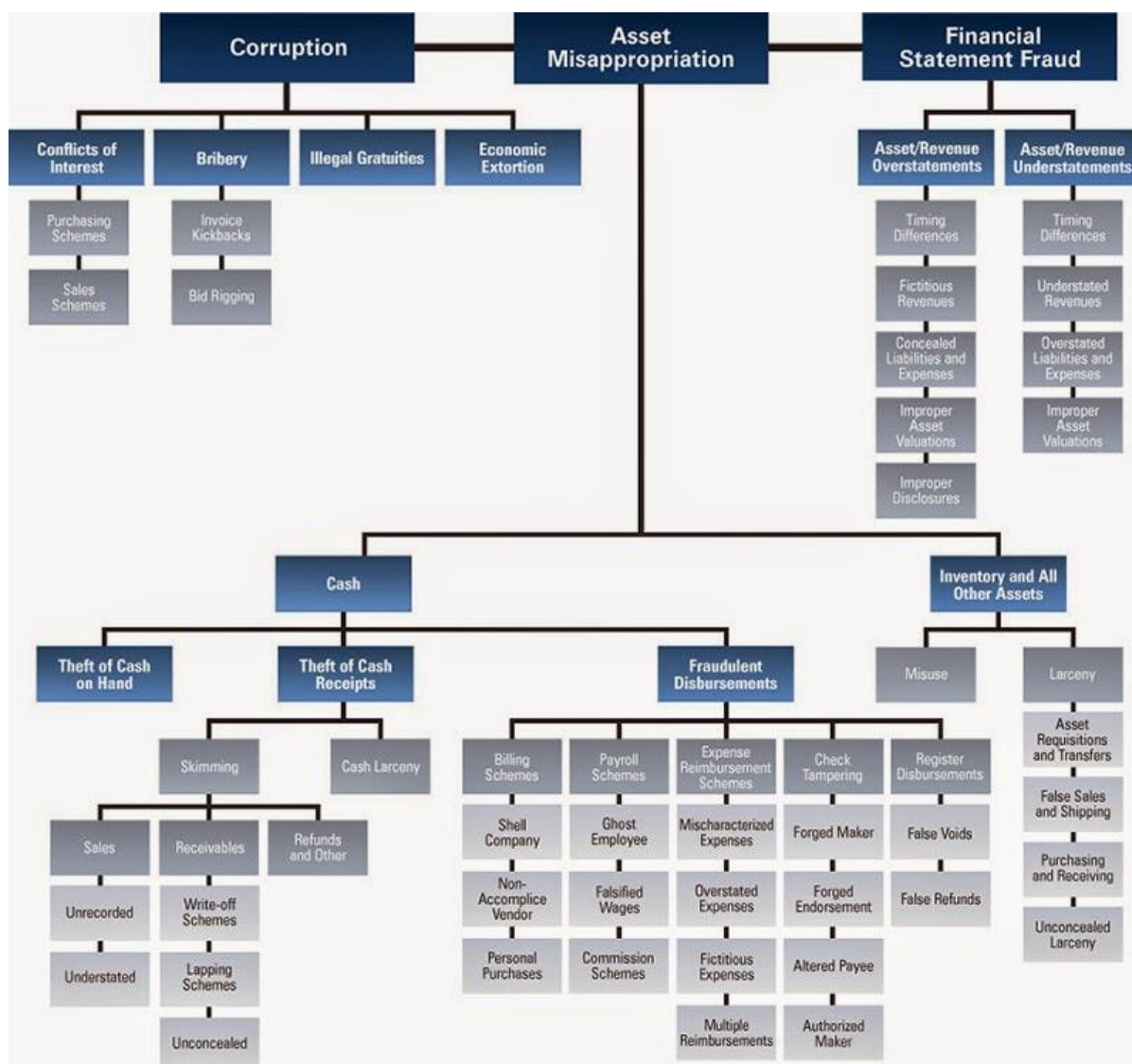
Mesmo que uma análise perfunctória possa ensejar a conclusão de que nem todos os três tipos principais de fraude – corrupção, apropriação indevida de ativos e declarações fraudulentas – estariam contemplados pela Lei Anticorrupção, esta não seria a melhor análise.

¹⁷⁷ CASTRO, Patrícia Reis Carvalho de. **Um estudo sobre o processo de adesão ao programa de integridade da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, e seus efeitos sobre os controles internos em empresas nacionais e multinacionais**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, 2016. Quadro adaptado, p. 52. Disponível em: <file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/CorrigidoPatriciaReis.pdf> e da tabela 4 da análise comparativa entre FCPA e a Lei Anticorrupção Brasileira disponível na publicação: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI193224,91041-A+nova+lei+anticorruptao+no+Brasil+e+os+exemplos+estrangeiros>>. Acesso em 10 maio 2016.

¹⁷⁸ Árvore da fraude disponível no website da ACFE em: <<http://www.acfe.com/fraud-tree.aspx>> e em CASTRO, Patrícia Reis Carvalho de. **Um estudo sobre o processo de adesão ao programa de integridade da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, e seus efeitos sobre os controles internos em empresas nacionais e multinacionais**. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, 2016, p. 32. Disponível em: <file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/CorrigidoPatriciaReis.pdf>. Acesso em 10 maio 2016.

É importante que se apure concretamente se os atos lesivos praticados pelas pessoas jurídicas se enquadrariam entre os lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira relacionados no art. 5º da Lei Anticorrupção.

Organograma 1 – Árvore da fraude.



Fonte: ACFE, 2016.

Modesto Carolhosa aponta que a rede multinacional de corrupção causa danos enormes à ordem política mundial, daí as medidas fundamentais de extraterritorialidade no combate a esse tipo de crime globalizado. Carolhosa avalia que a fraude do setor privado, seja ela ativa ou receptiva, afeta devastadoramente as políticas públicas bem como a gestão pública, que são desviadas das prioridades de atendimento ao bem público, conforme o

critério da economicidade¹⁷⁹. A fraude já não comporta as fronteiras nacionais. Nesse contexto, sublinha Carvalhosa:

Diante dessa realidade, formou-se o consenso nos fóruns internacionais de que a corrupção é a responsável pela ausência de desenvolvimento social dos países emergentes e periféricos, com as consequências evidentes da fome e das doenças na maioria deles; no atraso social e político que daí decorre mediante o domínio de gangues políticas, mesmo institucionalizadas, como é o caso brasileiro, que dominam Estados e governos desses países, que representam três quartos da população mundial.¹⁸⁰

Para Ana Frazão, é possível entrever que a corrupção é um importante fator de distorção dos mercados e que não há como reduzir significativamente a corrupção apenas mediante a modificação das regras jurídicas. Contudo, sem desconsiderar as iniciativas legislativas no sentido de assegurar a responsabilização das pessoas jurídicas e físicas envolvidas em atos de corrupção – consideradas fundamentais para o combate à corrupção –, adverte que tais esforços dificilmente terão os efeitos pretendidos caso não seja modificada a estrutura concorrencial dos mercados e o próprio contexto institucional no qual operam¹⁸¹.

Nesse sentido, relatório da OCDE de 2018 ressalta que regras relativas a conflitos de interesse, incompatibilidades e imparcialidade nas contratações públicas poderiam ser otimizadas e fortalecidas, e os esforços de combate à corrupção devem incluir uma avaliação completa das leis de contratação pública, especialmente a forma com que as muitas complexidades e isenções afetam a integridade dos processos de licitação e a concorrência. A avaliação é no sentido de que uma revisão também deve cobrir o risco substancial de conluio em licitações públicas, pois a redução do conluio reduzirá preços pagos pelas autoridades públicas e oportunidades de corromper o processo¹⁸².

1.2.4 O Processo Administrativo de Responsabilização da Lei nº 12.846/2013

¹⁷⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 103.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 104.

¹⁸¹ FRAZÃO, Ana. **Arquitetura da corrupção e as relações de mercado**. Jota, 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arquitetura-da-corrupcao-e-relacoes-de-mercado-30052016>>. Acesso em 9 ago. 2016.

¹⁸² OCDE. **Relatórios Econômicos OCDE: Brasil, 2018**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018, p. 36.

A responsabilização administrativa de pessoa jurídica pela prática de ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira, dependerá de prévia instrução de processo administrativo de responsabilização, observados os exatos termos estabelecidos pelos arts. 8º a 15 da LAC. Considerando a natureza sancionatória do processo, deverão ser observados, ainda, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O art. 8º da Lei dispõe que a instauração e o julgamento para a apuração da responsabilidade serão de competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com a possível admissão da delegação de tais competências. Assim, há a possibilidade de instaurações múltiplas de processos administrativos de responsabilização em âmbitos de esferas distintas, por instituições potencialmente competentes para a apuração das irregularidades, como os entes correicionais e disciplinares dos três Poderes e das três instâncias administrativas¹⁸³.

No âmbito do Poder Executivo federal, o § 2º, art. 8º da Lei Anticorrupção dispõe que a Controladoria-Geral da União terá competência concorrente para instaurar processos de responsabilização ou para avocar os processos já instaurados por outros órgãos, com fundamento na LAC, para examinar a regularidade ou corrigir o andamento deles.

O processo de responsabilização pode ensejar a aplicação, pela autoridade administrativa, conforme o art. 6º da Lei, das seguintes sanções: (i) multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, nunca inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória. Não sendo possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, o § 4º prevê que a multa será de seis mil reais a sessenta milhões de reais.

A Lei Anticorrupção não estabelece critérios definidos¹⁸⁴ ou uma metodologia para a gradação das multas, o que faculta ao aplicador da norma sancionadora elevado grau de discricionariedade¹⁸⁵.

¹⁸³ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353.

¹⁸⁴ Lei Anticorrupção: Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - 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; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e X - (VETADO). Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

¹⁸⁵ Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Lei Anticorrupção: Manual de**

O Decreto nº 8.420, de 2015, nos arts. 17 a 23, estabelece os parâmetros não previstos em Lei para o cálculo da multa. Parte da soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização (excluídos os tributos): (i) 1% a 2,5%, havendo continuidade dos atos lesivos no tempo; (ii) 1% a 2,5% para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica; (iii) 1% a 4% no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada; (iv) 1% para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral (SG) e de Liquidez Geral (LG) superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo; (v) 5% no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior.

No caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:

- a) 1% em contratos acima de um milhão e quinhentos mil reais;
- b) 2% em contratos acima de dez milhões de reais;
- c) 3% em contratos acima de cinquenta milhões de reais;
- d) 4% em contratos acima de duzentos e cinquenta milhões de reais; e
- e) 5% em contratos acima de um bilhão de reais.

Do resultado da soma dos fatores de agravamento, serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo de responsabilização, excluídos os tributos: (i) 1% no caso de não consumação da infração; (ii) 1,5% no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa; (iii) 1% a 1,5% para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência; (iv) 2% no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do processo administrativo de responsabilização acerca da ocorrência do ato lesivo; (v) 1% a 4% para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Responsabilização Administrativa de pessoa jurídica. Disponível em:

<<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/sancoes>>, p. 56-60. Acesso em 19 dez. 2017.

Quadro 5 – Aplicação das sanções conforme a esfera de responsabilização.

Esfera Administrativa	Esfera Judicial
<p>Pena de multa de até 20% do faturamento bruto da empresa, ou até 60 milhões de reais, quando não for possível calcular o faturamento bruto. As penas serão aplicadas pelo órgão ou entidade que sofreu a lesão, e, no caso de suborno transnacional, pela Controladoria-Geral da União.</p> <p>Publicação extraordinária da decisão condenatória em meios de grande circulação, a expensas da pessoa jurídica.</p>	<p>Perdimento de bens</p> <p>Suspensão de atividades e dissolução compulsória.</p> <p>Proibição de recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, por prazo determinado.</p>

Fonte: CGU, 2015.¹⁸⁶

Já a publicação extraordinária da decisão condenatória, conforme dispõe o § 5º, ocorrerá às expensas da pessoa jurídica em meios de comunicação de grande circulação na área em que foi praticada a infração e na área de atuação da pessoa jurídica, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de trinta dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

A autoridade administrativa deve levar em consideração, para a aplicação das sanções, que podem ser estabelecidas de forma cumulativa ou isolada: (i) a gravidade da infração; (ii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iii) a consumação ou não da infração; (iv) o grau de lesão ou perigo de lesão; (v) o efeito negativo produzido pela infração; (vi) a situação econômica do infrator; (vii) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; (viii) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e conduta no âmbito da pessoa jurídica¹⁸⁷; e (ix) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou a entidade pública lesados.

Um dos benefícios passíveis de serem concedidos às pessoas jurídicas que celebrem Acordos de Leniência com base na Lei nº 12.846 é a redução, em até dois terços, do valor final da multa aplicável. É a previsão do § 2º do art. 16 da LAC, assim como do art. 40, inciso III, do Decreto nº 8.420/2015. Assim, com a assinatura do Acordo de Leniência, a multa

¹⁸⁶ Quadro comparativo disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/sancoes>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹⁸⁷ Os mecanismos e procedimentos internos de integridade estão estabelecidos no Decreto nº 8.420/2015.

aplicável à pessoa jurídica signatária será reduzida conforme a fração pactuada entre as partes no Acordo, observado o limite máximo de dois terços previsto na Lei nº 12.846/2013¹⁸⁸.

1.3 O Acordo de Leniência previsto na Lei Anticorrupção

O aprimoramento dos instrumentos de combate à corrupção tem sofrido significativo destaque e abrangência na seara da atuação estatal. A internalização no ordenamento jurídico pátrio de medidas que visam ao combate ao terrorismo, à lavagem de dinheiro e à corrupção vem de compromissos assumidos pelo Brasil através de convenções internacionais. Desde a edição da Lei de Colaboração Premiada, Lei nº 12.850, de agosto de 2013, e da Lei Anticorrupção, a Lei nº 12.846, também de agosto de 2013, é possível observar a introdução, na seara penal e na seara civil-administrativa, desses dois instrumentos importantes para o desmantelamento de organizações criminosas e para a cessação da prática de atos ilícitos contra a Administração Pública.

No Brasil já observávamos a utilização eficiente do Acordo de Leniência na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Contudo, esse acordo não serve como parâmetro adequado para o Acordo de Leniência previsto na Lei Anticorrupção, pois as especificidades disfuncionais do Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção e daquele que existe previsto na Lei Concorrencial é evidente. Os valores protegidos, as partes que se relacionam e o órgão competente para aplicar as sanções na Lei do SBDC são distintos daqueles na Lei Anticorrupção.

Enquanto a Lei do SBDC se volta para a repressão das infrações à ordem econômica, orientada para a livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico, a Lei Anticorrupção se volta para a defesa da moralidade administrativa, pois, em última análise, a corrupção na Administração Pública significa a apropriação privada de recursos públicos que deveriam ser investidos na prossecução de políticas funcionalizadoras de direitos fundamentais.

Nesse particular, para que ocorra o acordo de Leniência no SBDC, somente haverá uma autoridade nacionalmente competente e estruturada para tratar dos crimes contra a ordem

¹⁸⁸ Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Lei Anticorrupção: Manual de Responsabilização Administrativa de pessoa jurídica**, p. 71. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/sancoes>>, p. 56-60. Acesso em 19 dez. 2017.

econômica e realizar o controle de estruturas, com a participação do Ministério Público Federal, titular da ação penal, conforme a previsão legal. Portanto, no SBDC não há qualquer problema com a existência de diversas autoridades competentes para assinar os acordos, tal como ocorre no Acordo de Leniência da LAC.

Benjamin Zymler destaca a inserção do Acordo de Leniência como importante instrumento de investigação apto a dotar as autoridades de informações relevantes sobre atos ilícitos que não necessariamente seriam obtidas sem a celebração dos acordos¹⁸⁹. Nesse sentido, o acordo de leniência pode ter uma natureza dúplice, segundo estudo técnico do MPF¹⁹⁰, a depender do ponto de vista assumido: (i) a de técnica de investigação, em que a pessoa jurídica obtém redução das sanções a ela aplicáveis e a administração pública obtém informações aptas a permitir o aprofundamento das investigações; e (ii) a de instrumento de legítima estratégia de defesa, pois há a atratividade da redução de sanções aos interessados.

O objetivo do Acordo de Leniência da lei Anticorrupção é o estímulo à colaboração daqueles envolvidos na prática de atos ilícitos com vistas à identificação de outros infratores e a evitar a reiteração das condutas ilícitas.

Merece destaque o fato de que a Lei estabelece a responsabilização civil e administrativa – não se trata, portanto, de matéria penal. Frise-se que a responsabilidade da pessoa jurídica não afeta a responsabilidade individual de qualquer pessoa natural a que se atribua o mesmo ato ilícito, que responderá na medida de sua culpabilidade¹⁹¹.

O Acordo de Leniência no contexto da Lei Anticorrupção será abordado no Capítulo 2. Contudo, a fim de se estabelecer uma diferenciação entre o Acordo de Leniência no contexto da Lei Anticorrupção e o Acordo de Leniência no contexto do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, seguir-se-á uma breve explanação sobre o instituto no item 1.4.

1.4 O Acordo de Leniência na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

¹⁸⁹ ZYMLER, Benjamin. DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 147.

¹⁹⁰ Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2017, p. 49.

¹⁹¹ Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Apesar de o objeto da pesquisa não ser o estudo do acordo de leniência previsto na Lei do Sistema Brasileiro de Concorrência (SBDC), Lei nº 12.529/2011, contribui para a análise do Acordo de Leniência no contexto da Lei Anticorrupção a observação das suas principais características, tendo em vista o parâmetro que se pretendeu estabelecer entre o acordo de leniência previsto na Lei do SBDC, e o Acordo de Leniência previsto na LAC, nos termos do exposto no parecer do relator do Projeto de Lei da Lei Anticorrupção, o PL nº 6.826/2010, associado ao fato de que o acordo de leniência previsto no SBDC era, até o início de vigência da Lei nº 12.846/2013, o único acordo de leniência existente no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, a regulamentação da concorrência é fenômeno afeto ao Direito Econômico e, segundo Paula Forgioni¹⁹², entende-se o Direito da Concorrência (chamado pela autora de Direito Antitruste) como técnica de que o Estado contemporâneo lança mão para implementar políticas públicas mediante a repressão ao abuso do poder econômico visando à tutela da livre concorrência.

Nesse sentido, cumpre destacar que a Lei do SBDC prevê três tipos de acordo entre os entes públicos e as sociedades: (i) o compromisso de cessação, previsto no art. 85; (ii) o acordo de leniência, previsto no art. 86¹⁹³; e (iii) os acordos em controles de concentrações, conforme previsto no art. 9º, V, art. 13, X e no art. 46, § 2º.

O Acordo de Leniência previsto no SBDC foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2000 através da Medida Provisória 2.055-4, posteriormente convertida na Lei nº 10.149 de 2000, que alterou a Lei nº 8.884, de 1994, responsável por transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia e dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Destarte, a Lei nº 12.529, de 2011, estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e consolidou o que dispunham os artigos 35-B e 35-C da lei até então vigente, no Capítulo VII, arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 2011: o programa de leniência, que passou

¹⁹² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7 ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 84.

¹⁹³ 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; 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.[...]

então a integrar o ordenamento brasileiro como mecanismo de prevenção e punição de infrações à ordem econômica (neste caso, as práticas anticoncorrenciais).

O Acordo de Leniência, entendido como uma técnica ou um instrumento de investigação, tem natureza similar à colaboração premiada¹⁹⁴ existente no direito premial da esfera penal, pois ambos possuem o mesmo fim: garantir a efetividade das investigações. É um instrumento de política criminal que amplia os poderes de investigação dos órgãos responsáveis pela fiscalização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a fim de que se permita a colaboração do agente infrator, utilizando-se do direito premial¹⁹⁵.

O programa de leniência previsto na Lei nº 12.529/2011 é um dos principais instrumentos de combate a cartéis no Brasil. Instituído na legislação brasileira em 2000, o primeiro Acordo de Leniência do país foi assinado em 2003 e, desde então, mais de 50 Acordos de Leniência já foram assinados pela autoridade antitruste brasileira, o CADE¹⁹⁶.

Vale demonstrar as estatísticas dos acordos de leniência assinados e dos processos administrativos julgados pelo CADE desde 2003 até o ano de 2017¹⁹⁷:

¹⁹⁴ Art. 3º, I e art. 4º da Lei nº 12.850/2003: Capítulo II - Da Investigação E dos Meios de Obtenção da Prova - Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; [...]; Seção I - Da Colaboração Premiada - Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. §1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. §2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm

¹⁹⁵ PAZ, Isabel Sánchez Garcia de. **El coimputado que colabora con la justicia penal**: Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, s.n., 2005, núm. 07-05, p. 2. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/ricardo.pdf>. Acesso em 11 mar. 2018. Para Paz, as medidas para remir ou mitigar a punição para os corréus que colaboram com a justiça criminal na descoberta do crime agrupa normas de mitigação ou remissão total da pena orientada a recompensar e assim incentivar condutas de abstenção e de arrependimento efetivo do comportamento criminoso ou de futuro abandono das atividades criminosas e colaboração com as autoridades de processo criminal na descoberta dos crimes já cometidos ou, quando apropriado, o desmantelamento da organização criminosa à qual o acusado pertence.

¹⁹⁶ Em 23 de junho de 2016 o CADE disponibilizou o guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do órgão, que consolida as melhores práticas e procedimentos usualmente adotados para negociação e celebração de acordos de leniência. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017.

¹⁹⁷ Até 31/12/2017 foram julgados 19 processos administrativos originários de 15 acordos de leniência. Quadro

Quadro 6 – Estatística dos Acordos de Leniência assinados pelo CADE

Ano	Acordos de Leniência assinados	Processos Administrativos julgados	Ano do julgamento
2003	1	08012.001826/2003-10	2007
2004	1	08012.004702/2004-77 08012.007818/2004-68	2012 2015
2005	1	0	-
2006	4	08012.011027/2006-02 08012.000084/2010-34 08012.001029/2007-66 08012.006130/2006-22	2013 2014 2016 2017
2007	1	08012.010932/2007-18 08012.001127/2010-07	2015 2016
2008	2	0	-
2009	4	08012.000820/2009-11 08012.000774/2009-79	2016 2016
2010	8	08012.000773/2011-20 08012.000774/2011-74 08700.009161/2014-97	2016 2016 2016
2011	1	08012.005255/2010-11	2016
2012	10	08700.008005/2017-51 08700.008004/2017-15	2017 2017
2013	1	0	-
2014	6	0	-
2015	10	08700.004631/2015-15 08700.004627/2015-49	2017 2017
2016	11	0	-
2017	21	0	-
Total	82	19	-

Fonte: CADE, 2017.¹⁹⁸

O programa de leniência permite que sociedades e/ou indivíduos que participam ou que participaram de um cartel ou de outra prática anticoncorrencial coletiva celebrem acordo de leniência com o CADE. Os signatários desse acordo devem se comprometer a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar a participação na prática da infração à ordem econômica, bem como a cooperar com as investigações, apresentando informações e

disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 20 dez. 2017.

¹⁹⁸ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 25 jan. 2018.

documentos relevantes para o detalhamento da conduta a ser investigada, nos termos do art. 86 da Lei nº 12.529/2011.¹⁹⁹

Uma vez que a prática de cartel é tanto um ilícito administrativo (art. 36, §3º, I da Lei nº 12.529/2011) quanto criminal (art. 4º, II da Lei nº 8.137/1990), a celebração do Acordo de Leniência confere aos signatários do acordo imunidade administrativa e criminal²⁰⁰ na hipótese do CADE não ter conhecimento prévio da infração, ou a redução de um a dois terços das penalidades aplicáveis na hipótese de o CADE já ter iniciado um procedimento administrativo para apurar a conduta denunciada²⁰¹.

Somente celebra-se um acordo de leniência por infração denunciada, o que estimula que as sociedades e as pessoas físicas participantes de um cartel estabeleçam uma corrida entre si para reportar a conduta. Apesar de a imunidade administrativa e a imunidade criminal apenas poderem ser concedidas a um signatário, as demais sociedades e/ou indivíduos que tiverem interesse em colaborar com as investigações poderão celebrar Termo de Compromisso de Cessação – TCC, que lhes proporcionará, a depender da ordem cronológica em que contatarem o CADE, maiores ou menores reduções na multa esperada em uma possível condenação, conforme o art. 85 da Lei nº 12.529/2011²⁰².

Portanto, mesmo que a sociedade empresária não se qualifique para celebrar o Acordo de Leniência, poderá propor outra espécie de acordo, chamado de Termo de Cessação de Conduta (TCC). A diferença entre ambos é que o Acordo de Leniência é disponível apenas

¹⁹⁹ 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; 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.[...]

²⁰⁰ Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

²⁰¹ Conforme a previsão do art. 86, §4º, I e II.

²⁰² Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

para o primeiro agente infrator que reportar a conduta anticoncorrencial e, por isso, possui os melhores benefícios administrativos e também benefícios na seara criminal (não disponíveis para quem celebra um TCC). Não obstante, o TCC é franqueado a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva.

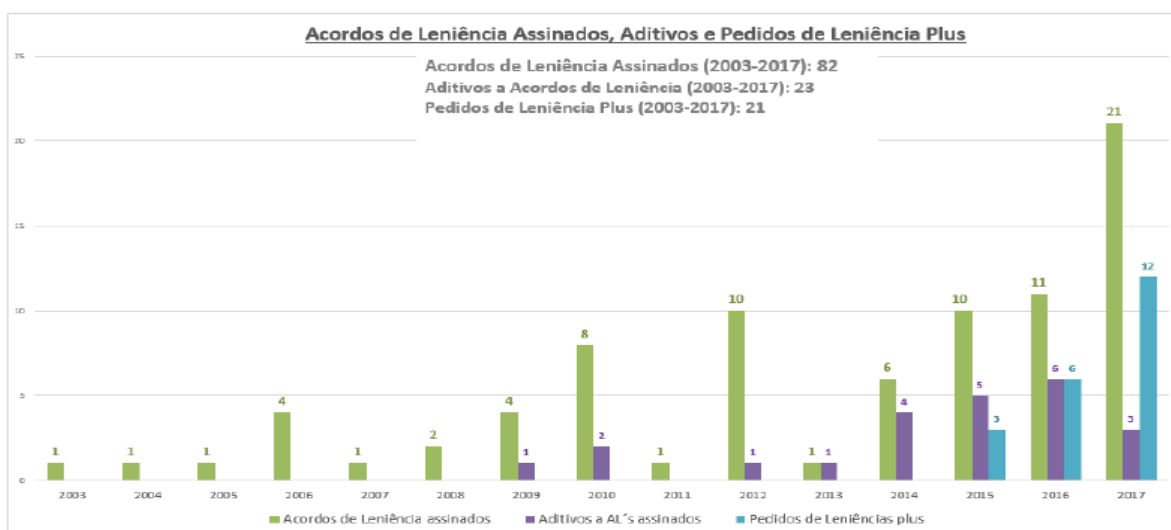
Adicionalmente, o CADE poderá auxiliar o agente infrator na interface com o Ministério Público, com vistas à viabilização da negociação de um acordo de colaboração premiada²⁰³, face à previsão da atuação do Ministério Público Federal perante o CADE no art. 20 da Lei do SBDC²⁰⁴.

A título informativo, segue um gráfico do CADE que registra a quantidade de acordos de leniência firmados no programa de leniência da entidade.

Gráfico 1 – Número de Acordos de Leniência assinados no Programa de Leniência do CADE

²⁰³ Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programa de leniência Antitruste do CADE. Maio de 2016 e atualizado em setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>, p. 22. Acesso em 19 dez. 2017. O acordo de colaboração premiada, especificamente no âmbito da Lei nº 12.850/2013 (sobre crimes de organização criminosa), trata de acordo no âmbito criminal, possível de ser celebrado com a pessoa física denunciante que aceite colaborar voluntariamente com a investigação da autoridade competente e com o processo criminal, o que pode resultar no benefício do perdão judicial ou da redução de até dois terços da pena privativa de liberdade ou da substituição por restritiva de direitos. O instituto deve ser objeto de homologação pelo juiz, por meio de requerimento do Delegado de Polícia, do membro do Ministério Público ou do colaborador assistido por seu defensor. A colaboração premiada no Brasil consta em diferentes leis especiais do ordenamento jurídico brasileiro, como na Lei nº 7.492/86 (sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, em seu art. 25, § 2º), na Lei nº 8.072/90 (sobre crimes hediondos, em seu art. 8º, § único), na Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, art. 16, § único), na Lei nº 9.613/1998 (sobre os crimes de “lavagem” e ocultação de bens, direitos e valores, em seu art. 1º, §5º), na Lei nº 9.807/1999 (sobre a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, em seu art. 14), na Lei nº 11.343/2006 (sobre crimes previstos na lei de drogas, art. 41), no Código Penal (em seu art. 159) e na Lei nº 12.850/2013 (sobre crimes de organização criminosa, em seu art. 4º).

²⁰⁴ Art. 20. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.



Fonte: CADE, 2017²⁰⁵.

Desde a sua instauração, o modelo brasileiro do Programa de Leniência previsto no contexto da Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência recebe, através dos relatórios produzidos, o reconhecimento de autoridades responsáveis pela defesa da concorrência em todo o mundo. O CADE já expôs, em diversas ocasiões, que o programa é um dos instrumentos de investigação mais efetivos para se prevenir e punir a ocorrência de cartéis.

Para a propositura do Acordo de Leniência, pelo art. 86 da Lei nº 12.529, é necessário que: (i) a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (ii) a conduta ilegal seja cessada; (iii) a Superintendência-Geral ainda não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou da pessoa física; (iv) a empresa confesse a sua participação no ilícito e coopere com as investigações apresentando informações e documentos relevantes para a investigação, bem como compareça, sempre que for solicitado, a todos os atos processuais, até seu encerramento; e que (v) da cooperação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Os atos e as condutas de infração à ordem econômica puníveis estão tipificadas nos art. 36 da Lei 12.529/2011. De acordo com o referido artigo, constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, mesmo que não sejam alcançados²⁰⁶: (I) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (II) dominar mercado relevante de

²⁰⁵ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 20 dez. 2017.

²⁰⁶ Os incisos I, II e III do *caput* do art. 36 da Lei estão relacionados com a prática de cartel.

bens ou serviços; (III) aumentar arbitrariamente os lucros; (IV) exercer de forma abusiva posição dominante²⁰⁷.

O artigo prevê, no terceiro parágrafo, um rol extenso de condutas que, quando praticadas, configurada alguma das quatro hipóteses acima mencionadas, caracterizam infração à ordem econômica²⁰⁸.

Na esfera administrativa, o art. 37 da Lei 12.529/2011 prevê as seguintes sanções (multas) que devem ser aplicadas às infrações contra a ordem econômica: (I) no caso de empresa, multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo da atividade empresarial em que ocorreu a infração, multa nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; (II) no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou

²⁰⁷ Sobre posição dominante, o §2º dispõe: presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. Para um estudo de maior profundidade acerca dos atos do art. 36, vide: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 134-143.

²⁰⁸ Condutas do § 3º do art. 36: (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; (II) promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (III) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (IV) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (V) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; (VI) exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; (VII) utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; (VIII) regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; (IX) impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; (X) discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (XI) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; (XII) dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; (XIII) - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; (XIV) - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; (XV) vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; (XVI) reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; (XVII) cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; (XVIII) subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e (XIX) exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre cinquenta mil reais e dois bilhões de reais; e (III) no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% a 20% daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do *caput* do artigo 37, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do *caput* do mesmo artigo.

Além disso, a Lei prevê nos §§ 1º e 2º que, em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro e, no cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do *caput* do artigo (multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto), o CADE poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Já na esfera criminal, a Lei de Crimes Contra a Ordem econômica, Lei nº 8.137, de dezembro de 1990, em seu art. 4º, prevê que a prática do crime de cartel sujeita os indivíduos envolvidos às penas de reclusão de dois a cinco anos e multa²⁰⁹.

1.4.1 Benefícios concedidos pela assinatura do acordo

As práticas de infrações anticoncorrenciais estão sujeitas às sanções administrativas e penais mencionadas no item anterior. Com a celebração do acordo são concedidos benefícios aos seus signatários em ambas as esferas, de forma que é mais vantajoso tanto para a pessoa jurídica quanto para as pessoas físicas envolvidas firmarem acordo.

Na esfera administrativa, o signatário do Acordo de Leniência, seja pessoa física ou jurídica, desde que cumpridos os pressupostos para sua celebração, será contemplado com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de um a dois terços das penas administrativas aplicáveis. A competência para investigar e instaurar processos administrativos para a investigação de cartéis e outras condutas anticoncorrenciais coletivas é

²⁰⁹ Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm>. Acesso em 15 jun. 2016.

da Superintendência-Geral²¹⁰. A decisão condenatória ou absolutória é de competência do Plenário do Tribunal do CADE²¹¹.

Na esfera criminal, a competência para investigar e oferecer denúncia ao Poder Judiciário sobre a prática de cartel é do Ministério Público²¹². Da realização do acordo decorre a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento de denúncia em relação aos signatários, no que concerne aos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei nº 8.137/1990. A decisão final, enfim, é proferida por um juízo criminal.

A celebração do Acordo de Leniência determina, na esfera criminal, a suspensão do prazo prescricional e o impedimento de oferecimento da denúncia com relação ao beneficiário da leniência, no que se refere aos crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica, Lei nº 8.137/1990, aos demais crimes diretamente relacionados com a prática de cartel, tais como os tipificados na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), e aos relacionados à associação criminosa, prevista no art. 288 do Código Penal. Cumprido o Acordo de Leniência, automaticamente a punibilidade será extinta para os referidos crimes²¹³. O julgamento do Processo Administrativo pelo Tribunal do CADE declara o cumprimento do Acordo de Leniência.

Note-se que, quanto à esfera civil, a Lei não impõe ao signatário do acordo a obrigação de ressarcir eventuais lesados pela conduta praticada; no entanto, também não exige o beneficiário de responder por danos concorrenciais em eventual Ação Civil Pública ou Ação Indenização que sejam propostas por quem tenha sofrido dano.

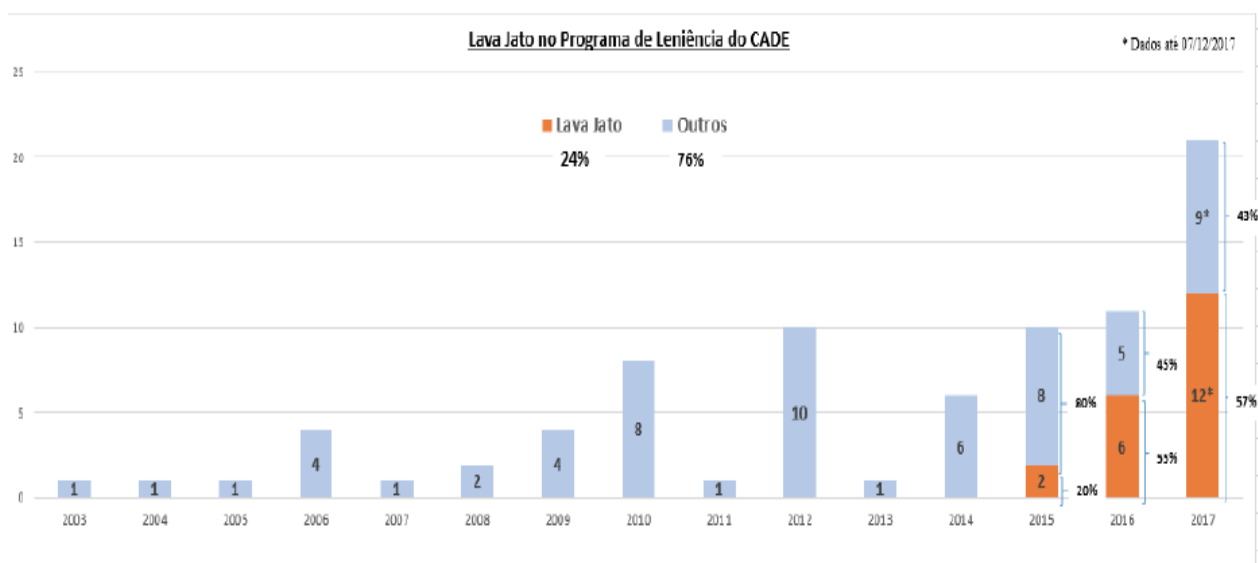
²¹⁰ art. 13, V da Lei nº 12.529/2011

²¹¹ art. 9º da Lei nº 12.529/2011

²¹² art. 16 da Lei nº 8.137/90

²¹³ Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programa de leniência Antitruste do CADE. Maio de 2016 e atualizado em setembro de 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 19 dez. 2017.

Gráfico 2 – A Lava Jato no Programa de Leniência do CADE



Fonte: CADE, 2017²¹⁴.

1.4.1.2 Procedimento – fases da negociação do Acordo de Leniência no CADE

A negociação de um Acordo de Leniência é realizada em três fases: (i) fase do pedido de senha (*marker*); (ii) fase de apresentação de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; e (iii) fase de formalização do Acordo de Leniência.

O pedido de senha, “*marker*”, é o momento em que o proponente do Acordo de Leniência entra em contato com a Superintendência-Geral do CADE a fim de comunicar o interesse em propor o referido acordo em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial coletiva, antecipando-se, assim, a outros possíveis proponentes (art. 239, § 1º do Regulamento Interno do Cade – RICade). Após o recebimento do pedido de senha (art. 241 do RICade), verifica-se: (a) se há um pedido anterior; ou (b) se há um Acordo de Leniência em andamento; (c) ou se a Superintendência-Geral possui conhecimento prévio sobre a conduta.

Durante a fase de apresentação de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação, o proponente deverá: (i) qualificação completa; (ii) detalhamento da infração notificada ou sob investigação; (iii) identificação dos outros autores da infração noticiada ou sob investigação; (iv) apresentação de produtos ou serviços afetados; (v) detalhamento da área geográfica afetada; (vi) estimativa de duração da infração notificada

²¹⁴ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 20 dez. 2017.

ou sob investigação; (vii) 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 a mesma prática apresentada em outras jurisdições. Apresentadas todas as informações e documentos requeridos, é encaminhada a proposta do acordo.

O proponente do acordo deverá comprovar a veracidade das informações. Todos os proponentes (pessoas físicas e empresa representados por seus representantes legais) deverão comparecer na sede do CADE em Brasília para a assinatura do Acordo de Leniência.

Em geral, após o encerramento da fase de apresentação de informações e documentos sobre a prática noticiada ou sob investigação, a Superintendência-Geral do CADE inicia o contato com o Ministério Público para apresentação do caso. Esse procedimento visa resguardar o sigilo da proposta de Acordo de Leniência, nos termos do artigo 86, § 9º da Lei nº 12.529/2011, assim como racionalizar o processo de negociação²¹⁵.

Eventualmente, no interesse do caso e diante de circunstâncias específicas, o proponente e o Ministério Público podem, em comum acordo, optar por iniciar o contato com o Ministério Público em uma etapa inicial da negociação do Acordo de Leniência. As tratativas com o Ministério Público apresentam, via de regra, três fases: (i) definição de qual Ministério Público atuará no caso; (ii) ofício ao Ministério Público para agendamento de reunião – em que o CADE indica que recebeu informações sobre a prática de infrações contra a ordem econômica previstas nos artigos 36, § 3º, I da Lei nº 12.529/2011, as quais eventualmente podem caracterizar os crimes previstos no artigo 4º da Lei nº. 8.137/90, e que o denunciante manifestou interesse em participar do Programa de Leniência. O CADE não encaminha as informações e os documentos que são objeto da proposta de Acordo de Leniência em razão do seu caráter confidencial. Com esse ofício, é realizada a distribuição interna do caso no Ministério Público Estadual e/ou Federal competente para o posterior agendamento de reunião com o Promotor e/ou com o Procurador da República; e (iii) realização de reunião com o Ministério Público para apresentação do caso e definição de estratégia de atuação articulada dos dois órgãos. É facultado ao Ministério Público, como interveniente signatário, realizar questionamentos, solicitar alterações e requerer complementos ao Acordo de Leniência.

²¹⁵ Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programa de leniência Antitruste do CADE. Maio de 2016 e atualizado em setembro de 2017, p. 41. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 19 dez. 2017.

A confidencialidade da proposta e de todo o processo de negociação de Acordo de Leniência é tanto uma garantia dada ao proponente pela Superintendência-Geral do CADE (art. 86, §9º da Lei nº 12.529/2011 combinado com o art. 241, §§ 1º e 2º do RICade) quanto um dever do proponente, sob pena de prejudicar o bom andamento das investigações, ressalvada a ordem judicial ou autorização dos proponentes. Além disso, a identidade dos signatários será tratada, via de regra, também como de acesso restrito perante o público até o final do julgamento pelo Tribunal.

O CADE não compartilha as informações do Acordo de Leniência com as autoridades antitruste de outros países, salvo na hipótese de as proponentes permitirem expressamente o compartilhamento por meio de um termo de renúncia, nomeado *Waiver*. Esse compartilhamento de informações, por sua vez, pode ser tanto sobre aspectos formais (*procedural waiver*) quanto sobre aspectos materiais da investigação (*full waiver*)²¹⁶.

Em situações que a proposta de Acordo de Leniência é feita em múltiplas jurisdições, o *waiver* pode atender aos interesses dos proponentes, já que tal procedimento visa evitar a possível duplicação de informação, podendo também atender aos interesses das autoridades antitruste, o que permite acelerar as investigações e coordenar os procedimentos internacionais.

Os representados no Processo Administrativo instaurado em decorrência de Acordo de Leniência não poderão divulgar ou compartilhar, total ou parcialmente, informações e/ou documentos para terceiros, ainda que sejam outros órgãos governamentais ou autoridades estrangeiras, sem a autorização do CADE (artigo 248, §2º, inciso II do RICade). O acesso a tais informações deverá ser usado estritamente para fins de exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo em trâmite perante o CADE (artigo 248, §2º, inciso I do RICade)²¹⁷.

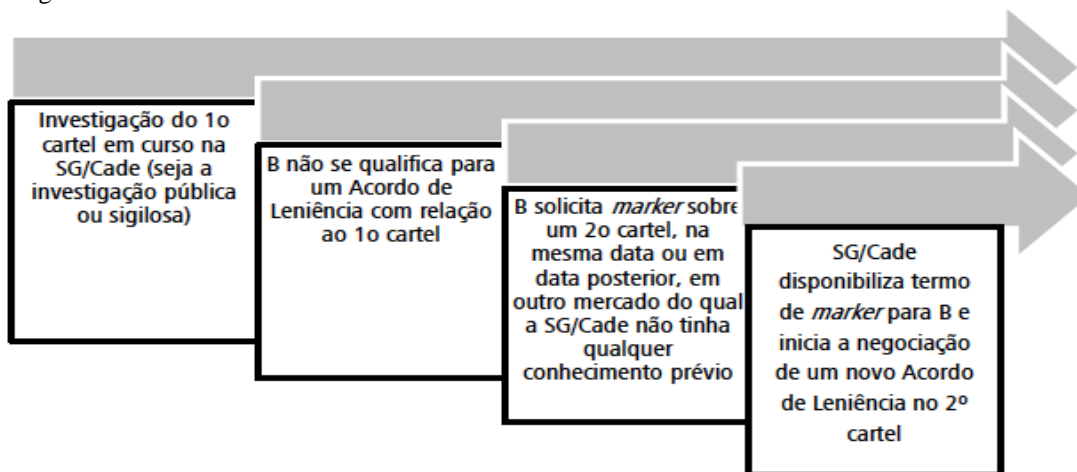
Observe-se que é possível haver concessão de benefício para uma sociedade empresária e/ou para a pessoa física que fornecer informações acerca de um novo cartel sobre o qual a Superintendência-Geral do CADE não tem conhecimento prévio (art. 86, §7º e §8º da Lei nº 12.529/2011 combinado com o art. 250 do RICade - novo Acordo de Leniência), desde

²¹⁶ Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programa de leniência Antitruste do CADE. Maio de 2016 e atualizado em setembro de 2017, p. 65. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 19 dez. 2017.

²¹⁷ Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programa de leniência Antitruste do CADE**. Maio de 2016 e atualizado em setembro de 2017, p. 66. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 19 dez. 2017.

que não haja qualificação para um Acordo de Leniência com relação a um outro cartel do qual também tenha participado (Acordo de Leniência Original)²¹⁸.

Figura 4 –Leniência *Plus*



Fonte: CADE, 2016.²¹⁹

A Leniência *Plus* é a redução de um terço da penalidade que será aplicada à sociedade ou à pessoa física que não se qualifica para um Acordo de Leniência com relação a um determinado cartel do qual tenha participado, mas que fornece informações acerca de outro cartel sobre o qual a SG não tinha conhecimento prévio. A previsão atende ao escopo maior da função de repressão do CADE, pois, com a colaboração, viabiliza-se a obtenção de informações e documentos de conduta anticompetitiva sobre os quais a autoridade não tinha conhecimento²²⁰.

Há um modelo padrão de Acordo de Leniência²²¹ disponibilizado pelo CADE, constante no Anexo 3 da pesquisa, cuja utilização é recomendada pelo órgão brasileiro de defesa da concorrência com vistas a agilizar as negociações e manter a isonomia nos acordos. O modelo

²¹⁸ RICade: Art. 250. A pessoa jurídica ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de leniência com relação a uma determinada prática (Acordo de Leniência Original), poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração (Novo Acordo de Leniência), da qual a Superintendência-Geral não tenha qualquer conhecimento prévio. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEFESAECONMICAVersopsemda2.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

²¹⁹ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>, p. 56. Acesso em: 19 dez. 2017.

²²⁰ Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programa de leniência Antitruste do CADE**. Maio de 2016 e atualizado em setembro de 2017, p. 55. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 19 dez. 2017

²²¹ Os Anexos 4, 5, 6 e 7 são modelos-padrão de Acordos realizados pelo Departamento de Justiça dos EUA. Inexiste, até o momento, uma definição de modelo de Acordo de Leniência para os ilícitos tratados pela Lei Anticorrupção.

concentra as principais disposições da Lei do SBDC. Logo, pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista das circunstâncias do caso concreto. A Superintendência-Geral do CADE também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.

2. O ACORDO DE LENIÊNCIA NO PLANO INTERNACIONAL

As origens do Acordo de Leniência remontam o Programa de Leniência (*Leniency Program*) instituído nos Estados Unidos da América em 1978 pelo Departamento de Justiça. O Programa permitia que qualquer integrante de cartel celebrasse acordo com a autoridade antitruste. A nação é pioneira, no que se refere ao instituto que, desde o *Sherman Act*²²² – norma promulgada nos Estados Unidos com vistas a corrigir condutas causadoras e também consequentes da excessiva concentração de capital –, atua para eliminar distorções na economia²²³.

No início dos anos 90, as sanções impostas a casos de cartéis pela divisão antitruste do Departamento de Justiça dos EUA não conseguiram mostrar-se suficientemente eficazes, e o programa de leniência original não produziu resultados (adesão ao programa). No entanto, diante da reestruturação do programa, em agosto de 1993, o chamado Programa de Leniência Corporativa (que também pode ser chamado de *Corporate Leniency Policy* ou *Corporate Amnesty Policy* ou *Corporate Immunity Policy*²²⁴), houve uma proliferação de sanções para os cartéis e para pessoas físicas diretamente envolvidas, fato que foi acompanhado de uma

²²² Já houve referência ao *Sherman Act* no item 1.1.3 que trata do sistema internacional de combate à corrupção, nota 39. Vale frisar que em 1974, as violações criminais do *Sherman Act* tornaram-se um crime com um prazo máximo de três anos de prisão e multas máximas de US\$ 1 milhão para corporações e US\$ 100.000 para réus pessoas físicas. O período máximo de prisão legal foi inalterado por três décadas, mas os níveis de multa foram aumentados duas vezes entre 1974 e 2004. A multa máxima para violações criminais do *Sherman Act* foi aumentada para US\$ 250.000 em 1984, através de uma combinação do Omnibus Crime Control de 1984 e The Criminal Fines Enforcement Act, de 1984, e a multa máxima corporativa permaneceu em US\$ 1 milhão. Em 1990, a Lei Sherman foi alterada para elevar as multas máximas para US\$ 10 milhões para corporações e US\$ 350.000 para pessoas físicas. Além disso, desde 1984, multas que excedam o máximo estatutário podem ser impostas em até duas vezes o ganho derivado ou o dobro da perda causada pelo cartel. Reconhecendo a crescente ameaça às sociedades e aos consumidores norte-americanos causada por cartéis, em junho de 2004, o Congresso elevou significativamente as penalidades máximas para violações criminais do *Sherman Act*, elevando a multa corporativa máxima para US\$ 100 milhões, a multa máxima estatutária para US\$ 1 milhão e o máximo prisão para 10 anos.

²²³ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7 ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 67.

²²⁴ Nos Estados Unidos, os termos em inglês *immunity* (imunidade), *clemency* (clemência) e *amnesty* (anistia) corporativos são utilizados como sinônimos e se referem ao programa de leniência a que companhias e seus colaboradores podem aderir. Sobre o programa de leniência dos EUA, estas informações estão disponíveis em: <<https://www.justice.gov/atr/corporate-lenieny-policy>>. Acesso em 21 mar. 2018.

cooperação internacional entre os agentes de defesa da concorrência em todo o mundo em esforço conjunto pela intensificação do combate aos cartéis.

Três grandes revisões foram feitas no programa: (i) a leniência é automática para corporações qualificadas, se não houver investigação preexistente; (ii) a leniência pode ainda estar disponível mesmo se a cooperação começar depois que a investigação estiver em andamento; e (iii) todos os executivos, diretores e funcionários que se apresentarem à companhia e cooperarem são protegidos de processos criminais²²⁵.

Tais revisões tornaram o programa mais transparente e aumentaram os incentivos para as sociedades empresárias denunciarem atividades criminosas e cooperarem com a divisão antitruste. Como resultado dessas mudanças, houve um aumento de quase vinte vezes da adesão e da efetividade dos programas de leniência. Esse aumento é atribuível a vários fatores, incluindo aumentos no valor máximo das penalidades para crimes antitruste, realocação de recursos pela divisão para se concentrar em casos internacionais que envolvem volumes maiores de negócios, mudança de percepção dos juízes sobre a gravidade dos crimes, entre outros. Esses fatores se somaram, na década de 1990, para produzir multas recordes²²⁶, e essa tendência de crescimento continuou no século vinte e um²²⁷.

Outras jurisdições, mais especificamente a União Europeia, também aumentaram continuamente as multas nas últimas duas décadas e as impuseram cada vez maiores. Antes de 1990, as maiores multas aplicadas a cartéis na Europa totalizavam 60 milhões de euros em 23 produtores petroquímicos, pela fixação de preços na indústria do plástico²²⁸. Desde 2006, a

²²⁵ O aprofundamento dessas mudanças e a aplicação da Política de Leniência Corporativa do DOJ pode ser encontrado nas “Perguntas Frequentes sobre o Programa de Leniência da Divisão Antitruste e Modelo de Leniência”, de 17 de janeiro de 2017, disponível em:

<<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

²²⁶ Sobre as violações e as multas, disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/sherman10.htm>>. Vale registrar que em abril de 1998, a UCAR International concordou em pagar uma multa de US\$ 110 milhões por sua participação na fraude de eletrodos de grafite e em 1999, a SGL concordou em pagar US\$ 135 milhões pelo seu papel na mesma atividade criminosa. Essas multas recordes foram rapidamente eclipsadas em maio de 1999, quando o cartel mundial de vitaminas foi exposto e a gigante farmacêutica F. Hoffmann-La Roche concordou em se declarar culpada e pagar uma multa recorde de 500 milhões de dólares por liderar a fraude. milhões de multa por seu papel. A multa da ADM realmente era a ponta do iceberg para grandes multas antitruste corporativas. O histórico da Divisão Antitruste de quebrar grandes cartéis internacionais afetando enormes quantidades de negócios e obter multas de nove dígitos continuou no novo milênio com os processos da Divisão Antitruste de cartéis no transporte aéreo (mais de US\$ 1,6 bilhão em multas criminais obtidas até agora). A exposição da fraude dos cristais líquidos (mais de US\$ 860 milhões em multas criminais obtidas até o momento) e de acesso aleatório dinâmico (mais de US\$ 730 milhões em multas criminais obtidas até o momento), entre outros. Até o momento, a Divisão Antitruste obteve 18 multas acima de US\$ 100 milhões¹⁰ e essa tendência não mostra sinais de declínio, com a Divisão Antitruste obtendo pouco mais de US\$ 1 bilhões em multas no exercício fiscal de 2009.

²²⁷ HAMMOND, Scott. **The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades**. The 24th Annual National Institute on White Collar Crime. U.S. Department of Justice: Florida, 2010, p. 5.

²²⁸ Comunicado de imprensa da Comissão Europeia, que informa sobre a imposição de multas pesadas sobre cartéis no setor de plásticos, de 21 de dezembro de 1988, disponível em:

Comissão Europeia impôs mais de 1 bilhão de euros em média de multas de cartel por ano, atingindo um máximo de mais de € 3 bilhões em 2016²²⁹.

Desde meados dos anos 90, a Divisão Antitruste dos EUA descobriu e processou dezenas de cartéis internacionais, garantiu condenações e sentenças de prisão contra cidadãos nacionais e contra executivos estrangeiros e, por fim, estabeleceu pesadas multas²³⁰. Sob o programa de leniência dos EUA, apenas uma pessoa jurídica pode se qualificar. Em outras jurisdições, incluindo a Comunidade Europeia, os programas de leniência oferecem uma redução de 100% das multas e também oferecem às cooperantes que não foram as primeiras a buscar o programa (perdendo, assim, a oportunidade de serem beneficiadas pela imunidade total) a possibilidade de uma redução da multa.

O advento dos programas de leniência transformou completamente o modo como as autoridades de concorrência em todo o mundo identificam, investigam e impedem os crimes contra a ordem econômica, viabilizados pelos cartéis, que por natureza são difíceis de identificar. Assim, os programas de leniência fornecem aos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência uma ferramenta de investigação para dismantelar cartéis que prejudicam sobremaneira os consumidores e a sociedade em geral.

A Divisão Antitruste dos EUA reconheceu que a concessão de imunidade total era necessária para induzir os participantes de cartéis a buscarem as benesses do programa, o que implica a descoberta, o término da conduta danosa, a acusação bem-sucedida dos demais participantes do cartel e a recuperação de danos para as vítimas. Soma-se a isso a percepção de que os benefícios da leniência estender-se-iam para além dos cartéis, de maneira que a mera existência de uma política de leniência seria vista pelos executivos como um risco maior de detecção e punição, levando a uma maior dissuasão da atividade danosa.

Diante dos resultados da política de defesa da concorrência já revisada dos EUA, vários órgãos de outros países adotaram uma política de leniência similar, dentre eles: Reino Unido, Alemanha, França, Canadá e Irlanda. O Canadá já detinha um programa de leniência desde 1991 e a primeira comunicação da Comissão Europeia sobre a redução de multas foi adotada em 1996. Não obstante, esses programas apresentaram os mesmos aspectos e desestímulos que apresentava o programa de leniência da Divisão Antitruste dos EUA antes da revisão de 1993. Quando o Canadá emitiu seu Boletim de imunidade em 2000 e a

<<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/88/852&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em 10 mar. 2018.

²²⁹ As estatísticas das multas dos cartéis da Comunidade Europeia (atualizado em outubro de 2009) estão disponíveis em: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>. Acesso em 11 mar. 2018.

²³⁰ HAMMOND, Scott. **The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades**. The 24th Annual National Institute on White Collar Crime. U.S. Department of Justice: Florida, 2010, p. 2.

Comissão Europeia emitiu sua edição revisada do programa de leniência em 2002, os programas de leniência dos Estados Unidos, da União Europeia²³¹ e do Canadá convergiram.

Note-se que essa convergência nos programas de leniência tornou mais fácil e mais atraente para as sociedades empresariais buscarem e obterem simultaneamente leniência nos Estados Unidos, na Europa²³², no Canadá²³³ e em uma lista crescente de outras jurisdições que já totalizam mais cinquenta com programas em vigor. Os programas de leniência levaram à detecção e ao dismantelamento dos maiores cartéis globais já processados e resultaram em multas recorde em Austrália, Brasil, Canadá, União Europeia, Japão, Coreia, Polônia, Reino Unido, Estados Unidos e outras jurisdições²³⁴.

Para o Departamento de Justiça dos EUA, independentemente da atividade cartel ser tratada como uma infração penal, civil ou administrativa, o estabelecimento de um programa de leniência eficaz fará com que sociedades empresariais se apresentem e voluntariamente informem sua participação em fraudes que continuariam a existir sem qualquer chance de descoberta pelas autoridades. Logo, para que sejam superados os riscos e os custos inerentes à denúncia da violação legal, é necessária a percepção de que a cooperação com as autoridades é a melhor alternativa²³⁵. Para facilitar a apreensão de como o programa de leniência funciona no seu país de origem (EUA), segue um quadro resumo das suas principais previsões.

²³¹ A Comunidade Europeia instituiu o programa denominado *Europe Union Leniency Program*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>>. Acesso em 10 mar. 2018. As penalidades para as sociedades que violam as regras de concorrência podem ser muito severas. Para as violações de cartel, a maior multa imposta a uma única sociedade é superior a 896 milhões de euros; a maior multa imposta a todos os membros de um único cartel é superior a 1,3 bilhões de euros. Em junho de 2006, a Comissão revisou suas diretrizes para o estabelecimento de multas em casos de concorrência. Estas diretrizes revistas elevaram as multas para os cartéis que já eram significativamente elevadas. No entanto, a Comissão aplica uma política de leniência segundo a qual as sociedades que fornecem informações sobre um cartel do qual participam podem receber imunidade total ou parcial de multas.

²³² A Comissão Europeia voltou a rever o seu programa de clemência em 2006, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html>.

²³³ O Canadá posteriormente revisou seu programa de imunidade em 2007, disponível em: <http://competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_02000.html> e publicou um esboço do boletim revisado sobre clemência para aqueles ineligíveis para imunidade em 2009, disponível em: <<http://competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03027.html>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

²³⁴ HAMMOND, Scott. **The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades**. The 24th Annual National Institute on White Collar Crime. U.S. Department of Justice: Florida, 2010, p. 3.

²³⁵ GRIFFIN, James M. **A Summary Overview of the antitrust Division's Criminal Enforcement Program**. The American Bar Association. Section of Antitrust Law. Annual Meeting, 2003. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/modern-lenieny-program-after-ten-years-summary-overview-antitrust-divisions-criminal>>. Acesso em 10 mar. 2018.

Quadro 7 – Programa de Leniência dos EUA.

PROGRAMA DE LENIÊNCIA DOS EUA	
Qual é proteção é oferecida pelo programa?	Anistia completa do processo criminal. A cooperação com o autor em ações civis também pode resultar no estabelecimento apenas indenizações únicas e isentar o requerente de responsabilidade solidária.
Quais tipos de conduta são elegíveis para leniência?	Apenas conduta que constitua crime.
Quem pode candidatar-se ao Programa de Leniência (e se beneficiar dele)?	Pessoas jurídicas e pessoas físicas.
Várias pessoas (empresas e/ou empregados) <i>podem buscar</i> em conjunto os benefícios do Programa?	Apenas o primeiro a relatar as práticas criminosas tem direito à anistia. Quando uma empresa busca primeiro pelo programa, seus funcionários, individualmente, somente podem obter anistia em caso da ocorrência da leniência corporativa.
A <i>inscrição</i> de uma empresa automaticamente inclui subsidiárias e funcionários?	Sim, funcionários atuais que participaram ou tiveram conhecimento do crime e que cooperam com o DOJ pode obter anistia. Ex-funcionários podem ser incluídos no programa. As subsidiárias podem ser incluídas. Um pedido de uma pessoa não se aplica automaticamente ao empregador desta.
Quando deve o pedido para a Leniência Programa ser submetido?	Antes da investigação ter começado. Depois do DOJ receber informações sobre a atividade, o requerente só pode obter anistia se o DOJ não ainda tem evidências suficientes para sustentar uma convicção do crime.
É cobrada alguma taxa pela inscrição no programa?	Nenhuma taxa é cobrada.
Quais tipos de conduta são elegíveis para leniência?	Apenas conduta que constitua crime.
Benefícios do Programa de Leniência	
Disposições gerais	
Até que ponto uma redução de multas é oferecida?	O primeiro solicitante recebe anistia completa de multas ou prisão. Candidatos subsequentes não recebem oficialmente nenhum benefício por denunciar essa conduta. Se primeiro relatar algum outro crime, subsequente, os candidatos podem receber alguma redução quanto à conduta original.
<i>Marker System</i>	
Existe um sistema de marcadores para obter e garantir uma posição na fila?	Sim. O marcador pode ser obtido oralmente. A solicitação deve identificar o requerente, o mercado afetado e uma descrição geral da conduta. O candidato espera se aperfeiçoar a inscrição em até 30 dias, mas o tempo é discricionário com o DOJ.
Estão disponíveis inquéritos anônimos sobre a existência de uma investigação/lugar na fila?	Sim, dentro do critério do DOJ. Mas se primeiro em linha, o requerente deve ser identificado dentro de um prazo muito curto, como o de 48 horas.
Revogação	
A imunidade/leniência parcial pode ser revogada?	Sim, se o participante não cooperar com o DOJ ou falha em cumprir outros aspectos de anistia.
Confidencialidade	
Um pedido de leniência será tratado confidencialmente?	Sim.
O conteúdo do pedido/apresentação permanecerá confidencial a terceiros?	Sim. No entanto, os demandantes civis podem realizar pedidos de informação. O DOJ normalmente se opõe esses pedidos para proteger a integridade de sua investigação.
As declarações orais são permitidas?	Sim.

Fonte: *Lex Mundi*, 2013²³⁶.

²³⁶ Disponível em: <<https://www.lexmundi.com/Document.asp?DocID=6464>>, p. 78. Acesso em 10 mar. 2018.

2.1 O Acordo de Leniência previsto na Lei nº 12.846, de 2013 – a Lei Anticorrupção brasileira

O art. 16 da Lei Anticorrupção pátria dispõe²³⁷ que a autoridade máxima da Administração poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração previstos na Lei, visando à colaboração efetiva com as investigações e com o processo administrativo. Para tanto, a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre o interesse em cooperar para a apuração do ilícito e deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada.

Para que faça jus aos benefícios do acordo, além de confessar o ilícito, da colaboração deve 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.

Sobre a natureza jurídica do Acordo de Leniência, Maurício Zockun define que a figura jurídica do acordo é de ato convencional – espécie do gênero ato jurídico convencional –, pois, por meio dele, Administração e administrado estipulam a mitigação ou a supressão de um plexo de penalidades passíveis de imposição à pessoa jurídica. Para o autor, a ordem jurídica elegeu o Acordo de Leniência como ato negocial vinculado²³⁸ e como o meio mais adequado para tutela do interesse público²³⁹.

Para Thiago Marrara, trata-se de acordo administrativo integrativo, com a ressalva de que como a leniência pode ser firmada antes da abertura do processo, é possível diferenciar a leniência concomitante e a prévia, cujos efeitos podem ou não ser distintos conforme a

²³⁷ Lei nº 12.846: Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.[...].

²³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 108. Para José dos Santos Carvalho Filho, se a situação de fato já está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo ela seja configurada. Atua ele como executor da lei em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração. Caracterizar-se-á, desse modo, a produção de ato vinculado por haver estrita vinculação do agente à lei.

²³⁹ ZOCKUN, Maurício. **Vinculação e discricionariedade no Acordo de Leniência**. Revista Direito do Estado. n. 142, ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>>. Acesso em 9 mar. 2018.

legislação aplicável. Todavia, salienta que a natureza integrativa persiste, pois decorre da relação essencial do ajuste com o processo, dado que sem o processo sancionador não há sentido ou fundamento para cooperação²⁴⁰.

Nesse contexto, para Marlon Sales e Clodomiro Junior a consensualidade do Acordo de Leniência se apresenta como um instrumento de legitimidade dos Acordos que, por sua vez, também é um instrumento de manifestação do paradigma da Administração Pública dialógica, haja vista permitir a participação do infrator nas decisões e processos administrativos.²⁴¹ Nesse mesmo sentido também se posiciona a Controladoria-Geral da União, ao apontar que a LAC surge em meio a um novo cenário processual, de efetiva negociação sob a ótica da reciprocidade de concessões e do incentivo a métodos consensuais direcionados a uma atuação mais dialógica por parte da Administração Pública²⁴².

Importante registrar que o propósito do Acordo de Leniência não é tornar o agente que praticou ilícitos impune, mas sim premiar a sua colaboração com o Estado, protegendo o interesse público. Assim, trata-se de um ato convencional, de uma negociação para que se atinja o interesse público com maior eficiência e rendimento.

O Acordo de Leniência previsto na Lei nº 12.846/2013, vale repisar, é acordo celebrado entre a Administração e pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração Pública nacional e/ou estrangeira definidos no artigo 5º, e é celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade – sendo que, no âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão competente.

Segundo a CGU, na seara do processo administrativo de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção, o Acordo de Leniência se apresenta como:

um relevante instrumento jurídico de investigação, com a possibilidade da obtenção célere de provas e identificação dos diversos atores envolvidos no ilícito. O aludido mecanismo foi inspirado no consagrado modelo norte-americano (*leniency program*), que desde os anos setenta do século passado buscava o desenvolvimento de instrumentos aptos à efetiva repressão de ilícitos relacionados ao abuso do poder econômico, a exemplo da prática de cartéis.²⁴³

²⁴⁰ MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: Modalidades, Regime Jurídico e Problemas Emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Brasil, v. 2, n. 2, p. 509-527, jul. 2015. ISSN 2319-0558. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>>. Acesso em: 02 fev. 2018, p. 513.

²⁴¹ SALES, Marlon Roberth; JUNIOR, Clodomiro José Bannwart. **O acordo de leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade**. Revista do Direito Público, v. 10, n. 3, 2015, p. 47.

²⁴² Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Lei Anticorrupção. Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoa Jurídica**. Novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao>>, p. 91.

²⁴³ *Ibidem*, p. 92.

Nesse contexto, o manual de responsabilização administrativa da pessoa jurídica elaborado pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União afirma que o direito brasileiro foi buscar na experiência legal norte-americana as raízes de um programa de leniência entendido como opção para detecção e repressão a atos lesivos à ordem econômica. Atesta a CGU que o instituto do Acordo de Leniência foi consagrado na legislação antitruste dos Estados Unidos com o fim de municiar as autoridades públicas de instrumentos mais eficazes de investigação e combate a cartéis, bem como de lançar a desconfiança no ambiente corruptivo²⁴⁴.

O Acordo pode ser celebrado somente com a pessoa jurídica que deverá atender a quatro requisitos: (i) ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito sob apuração; (ii) fornecer informações e documentos que comprovem o ilícito, com a identificação de envolvidos, quando couber; (iii) cessar completamente seu envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo; (iv) admitir sua participação na infração administrativa e cooperar plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até o seu encerramento.

Celebrado o Acordo de Leniência, a pessoa jurídica poderá auferir os seguintes benefícios: (i) a isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora; (ii) a isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público; (iii) a redução do valor final da multa aplicável, observado o disposto no art. 23; (iv) isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666, de 1993, ou de outras normas esparsas que tratem de licitações e contratos administrativos.

Observa-se que, na hipótese de a empresa ou pessoa física ter participado de ilícito envolvendo, concomitantemente, os crimes de cartel e outros ilícitos, não há regra legal pré-definida sobre qual órgão deve ser primeiramente procurado pelo proponente do acordo. Se o proponente buscar primeiramente a Superintendência-Geral do CADE, este poderá realizar a coordenação com o Ministério Público, a CGU e/os outros órgãos investigadores, a pedido do proponente do Acordo de Leniência Antitruste. Já na hipótese de o proponente buscar primeiramente o Ministério Público, a CGU e/ou outros órgãos, esses também poderão, na

²⁴⁴ Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Lei Anticorrupção. Manual de Responsabilização Administrativa de Pessoa Jurídica**. Novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao>>, p. 92. Acesso em 11 mar. 2017, p. 93.

sequência, buscar o CADE para negociar o Acordo de Leniência Antitruste, a pedido do proponente do acordo.

Faz-se necessário destacar que as negociações do acordo de leniência previstas na Lei nº 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro da Concorrência) e na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) ocorrem no âmbito de autoridades distintas e são independentes entre si. A negociação e a assinatura de ambos os Acordos de Leniência, portanto, ocorrem a critério das autoridades competentes e não dependem de celebração ou de acordos com outras autoridades. Assim, embora a Superintendência-Geral do CADE possa auxiliar os proponentes do Acordo de Leniência nessa interlocução com a autoridade competente para a investigação de outros ilícitos, a negociação e a assinatura de eventuais acordos ocorrem a critério das autoridades competentes²⁴⁵.

A regulamentação da Lei Anticorrupção, no âmbito da União, se deu pela edição do Decreto nº 8.420/2015, de 18 de março de 2015, que regulamentou, dentre outros assuntos, a forma de cálculo da multa prevista no art. 6º da Lei Anticorrupção. O Decreto formalizou interpretação ao requisito estipulado no art. 30, I, que estabelece a necessidade de a pessoa jurídica ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante²⁴⁶.

A interpretação feita pelo Decreto se coaduna com o texto da Lei. Entretanto, pode suscitar questionamento a possibilidade de que a regulamentação tenha ultrapassado a proposta, de que a previsão contida no art. 16, § 1º da Lei nº 12.846 não poderia ser modificada por meio de um decreto regulamentador.

Ao se realizar uma análise da Lei Anticorrupção e do respectivo decreto regulamentador, resta evidente o interesse da Administração em celebrar acordos de leniência não somente para a obtenção de informações a respeito de ilícitos praticados por pessoas jurídicas, mas também para que a garantia da obtenção célere de informações e de documentos²⁴⁷, com o premente ressarcimento dos prejuízos aos cofres públicos.

²⁴⁵ CADE. **Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Maio, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>, p. 23-24 Acesso em: 11 jun. 2016.

²⁴⁶ Decreto nº 8.420/2015: Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante; [...].

²⁴⁷ Decreto nº 8.420/2015: Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: [...] V - fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa.

A Lei²⁴⁸ e o Decreto Regulamentador²⁴⁹ preveem a possibilidade de Acordo também com relação às sanções administrativas previstas na Lei de Licitações. Acredita-se que tal previsão teve como norte garantir um mínimo de previsibilidade e segurança jurídica com relação aos efeitos do acordo firmado. O art. 12 do Decreto 8.420/15 expressa que os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente nos mesmos autos. A previsão demonstra interesse na compatibilização dos sistemas, com vistas a prevenir julgamentos discrepantes na esfera administrativa.

Não obstante, em linha com questionamentos e conclusões de Thiago Marrara, mostra-se relevante apontar que as infrações da Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93, não guardam, necessariamente, relação com os ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013. Desse modo, o autor realiza os seguintes questionamentos²⁵⁰:

- (i) A Administração Pública também poderá celebrar o Acordo de Leniência para infração licitatória. A redação do artigo propicia imprecisão sobre se a pessoa jurídica que celebrou o Acordo inicial por ato de corrupção deterá prioridade para o segundo acordo, para ilícito licitatório, ou, em vez disso, se os dois Acordos serão autônomos, de modo que a Administração estará livre para firmar um Acordo de Leniência por corrupção com uma pessoa jurídica e um outro Acordo para a infração licitatória com outra, embora ambas tenham participado da mesma prática ilícita;
- (ii) A lei cria um Acordo de Leniência que está restrito a pessoas jurídicas. Entretanto, as infrações administrativas licitatórias podem ser cometidas tanto por pessoas físicas quanto por jurídicas. Adicionalmente, tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física são contempladas

²⁴⁸ Lei nº 12.846/2013: Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

²⁴⁹ Decreto nº 8.420/2015: Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo. § 1º Concluída a apuração de que trata o *caput* e havendo autoridades distintas competentes para julgamento, o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente. § 2º Para fins do disposto no *caput*, o chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos deve comunicar à autoridade prevista no art. 3º sobre eventuais fatos que configurem atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

²⁵⁰ MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: Modalidades, Regime Jurídico e Problemas Emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Brasil, v. 2, n. 2, p. 509-527, jul. 2015. ISSN 2319-0558. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>>. Acesso em: 02 fev. 2018, p. 523-525.

pela possibilidade de colaboração premiada. Logo, há flagrante contrassenso sobre a restrição do artigo em relação às pessoas físicas;

(iii) O Acordo de Leniência é previsto para ilícitos da Lei de Licitações. Sobrevem que a Lei nº 8.666/1993 contém ilícitos administrativos e ilícitos criminais, o que poderia ocasionar dúvidas sobre a abrangência do Acordo. No entanto, como a LAC, na parte final do art. 17, deixa claro que os benefícios se restringem às sanções dos art. 86 a 88 da Lei de Licitações, que correspondem a sanções administrativas, esse Acordo de Leniência não abarcaria qualquer efeito penal;

(iv) As infrações administrativas licitatórias dos art. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993 relacionam-se quase sempre com o contrato, enquanto que as condutas mais gravosas configuram crimes licitatórios; nesse contexto, o Acordo de Leniência seria utilizado para atrasos e inadimplementos contratuais. Para essa questão, Thiago Marrara assinala que realizar o Acordo para meros descumprimentos ou moras contratuais não faria qualquer sentido, mesmo porque não haveria, a princípio, relação com práticas de corrupção. Assim, sugere que a interpretação do artigo seja no sentido da utilização do Acordo como um instrumento de cooperação para infrações previstas no art. 88 da Lei de Licitações, o que significa dizer que o Acordo serviria tão-somente para proteger uma pessoa jurídica acusada de prática de comportamento punível com base na Lei Anticorrupção e, ao mesmo tempo, punível com as sanções administrativas de suspensão para licitar ou declaração de inidoneidade por força do art. 88; e

(v) Para a prática de corrupção, o legislador estabeleceu um Acordo de Leniência apenas com previsão de redução de multa; conquanto para o Acordo com fundamento na Lei de Licitações estabelece benefícios maiores, como a isenção das sanções. Já no que se refere à atenuação das sanções, não há qualquer especificação. Caso a atenuação fosse para a sanção de multa licitatória, não há nenhum parâmetro específico, o que, por analogia, é forçoso concluir pela aplicação das reduções previstas no art. 16 da LAC.

Sendo assim, conclui-se no mesmo sentido que Thiago Marrara: o art. 17 da Lei Anticorrupção concebe um Acordo de Leniência fora da própria Lei de Licitações e com base em um dispositivo de redação obscura e controversa, o que torna o instrumento de cooperação perigoso e desinteressante.

Em assentimento com a posição exarada Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR,²⁵¹ que dispõe sobre as inovações da Lei Anticorrupção (LAC), e seus reflexos no microsistema

²⁵¹ Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR, de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao->

anticorrupção brasileiro, deve o Ministério Público compor o modelo negocial do Acordo de Leniência, com vistas a garantir um mínimo de segurança e de previsibilidade para os Acordos, a despeito de a Lei Anticorrupção não fazer qualquer previsão nesse sentido. Consoante o Estudo Técnico:

[...] o modelo racional e ideal para que sejam atingidos os propósitos constitucionais da inserção do instituto premial no microssistema anticorrupção, é, sem maior dúvida, o estabelecimento de uma relação de cooperação interinstitucional entre Ministério Público – único titular das ações penais públicas que envolvem crimes correlatos às práticas lesivas à Administração Pública indicadas na LAC, nos termos do artigo 129 da Constituição –, e os demais órgãos de controle e fiscalização da Administração Pública. Sem a intervenção ministerial nas negociações de acordos de leniência, eventuais condutas delituosas cometidas pelos responsáveis das empresas envolvidas podem não vir a ser detectadas adequadamente ou sequer se tornar conhecidas pelo Estado, afetando o exercício de seu poder-dever de persecução criminal, dada a possibilidade de que não sejam inteiramente reveladas pela firma colaboradora, em omissão dolosa ou não, nem corretamente detectadas pelo poder público lesado, que não detém instrumentos técnicos nem experiência e autonomia ínsitas à apuração de tais ilícitos. Deve-se também levar em conta, de modo destacado, a natureza constitucional da titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público e a garantia correspondente da inafastabilidade da jurisdição. Daí advém que a ação penal não está na disponibilidade do sistema administrativo de controle. E encontra menos fundamento ainda quando se pretende tratá-la como fórmula hábil para a agilização do ressarcimento de danos ao erário, em óbvio desvirtuamento de seu significado e alcance. A leniência só se justifica, como antes afirmado, para a detecção de infrações, não para busca da impunidade de fatos que possam já ser objeto de anterior investigação ou ainda demandar apuração em esferas mais amplas e gravosas do direito sancionador, como é o caso da instância criminal.

Nesse compasso, cumpre observar a vedação expressa de transação, acordo ou conciliação nas ações de responsabilização por ato de improbidade (art. 17, §1º da Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, LIA) em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público²⁵².

Sucedese que, a partir do início de vigência da LAC, o Ministério Público Federal passou a adotar o entendimento de que – ao ser introduzida na ordem jurídica – a LAC passa a integrar o microssistema processual de tutela coletiva da probidade administrativa, conclusão a que se chega a partir da redação de seu art. 21. Portanto, a despeito da vedação subsistente

premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>. Acesso em 20 nov. 2017, p. 63-64.

²⁵² Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR, de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2017, p. 80. Segundo o estudo técnico da 5ª CCR: “Nesta linha, forçoso reconhecer que melhor constitui e realiza o interesse público, muitas vezes, a celebração do acordo de leniência do que a alternativa oposta. Assim, sob a perspectiva do direito administrativo sancionador, o instrumento negocial da LAC traz inegáveis reflexos positivos na concretização do interesse público, pois não exige a pessoa jurídica pactuante da obrigação de ressarcimento integral do dano causado pelas condutas delituosas, núcleo irrenunciável do interesse público (LAC, art. 16, § 3º), até mesmo porque a recomposição do dano não constitui sanção ou pena, mas obrigação geral a todos impostas, no campo da responsabilidade civil.

da LIA, a celebração do Acordo de Leniência será possível em razão da superveniência de norma especial autorizativa, voltada apenas à pessoa jurídica.²⁵³

As esferas administrativa e judiciária são distintas, de modo que possuem competências diversas. Há independência entre as instâncias administrativa e judiciária, mesmo quando a decisão de uma autoridade interfere diretamente na cognição da outra. Em vista disso, a ausência de previsão da participação do titular da medida judiciária, isto é, da ação penal, durante a celebração do Acordo de Leniência, promove grande insegurança jurídica para aquele que confessará toda a sua participação em uma conduta delituosa, trazendo toda e qualquer prova de que disponha para as autoridades.

Assim, não há uma certeza por parte do leniente de que não sofrerá nenhuma consequência no âmbito penal. Somente a presença do titular da ação penal e sua assinatura aposta no instrumento firmado trarão a tranquilidade merecida ao candidato e ao Acordo. Vale dizer, não basta a participação do titular da ação penal para evitar futura propositura da ação cabível, pois é necessária a homologação de um juiz para que o acordo possa de fato produzir efeitos na esfera judicial. Como toda causa extintiva da punibilidade, o Acordo de Leniência cumprido deverá passar sob o crivo do Poder Judiciário para que haja segurança jurídica.

A Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não prevê a imunidade civil para quem assina o Acordo de Leniência no CADE. No entanto, é inegável que a previsão da participação de um representante do Ministério Público cível traz maior segurança ao agente econômico envolvido na prática de condutas anticoncorrenciais, analogia que pode ser feita para os Acordos de Leniência assinados no contexto da Lei Anticorrupção.

2.2 A coordenação entre as autoridades no Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção

O problema identificado já de início é referente à autoridade competente definida para celebrar os acordos. Ao definir a Controladoria-Geral da União (CGU) como o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal e, em

²⁵³ Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR, de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%202001-2017.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2017, p. 79.

simetria, a autoridade máxima de cada órgão do executivo dos estados e dos municípios, destacando-se que são mais de cinco mil municípios no país, nas suas respectivas esferas de competências, verifica-se uma multiplicidade de entes e autoridades para a aplicação da norma, o que inviabiliza, inclusive, a implementação dos acordos.

Alexandre dos Santos Aragão, em seminário da UERJ realizado no dia 15 de abril de 2016, proferiu palestra²⁵⁴ em mesa de debate sobre o acordo de leniência e o conflito de competência entre as esferas de controle. Expôs a grande insegurança a que o acordo de leniência sujeita as sociedades, em função da grande pluralidade de instâncias potencialmente sancionadoras, conforme abaixo se reproduz:

[...] Outro grande problema dos acordos de leniência e dessa pluralidade de instâncias sancionatórias é a questão da segurança jurídica. [...] Do ponto de vista do investidor, essa multiplicidade de instâncias insere um risco regulatório, um risco jurídico, um risco negocial gigantesco, e sempre que há um aumento do risco regulatório, do risco na lida com instituições públicas, quais são as empresas favorecidas? [...] Então essa insegurança jurídica, essa pluralidade de instâncias, ela também é, da sua forma, incentivadora de comportamentos inadequados por parte das empresas nas suas relações com o Estado, de maneira geral. Assim, todos os órgãos de controle têm, realmente, que buscar mecanismos de segurança jurídica.

Quanto à escolha de um órgão do controle interno que integra o Poder Executivo Federal, cuja missão constitucional, prevista no artigo 74, é a de apoiar o órgão de controle externo brasileiro (o Tribunal de Contas da União), o problema se amplifica.

A Constituição de 1988 ampliou, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos 34 Tribunais de Contas do Brasil, os quais vieram a ser investidos de poderes jurídicos mais amplos em decorrência de uma consciente opção política feita pelo constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição. Nesse sentido, a atuação dos Tribunais de Contas assume importância fundamental no campo do controle externo e, por efeito do natural fortalecimento de sua ação institucional, constitui tema de irrecusável relevância.

Não é demais lembrar que o Estado, em tema de sanções de natureza jurídica ou de limitações de caráter político-administrativo, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade institucional, as garantias processuais que devem ser asseguradas às partes.

²⁵⁴ Seminário sobre Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção, 2016, Rio de Janeiro. O acordo de leniência e o conflito de competência entre as esferas de controle. Anais do evento disponível em DVD. TCE-RJ. O seminário foi integralmente filmado e está disponível em DVD na biblioteca do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Ao dispor sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, a Constituição de 1988 previu uma conformação especial para o TCU atuar como instituição de fiscalização independente e apartidária, de forma a garantir que todos os gestores, sem exceção, tenham suas contas auditadas e inspecionadas e as irregularidades eventualmente constatadas julgadas com imparcialidade por Magistrados de Contas que dispõem das mesmas garantias constitucionais dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Para tanto, a Constituição dispõe que o TCU exercerá as mesmas atribuições previstas para os Tribunais do Judiciário, conforme prelecionam os artigos 73 e 96 da CR²⁵⁵.

São órgãos jurisdicionais – que afetam a jurisdição de contas – o Órgão de Instrução do TCU, previsto nos artigos 11 e 40 da Lei nº 8.443, de 1992, e os Gabinetes das Autoridades, cujo funcionamento deve ser pautado por essas premissas constitucionais.

O objetivo dessas previsões constitucionais e legais é o de assegurar as garantias processuais das partes, considerados todos os gestores – inclusive os responsáveis pela gestão administrativa do próprio TCU – sujeitos a julgamento em processo de tomada de contas especial decorrente de auditorias e inspeções realizadas com fundamento no inciso IV do artigo 71 da Constituição da República.

Essa conformação tem o propósito de assegurar a imparcialidade e a observância do devido processo legal em qualquer procedimento fiscalizatório na esfera de controle externo que possa acarretar sanções aos jurisdicionados. Por assim ser, embora as competências do TCU estejam previstas no título IV (Da Organização dos Poderes), capítulo I (Do Poder Legislativo), seção IX (Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária), o constituinte concebeu essa importante instituição de controle externo à semelhança dos Tribunais do Poder Judiciário e não das Casas Legislativas.

Ao dispor sobre a repartição de competências para viabilizar o exercício do controle externo referido no artigo 70, a Constituição de 1988 insere algumas funções típicas na competência exclusiva do Congresso Nacional (artigos 49, incisos IX e X, 71, § 1º e 166, *caput*) e outras na competência exclusiva do TCU²⁵⁶ (artigos 71, *caput*, §§ 2º e 3º, e 72, §§ 1º e 2º), sem qualquer relação de subordinação institucional de uma instituição sobre a outra²⁵⁷.

²⁵⁵ Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. [...] Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

²⁵⁶ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de

Nesse contexto, o artigo 9º da Lei Anticorrupção encontra uma incongruência. Sob a justificativa de estar ancorado no Artigo 4º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto no 3.678, de 30 de novembro de 2000²⁵⁸, o dispositivo insere na competência do órgão de controle interno do Executivo federal instituído com base no artigo 74 da Constituição apurar, processar e julgar os atos ilícitos praticados por empresas com sede no Brasil contra a Administração Pública estrangeira.

Ocorre que essa não é a previsão da Constituição de 1988 para o órgão de controle interno do Executivo federal, que visa perseguir a correta aplicação do orçamento do ente da federação e deve observar a origem do recurso. A literalidade da Constituição da República exclui qualquer outra conclusão.

Tal previsão, inclusive, consta do artigo 27 da Lei Complementar 141/2012, levando para a legislação a jurisprudência do STF. Por isso, para coibir esse tipo de ato ilícito de sociedades empresariais privadas brasileiras contra a Administração Pública estrangeira (que não passa pelo orçamento da União e pela Administração Federal), é preciso tipificá-lo nas esferas cível e/ou criminal para ser investigado pelo MP e Polícia Federal (instituições legítimas para atuarem contra essas empresas e fazerem investigações em empresas privadas com base no poder de polícia judiciária) e ser adequadamente processado e julgado pelo Judiciário. Não há outro caminho.

Um órgão de controle interno, previsto no artigo 74 da Constituição para apoiar o órgão de controle externo brasileiro, cuja missão institucional limitasse a perseguir e regular a boa aplicação de recursos do orçamento federal e o que com ele é mantido, seria competente para punir sociedades, com sede no Brasil, que pratiquem fraude nas transações com o poder público estrangeiro? Essa situação está inserida no rol das competências da Justiça Federal

controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária; Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; [...] VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

²⁵⁷ Relatório prévio da proposta de fiscalização e controle nº 152 de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=602814>>. Acesso em: 10 set. 2017.

²⁵⁸ Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais acessível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>

elencadas no artigo 109 da CR, que, se tipificada como ilícito, precisa ser investigada pelo MP e processada pela Justiça Federal na esfera cível (já que a Lei é cível).

Art. 9º Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto n o 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Quando se trata da imposição de restrições a determinados direitos do particular, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem contar a necessária segurança jurídica.

O sistema de produção legislativa deve estar harmonizado com a estrutura constitucional do país, como preveem as convenções internacionais, sendo os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica dos mais importantes. Merece atenção a conformação normativa que passou a vigor após a entrada em vigor da Lei Anticorrupção, que atribuiu competências ao órgão de controle interno da União – as quais, por sua vez, constitucionalmente já estavam previstas para o órgão de controle externo –, conforme resumidas no quadro abaixo:

Quadro 8 – Relação entre a LAC e a CR

LEI ANTICORRUPÇÃO	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
<p>Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.</p>	<p>Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:</p> <p>II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;</p>
<p>Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.</p>	<p>§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.</p>

<p>Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.</p>	<p>Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:</p> <p>IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.</p> <p>§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.</p>
<p>Art. 6º. Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:</p> <p>I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e</p>	<p>VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;</p>

Fonte: A Autora, 2016.

Vale destacar que o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), publicou²⁵⁹ os procedimentos para celebração dos Acordos de Leniência de que trata a Lei Anticorrupção, onde resumidamente expõe objetivos e competências legais, esclarece a atuação das comissões de negociação e frisa que A Lei nº 12.846/2013 inovou ao instituir dois novos instrumentos de combate à corrupção: os Acordos de Leniência e os denominados Processos Administrativos de Responsabilização (PAR). Segundo a CGU, o acordo de leniência fundamenta-se minimamente em quatro pilares:

1. O acordo de leniência tem o objetivo de trazer **novos elementos de prova** sobre ilícitos (a chamada “alavancagem investigativa”). Por ele se amplia a possibilidade [a] de sanção sobre outros sujeitos (agentes públicos, privados e outras empresas) cujas condutas ou respectivos elementos de prova não eram de conhecimento do órgão de controle, e [b] de recuperação de valores procedentes da corrupção junto a esses outros atores.
2. Os acordos de leniência buscam permitir a **reparação dos danos** causados pelo ilícito. Em realidade, mediante acordo, essa reparação se dará de forma mais célere e eficaz em comparação com os indicadores de recuperação de valores obtidos através das ações de improbidade ou das execuções dos julgados do TCU. Deve-se atentar que os acordos a serem celebrados pela Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) não darão quitação integral quanto aos danos, ou seja, caso o TCU apure outros danos nos casos objeto do acordo, poderá ele

²⁵⁹ O Ministério da transparência disponibiliza em seu site, uma exposição das suas competências legais e a atuação das comissões de negociação dos acordos de leniência, cujo acesso se deu em 21 de dezembro de 2017 em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/03/ministerio-da-transparencia-esclarece-procedimentos-do-acordo-de-leniencia>>.

condenar a empresa a ressarcir-los independentemente do acordo (artigo 16, § 3º, da Lei Anticorrupção).

3. O acordo de leniência demanda que as empresas passem a atuar dentro de **padrões de integridade e compliance**. Isso significa que a assinatura do acordo de leniência depende [a] da aprovação prévia pela CGU de um programa de integridade e [b] da sujeição, por parte da empresa, ao acompanhamento da implementação deste respectivo programa pela CGU. Assim, o que se tem, na verdade, é um **contrato de conduta controlada** que a lei impõe à empresa por tempo predeterminado.

4. Haverá a **perda de todos os benefícios** caso a empresa descumpra o acordo. Neste caso, reabre-se ou instaura-se o PAR, podendo a empresa vir a ser declarada inidônea, e executam-se os valores devidos, bem como ficará impedida de realizar novo acordo pelo prazo de três anos (artigo 16, § 8º, da Lei Anticorrupção) e será incluída no Cadastro Nacional de Empresas Punidas.

Como se vê, o Acordo de Leniência é muito mais amplo e eficaz para fins de prevenção da corrupção do que a sanção de inidoneidade no âmbito do PAR. Isto porque, ao mesmo tempo em que o Acordo amplia a investigação, permite a reparação mais eficaz de valores e obriga a empresa a atuar de forma ética, **não a exime das sanções do PAR** em caso de descumprimento do Acordo. *É desta perspectiva que a CGU atua e cumpre a Lei Anticorrupção.*

Como se vê, o Acordo de Leniência é muito mais amplo e eficaz para fins de prevenção da corrupção do que a sanção de inidoneidade no âmbito do PAR. Isto porque, ao mesmo tempo em que o Acordo amplia a investigação, permite a reparação mais eficaz de valores e obriga a empresa a atuar de forma ética, **não a exime das sanções do PAR** em caso de descumprimento do Acordo. *É desta perspectiva que a CGU atua e cumpre a Lei Anticorrupção.*

No entanto, a CGU, ao mencionar seus parceiros constitucionais, ressalta que se encontra à disposição do MPF e do TCU para formalizar mecanismos para o mesmo fim, inclusive para franquear a participação de seus integrantes nas comissões de negociação, e que “apesar de o legislador atribuir a responsabilidade pela realização dos acordos de leniência somente à CGU, esta tem atuado em conjunto e de forma coordenada com outras instituições.”

A CGU também discorre que, considerando especialmente a atribuição da AGU para a propositura de ações de improbidade em relação aos ilícitos objeto dos possíveis acordos, ambas as instituições firmaram portaria conjunta para regular os trâmites procedimentais do acordo e para permitir a participação da AGU nas comissões de negociação, o que garante maior segurança jurídica a todo processo.

Sobre os dados estatísticos, a CGU registra que:

- (i) já declarou seis empresas inidôneas no âmbito da Operação “Lava Jato”; (ii) já encerrou as negociações com duas outras empresas, remetendo os respectivos casos para apuração em PAR, o que pode gerar, em tese, a declaração de inidoneidade da empresa; (iii) mantém dez PARs em fase de instrução; e (iv) mantém onze PARs em aberto aguardando o encerramento da negociação de eventual acordo de leniência.

²⁶⁰

²⁶⁰ Os números estatísticos são de 1º de março de 2017

Por fim, a CGU ressalta que sua competência é concorrente para instaurar e julgar PAR, e exclusiva para avocar processos instaurados para exame de sua regularidade, ou para corrigir-lhes o andamento, incluindo a aplicação de penalidade administrativa, a qualquer tempo, nas hipóteses do artigo 13, caput e §1º, do Decreto 8420/2015²⁶¹.

Sobre a manifestação do Ministério Público Federal acerca da Lei Anticorrupção, foi divulgado o Estudo Técnico²⁶² n° 01/2017 – 5ª CCR, de setembro de 2017, no qual se fixa o entendimento de que o Ministério Público não pode ser afastado da negociação e da celebração do acordo leniência diante do fato de ser ele um instrumento de combate à corrupção e a leniência ser um instituto de detecção de infrações. Destaca o MPF na Nota Técnica²⁶³:

De qualquer forma, a base negociada para a participação da pessoa jurídica em negócios processuais com o Ministério Público, dado seu perfil pluricompetente, deve lastrear-se não só na necessidade de tratamento integral de todos os aspectos punitivos referentes aos ilícitos revelados, sob a perspectiva retributiva proporcional e justa, em face do alcance da colaboração prestada, mas também na certeza do respeito aos compromissos assumidos pelas partes. E, sob a ótica da empresa, isto significa garantia de validade, perante o próprio Estado, em qualquer de suas faces, das vantagens acordadas. Vale dizer: garantia de preservação do pactuado pelo Estado, através do Ministério Público, na avaliação ampla do valor de sua colaboração para o ganho de eficiência estatal na repressão a ilícitos, com a correspondente atribuição dos bônus e benesses sancionatórios. [...]

À luz dos ditames constitucionais, portanto, não há qualquer perspectiva lógica e sistemicamente adequada que indique como proceder à celebração de acordos de leniência sem a participação efetiva do Ministério Público. Medida oposta, que busque afastar o acompanhamento e o controle ativo ministerial durante a negociação e formalização de avença deste tipo, em caso de sua condução e realização isolada por órgãos de controle do Poder Executivo, por exemplo, debilita e atinge indevida e ilegitimamente a persecução penal do Estado. Nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal, o Ministério Público é o dominus litis da ação penal, de modo que toda e qualquer providência, em sede de apuração de ilícitos e infrações de qualquer natureza, que tenha, direta ou reflexamente, repercussão de caráter penal, depende da participação efetiva do órgão acusatório. Na esfera do direito sancionador anticorrupção, por seu turno, é certa a repercussão criminal dos fatos apurados, dada a própria natureza de tais ilícitos, como se verifica de simples leitura do texto do artigo 5º e incisos da LAC, na descrição tipológica das condutas abrangidas.

Resta clara a sobreposição de autoridades e a subversão do princípio da separação dos poderes ao se excluir o Ministério Público dos acordos de leniência. O problema que se

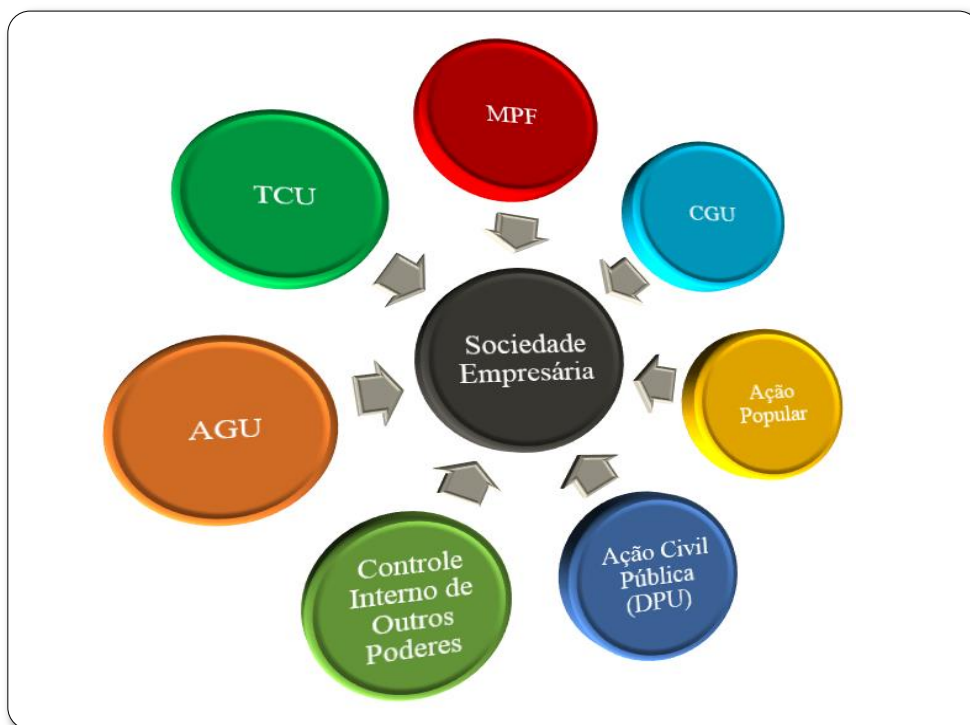
²⁶¹ § 1º A Controladoria-Geral da União poderá exercer, a qualquer tempo, a competência prevista no *caput*, se presentes quaisquer das seguintes circunstâncias: I - caracterização de omissão da autoridade originariamente competente; II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; III - complexidade, repercussão e relevância da matéria; IV - valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida; ou V - apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.

²⁶² Estudo Técnico disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>

²⁶³ Idem, p. 3.

coloca não é a ótica do controle que, apesar de certa, não é a ótica deste estudo, mas sim a segurança jurídica das pessoas jurídicas que, mediante a assinatura de um acordo de leniência frágil, estará sujeita a toda sorte de medidas criminais e administrativas por parte de diversas esferas de responsabilização (MPF, TCU, AGU, CGU, Ação Popular, Controles Internos de outros poderes, DPU), conforme o esquema abaixo:

Figura 5 – Múltiplas autoridades competentes para realizar o Acordo de Leniência



Fonte: Autora, 2018

2.2.1 Judicialização decorrente da sobreposição de autoridades competentes: o Mandado de Segurança nº 34031

No dia 20 de janeiro de 2016, em decisão monocrática, o TCU determinou que a CGU encaminhasse à Corte de Contas todas as informações sobre os Acordos de Leniência que vêm sendo conduzidos no âmbito da operação Lava-Jato, tais como “cópias das atas de reuniões e de todos os documentos produzidos até o momento, incluindo, se for o caso, cópia integral dos processos administrativos”.

O Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União impetrou, em 22 de fevereiro de 2016, o Mandado de Segurança 34.031 contra o ato do Ministro do Tribunal de Contas da

União, Bruno Dantas, de 16 de fevereiro de 2016, que suscitava fazer valer os termos da IN 74, especialmente quanto a sua competência de fiscalização da celebração dos acordos de leniência pelo TCU, já que os acordos de leniência importam em concessão de benefícios a pessoas jurídicas que causaram prejuízo ao erário, o que, indubitavelmente, segundo o Ministro do TCU²⁶⁴, implica a competência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar suas celebrações, à luz dos incisos II e VII da Constituição Federal. O Ministro do TCU destacou ainda que:

Do ponto de vista lógico, também não seria conveniente, nem haveria como defender que a fiscalização do Tribunal de Contas só fosse exercida após a celebração do acordo de leniência, pois, firmado o acordo, ele já se apresentaria no mundo jurídico como lei entre as partes, gerando consequências que talvez não pudessem ser desfeitas por esta Corte. [...]

Como bem fundamentou o membro do *Parquet* ainda que se admitisse o afastamento das disposições contidas na IN-TCU 74/2015 por força da edição da Medida Provisória 703/2015, a CGU estaria obrigada a atender a requisição de informações e documentos deste Tribunal, a uma, por estar inserida no sistema de controle interno previsto no art. 74 da Constituição Federal, tendo o dever de apoiar o controle externo no exercício de sua missão constitucional e, a duas, por ser órgão jurisdicionado ao TCU, nos termos do art. 4º e 5º da Lei 8.443/1992.

Embora não haja julgamento de mérito no MS 34.031, independente do caminho processual que venha a trilhar o *mandamus*, o fato é que não há definição sobre a coordenação de autoridades para a realização dos Acordos de Leniência, o que sujeita as sociedades empresárias a um cenário de extrema insegurança jurídica gerado pela Lei Anticorrupção.

O problema procedimental se estabeleceu justamente porque a Lei Anticorrupção tratou de forma ordinária o tema afeto à defesa da Administração Pública e à apuração de danos a ela causados. Nosso cenário constitucional e infraconstitucional já dispunha de um sistema de atribuição de competências que não pode ser afastado por lei ordinária, por competências fiscalizatórias inseridas na Constituição da República e nas leis federais. Como poderia lei ordinária retirar a validade de dispositivos da Constituição da República?

No mandado de segurança impetrado no STF, a Controladoria Geral da União alega que o sigilo previsto no parágrafo 6º do artigo 16 da Lei 12.846/2013 é imperativo e temporário, impedindo a CGU, até a celebração de um Acordo de Leniência, de fornecer cópia de documentos ou de informações referentes às tratativas, de maneira a não prejudicar as investigações e o processo administrativo.

O dispositivo estabelece que a proposta de Acordo de Leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no caso de interesse das investigações e

²⁶⁴ Despacho de 18 de fevereiro de 2016 no processo TC 005.084/2015-6.

do processo administrativo.

Esclarece-se que o processo de negociação do acordo de leniência, em todo o mundo, é um processo tipicamente de negociação. A empresa poderá ser condenada pela Administração Pública a várias sanções. Para pleitear a atenuação ou isenção de tais sanções, a empresa avalia se lhe será mais vantajoso colaborar com as investigações e sofrer uma reprimenda menor. Sem a proteção do sigilo, a empresa não se sentirá incentivada em colaborar com as investigações, em buscar o acordo de leniência, tomando a lei letra morta e reduzindo a capacidade investigativa do Estado.²⁶⁵

O órgão alega ainda que, como grandes empresas trabalham com mercados abertos em bolsa de valores, qualquer passo em falso pode derrubar as ações e causar mais danos à empresa, ao mercado e até, eventualmente, ao país. “É preciso entender que neste processo não é só a empresa quem perderá, e sim toda a sociedade, em maior ou menor grau. Visualiza-se a importância e a relevância da aplicação do sigilo no procedimento administrativo dos acordos de leniência por parte da CGU, sendo um direito da empresa e um dever do agente público”, conclui.

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu liminar no Mandado de Segurança (MS) 34.031 suspendendo a determinação de encaminhamento ao Tribunal de Contas da União (TCU) das informações sobre os acordos de leniência em trâmite na Controladoria Geral da União (CGU). O relator apontou que o artigo 16, parágrafo 14, da Lei 12.846/2013, incluído pela Medida Provisória (MP) 703/2015, dispõe que o envio do Acordo de Leniência para o TCU somente deve ser efetuado após ser assinado. Anotou ainda que estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar, pois o prazo para que a CGU encaminhasse as informações se mostrava exíguo²⁶⁶.

No caso, há pretensão conflito de atribuições entre Órgãos de controle interno (CGU) e externo (TCU), de densa relevância constitucional que merece maior reflexão por esta Corte”, afirmou o ministro Gilmar Mendes, destacando que sua decisão pode ser reavaliada ao longo do trâmite do MS.

Após as informações prestadas pelo TCU, no sentido de como a MP nº 703 perdeu sua vigência, o MS perdeu o objeto. Houve manifestação da PGR em 09/08/2016, e desde então os autos do MS estão conclusos ao relator.

²⁶⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310678&tip=UN>>. Acesso em: 11 set. 2017.

²⁶⁶ Trecho da decisão do Ministro Gilmar Mendes, exarada na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.031. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308772695&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2017.

2.2.2 A Lei nº 8.443/1992 e a Instrução Normativa – TCU nº 74

Em 11 de fevereiro de 2015 o TCU expediu a Instrução Normativa 74²⁶⁷, que dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União, com base no art. 3º da sua Lei Orgânica, Lei nº 8.443/1992²⁶⁸, em que trata do processo de celebração de Acordo de Leniência previsto na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) pela Administração Pública Federal.

A IN dispõe, em seu art. 6º:

Art. 6º. O acordo de leniência celebrado pela administração federal não afasta as competências do Tribunal de Contas da União fixadas no art. 71 da Constituição Federal, nem impede a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992.

§ 1º Deverá ser encaminhado ao Tribunal de Contas da União o processo administrativo específico de reparação integral do dano de que trata o art. 13 da Lei nº 12.846/2013, para fins de apuração de eventual prejuízo ao erário, nos termos da Instrução Normativa TCU nº 71/2012.

§ 2º Excetua-se o disposto no parágrafo anterior a apuração de dano que não se enquadre nas competências jurisdicionais do Tribunal de Contas da União.

O TCU, nas razões para a expedição da IN²⁶⁹, destacou que sua jurisdição própria e privativa abrange qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome dela, assumira obrigações de natureza pecuniária, e que cabe aos sistemas de controle interno dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional, na forma do inciso IV do art. 74 da Constituição da República, que assim dispõe:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima

²⁶⁷ www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/IN/20150213/INT2015-074.doc

²⁶⁸ http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8443.htm

²⁶⁹ Há ADI que questiona a constitucionalidade da IN-TCU 74, que é a ADI nº 5.294, cujo requerente é o Partido Popular Socialista (PPS). Nos autos da ADI a Advocacia Geral da União e a Procuradoria-Geral da República pugnam pelo não conhecimento da ação ou pela improcedência do pedido formulado, devendo ser declarada a constitucionalidade da Instrução Normativa 74/2015 do Tribunal de Contas da União.

para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Sendo assim, em escorreita análise da sua competência constitucional, o órgão de Controle Externo fundamenta a IN – além do mandamento constitucional específico direcionado ao órgão – na lei ordinária que dispõe sobre a lei orgânica do Tribunal, nos termos dos arts. 41, I, “b”, e 42²⁷⁰, combinados com o art. 38²⁷¹ da Lei nº 8.443/1992, que garantem a competência do TCU para promover o acompanhamento sobre a gestão e o controle contábil, orçamentário, financeiro e patrimonial praticados pela Administração Pública e pelos sistemas de controle interno dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não podendo nenhum processo, documento ou informação ser sonegado ao TCU em sua ação de fiscalização, sob qualquer pretexto.

A Instrução considera que o art. 16, § 3º, da Lei nº 12.846/2013 não afasta a reparação de dano ao erário e, portanto, a celebração de acordos de leniência por órgãos e entidades da Administração Pública federal é ato administrativo sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas

²⁷⁰ Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial: I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno) a lei relativa ao plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias, a lei orçamentária anual e a abertura de créditos adicionais; b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta Lei; II - realizar, por iniciativa própria, na forma estabelecida no Regimento Interno, inspeções e auditorias de mesma natureza que as previstas no inciso I do art. 38 desta Lei; III - fiscalizar, na forma estabelecida no Regimento Interno, as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; IV - fiscalizar, na forma estabelecida no Regimento Interno, a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. § 1º As inspeções e auditorias de que trata esta seção serão regulamentadas no Regimento Interno e realizadas por servidores da Secretaria do Tribunal. § 2º O Tribunal comunicará às autoridades competentes dos poderes da União o resultado das inspeções e auditorias que realizar, para as medidas saneadoras das impropriedades e faltas identificadas. Art. 42. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto. § 1º No caso de sonegação, o Tribunal assinará prazo para apresentação dos documentos, informações e esclarecimentos julgados necessários, comunicando o fato ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis. § 2º Vencido o prazo e não cumprida a exigência, o Tribunal aplicará as sanções previstas no inciso IV do art. 58 desta Lei.

²⁷¹ Art. 38. Compete, ainda, ao Tribunal: I - realizar por iniciativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e nas entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal; II - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por suas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de inspeções e auditorias realizadas; III - emitir, no prazo de trinta dias contados do recebimento da solicitação, pronunciamento conclusivo sobre matéria que seja submetida a sua apreciação pela comissão mista permanente de Senadores e Deputados, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 72 da Constituição Federal. IV - auditar, por solicitação da comissão a que se refere o art. 166, § 1º, da Constituição Federal, ou comissão técnica de qualquer das Casas do Congresso Nacional, projetos e programas autorizados na Lei orçamentária anual, avaliando os seus resultados quanto à eficácia, eficiência e economicidade.

da União quanto a sua legalidade, legitimidade e economicidade, nos termos do art. 70 e 71, inciso II da Constituição Federal.

Por fim, a Instrução garante ao Tribunal de Contas a fiscalização dos processos de celebração de acordos de leniência inseridos na competência do Tribunal de Contas da União, dispondo que, para cada caso de acordo de leniência, será constituído no Tribunal um processo de fiscalização, estabelecendo multa para a autoridade que deixar de dar cumprimento às previsões da Instrução.

Merece relevo a Manifestação da Procuradoria Geral da República (PGR) nos autos da ADI 5.294 cujo requerente é o Partido Popular Socialista (PPS). Nos autos da ADI, a Advocacia Geral da União e a Procuradoria-Geral da República pugnam pelo não conhecimento da ação ou pela improcedência do pedido formulado, devendo ser declarada a constitucionalidade da Instrução Normativa 74/2015 do Tribunal de Contas da União. Oportuno, portanto, é o conhecimento da manifestação da PGR acerca do tema:

Atividades de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública desenvolvidas pelos tribunais de contas são de inegável interesse público. Trata-se de funções de contenção do poder estatal e de verificação da legitimidade de suas contas ante princípios e normas constitucionais. Interessam, dessa maneira, diretamente à sociedade, porquanto essenciais à consolidação da moralidade, da eficiência, da probidade administrativa e da própria realização de direitos fundamentais. Por emanarem diretamente da Constituição, as funções de controle externo são, como regra, indelegáveis, irrenunciáveis e insuscetíveis de mitigação por intermédio de legislação infraconstitucional.

Sendo assim, a PGR frisa que o controle externo é função essencial à consolidação da democracia, à efetivação do direito à moralidade e à probidade administrativa e à eficiência na gestão da coisa pública, e nessa conformidade a Constituição da República de 1988 consolidou os Tribunais de Contas como órgãos de estatura constitucional, com incumbência de executar controle externo das atividades financeiras e operacionais de todos os Poderes e órgãos da administração direta e indireta. Logo, para o desempenho de suas atribuições constitucionais, conferiu-lhes autonomia institucional, administrativa e orçamentário-financeira, e assegurou importantes garantias institucionais a seus membros, manifestação essa que se coaduna com os termos da tese.

2.2.3 Entrevistas com Agentes de Estado: análise comparativa

A realização das entrevistas auxilia na constatação da existência de falhas na previsão legislativa sobre o Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. Há dificuldades reais e práticas²⁷² que perduram desde o início de vigência da norma. As incongruências já apontadas no trabalho, tanto sob aspecto legal quanto sob o constitucional, são apresentadas indiretamente através de oito perguntas realizadas para quatro agentes de Estado, de funções e de atribuições distintas, que atuam e representam três instituições que não são contempladas pela Lei Anticorrupção – o Tribunal de Contas da União, o Ministério Público Federal e o Ministério Público de Contas Junto ao TCU – apesar de a Constituição da República garantir a esses órgãos competências constitucionais diretamente relacionadas ao objeto da norma: a proteção e a defesa da Administração Pública (e, por conseguinte, do patrimônio público).

Depreende-se que o objetivo da previsão legal do Acordo na Lei Anticorrupção não produz o efeito idealizado nos processos administrativos, pela exposição de motivos²⁷³ da norma, assim como não desempenha o papel esperado do instituto²⁷⁴. A impossibilidade da operacionalização do Acordo no plano jurídico sem a ocorrência de arranjos institucionais desafia a investigação da atuação institucional desses órgãos nos processos dos Acordos de Leniência, partindo-se da hipótese de que há tal atuação²⁷⁵.

As perguntas direcionadas aos entrevistados foram elaboradas a partir da análise das características contemporâneas do Acordo de Leniência – técnica investigativa de grande importância no contexto do combate à corrupção – e se amparam na revisão da doutrina relevante, na legislação, na jurisprudência e na observância da aplicação do instituto por instituições da Administração Pública. Não há, propriamente, a pretensão de apresentar, a

²⁷² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons Editora, 2015, p. 123. Segundo Calixto Salomão Filho: “A ciência progride através de inovações e grandes ideias. Mas enquanto essas não vêm, formam-se durante anos consensos muitas vezes irrefletidos e por vezes com escasso apoio na realidade dos fatos”

²⁷³ Exposição de Motivos Interministerial (EMI) nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, de 23 de outubro de 2009, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm>. Acesso em 10 jan. 2016. O item 10 da Exposição de Motivos destaca: “Observe-se que o presente projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e o processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade.”

²⁷⁴ Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Lei Anticorrupção: Manual de Responsabilização Administrativa de pessoa jurídica**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/sancoes>>, p. 90. Acesso em 19 dez. 2017. o acordo de leniência se apresenta como um relevante instrumento jurídico de investigação, com a possibilidade da obtenção célere de provas e identificação dos diversos atores envolvidos no ilícito.

²⁷⁵ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência**. Coleção acadêmica livre. Direito GV, 2013, p. 77.

partir das entrevistas, uma pesquisa empírica²⁷⁶ no seu significado particular estrito²⁷⁷, mas sim apresentar as evidências baseadas na observação qualitativa dos dados obtidos.

Os dados observados são jurídicos e interpretativos. Foram analisados de maneira que pudessem ser traçadas, a partir da utilização de informações obtidas com as entrevistas, inferências descritivas e causais válidas. As conclusões que serão apresentadas contribuem para as propostas de correção dos problemas identificados na previsão do instituto pela Lei Anticorrupção, e, acima de tudo, corroboram para a apropriada adequação do instituto ao sistema jurídico brasileiro²⁷⁸.

Os entrevistados são Agentes de Estado que integram órgãos diretamente envolvidos nos Acordos de Leniência em curso no âmbito da União. Assim, participaram das entrevistas²⁷⁹: (i) o Ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler²⁸⁰; (ii) a Subprocuradora-Geral da República e Coordenadora da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção), Mônica Nicida Garcia²⁸¹; (iii) o Procurador de Contas junto ao Tribunal de Contas da União, Júlio Marcelo de Oliveira²⁸²; e (iv) o Auditor de Controle

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 11. Para os autores, o que faz uma pesquisa ser empírica é que seja baseada em observações do mundo – em outras palavras, dados, o que é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo. Esses fatos podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência, ou ser o resultado de entrevistas ou pesquisas, ou os resultados de pesquisas auxiliares que viabilizam afirmações sobre o mundo baseadas em observação. E essa demonstração pede uma inferência ou afirmação sobre o mundo real. A palavra “empírico” denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência. Essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não-numérica (qualitativa); nenhuma é mais “empírica” que a outra. Desde que os fatos estejam de alguma maneira relacionados ao mundo, eles são dados, e, contanto que a pesquisa envolva dados que são observados ou desejados, ela é empírica.

²⁷⁷ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência**. Coleção acadêmica livre. Direito GV, 2013, p. 76. Os autores assinalam que o significado estrito é o associado puramente à técnicas e análises estatísticas.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 23.

²⁷⁹ Merece registro o fato de que a Controladoria-Geral da União, embora contatada, não dispôs de agenda para a entrevista à época; assim, foram encaminhadas, em 13/12/2017, as mesmas perguntas que foram direcionadas a todos os entrevistados, contudo, não houve resposta do órgão.

²⁸⁰ Benjamin Zymler é Ministro do Tribunal de Contas da União desde 2001, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB), Autor das Obras: Regime Diferenciado de Contratação – RDC; Direito Administrativo e Controle; O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas; Direito Administrativo e Política & Direito: uma visão Autopoiética. Formado em Direito pela Universidade de Brasília e em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia (IME). A entrevista, gravada e transcrita na íntegra, constante do Anexo 1, foi realizada no gabinete do Ministro, em Brasília, no dia 05/12/2017.

²⁸¹ Mônica Nicida Garcia: é Subprocuradora-Geral da República, Coordenadora da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do Ministério Público Federal. A entrevista, gravada e transcrita na íntegra, constante do Anexo 1, foi realizada no gabinete da Subprocuradora-Geral da República, em Brasília, no dia 07/12/2017.

²⁸² Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (TCU), Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília e Bacharel em Ciência da Computação pela Universidade de Brasília. A entrevista, gravada e transcrita na íntegra, constante do Anexo 1, foi realizada no gabinete do Procurador de Contas junto ao TCU, em Brasília, no dia 06/12/2017.

Externo e Diretor da Secretaria de Operações Especiais de Infraestrutura do Tribunal de Contas da União, Nivaldo Dias Filho²⁸³.

Desse modo, o resultado da análise dos dados colhidos tem implicação conclusiva, de cunho teórico²⁸⁴ e normativo, e coaduna com a proposta constante do PL nº 5.208/2016²⁸⁵.

A primeira pergunta, assim como as demais, teve como público-alvo agentes cujas atuações são inerentes às categorias específicas de atuação do poder público, com particular relevância para o caso do recorte realizado para a pesquisa. Nesse sentido, a polêmica entre os órgãos de controle²⁸⁶ sobre a operacionalização administrativa do Acordo de Leniência é uma constatação que decorre da publicação das posições desses órgãos.

O Ministério Público Federal, através da 5ª Câmara de Revisão (Combate à Corrupção), divulgou o Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR,²⁸⁷ sobre o Acordo de Leniência e seus efeitos, no qual chama atenção para os delitos organizacionais e para a importância do Acordo para a eficiência da atividade estatal na repressão de ilícitos. O referido estudo analisa que o Acordo deve ser compreendido e utilizado como instituto de detecção de infrações, não sendo possível afastar o Ministério Público de sua negociação e celebração, como uma garantia à defesa da obtenção de maior amplitude e plena abrangência das condições pactuadas na colaboração. Desse modo, a comissão responsável pelo estudo destaca:

[...] a necessidade de uma abordagem transversal e plurissubjetiva da leniência, a fim de se refletir em múltiplas instâncias de sancionamento e, com isso, obter sua máxima utilidade.²⁸⁸

²⁸³ Nivaldo Dias Filho é Engenheiro Civil pela UFPR, Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU) – Área Controle Externo, Diretor na Secretaria de Operações Especiais em Infraestrutura do TCU, Diretor de Defesa do Controle Externo da Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (AUD-TCU). A entrevista, gravada e transcrita na íntegra, constante do Anexo 1, foi realizada na sala de reuniões do Diretor, no Tribunal de Contas da União, em Brasília, no dia 06/12/2017.

²⁸⁴ NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 7. Conforme explica Marcos Nobre: “Quando se diz que alguém tem uma “teoria” sobre determinado tema ou assunto, pretende-se com isso, na maioria das vezes, dizer que alguém tem uma hipótese ou um conjunto de argumentos adequados para explicar ou compreender um determinado fenômeno ou uma determinada conexão de fenômenos. Nesse sentido, a “teoria”, ao pretender explicar ou compreender uma conexão de acontecimentos, tem como intuito mostrar “como as coisas são”. Em se tratando de uma teoria científica, a explicação deve também ser capaz de prever eventos futuros, ou então de compreender os eventos do mundo real de tal maneira a produzir também prognósticos a partir de conexões significativas encontradas. E uma teoria é confirmada ou refutada conforme as previsões e os prognósticos se mostrem corretos ou incorretos.”

²⁸⁵ A proposta do PL nº 5.208/2016 consta do Anexo 2.

²⁸⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110. Para o autor, a percepção que se deve ter dos órgãos de controle de contas, como de resto, de quaisquer outros órgãos que passem a exercer as modernas e complexas funções de controles recíprocos das polícias contemporâneas, não será mais a que resultava de uma tradicional taxinomia orgânico-funcional constitucionalmente adotada, porém, mais do que isso, a que parta de uma ampla compreensão do que esses órgãos hoje representam, como bastiões dos direitos fundamentais e da democracia.

²⁸⁷ A íntegra do Estudo Técnico está disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%202001-2017.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

²⁸⁸ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-divulga-estudo-tecnico-sobre-acordo-de>>

Também o Tribunal de Contas da União, ao editar a IN n° 74, expôs, por ato normativo, as razões constitucionais e legais acerca da necessidade de sua atuação nos Acordos e, nessa mesma linha, o Ministério Público de Contas junto ao TCU também defendeu a participação do Ministério Público de Contas nos acordos de leniência celebrados por órgãos públicos com empresas responsáveis por atos de corrupção²⁸⁹.

Por essas razões, serão perquiridas questões de ordem constitucional e legal nas entrevistas – cujas perguntas realizadas abaixo se reproduzem, acompanhadas das análises extraídas das respostas de cada entrevistado.

PERGUNTA 1

A Lei Anticorrupção foi editada e desde então se percebe uma grande polêmica entre os órgãos de controle sobre a sua aplicação. Os especialistas nas áreas de controle e vários acadêmicos, como o Prof. Heleno Torres e o Prof. Modesto Carvalhosa, vêm apontando diversos problemas de ordem constitucional na aplicação da Lei, especificamente sobre o conflito de competências, também chamado de conflito de atribuições. Esse termo, “conflito de atribuições” foi usado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do Mandado de Segurança n° 34031, em que o Impetrante foi o Secretário Executivo da CGU e o Impetrado o TCU, cujo trecho reproduzo:

No caso, há pretensão conflito de atribuições entre Órgãos de controle interno (CGU) e externo (TCU), de densa relevância constitucional que merece maior reflexão por esta Corte.

(trecho da decisão do Min. Gilmar Mendes no MS).

Nesse contexto, eu pergunto qual é a avaliação de V.Exa./V.Sa. sobre essa questão do conflito de atribuições e/ou competências entre os órgãos de controle nos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção?

O Ministro Benjamin Zymler destacou que o TCU já visualizava inúmeros problemas clara e facilmente prognosticáveis na Lei n° 12.846/2013, sendo que um deles diz respeito ao Acordo de Leniência. Aponta que o acordo tem uma dupla pretensão: (i) a de verticalizar, aprofundar as investigações administrações feitas pelo Estado; e (ii) a de conferir, em contrapartida, perdão total ou parcial para as pessoas jurídicas que sejam signatárias desse acordo em relação às sanções definidas na Lei 12.146/2013 e na Lei de Licitações.

O Ministro assinala que grande parte das irregularidades detectadas na órbita administrativa são também irregularidades penais que dão ensejo às investigações do Ministério Público e que, como o acordo de leniência da Lei n° 12.846/2013 é unilateral – é assinado pela Controladoria-Geral da União (CGU) em nome do Estado, na via administrativa

leniencia-e-seus-efeitos>. Acesso em 15 out. 2017.

²⁸⁹ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/515510-PROCURADOR-DEFENDE-PARTICIPACAO-DO-MINISTERIO-PUBLICO-JUNTO-AO-TCU-EM-ACORDOS-DE-LENIENCIA.html>>. Acesso em: 15 out. 2017.

–, há uma crítica do ponto de vista da segurança jurídica, da efetividade e da eficácia desse instrumento para permitir aprofundamento de investigações pelo Estado.

Acrescenta, ainda, que a falta de envolvimento de outras esferas de controle no Acordo de Leniência, diante das características das irregularidades, não se sustenta em uma ação isolada da CGU e que, portanto, a previsão da Lei não deu certo. Por fim, conclui o Ministro: “A grande verdade é que esse Acordo de Leniência assinado só pela CGU é fraco *a priori*.”²⁹⁰

A Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia, Coordenadora da Câmara, informa que aprovou o Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR²⁹¹ e que há uma comissão na 5ª Câmara de Controle e Revisão (Combate à Corrupção) do Ministério Público Federal que se dedica exclusivamente ao estudo dos Acordos de Leniência, porque o tema é novo e sobre ele há ainda poucos trabalhos escritos (e que o que está escrito, acrescenta, tem um foco bastante teórico ou foi escrito logo depois da edição da Lei nº 12.846/2013, portanto desacompanhado do reflexo da aplicação prática da lei). Expõe que, toda vez que se coloca em prática algum instituto, alguma disposição jurídica nova, ela ganha vida e começa a revelar os seus eventuais problemas – exatamente o que se está a enfrentar agora.

A Subprocuradora-Geral da República entende que o grande problema encontrado, hoje, é justamente essa necessidade de se adequar à participação de diversas instituições na assinatura dos Acordos de Leniência²⁹². Enfatiza que, de fato, a Lei nº 12.846/2013 não faz referência ao Ministério Público como sendo um dos órgãos que vai assinar os Acordos de

²⁹⁰ ZYMLER, Benjamin. DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 138-139. Sobre a responsabilização por dano ao erário, o Ministro dispõe em seu livro escrito em coautoria que “é cediço que a interpretação das leis deve ser feita de modo a compatibilizá-las com a Constituição, sendo que, em caso de impossibilidade, ter-se-á a revogação ou a inconstitucionalidade da norma legal. [...] Assim, quando se tratar de matéria de competência do TCU, a melhor interpretação para essa disposição da Lei Anticorrupção é a que se refere ao processo de tomada de contas especial. Logo, caso a prática de condutas descritas no art. 5º da Lei Anticorrupção resulte prejuízo ao erário, a autoridade administrativa competente deverá, sob pena de responsabilidade solidária, instaurar o processo específico para apuração do dano, qual seja, a tomada de contas especial, nos termos do art. 8º da Lei nº 8.443/1992.”

²⁹¹ Brasil. Ministério Público Federal, 2017. Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR. **Estudo sobre inovações da Lei nº 12.846/2013 - a Lei anticorrupção (LAC)**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

²⁹² *Ibidem*, p. 62-63. Nesse sentido, dispõe o estudo técnico que “Nem sempre a negociação conjunta, abrangendo todos os agentes e as diferentes searas de punição, é possível. Fatores que complicam a unificação referem-se, muito de perto, às peculiaridades do campo penal. [...] Importa registrar, neste passo, que o modelo racional e ideal para que sejam atingidos os propósitos constitucionais da inserção do instituto premial no microsistema anticorrupção, é, sem maior dúvida, o estabelecimento de uma relação de cooperação interinstitucional entre Ministério Público - único titular das ações penais públicas que envolvem crimes correlatos às práticas lesivas à Administração Pública indicadas na LAC, nos termos do artigo 129 da Constituição -, e os demais órgãos de controle e fiscalização da Administração Pública.”

Leniência isso porque eles foram, dentro daquele contexto, pensados para tratar das penalidades, das sanções administrativas que estão na Lei previstas e que devem ser impostas pelos órgãos da Administração no âmbito Federal, mais especificamente pela Controladoria-Geral da União, que tem uma atribuição de aplicar sanções e um instrumento de que dispõe para negociar, no contexto que a Lei prevê.

Aponta que, dentro do microsistema de combate à corrupção, o MPF pode entender que há possibilidade sim de se negociar, há sim um instrumento legalmente previsto naquele contexto para um determinado órgão, que é o Acordo de Leniência, mas não há qualquer impeditivo para sua utilização por outros órgãos, desde que se faça de forma transparente, de forma a garantir a segurança jurídica para todos e observando todas as regras, Constituição da República e garantias para todos os investigados, que no caso seriam as pessoas jurídicas.

Noticia que o MPF tem realizado os Acordos de Leniência e homologado esses Acordos que, como instrumento basicamente de investigação, vêm ocorrendo na esteira – em sua grande maioria – de acordos de colaboração premiada, isso porque uma pessoa jurídica não pratica atos ilícitos por si só, mas por meio de seus dirigentes, representantes, diretores e sócios, e essas pessoas físicas são responsáveis penalmente por seus atos e no MPF têm se apresentado para acordos de colaboração premiada.

A Subprocuradora analisa que, na medida em que o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal e, portanto, é aquele que tem a exclusividade ou a titularidade para fazer o acordo de colaboração, ele se torna naturalmente o ator privilegiado para fazer o Acordo. Nesse sentido, o MPF tem sustentado que o Acordo de Leniência sem o acordo de colaboração pode não ser eficaz – e, nessa medida, define ser essencial que o Ministério Público esteja nesses Acordos de Leniência.

Especificamente sobre o conflito de atribuições, assevera que a instituição que tem atribuição para fazer Acordo de Leniência, nos termos da LAC, expressamente, é o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, que é o órgão do Poder Executivo encarregado da aplicação daquelas sanções que estão previstas na Lei. Como a CGU é um órgão do Poder Executivo e não tem uma personalidade jurídica, a Advocacia Geral da União (AGU) é o braço jurídico da CGU e sempre tem estado ao lado da CGU.

O Procurador do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União Júlio Marcelo de Oliveira entende que a Lei surge com uma desconsideração completa sobre as competências constitucionais de órgãos como o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público da Federal, que é o titular da ação penal, e que a atribuição do Acordo de Leniência para CGU foi um erro, pois é um órgão submetido à Presidência da República e, assim, sem a

necessária autonomia para fazer um Acordo isento de pressão da Presidência da República. Sublinha que é um erro que se tem no enfrentamento da corrupção.

O Procurador enfatiza que é uma lei anticorrupção e que a corrupção é sempre uma prática criminal, que sempre vai estar atrelada a uma investigação penal. Logo, sendo o Acordo de Leniência um instrumento de investigação, o objetivo primordial dele para o Estado é a obtenção de informações relevantes no curso de uma investigação. Portanto, não faz sentido que a negociação do Acordo de Leniência, a avaliação da sua conveniência, da sua pertinência e da sua utilidade se faça de forma dissociada do órgão que tem a competência para persecução penal.

Dessarte, no caso de um acordo na esfera federal, o MPF (ou o Ministério Público do Estado, quando se tratar de uma questão local) teria que estar sempre envolvido e anuir com a celebração do Acordo. Aponta que no plano da investigação os fatos são os mesmos e a atuação de um órgão pode atrapalhar ou ajudar uma investigação conduzida por outro órgão – e, sendo assim, a independência factual no plano da investigação não procede.

Nesse ponto, ressalta que surge também o problema do Tribunal de Contas. O Tribunal tem competência para julgar quem quer que tenha dado causa ao dano ao erário, seja no esquema de corrupção, seja por qualquer outro motivo, e para aplicar sanções relevantes como a declaração de inidoneidade, como multa de até 100% do débito que fora apurado, o que é um fator complicador.

Conclui o Procurador que a solução legal, hoje, não atende, não resolve. Porquanto essa multiplicidade de órgãos com capacidade de impor sanções e consequências negativas para as pessoas jurídicas é um problema mal resolvido e que a Lei está longe de resolver, desconsiderou que existem esses órgãos e que eles têm uma atuação relevante. Há o problema de a CGU ser apenas o primeiro órgão que tem contato com o problema de corrupção na Administração Pública e ter o poder de aplicar sanção – mas não é o único, dado que quem tem o poder de definir débito e aplicar sanção de multa de até 100% e também declarar inidoneidade de empresa que atua em fraude à licitação é o Tribunal de Contas. Além disso, há o MPF, que pode propor ação de improbidade; há também a AGU. Assim, existe uma multiplicidade de atores que podem causar para as pessoas jurídicas consequências negativas.

O Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, Nivaldo Dias Filho, entende que a Lei tem problemas e precisaria de aprimoramentos. Analisa que de fato há um certo conflito de competências e que uma das causas desse conflito foi a tramitação da Lei Anticorrupção no Congresso, com a inserção de imperfeições no Projeto de Lei em relação ao projeto original, as quais teriam sido copiadas da Lei Antitruste (Lei do Sistema Brasileiro

de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529/2011). Sobre os conflitos de competência, assinalou que a Lei acabou atribuindo à CGU algumas prerrogativas constitucionais que são da Advocacia-Geral da União e do Tribunal de Contas da União. No que se refere ao TCU, exemplificou a possibilidade de a CGU passar a dispor da possibilidade legal de calcular o dano ao erário, o que é uma prerrogativa constitucional do TCU. Frisa que essa possibilidade tem causado dificuldades entre os órgãos e sobretudo sobre o que exatamente se pode transigir no âmbito da Lei.

Acrescenta que, em termos operacionais, o Acordo de Leniência, da forma prevista, gera problemas de ordem prática a exemplo de algumas discussões sobre como se deve calcular o dano e de quem é a responsabilidade por isso²⁹³. Ressalva que a CGU, assim como a AGU, se manifestam de uma forma não conclusiva sobre o dano nos processos e que isso talvez seja uma inversão de ordem em relação ao que a Constituição prevê para o TCU em relação à CGU.

Finaliza que com a observação de que também há problemas sobre a possibilidade ou não da inserção, nos Acordos de Leniência, de concessões previstas para os Termos de Ajustamento de Conduta, ou mesmo para os processos de mediação extrajudicial, ou seja, sobre inserir nos Acordos benefícios não previstos na Lei Anticorrupção; que existe muito a ser feito e que o caminho jurisprudencial pode ter a capacidade de cobrir certos *gaps* legais, embora não exista certeza de que isso possa ser feito de uma forma perfeita ou ideal.

PERGUNTA 2

O microsistema anticorrupção brasileiro reflete um conjunto de responsabilização que se dá de forma independente (civil, penal e controle externo). No que diz respeito às sociedades empresárias, tanto o TCU pode declarar as empresas inidôneas pelo prazo de até 5 anos (com fundamento no art. 71 da Constituição da República²⁹⁴, assim como no art. 46 da Lei Orgânica do TCU,²⁹⁵ Lei

²⁹³ DIAS FILHO, Nivaldo; ALMEIDA, Leandro Araújo de. et al. **Técnicas econométricas e seu papel inovador no cálculo do sobrepreço: o caso da lava jato**. Revista do TCU, Brasil, n. 138, jan./abr. 2017. p. 18-29. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/index/search/authors/view?firstName=Nivaldo&middleName=&lastName=Dias%20Filho&affiliation=Tribunal%20de%20Contas%20da%20Uni%C3%A3o&country=BR>>. Acesso em 10 maio 2017.

²⁹⁴ Constituição da República, Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de

8.443/92), como o Ministério Público pode pedir o mesmo ao judiciário com base na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que prevê que uma das sanções do art. 12²⁹⁶ é impedir a empresa de contratar com a administração pública, com a diferença de que o prazo de inidoneidade da Lei de Improbidade é pelo prazo de até 10 anos.

Considerando que o acordo de leniência é um instrumento de investigação e um dos grandes benefícios desse instrumento é a cessação da conduta ilícita pelas empresas e o ressarcimento do dano causado à Administração Pública, como é que V.Exa./V.Sa. pensaria em reduzir a insegurança jurídica para as empresas, diante das diversas esferas independentes de responsabilização?

O Ministro Benjamin Zymler destacou que a gênese do Acordo de Leniência subscrito apenas pela CGU impede que se tenha *a priori*, que uma empresa *a priori* tenha certeza absoluta de que aquele acordo de leniência não vai propiciar responsabilizações administrativas sucessivas na jurisdição de contas ou de improbidade administrativa.

Afirma que a grande verdade é que reina um quadro de total insegurança, que não há muitos casos de acordo de leniência realizados pela CGU. Acrescenta que reina a confusão e reconhece que falta uma lei que trate de todas essas questões de forma objetiva.

A Subprocuradora-Geral Mônica Nicida considera que para o Ministério Público o Acordo não tem como foco principal a reparação de dano ao erário, pois ainda que o

Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

²⁹⁵ Lei nº 8.443/1992, Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

²⁹⁶ Lei nº 8.429/1992, Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; [...].

Ministério Público tenha por missão constitucional também a defesa do patrimônio público, nestes casos de investigação de atos de improbidade, de atos contra a Lei Anticorrupção, o que está em jogo é o combate à corrupção como um todo, o desmantelamento de organizações criminosas, a descoberta de fatos que levem ao enfraquecimento das próprias organizações que corrompem.

O Acordo de Leniência, salienta a Subprocuradora, ao mesmo tempo é um instrumento de investigação e um meio de defesa; que é exatamente na hora em que se tem a conjugação do interesse no prosseguimento e na resolução concreta e positiva da investigação que ela é eficiente. O interesse que aquele que infringiu a lei tem de resolver os seus problemas, que em última análise é resolver o sancionamento que ele vai receber, a penalização, é que se tem esses instrumentos de acordos – tanto o acordo de colaboração premiada quanto o de leniência.

Sublinha que o Ministério Público está preocupado primordialmente com a coleta de provas e com o desmantelamento da organização criminosa, e não somente com a reparação do dano. Nesse contexto, realça que o MPF nunca dá quitação nos Acordos porque tem a consciência de que outros órgãos poderão ter outro entendimento e poderão buscar a reparação integral e completa em relação ao “quanto” a que o MPF realmente não chegou e não se sabe ainda se conseguirá chegar.

O Procurador de Contas Júlio Marcelo de Oliveira enfatiza que essa é “a pergunta de um milhão de dólares”, pois os dois atores principais são o Ministério Público e o Tribunal de Contas. Para ele, não tem como afastar uma competência constitucional outorgada diretamente ao Tribunal de Contas. Entende que precisa ser construído (e ainda está em uma fase incipiente) um mecanismo de atuação conjunta do Tribunal de Contas com o Ministério Público para que o Acordo celebrado pelo MP possa ser corroborado pelo Tribunal de Contas da União.

Ressalta que, quando se vê um acordo de um milhão e meio de reais de ressarcimento com uma empresa, esse valor não parece que teve um grande estudo por trás para dizer o porquê de um milhão e meio e não dois, ou um; assim, frisa que é nessa expertise que entraria o Tribunal de Contas: para fazer uma apresentação dos elementos e dar mais legitimidade a esse tipo de negociação, uma vez que o Tribunal participasse na formulação, no envio e na análise desses elementos que foram colhidos na investigação penal, com a apresentação de um feedback para a investigação penal sobre a razoabilidade dos valores de renegociação. A tendência natural seria que o órgão referendasse esse valor em seus processos de controle externo.

Conclui o Procurador de Contas que o caminho tem a ver com colaboração e a coordenação entre os órgãos, pois os Tribunais de Contas não vão abrir mão da sua competência de avaliar se o Acordo foi bem negociado e nem serão convencidos da razoabilidade do Acordo quanto à quantificação da apuração do dano ao erário.

O Auditor Nivaldo Dias Filho, sobre os casos de inidoneidade, pondera que o Tribunal de Contas da União tem sinalizado para a possibilidade de reduzir o tempo, ou quem sabe até mesmo isentar da declaração de inidoneidade, as pessoas jurídicas colaboradoras. Isso faria com que o Tribunal reduzisse ou deixasse de aplicar a pena de 5 anos de inidoneidade. Talvez tenha um adicional de insegurança em relação a essa questão pois uma deliberação recente (Acórdão nº 348/2016-Plenário²⁹⁷) firmou o prazo máximo para declaração de inidoneidade em 5 anos, em paralelismo ao prazo máximo de 30 anos previsto para as pessoas físicas no (art. 75) Código Penal. Examina o Auditor que essas pessoas jurídicas, além de não saberem claramente quais benefícios terão em relação à declaração de inidoneidade pelo TCU, também não sabem qual será esse prazo máximo nos casos em que existe mais de um ato que poderia levar à declaração de inidoneidade – como, por exemplo, a fraude de múltiplos procedimentos licitatórios.

Deliberações como o Acórdão nº 483/2017-Plenário²⁹⁸ têm sido uma forma de tentar reduzir a insegurança jurídica nos casos dos acordos que já foram firmados sem qualquer

²⁹⁷ O Acórdão nº 348/2016-Plenário se refere ao alcance da declaração de inidoneidade efetuada pelo Tribunal e da sistemática adequada para a execução de sucessivas penas aplicadas à mesma empresa. Ementa: Administrativo. art. 46 da lei 8.443/1992. Estudos sobre o alcance e o limite temporal da cumulação de declarações de inidoneidade, impostas pelo TCU, a um mesmo agente. Extensão dos efeitos da sanção às licitações promovidas por estados e municípios, custeadas com recursos provenientes de transferências voluntárias da união. Cumprimento sucessivo das penalidades. Limitação do conjunto de condenações a cinco anos, com base na aplicação analógica dos parágrafos 1º e 2º do art. 75 do código penal brasileiro. Fixação de entendimento. Determinação de caráter normativo [...]. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31343432353534&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

²⁹⁸ Acórdão nº 483/2017-Plenário. Ementa: Análise das audiências das empresas envolvidas. Confirmação dos fatos por parte de uma das responsáveis e efetiva contribuição para as apurações em curso. Considerações acerca do reflexo nos processos de controle externo dos acordos firmados pelo Ministério Público Federal. Atenuação da pena em virtude da colaboração paras as apurações em curso [...]. 1. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança exigem que as instituições estatais atentem para o compromisso assumido nos acordos de colaboração e leniência celebrados com outros órgãos, considerando que a sanção premial estipulada é a contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador. 2. Além do nível de gravidade dos ilícitos, da materialidade envolvida, do grau de culpabilidade do agente e das circunstâncias do caso concreto, o Tribunal pode considerar na dosimetria da pena o fornecimento de informações que venham a contribuir com as apurações e o reconhecimento da participação nos ilícitos. 3. Com fundamento no art. 157, caput, do Regimento Interno, o Tribunal de Contas da União pode sobrestar a apreciação da matéria e, conseqüentemente, a aplicação da sanção de inidoneidade até que as empresas que celebraram acordo de leniência firmem novo compromisso junto ao Ministério Público Federal no intuito de contribuir com as apurações do processo de controle externo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A483%25>>

participação do TCU. Entretanto, vislumbra que talvez haja um outro caminho: Acordos firmados de maneira concomitante, envolvendo três esferas de responsabilização: civil, penal e de controle externo. Salaria ser esse um caminho que envolve procedimentos que não têm previsão legal clara e que se já enfrentam dificuldades no âmbito federal, no nível dos Estados e no dos Municípios. Não obstante, finaliza dizendo que se, por um lado, no cenário federal se poderia vislumbrar uma possibilidade de esses órgãos que detêm as prerrogativas constitucionais na área civil, penal e de controle externo fazerem alguma composição, de modo a viabilizar esses acordos e reduzir com isso essa insegurança jurídica para as empresas, por outro, na esfera estadual isso torna-se muito mais complicado, e na esfera municipal impensável, não havendo, conclui, solução.

PERGUNTA 3

A Lei nº 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê a responsabilização subjetiva por atos de improbidade administrativa na esfera cível e a Lei Anticorrupção prevê que a responsabilização do mesmo ato, na mesma esfera cível se dará de forma objetiva. Pergunto qual é a visão de V.Exa./V.Sa. quanto aos aspectos jurídicos sobre essas diferenças de responsabilização civil (subjetiva pela Lei de Improbidade e objetiva pela Lei Anticorrupção) e quais são os desafios para o judiciário lidar com essa questão?

O Ministro Benjamin Zymler considera que o desafio na verdade não é só uma questão do Judiciário, mas uma questão do Tribunal de Contas da União, mesmo porque a Lei nº 8.429/1992 é parte da ideia da aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. Assinala que, na jurisdição de contas do TCU, também, em tese, prevalece o princípio da teoria da responsabilidade subjetiva, tanto é que o Tribunal tem enorme dificuldade de punir empresas, pelo artigo 46 da Lei Orgânica do TCU, Lei nº 8.443/1992, declarando-as inidôneas por fraude à licitação.

O Ministro expõe que a Lei Anticorrupção inaugura e aplica a teoria da responsabilidade objetiva, mas que a Lei tem um paradoxo intrínseco. Ao observar os tipos de condutas que levam às sanções na esfera de licitações e contratos, a palavra “fraudar” está presente em todas elas: fraudar licitação, fraudar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tudo “fraudar”. Pelo estado da arte do direito, “fraudar” significa dolo, má-fé. o entrevistado destaca que, se não fosse a Lava Jato, nos processos administrativos tradicionais o Estado não teria a menor chance de provar fraude em processo administrativo, a menos que a pessoa confessasse.

Para o Ministro, a responsabilidade objetiva, para fins de aplicação da sanção, pode não resultar em nenhuma vantagem, no sentido objetivo tradicional, pela dificuldade que se tem da demonstração da fraude. Considera que a Lei Anticorrupção tem uma deficiência muito grande, pois cria dois processos distintos: um de aplicação de multa, a publicação extraordinária da sentença administrativa, e outro de apuração do débito.

Conclui o Ministro que a Lei tem deficiências. Afirma que é bem intencionada, mas que a capacidade dela de transformar a realidade e ajudar a celeridade dos processos tende a zero, sendo até compreensível que esse processo possa ser a conhecida TCE (Tomada de Contas Especial), que é julgada pelo TCU e tem a função de calcular e quantificar o débito, calcular o dano ao erário e responsabilizar os agentes. Assinala que defende em seu livro²⁹⁹ a tese de que a responsabilidade objetiva que permeia toda a lei também incide, e isso é quase uma percepção intuitiva do que a Lei prescreve, mas não está escrito.

A Subprocuradora-Geral Mônica Nicida assinala que são muitos os desafios, afinal o Acordo de Leniência é um instituto novo que veio importado de países de tradição de direito Anglo-Saxão, bastante diferente do direito não Romano-Germânico. Frisa que, quando o DOJ (*Department of Justice*) faz um acordo nos Estados Unidos, ele o faz de uma forma que a repercussão é uma, e que, no Brasil, como há toda uma estrutura distinta, todo esse aparato de ações e de legitimados distintos, inclusive com essa dificuldade com o próprio sistema de acordos, de consensualidade, que existe um longo caminho ainda para percorrer e espera que possa ocorrer evolução.

A Subprocuradora pondera que o próprio Judiciário deve julgar os limites das penas, de quanto será ou não possível negociar, e afirma ter certeza de que tudo que se conquistou e tem sido conquistado, em termos de combate à corrupção, só foi possível porque se utilizou e se tem tentado utilizar com a maior eficiência possível os Acordos de Leniência, dentro dos estritos limites que estão na Lei, na legislação e dentro dos princípios; e que o Ministério Público Federal tem tentado utilizá-lo para mudar esse patamar de impunidade.

O Procurador de Contas Júlio Marcelo de Oliveira entende que a Lei Anticorrupção avançou no combate à corrupção quando ela trouxe a responsabilização objetiva pois se um preposto da empresa, um gerente qualquer, oferecer uma vantagem ilícita a um agente da Administração em benefício da empresa, estimulado por uma meta, ou porque queria se destacar e ser promovido, independentemente do conhecimento da diretoria – seja qual for o motivo, pela responsabilização subjetiva não seria possível responsabilizar a empresa, porque

²⁹⁹ ZYMLER, Benjamin. DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 52.

a diretoria, o comando não determinou que ele agisse assim, ele agiu assim por sua conta. Mas o fato é que isso acontece, essa corrupção precisa ser combatida, a empresa é beneficiária e a sanção é patrimonial. Não estamos falando aqui de prisão de pessoas que não sabiam, de inocentes, estamos falando de uma sanção patrimonial a uma empresa que foi beneficiada pelo ato de corrupção, que dentro deste paradigma de responsabilização objetiva tem obrigação de adotar métodos internos de prevenção a esse tipo de conduta.

Ressalta o Procurador de Contas que há um conjunto de regras de *compliance* que a empresa precisará adotar, toda uma postura de doutrina interna, de criação de uma cultura anticorrupção, para que nenhum gerente, nenhum vendedor, se sinta estimulado, incentivado, a obter resultados de forma ilícita. Considerando-se o exposto, a Lei trouxe um avanço de paradigma já que a empresa tem a obrigação de combater qualquer prática de corrupção feita por qualquer empregado. Se alguém o fizer, ele responde objetivamente.

Quanto ao Tribunal de Contas da União, o Procurador observa que não se teoriza, não se tematiza bem essa questão, pois o Tribunal declara que adota a responsabilidade objetiva, mas o TCU não tem o ônus de justificar doutrinariamente sua ação. Nesse sentido afirma que é um Tribunal de casuísticos para o bem e para o mal, e conclui que o Tribunal não constrói doutrina para aquilo que entra em suas decisões.

O Auditor Nivaldo Dias Filho entende que o Brasil como um todo tem uma certa dificuldade com a responsabilização objetiva e que não é uma característica só do judiciário; e talvez o TCU tenha um pouco mais de dificuldade. Avalia que é um caminho necessário para o efetivo combate à corrupção, pois é bastante claro que por vezes uma empresa pode se beneficiar de determinados atos ilícitos, mas nem sempre é fácil de identificar quem exatamente praticou esses atos dentro da empresa. Logo, avalia que a responsabilização objetiva é algo necessário no contexto do combate à corrupção e isso não é necessariamente danoso para as empresas, pode ser até algo benéfico, porque as forçará a ter programas de *compliance* mais completos, mais abrangentes, de modo que elas sejam mais diligentes em relação a se beneficiar ilicitamente. Expõe que, no cenário brasileiro, em que os índices de corrupção são elevados, não se pode pensar em alterar essa forma de responsabilização.

Avalia o Auditor de Controle Externo que o Tribunal de Contas da União, apesar de ter a previsão da inversão do ônus da prova nos processos de contas (nos processos de controle externo) tem dificuldades em aplicar esse princípio, talvez em razão de uma cultura organizacional; e quando aplica a inversão do ônus da prova, o resultado acaba sendo afetado pelos múltiplos recursos, múltiplas possibilidades de intervenção no processo. No entanto, como um paralelo, afirma que a responsabilização objetiva acaba sendo a única maneira de

apenar aqueles que se beneficiam de métodos ilícitos de difícil comprovação, mas que levam a uma vantagem indevida, esta sim, de comprovação mais fácil.

PERGUNTA 4	
<p>O Tribunal de Contas da União tem a competência de julgar a empresa no modelo descrito abaixo e declarar a inidoneidade da empresa por até 5 anos, além de aplicar multa, tal como o judiciário julga e aplica, sendo que a diferença entre o TCU e o judiciário, resguardando as especificidades de cada esfera, seria em relação ao prazo de declaração de inidoneidade do judiciário (que em vez de até 5 anos pode ser de até 10 anos), logo, há grandes similaridades entre a atuação do controle externo e a atuação do judiciário quanto à sanção pelo cometimento de ato ilícito contra a Administração Pública. Nesse sentido, cada vez mais a academia se debruça sobre a atuação do controle externo, diante de sua importância no cenário econômico em relação à atuação empresarial e os impactos da sua atuação na seara empresarial.</p> <p>Diante das competências constitucionais de que dispõe o TCU, entre as quais a de que a sua decisão tem eficácia de título executivo e da previsão da Lei Anticorrupção que atribui a um órgão de controle interno a apuração de um crédito que poderá ser inscrito em dívida ativa (e, portanto, com eficácia de título executivo), competência similar à do TCU, porém sem a correspondente existência de fundamento constitucional em relação a essa competência para o órgão do controle interno, qual seria a análise de V.Exa./V.Sa. no que se refere a essas previsões (constitucional e legal)?</p>	
LEI ANTICORRUPÇÃO	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
<p>Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.</p>	<p>Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:</p> <p>II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;</p>
<p>Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.</p>	<p>§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.</p>
<p>Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.</p>	<p>Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:</p> <p>IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.</p> <p>§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.</p>

<p>Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:</p> <p>I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e</p>	<p>VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;</p>
---	--

O Ministro Benjamin Zymler destacou que essa questão já chamava a atenção do Tribunal quando era Presidente do TCU, no período 2011/2012. Informou que, quando a lei era um projeto de lei, ele organizou um grupo do qual fez parte, grupo que a analisou, assim como o Ministro Weder de Oliveira, e as conclusões foram: a lei era bem-intencionada, mas incorria, eventualmente, em algumas falhas sistêmicas do ponto de vista racional, porque não levava em consideração as outras esferas de controle e um texto constitucional que as racionalizasse, nem estabelecia uma arquitetura de convivência das esferas de controle.

Para o Ministro, a Lei foi aprovada com esses déficits. Analisa que há inconstitucionalidade, há retrabalhos, há zonas de intercessão em decorrência da falta de audiência pública, da falta de discussão com a academia e com o TCU sobre formas de otimizar a redação. Em vista disso, aponta haver inconstitucionalidade ou, no mínimo, necessidade de a Lei ser interpretada conforme a Constituição, o que é uma inconstitucionalidade também, estabelecendo alguns limites.

Ao refletir sobre a pergunta, indaga o Ministro sobre que eficácia teria a instituição de um processo similar ao do TCU, no âmbito do controle interno, e acrescenta que essa previsão em particular talvez seja a inconstitucionalidade mais evidente do normativo, pois ele replica comando constitucional para dar ao controle interno as competências do controle externo. Quanto à remessa ao Ministério Público, avalia o Ministro que, identificada a existência de indícios graves de irregularidade, a Lei Orgânica do TCU também dispõe sobre a remessa ao Ministério Público ao final do julgamento; entretanto, informa que essa remessa já é feita quando detectados os indícios, e sintetiza que a Lei é mal escrita, redundante e inconstitucional em alguns casos, e salienta que o pior dela não é ser inconstitucional, é ser mal escrita, ilógica, irracional, por não produzir nenhum efeito benéfico.

A Subprocuradora Mônica Nicida expõe que já há, no MPF, uma comissão que discute com os técnicos, que as cúpulas das organizações estão em contato, mas que há uma

casuística muito grande e complexa. Aponta que há um Tribunal de Contas da União, que não aparece em nenhum lugar da LAC, fazendo a fiscalização sobre os Acordos de Leniência por meio de uma Instrução Normativa que expediu (IN nº 74), e que neste ponto parece haver problemas, já que o TCU tem se debruçado sobre esses acordos e encontrado pontos com os quais não concorda, especialmente, do ponto de vista do cálculo do prejuízo ao erário, do que pode ser negociado e do que não pode ser negociado.

Considera a Subprocuradora que o MPF tem conversado com o TCU e com outros órgãos tentando fazer ver o seguinte: quando o MPF faz um acordo pelo Estado – em última análise é o Estado, porque é como a empresa vê CGU, AGU, TCU e MP –, quando a pessoa jurídica pede para ser aliviada de um sancionamento porque vai entregar coisas importantes que vão servir para todos do Estado, espera-se que todos a beneficiem ou compreendam este gesto de boa vontade dela e ajam da mesma forma em relação à pessoa jurídica.³⁰⁰

Encerra a resposta à pergunta complementando que o MPF tem que tentar buscar que estes órgãos, como Estado, sejam coerentes e vejam que, se houve acordo, um outro órgão, ainda que não esteja 100% de acordo com os termos que foram estabelecidos, em especial, o valor ou com uma cláusula, deveria considerar que o acordo gerou o conhecimento e o domínio sobre uma série de elementos que não existiriam se não fosse o próprio acordo.

O Procurador Júlio Marcelo de Oliveira enfatiza que entende que é inconstitucional pretender ter uma apuração em caráter terminativo de um dano causado ao erário pela CGU; que deve ser apurado o dano e ser encaminhada a apuração para julgamento pelo Tribunal de Contas da União; e que não há problema algum comunicar o Ministério Público para apuração criminal, já que é outra competência.

O Procurador prenuncia que o judiciário vai declarar inconstitucional a previsão do parágrafo único do art. 12 da Lei Anticorrupção, que trata da inscrição em dívida ativa da cobrança direta, pela CGU, dada a competência do Tribunal de Contas da União, diante da supressão do órgão de controle previsto para uma cobrança direta do Estado, com base na apuração do órgão de controle interno, e ratifica que a disposição é absolutamente inconstitucional.

Conclui o Procurador de Contas com o prognóstico de que as sanções da LAC, no limite, são passíveis de questionamento ao realizar a seguinte análise: “caberia ao controle

³⁰⁰ Brasil. Ministério Público Federal, 2017. Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR. **Estudo sobre inovações da Lei nº 12.846/2013 - a Lei anticorrupção (LAC)**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>, p. 107. Acesso em: 15 out. 2017. O Estudo Técnico sublinha essa posição no item 8.4, sobre a pessoa jurídica colaboradora e a necessidade de tratamento especialmente protegido.

interno ter tanto poder de sancionar, tendo em vista que o processo que apura o dano tem que ser julgado depois pelo controle externo?” E arremata: “o princípio da proporcionalidade vai incidir sempre na hora de aplicar a sanção, se é que eles podem aplicar esse tipo de sanção.”

O Auditor Nivaldo Dias Filho considera que é preciso comentar o contexto em que essa lei foi gestada, pois boa parte desses conflitos entre o que prevê a CRFB para o TCU e o que prevê a Lei Anticorrupção para CGU surgiu pela forma de sua condução. A Lei inseriu algumas inovações em relação ao modelo constitucional vigente, o que tem gerado essas incompatibilidades, essas interpretações divergentes. O caminho, assinala o Auditor, seria a reformulação da lei de modo a se adequar ao modelo constitucional.

Para o Auditor, em relação ao art. 13 da Lei comparado ao art. 71 da CRFB, uma forma adotada pela CGU a fim de evitar a interpretação claramente inconstitucional do dispositivo tem sido a de que, no âmbito de um acordo de leniência, não se daria quitação ao dano, resguardando-se a prerrogativa constitucional do Tribunal de Contas da União de julgar ou se manifestar de maneira final sobre algo que resulte em irregularidade ou prejuízo ao erário. Sublinha que é o que tem acontecido, com o destaque para o fato de que todas as maneiras de contornar imperfeições legais têm os seus efeitos colaterais.

Quanto ao parágrafo único em que prevê o crédito ser apurado como dívida ativa e como consequência gerar um título executivo, em uma previsão praticamente análoga ao que acontece com os casos de julgamento de débito e de multa do TCU, o Auditor entende que a imperfeição está não só no fato de a Lei poder prever isso, mas na condição necessária que alguma transação legal, extrajudicial, tenha como resultado algo prontamente executável, que não dependa de outro processo de conhecimento para poder executar em caso de descumprimento de um acordo, por exemplo. Afirma ser uma condição fundamental que os Termos de Ajustamento de Condutas tenham essa característica. As mediações também têm e não poderiam os acordos de leniência deixarem de se revestir dessas características. Logo, o problema, repisa, volta a ser quem foi o escolhido pela Lei para conduzir o acordo e a falta de previsão de uma homologação pelo TCU.

O Auditor informa que, na prática, essas omissões têm sido remediadas pelas previsões na IN nº 74/2015, que demandam manifestação do Tribunal sobre os Acordos em vias de serem assinados no que tange legalidade, economicidade e legitimidade. Em relação ao art. 15, comparado com o art. 74, analisa que esse é um dos casos em que a sobreposição é mais tênue, porque a obrigatoriedade legal de dar conhecimento ao MP não pode ser interpretada como uma dispensa à obrigação constitucional de a CGU comunicar ao TCU. Logo, desde que o órgão de controle interno cumpra os dois mandamentos, o legal e o

constitucional, isso não geraria prejuízo à prerrogativa constitucional do Tribunal de Contas da União. Então constata que como a Lei expressamente não previu algo diferente e nem poderia, tendo em vista o mandamento constitucional, não compreende que há exatamente um caso de sobreposição, sendo o caso mais fácil de se remediar.

PERGUNTA 5

Temos visto que a questão do debate sobre os acordos de leniência está muito centrada na União, porém, sabe-se que há previsão da aplicação em todos os estados e municípios, pelos respectivos órgãos de controle interno, em “simetria” à previsão da LAC. Como V.Exa./V.Sa. avalia a possibilidade da aplicação concorrente da LAC por mais de 11 mil órgãos de controle interno, considerando que há mais de 5.500 municípios, diante da previsão do 34, IV da CR³⁰¹?

O Ministro Benjamin Zymler avalia ser uma pergunta difícil e expressa não ter muita ideia de como a Lei está sendo aplicada no âmbito Estadual e Municipal, apesar de prognosticar que não deve ser fácil para um Município pequeno ou mesmo para um Estado menor preparar e qualificar comissões processantes e, eventualmente, qualificar essas comissões para instrumentalizarem a Lei; o Ministro também conjectura como seria em um pequeno município, como uma comissão processante vai fazer a dosimetria da pena e verificar a implantação dessas regras.

Adicionalmente, o Ministro avalia que a Lei tem aspectos de uma lei nacional, mas não estabeleceu condições para isso, pois não fez uma diferença muito grande entre aquilo que pode ser feito no âmbito do Estado e no do Município. E vejam que algumas coisas são muito interessantes: é dito que em um processo administrativo de responsabilização você tem que unificar as apurações que se faria, por exemplo, na Lei nº 8.666, no caso de aplicação da sanção de inidoneidade ou suspensão; também é dito, na Lei Anticorrupção, que a omissão do agente administrativo, na instauração do processo, pode levar à sua responsabilização.

A Subprocuradora-Geral da República não abordou essa questão na sua resposta.

O Procurador Júlio Marcelo de Oliveira ratificou o argumento de que a “morada” do Acordo de Leniência é o Ministério Público, pois em cada Estado só há um Ministério Público; e não existe um Ministério Público em cada Município. Constata que, se no plano federal mesmo a CGU – com toda a qualidade do seu corpo técnico – tem um desenho institucional que apresenta vulnerabilidade, é possível imaginar a vulnerabilidade de titulares de órgãos de controle interno, mesmo que os Estados não disponham de um órgão centralizador para essa previsão.

³⁰¹ Constituição da República, Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; [...].

O Procurador observa que alguns Estados estão adotando uma regulamentação e têm uma Controladoria-Geral do Estado que vai fazer empreender as respectivas regulamentações; mas, pela Lei, cada Secretaria de Estado pode fazer o seu acordo, no Município; cada Secretaria Municipal pode fazer um acordo. Enfatiza o Procurador que o Acordo de Leniência pode até virar uma oportunidade de negócio, e em vez de combater corrupção pode ser uma oportunidade de corrupção.

Tal constatação, finaliza, só corrobora com o argumento de que o Acordo de Leniência deve estar a cargo de quem faz a investigação penal, que deve atuar em colaboração com o órgão de controle externo para que o Estado atue de forma coerente, uniforme, para dar a esse Acordo a máxima efetividade e obter das empresas também o máximo de colaboração. À medida que elas obtêm o máximo de segurança, elas também se dispõem a dar o máximo de colaboração.

O Auditor Nivaldo Dias Filho pondera, em relação ao previsto no art. 6º da Lei, comparado com o inciso 8º do art. 73 da CRFB, que esse é um caso que tem sido problemático na esfera federal, isso porque a Lei Anticorrupção já teve um Decreto regulamentando esses critérios, estabelecendo alguns parâmetros sobre como seria calculada essa multa e até mesmo como seria feita a redução da multa em caso de colaboração. Reconhece que houve alguma regulamentação, mas que esta deixou de prever, por exemplo, sobreposições de casos (múltiplos ilícitos).

Acrescenta que, se na esfera federal há um risco de que essa previsão legal seja utilizada como uma forma de extorsão das empresas, passa a ter um problema potencial absolutamente incontornável na esfera municipal. Se cada Município resolver regulamentar essa previsão legal e estabelecer a pena máxima de 20% do faturamento anual da empresa, com cinco municípios aplicando essa multa, conclui que a empresa vai ter todo o seu faturamento comprometido.

Essa situação, continua, é algo que traz uma gravosidade financeira, pecuniária para empresa que é absolutamente difícil de ser gerida no âmbito desses mais de 5.500 municípios. Então, avalia, essas sanções acabam, por vezes, sendo até mais gravosas que a previsão constitucional que estabelece a prerrogativa do TCU, porque se a multa, no caso do TCU, pode ser de até 100% do dano e sempre guardando proporcionalidade com esse dano, conforme previsto no art. 57 da sua Lei Orgânica do TCU, é mais provável que uma multa de 20% do faturamento guarde uma desproporção completa em relação ao dano causado pela empresa diante do que está previsto na Lei. Ressalva que a via normativa, pode mitigar essa imperfeição, mas não se pode negar que isso é um risco potencial e que é difícil imaginar que

nos mais 5.500 municípios isso aconteceria de modo a privilegiar o espírito da lei e não os interesses individuais. Sendo assim, por características distintas, finaliza, há o risco de que a Lei seja desvirtuada em relação ao propósito de combater a corrupção. Em cada município há um enorme risco de que as empresas sejam extorquidas, não que isso não possa acontecer em qualquer outra esfera, naturalmente, mas é certo que os Municípios estão menos providos de controles para evitar esse tipo de atuação deletéria em relação ao propósito original da Lei.

PERGUNTA 6

Quanto à previsão de multa da LAC, há uma possível (na verdade, provável) atuação de diversos órgãos de controle interno e nenhuma limitação e/ou previsão de proporcionalidade na atuação e na proporcionalidade das multas a serem aplicadas (em relação a diversos órgãos de controle interno que são independentes e sequer se comunicam, pois os entes da federação são autônomos).

Nesse aspecto, como V.Exa./V.Sa. avalia essa desorganização jurídica, que coloca as empresas em uma situação de total insegurança jurídica, o que inclusive gera a possibilidade das empresas ficarem vulneráveis a um sistema sancionador caótico que tende a inibir as empresas de participarem e esvaziar o instituto, como técnica de investigação. As empresas estão muito preocupadas e os pesquisadores também, diante da existência de mais de 11 mil órgãos de controle interno.

O Ministro Benjamin Zymler assinala que quando a lei dispõe sobre a dosimetria da pena, ela leva em consideração a própria determinação de que deve haver responsabilização objetiva. São critérios objetivos para fazer dosimetria da pena: o valor do contrato, se implantou ou não regras de *compliance*, de forma que não há alusão à culpabilidade, à antijuridicidade. Assim, entende que a dosimetria pode ser regulamentada, e foi regulamentada, em parte, em um Decreto na esfera da União, mas registra que como toda dosimetria pressupõe juízo de proporcionalidade e de razoabilidade, que não são avaliações paramétricas, equações matemáticas.

Ressalta o Ministro que daí resulta a possibilidade de existir, em pequenos municípios, pressões contra as empresas, para o afastamento das sanções; que é de 0,1% a 20% do faturamento bruto da empresa, ou até R\$ 60.000.000,00, mais o valor do contrato, por exemplo, como um dos fatores para dosimetria. Por conseguinte, afirma que não se imagina que um pequeno município possa, em um pequeno contrato, aplicar uma multa de 20% do faturamento bruto, mas nada impede que um pequeno município, mesmo nem falando de dolo, ou seja, sem servidores públicos, sem uma burocracia qualificada, institucionalizada – alguns municípios nem tem –, são celetistas, eles podem cometer arbitrariedade, desvios de finalidade, mesmo de forma culposa.

O Ministro conclui que pode acontecer o uso da Lei para o sentido inverso: criar mais corrupção com a Lei Anticorrupção; que isso é possível e, sem dúvida, afirma, que a Lei é

muito draconiana. Compreende que as sanções na via judicial também são duríssimas, com a dissolução parcial ou total das atividades, ou seja, há uma pena de morte prevista, sendo que na via administrativa as multas são duríssimas e podem levar a juízos violadores da ideia de proporcionalidade e de razoabilidade.

A Subprocuradora-Geral da República considera que, dentro desse microsistema de combate à corrupção, nós podemos entender que há possibilidade sim de se negociar, há sim um instrumento legalmente previsto, que é o acordo de leniência, previsto ali naquele contexto para um determinado órgão, mas não há qualquer impeditivo para utilização por outros órgãos, desde que seja feito de forma transparente, de forma a garantir a segurança jurídica para todos e observando naturalmente todas as regras, Constituição e garantias para todos os investigados, que no caso seriam as empresas.

Nesse contexto, elucida a Subprocuradora-Geral que o MPF vem realizando os Acordos de Leniência e homologando esses acordos, que vêm sendo realizados na esteira – na sua grande maioria – de acordos de colaboração premiada. Então, assim existe um contexto ainda maior em que se essa pessoa física pode fazer os acordos, nós temos que ter uma forma de a pessoa jurídica que ela integra também poder do seu lado fazer esses acordos. Então mais uma justificativa para que esses Acordos de Leniência possam ser realizados pela pessoa jurídica, no mesmo contexto da colaboração premiada, como instrumento basicamente de investigação.

Assinala a Subprocuradora que o MPF, como titular da ação de improbidade administrativa, pode fazer acordo de leniência e que, dentro desse contexto, tem havido conversa entre os órgãos.

O Procurador Júlio Marcelo de Oliveira reforça a avaliação já exposta anteriormente de que, se fosse o advogado de uma empresa, a aconselharia a negociar com o Ministério Público, já que é onde o acordo pode ter o máximo de efetividade. Acrescenta que pediria ao Ministério Público, em uma mesa de negociação, que contasse com a colaboração do Tribunal de Contas do respectivo ente da federação, pois, em razão do desenho constitucional que existe, esse Acordo é o que pode dar melhor resultado para a empresa.

O Auditor Nivaldo Dias Filho tratou dessa questão ao responder à pergunta 5, quando acentuou que se na esfera federal há um risco de que essa previsão legal seja utilizada como uma forma de extorsão das empresas, passa a ter um problema potencial absolutamente incontornável na esfera municipal, pois se cada Município resolver regulamentar essa previsão legal e estabelecer a pena máxima de 20% do faturamento anual da empresa, com cinco municípios aplicando essa multa, conclui que a empresa vai ter todo

o seu faturamento comprometido, o que é algo que traz uma gravosidade financeira, pecuniária para empresa que é absolutamente difícil de ser gerida no âmbito desses mais de 5.500 municípios.

Por ocasião da conclusão, avalia o Auditor que não se pode negar que nisso há um risco potencial e difícil imaginar que nos mais 5.500 municípios isso aconteceria de modo a privilegiar o espírito da lei e não os interesses individuais, com o risco de que a Lei seja desvirtuada em relação ao propósito de combater a corrupção e ressalta que em cada município há um enorme risco de que as empresas sejam extorquidas, dado que é certo que os Municípios estão menos providos de controles para evitar esse tipo de atuação deletéria em relação ao propósito original da Lei.

PERGUNTA 7

Sobre a atuação e a participação dos órgãos na esfera de controle (externo e judicial), estas são muito próximas da competência do judiciário em relação à multa, à declaração de inidoneidade e da reparação ao erário. O art. 73 da CF³⁰² determina que o Tribunal de Contas da União adotará uma conformação tal qual a do judiciário. Uma vez que o judiciário não participa do acordo de leniência firmado pelo MP - já que aprecia a legalidade desses acordos posteriormente -, pergunto se o TCU, por uma análise análoga à conformação do judiciário, não deveria também de se abster da participação desses acordos, com vistas a evitar impedimentos futuros em relação a sua legalidade na revisão dos acordos de leniência. Nesse cenário, como V.Exa./V.Sa. veria a participação do MP de Contas no Acordo de Leniência, como signatário juntamente com o MPF; resguardando-se ao TCU a imparcialidade necessária para a apreciação e a homologação dos processos sobre Acordos de Leniência?

O Ministro Benjamin Zymler avalia ser uma ideia interessante. Porém questiona como que o Ministério Público, junto ao Tribunal de Contas, que não tem competências externas aos muros do TCU, participaria de um acordo de leniência com um órgão como a CGU, ou o próprio Ministério Público Federal. Apesar de compor um Ministério Público, eles são muito distintos, com competências distintas.

Para o Ministro, uma ideia seria essa da Instrução Normativa TCU nº 74/2015, só que positivada do ponto de vista de uma lei. É uma atitude de homologação quanto ao aspecto formal, mas nada impede que o Ministério Público possa acompanhar as tratativas feitas pela CGU para eventualmente ter mais condições de, nos pareceres que emitir ao longo do processo do TCU, se posicionar adequadamente.

³⁰² Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

Essa ideia de participação do Ministério Público pode ser interessante, mas com as características da homologação do TCU, ou eventualmente um Acordo de Leniência só do Ministério Público de Contas com a homologação do TCU, ou seja, que apenas envolva a jurisdição de contas. Aprazem-lhe ideias de permitir a ampliação do Acordo de Leniência e de tentar, o que é difícil (mas que em estando na lei os órgãos terão que buscar por imposição legal), buscar esse “super” Acordo de Leniência subscrito por todo mundo.

A Subprocuradora-Geral não abordou essa questão na sua resposta.

O Procurador do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União, Júlio Marcelo de Oliveira, na qualidade de membro do Ministério Público de Contas, destacou que o Tribunal de Contas não faz a revisão do Acordo de Leniência celebrado pelo Ministério Público Federal. Esclareceu que não exerce controle externo sobre atividade fim do Ministério Público e que, se o fizesse, realmente haveria um conflito por ele participar da negociação e depois atuar como instância homologadora – mas que não existe submissão daquilo que o MPF realiza ao controle externo do TCU. Avaliou, então, que não há problema se o TCU, por meio das suas estruturas de auditoria, puder contribuir.

Em relação especificamente à participação do Ministério Público de Contas, avalia que é uma boa proposição, viável, embora existam limitações de ordem material do órgão, em função de existirem poucos Procuradores de Contas. Não obstante, considera que seria uma forma de construção de um processo mais legitimado, que agregaria muito mais valor se ocorresse em uma fase mais madura de fechamento de números.

Por fim, conclui que, se o Ministério Público de Contas pudesse participar com suporte de unidades de auditoria do TCU, e contando com a colaboração das empresas, haveria condições de caminhar para um Acordo celebrado entre o Ministério Público e a empresa submetido à homologação do Tribunal de Contas. Conquanto se faria necessário um termo de cooperação com o Ministério Público Federal, pela necessidade de se caminhar paralelamente.

O Auditor Nivaldo Dias Filho opina que essa questão atinge um ponto crucial que vem sendo uma preocupação geral em relação à estrutura dos tribunais de contas, não só do Tribunal de Contas da União. Registra que a estrutura que eu considero adequada para os Tribunais de Contas é aquela que gera a independência entre o órgão de instrução e o órgão de julgamento, e avalia que os tribunais de contas têm em si os três componentes para que o modelo funcione adequadamente tal como previsto. Sublinha o Auditor que essa pergunta não consegue ter uma resposta satisfatória dentro do modelo atual, nem mesmo pelo Tribunal de Contas da União.

Para o Auditor, um modelo viável poderia ser o Ministério Público, junto ao TCU, transgír nesses acordos ou ter alguma participação efetiva neles, de modo a resguardar os interesses constitucionais do TCU e sem que isso prejudicasse o julgamento do processo como um todo (ou até mesmo esse cenário referido de homologação desses acordos). Porém, reputa que o Ministério Público de Contas não está em condições para essa atuação, e que fatalmente dependeria do respaldo técnico do órgão de instrução do TCU.

Realça, assim, que haveria um modelo mais viável do ponto de vista do Tribunal de Contas da União, um caminho alternativo a esse. Que esse modelo conte com o acompanhamento e a fiscalização dos auditores do TCU e com a atuação do Ministério Público de Contas como fiscal da lei, no mínimo, e então esse acordo venha a ser homologado pela Corte de Contas. Esse cenário aconteceria à parte de acordos com outros órgãos, mas talvez ele tivesse uma ousadia legislativa um pouco maior dentro do microsistema de combate à corrupção. Conclui com a reflexão de que em qualquer escala, seja estadual ou municipal, o corpo técnico do TCU é o que está em melhores condições de atuar tecnicamente em relação a esses casos.

PERGUNTA 8

O PL 5.208/2016³⁰³ prevê a possibilidade da alienação compulsória do poder de controle. Qual é a avaliação de V.Exa./V.Sa. sobre essa previsão? Há resistências no meio jurídico e empresarial quanto a existência dessa possibilidade.

O Ministro Benjamin Zymler considera que, em um Acordo de Leniência, há uma certa discricionariedade que talvez possa permitir *a priori* uma cláusula desse tipo. O Ministro julgou ser uma boa ideia, imprescindível até, mas frisou que, apesar de não positivada, há espaço para isso na assinatura dos Acordos de Leniência.

A subprocuradora Monica Nicida assinala que, em princípio o MPF, não é contrário, e avalia que seria uma forma de garantir que o Acordo funcione, porque muitas vezes o que se precisa é afastar aqueles que estão envolvidos, especialmente tendo em vista que no Brasil há muitas empresas familiares. Entretanto, considera ser uma parte que exige estudos mais específicos sobre negócios, economias e finanças. Assim sendo, analisa que não teria condições de apresentar um posicionamento conclusivo, no momento. Em princípio, o Ministério Público trabalha no sentido de que podemos, sim, afastar os dirigentes para poder fazer o Acordo de Leniência; inclusive já obteve êxito no acordo com a J&F nesses moldes. Então, computa que caminham nesse sentido.

³⁰³ A íntegra do PL nº 5.208/2016 consta do Anexo 2.

O procurador Júlio Marcelo de Oliveira destaca que é uma medida de força, de intervenção do poder do Estado na propriedade privada do acionista da empresa, mas muitas vezes seria o caminho para se preservar a própria atividade empresarial e obter o máximo de ressarcimento do dano ao erário. Sem contar que a empresa, quando está negociando acordo de leniência, muitas vezes está negociando acordo penal em paralelo. Dependendo do grau de lesividade e gravidade dos crimes de corrupção em que possa estar envolvida, Júlio acredita que a medida é justa e proporcional.

Para o Procurador, talvez seja essa a medida que pode realmente garantir um resgate reputacional da empresa, já que garante que aquela direção que participava da corrupção estará afastada e uma nova direção pode inspirar confiança e credibilidade, preservando a atividade empresarial, os empregos, a geração de renda, a economia e toda a cadeia de investidores e fornecedores. Com o valor obtido pela alienação forçada, consegue-se um valor substancial para o ressarcimento do erário. Conjectura que muitas vezes o *ability to pay* da empresa vai levar anos e anos para ser pago; mas se houver o produto dessa alienação, ela pode ser revertida em favor do ressarcimento, havendo um meio mais efetivo de ressarcimento – algo que, *a priori*, não apresenta inconstitucionalidade e que ele entende compatível.

O Auditor Nivaldo Dias Filho considera que é algo fundamental para o contexto atual e avalia que o que acontece é que existe uma confusão permanente entre o que é a função da empresa e a função da sociedade empresarial. Para o Auditor, a empresa exerce a função social à parte da sociedade que a rege, o que é um caso extremo e um contraponto importante.

Assinala que, independente de alteração legislativa, já existe a possibilidade de que o Estado aplique esse tipo de pena de uma forma, com efeitos similares, na medida em que pessoas físicas que tenham sido as responsáveis pelos atos de corrupção produzidos pelas pessoas jurídicas, que são em primeira instância o alvo da Lei Anticorrupção, possam perder a propriedade sobre os seus ativos acionários. Então, concebe que se existe a possibilidade de que para efetivar uma pena aplicada no âmbito da Lei Anticorrupção a uma empresa e isso alcance o patrimônio dos sócios dessa empresa, através da desconsideração da personalidade jurídica, existe a possibilidade de que não só os bens desses sócios sejam utilizados para executar as penas previstas na Lei Anticorrupção, como também as ações dos quais eles são donos. Esse poderia ser inclusive um meio preferencial de execução no caso das penas previstas na Lei Anticorrupção, penas ou ressarcimentos. Examina o Auditor que a alienação compulsória do poder de controle é benéfica e vislumbra a possibilidade de que ela seja aplicada independente de alteração legal.

Quadro 9 – Quadro resumo analítico-qualitativo das respostas dos entrevistados

Questionamentos/ Posicionamento dos Agentes de Estado	Ministro do TCU	Subprocuradora- Geral da República	Procurador de Contas junto ao TCU	Auditor de Controle Externo
Há conflito de atribuições entre os órgãos de controle nos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção?	A falta do envolvimento de outras esferas de controle no Acordo não se sustenta. A previsão da Lei não deu certo. Conclui o Ministro: “A grande verdade é que esse Acordo de Leniência assinado só pela CGU é fraco <i>a priori</i> ”	O grande problema que se encontra hoje é justamente a necessidade da participação de diversas instituições na assinatura dos Acordos de Leniência. É essencial que o Ministério Público esteja nesses Acordos de Leniência	A solução legal hoje não resolve. A multiplicidade de órgãos com a capacidade de impor sanções e consequências negativas para as empresas é um problema que a Lei não atende, pois desconsiderou que existem órgãos que têm uma atuação relevante.	A Lei tem problemas e precisaria de aprimoramentos. De fato há um certo conflito de competências. A Lei acabou atribuindo à CGU algumas prerrogativas constitucionais que são da Advocacia-Geral da União e do Tribunal de Contas da União.
Como se pensaria em reduzir a insegurança jurídica para as empresas, diante das diversas esferas independentes de responsabilização?	A grande verdade é que reina um quadro de total insegurança, que não há muitos casos de acordo de leniência realizados pela CGU. Acrescenta que reina uma confusão e reconhece que falta uma lei que trate de todas essas questões de forma objetiva.	O MPF nunca dá quitação nos Acordos porque tem a consciência de que outros órgãos poderão entender de forma diferente e poderão ir buscar a reparação integral do dano.	Precisa ser construído um mecanismo de atuação conjunta. Os Tribunais de Contas não vão abrir mão da sua competência de avaliar se o Acordo foi bem negociado e serem convencidos da correta apuração do dano ao erário.	Tem se observado a jurisprudência para reduzir a insegurança jurídica. Acordos firmados de maneira concomitante é um caminho que envolve procedimentos que não têm previsão legal clara e que enfrentam dificuldades no âmbito federal
Qual é a visão quanto aos aspectos jurídicos sobre as diferenças de responsabilização civil (subjetiva pela Lei de Improbidade e objetiva pela Lei Anticorrupção) e quais são os desafios para o judiciário lidar com essa questão?	O desafio não é só uma questão do Judiciário, é uma questão do TCU. A Lei tem deficiências, um déficit. É bem-intencionada, mas a capacidade dela de transformar a realidade, de ajudar a celeridade dos processos tende a zero.	Há toda uma estrutura distinta, todo esse aparato de ações e de legitimados, inclusive com essa dificuldade com o próprio sistema de acordos, de consensualidade. Existe um longo caminho ainda para percorrer e se espera que tenha evolução.	A Lei avançou no combate à corrupção quando trouxe a responsabilização objetiva. No TCU não se teoriza, não se tematiza bem essa questão.	É um caminho necessário para o efetivo combate à corrupção e isso não é necessariamente danoso para as empresas, que pode ser até algo benéfico, porque as forçará a ter programas de <i>compliance</i> mais completos, mais abrangentes.
Diante das competências constitucionais de que dispõe o TCU, em relação àquela atribuída pela LAC para o órgão do controle interno, qual seria a análise no que se refere a essas previsões?	A lei foi aprovada com esses déficits. Há inconstitucionalidade, há retrabalhos, há zonas de intercessão, em decorrência da falta audiência pública, da falta de discussão com a academia e com o TCU sobre formas de otimizar a redação.	Existe uma casuística muito grande e complexa. Temos conversado com o TCU e com outros órgãos. Há um TCU, que não aparece em nenhum lugar da LAC, fazendo a fiscalização sobre os Acordos de Leniência, por meio de uma IN que expediu.	É inconstitucional se pretender ter uma apuração em caráter terminativo de um dano causado ao erário pela CGU. Deve ser apurado o dano e ser encaminhado para julgamento pelo Tribunal de Contas da União.	A Lei inseriu algumas inovações em relação ao modelo constitucional, o que tem gerado essas incompatibilidades. O caminho seria a reformulação da Lei de modo a se adequar ao modelo constitucional
Como avalia a possibilidade da aplicação	É uma pergunta difícil. Apesar de não ter muita ideia de	Não abordou essa questão na resposta.	O Acordo de Leniência pode até virar uma	Há um risco de que essa previsão seja utilizada como uma

<p>concorrente da LAC por mais de 11 mil órgãos de controle interno, considerando que há mais de 5.500 municípios no Brasil?</p>	<p>como a Lei está sendo aplicada nos âmbitos Estadual e Municipal, não deve ser fácil para um Município pequeno ou para um Estado menor preparar e qualificar comissões processantes e, eventualmente, qualificar essas comissões para instrumentalizarem a Lei.</p>		<p>oportunidade de um negócio, e em vez de combater corrupção, pode ser uma oportunidade de corrupção. Deve estar a cargo de quem faz a investigação penal, que deve atuar em colaboração com o órgão de controle externo para que o Estado atue de forma coerente e uniforme.</p>	<p>forma de extorsão das empresas, passa a ter um problema potencial absolutamente incontornável na esfera municipal. É algo que traz uma gravosidade financeira, pecuniária para empresa que é absolutamente difícil de ser gerida no âmbito desses mais de 5.500 municípios</p>
<p>Sobre a possível atuação de diversos órgãos de controle interno e nenhuma limitação, como avalia essa desorganização jurídica, que coloca as empresas em uma situação de total insegurança jurídica?</p>	<p>Pode acontecer do uso da Lei para o sentido inverso: criar mais corrupção com a Lei Anticorrupção. Isso é possível e, sem dúvida a Lei é muito draconiana. Compreende que as sanções na via judicial também são duríssimas, sendo que na via administrativa as multas são duríssimas e podem levar a juízos violadores da ideia de proporcionalidade e de razoabilidade.</p>	<p>Dentro desse microsistema de combate à corrupção, há possibilidade de se negociar, há um instrumento legalmente previsto, que é o Acordo de Leniência, previsto em um contexto para um determinado órgão, mas não há qualquer impeditivo para utilização por outros órgãos, desde que seja feito de forma transparente de forma a garantir a segurança jurídica para todos.</p>	<p>A empresa negociar com o MP é onde o acordo pode ter o máximo de efetividade. Em razão do desenho constitucional que existe, esse Acordo é o que pode dar melhor resultado para a empresa: o MP, em uma mesa de negociação, contar com a colaboração do Tribunal de Contas do respectivo ente da federação.</p>	<p>Se cada Município resolver regulamentar essa previsão legal e estabelecer a pena máxima de 20% do faturamento anual da empresa, com cinco municípios aplicando essa multa, conclui-se que a empresa vai ter todo o seu faturamento comprometido. Não se pode negar que há um risco potencial e difícil imaginar que nos mais 5.500 municípios isso aconteceria de modo a privilegiar o espírito da lei e não os interesses individuais.</p>
<p>Como veria a participação do MP de Contas no Acordo de Leniência, como signatário juntamente com o MPF, por uma análise análoga à conformação do judiciário?</p>	<p>É uma ideia interessante, porém, como que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, que não tem competências externas aos muros do TCU, participaria de um acordo de leniência com um órgão como a CGU, ou o próprio Ministério Público Federal? Apesar de compor um Ministério Público, eles são muito distintos, com competências distintas.</p>	<p>Não abordou essa questão na resposta.</p>	<p>É uma boa proposição, viável. Seria a construção de um processo mais legitimado, que agregaria muito mais valor se ocorresse em uma fase mais madura de fechamento de números. Se faria necessário um termo de cooperação com o Ministério Público Federal. Se faria necessário um termo de cooperação com o Ministério Público Federal.</p>	<p>O MP de Contas não está em condições para essa atuação, e que fatalmente dependeria do respaldo técnico do órgão de instrução do TCU. Mais viável seria que o modelo contasse com o acompanhamento e a fiscalização dos auditores do TCU e com a atuação do MP de Contas como fiscal da lei e então esse acordo venha a ser homologado pela Corte de Contas.</p>
<p>Qual é a avaliação sobre possibilidade da alienação compulsória do Poder de Controle?</p>	<p>Em um Acordo de Leniência, há uma certa discricionariedade que talvez possa permitir <i>a priori</i> uma cláusula desse tipo. Apesar de não positivada, há espaço para isso na assinatura dos</p>	<p>O MPF não é contrário e seria uma forma de garantir que o Acordo funcione, porque muitas vezes o que se precisa é afastar aqueles que estão envolvidos, ainda mais que no Brasil, onde há muitas empresas</p>	<p>É uma medida de força, de intervenção do poder do Estado na propriedade privada do acionista da empresa, mas muitas vezes seria o caminho para se preservar a atividade empresarial e obter o</p>	<p>É algo fundamental para o contexto atual e avalia que o que acontece é que existe uma confusão permanente entre o que é a função da empresa e a função da sociedade empresarial.</p>

	Acordos de Leniência.	familiares. Entretanto, considera ser uma parte que exige estudos mais específicos.	máximo de ressarcimento do dano ao erário.	
--	-----------------------	---	--	--

A realização das entrevistas subsidiou a observação dos problemas enfrentados pelo Acordo de Leniência na sua face real, especialmente em relação ao tratamento dos processos administrativos pela autoridade estabelecida para a realização dos Acordos, a Controladoria-Geral da União. Subsidiou, também, a constatação fática de que os Acordos de Leniência que envolvem a negociação do ressarcimento ao erário, na ordem de bilhões de reais, de fato ocorrem em parâmetro distinto da previsão existente na Lei Anticorrupção.

O Manual de Responsabilização Administrativa da Pessoa Jurídica da Controladoria-Geral da União informa que o Acordo de Leniência foi inspirado no consagrado modelo norte-americano³⁰⁴ (*Leniency Program*). Ocorre que a inspiração do modelo não foi acompanhada da adequação lógica do instituto, o que pode impedir o regular funcionamento dos mercados³⁰⁵ a partir do momento em que submete as pessoas jurídicas e toda a seara empresarial a riscos reais no seu regular funcionamento em decorrência da falta da observação das especificidades do modelo de organização constitucional do Estado Brasileiro.

As perguntas apontam para a existência de problemas teóricos de interpretação da Lei Anticorrupção e também problemas práticos na realização do Acordo de Leniência previsto na Lei. As conclusões decorrentes dos dados selecionados, em função do recorte realizado na pesquisa, são suficientes para definir um padrão de comportamento do todo em relação aos Acordos de Leniência.

As respostas dos Agentes de Estado que atuam diretamente nesses processos de Acordo convergiram para as constatações da pesquisa e do porquê, a título exemplificativo, de um Acordo de Leniência, de um ressarcimento de danos ao erário assinado com a SBM Offshore – que admitiu a participação em esquemas fraudulentos na Petrobras –, no valor de um bilhão de reais não foi homologado pela 5ª Câmara de Revisão (Combate à Corrupção) do

³⁰⁴ Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Lei Anticorrupção: Manual de Responsabilização Administrativa de pessoa jurídica**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/sancoes>>, p. 90. Acesso em 19 dez. 2017.

³⁰⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons Editora, 2015, p. 37. Para Calixto Salomão: “É preciso então identificar quais são as razões lógico-funcionais que impedem o funcionamento dos mercados. A partir dessa constatação, será possível tirar as consequências jurídicas dessa situação.”

Ministério Público Federal, cuja relatora do processo foi a Subprocuradora-Geral da República entrevistada, Mônica Nicida Garcia.

Quanto aos questionamentos, de forma resumida, sobre: (i) se há conflito de atribuições entre os órgãos de controle nos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção; (ii) como se pensaria em reduzir a insegurança jurídica para as empresas, diante das diversas esferas independentes de responsabilização; (iii) qual é a visão quanto aos aspectos jurídicos sobre as diferenças de responsabilização civil (subjéctiva pela Lei de Improbidade e objectiva pela Lei Anticorrupção) e quais são os desafios para o judiciário lidar com essa questão; (iv) qual seria a análise no que se refere às previsões das competências constitucionais de que dispõe o TCU, em relação àquela atribuída pela LAC para o órgão do controle interno; (v) como se avalia a possibilidade da aplicação concorrente da LAC por mais de 11 mil órgãos de controle interno, considerando que há mais de 5.500 municípios no Brasil; (vi) como se avalia essa desorganização jurídica que coloca as empresas em uma situação de total insegurança jurídica quanto à possível atuação de diversos órgãos de controle interno e nenhuma limitação; (vii) como se veria a participação do Ministério Público de Contas no Acordo de Leniência, como signatário juntamente com o Ministério Público Federal, por uma avaliação da conformação do órgão (TCU) ser análoga à conformação do judiciário?; e (viii) qual é a avaliação sobre possibilidade da alienação compulsória do Poder de Controle³⁰⁶.

Todas as respostas foram no sentido da identificação de problemas, sob os variados aspectos expostos, conforme o quadro resumo analítico-qualitativo das respostas dos entrevistados, com a exceção de dois questionamentos que não foram abordados na resposta da Subprocuradora-Geral da República.

Importante registrar que, apesar do reconhecimento da existência de controvérsia sobre a operacionalização dos Acordos (particularmente no processo administrativo de responsabilização) e sobre a competência para celebrá-lo, há entendimento no sentido de que o protagonismo para celebrar o Acordo de Leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal, é acertadamente³⁰⁷ da CGU, que “reúne, além da *expertise*, o conjunto de atribuições legais

³⁰⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 34. Sobre o poder de controle, Calixto Salomão assinala que uma visão crítica, disposta a oferecer elementos estruturais de limitação do poder em suas várias esferas e manifestações parece, portanto, indispensável.

³⁰⁷ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anti corrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 115

para, no plano do Poder Executivo federal, melhor exercer a atribuição de negociação dos Acordos.”³⁰⁸

Nessa mesma linha de entendimento se posiciona o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp, que assinala “que o legislador não foi só inteligente como arguto ao atribuir a competência dessa proposição de acordo apenas ao administrador, isto é, ao interessado imediato na composição.”³⁰⁹ Logo, diante da importância do tema da coordenação de autoridades no Acordo de Leniência, o item 2.2 será dedicado a tal análise.

As entrevistas concedidas evidenciam que a aplicação do instituto do Acordo de Leniência, como previsto na Lei Anticorrupção, é, desde a publicação da Lei, um problema jurídico e social a ser solucionado. Avanços discretos em relação à coordenação de autoridades da Administração Pública até podem ocorrer; entretanto, se a Lei Anticorrupção não sofrer mudanças, será um instituto inviável de ser aplicado, o que se traduz em insegurança jurídica para as sociedades empresárias e em redução da eficiência estatal na aplicação do princípio da moralidade administrativa.

2.3 A Lei Anticorrupção e as propostas de alterações legislativas

No dia 4 de maio de 2016, representantes da sociedade civil se reuniram com parlamentares e realizaram, no Congresso Nacional, ato público para a entrega oficial de proposta³¹⁰ elaborada por um grupo de juristas, acadêmicos e especialistas de órgãos de controle, a qual expressa a unificação de esforços com vistas à apresentação de uma proposta que corrija as distorções presentes no texto da Lei nº 12.846, de 2013, em especial no que diz respeito aos Acordos de Leniência.

Com apresentação do Projeto de Lei, os Parlamentares que a subscreveram, consoante a justificativa do PL, consolidaram em proposição legislativa as propostas formuladas por seus signatários, expressas no manifesto, que se reproduz:

³⁰⁸ Ibidem, p. 103. No item 2.2, que trata da coordenação de autoridades no Acordo de Leniência, será desenvolvida a análise sobre a competência para a celebração dos Acordos.

³⁰⁹ Ibidem, prefácio. O ex-Ministro do STJ Gilson Dipp expressou o posicionamento no prefácio do livro dos autores.

³¹⁰ A proposta de projeto de lei da sociedade civil teve a adesão de professores da UERJ e demais participantes do seminário sobre Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção e foi decorrente dos debates e dos trabalhos realizados após o seminário. A proposta foi apresentada na Câmara dos Deputados como PL 5.208/2016 e a sua tramitação está disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083754>>.

A presente proposta de iniciativa da sociedade civil tem por finalidade subsidiar o debate e a relatoria da Medida Provisória nº 703, de 2015, e Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional para alterar a Lei nº 12.846, de 2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, editada para alterar as regras sobre a celebração de acordos de leniência com pessoas jurídicas infratoras.

Ao introduzir mudanças substanciais na Lei vigente, com alterações que afetam as competências constitucionais de órgãos de controle e de representação da pessoa jurídica do ente da Federação, a MP gerou polêmicas que já chegaram ao Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.466 e Mandado de Segurança nº 34.031). [...]

A controvérsia ganha novos contornos com a emissão, em 25 de abril de 2016, do Parecer da Procuradora-Geral da República em exercício, por meio do qual aponta inconstitucionalidade formal e material da MPV nº 703, de 2015, conforme peça eletrônica nº 308 da ADI nº 5.466.

Diante disso, a sociedade civil toma a iniciativa de subsidiar os debates no Congresso Nacional com a presente proposta, cujo teor é resultado de reflexões e estudos realizados a partir das questões suscitadas durante os painéis do Seminário promovido pela UERJ e pelo TCE-RJ.

Sob o argumento de que a corrupção é um dos grandes males que afeta a sociedade, sendo notórios os custos políticos, sociais e econômicos que acarreta, a Mensagem registra “que a corrupção compromete a legitimidade política, enfraquece as instituições democráticas e os valores morais da sociedade, além de gerar um ambiente de insegurança no mercado econômico, comprometendo o crescimento econômico e afugentando novos investimentos.”³¹¹

A formulação do PL nº 5.208/2016 segue como Anexo 2 deste trabalho. Consolida as proposições necessárias para que os Acordos de Leniência sejam apropriadamente realizados pelas pessoas jurídicas, de forma que seja garantida a participação das autoridades competentes para a celebração do acordo – que não se limitam à previsão da Lei Anticorrupção –, ao considerar as competências constitucionais dos órgãos de controle, daqueles responsáveis pela defesa do patrimônio público e pela representação da Administração Pública, inclusive com a homologação judicial.

O sistema normativo brasileiro voltado para a prevenção e o combate à corrupção, nas diversas esferas autônomas de responsabilização (administrativa, de controle externo, civil, criminal e político-penal), reflete a existência de um verdadeiro microssistema anticorrupção previsto em leis esparsas.

Assim é que um único ato ou fato pode deflagrar a instauração de processos em diversas esferas de responsabilidade autônomas, possibilitando a aplicação de sanções administrativas, de controle externo, cíveis, criminais e político-penal, sem que se incorra na vedação do *bis in idem*³¹².

³¹¹ Justificação do PL nº 5.208/2016, p. 19-21. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1456182&filename=PL+5208/2016>. Acesso em: 20 maio 2016.

³¹² Sobre *bis in idem*, observe nota 219.

Como em todo microsistema, hão de ser garantidas a integridade, a coerência e a previsibilidade dos seus institutos, fazendo com que as diversas esferas de responsabilidade, sempre que possível, se comuniquem entre si e permitam uma aplicação que potencialize, ao máximo, a efetividade da norma com o maior grau de segurança jurídica possível.

O instituto do Acordo de Leniência não é um fim em si mesmo tampouco instrumento de anistiar ou isentar pessoas jurídicas de suas responsabilidades, mas sim uma técnica de investigação.

No modelo instaurado pela Lei Anticorrupção, a pessoa jurídica infratora é responsabilizada, nas esferas administrativa e civil, pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira, e se compromete a colaborar com a investigação desses delitos, à semelhança do acordo de colaboração premiada para pessoa física processada na esfera criminal, conforme previsto na Lei nº 12.850, de 2013, também conhecida como Lei de Colaboração Premiada.

Diante da previsão inserta na Lei Anticorrupção, a pessoa jurídica pode ser multada, em montantes elevadíssimos, por diversos órgãos e entidades de diversos entes da Federação, tantas forem as acusações objetivas pela prática de ilícitos previstos na Lei. Nesse contexto, vislumbra-se o risco de acordos não condizentes com o interesse público serem firmados com sociedades com poder de influência, para o fim de beneficiá-las sem a devida adequação jurídica.

A possibilidade de o próprio investigado estabelecer ou ter influência sobre as condições do acordo também é preocupante, podendo descaracterizar a Lei Anticorrupção e distorcer os propósitos pactuados pelo Brasil em Convenções Internacionais. Naturalmente, em função do quadro de imprevisibilidade e de insegurança jurídica, surgiram propostas de alterações legislativas e atos normativos que passam a ser brevemente examinados.

2.3.1 A Medida Provisória (MPV) nº 703, de 2015

A Lei Anticorrupção teve seu texto substancialmente alterado pela MPV nº 703³¹³, de 2015, com repercussões consideráveis sob diversos aspectos. À época da edição da MPV a Lei Anticorrupção já apresentava incompatibilidades com previsões constitucionais e a MPV

³¹³ A Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, publicada do Diário Oficial da União no dia 21/12/2015, teve seu prazo de vigência encerrado no dia 29/05/2016.

acentuou a insegurança jurídica para a celebração de Acordos de Leniência. Segundo a previsão da MPV nº 703, que caducou, os acordos ocorreriam à revelia da homologação do Poder Judiciário, mas com repercussões na tramitação do processo judicial de natureza civil ajuizado com base na Lei nº 8.429, de 1992, ou no artigo 19 da própria Lei Anticorrupção.

Previsão também controvertida dizia respeito à atuação dos Tribunais de Contas, substancialmente alterada com a MP, que deixou claro o conflito de competências entre os órgãos de controle interno e os Tribunais de Contas.

A questão foi judicializada pela Controladoria-Geral da União, que questionou a fiscalização do Tribunal de Contas da União. Ao apreciar o Mandado de Segurança nº 34.031³¹⁴, o relator, Ministro Gilmar Mendes, pelo Supremo Tribunal Federal, reconheceu haver “pretensão conflito de atribuições entre órgãos de controle interno (CGU) e externo (TCU), de densa relevância constitucional que merece maior reflexão”.

De fato, a MPV invadiu competência dos Tribunais de Contas para exercer a fiscalização na esfera de controle externo. Pela redação dada ao § 14 do artigo 16 e 17-A da Lei Anticorrupção, foi clara a pretensão de limitar a atuação do Tribunal de Contas apenas ao momento posterior à celebração dos acordos, como se o Poder Executivo pudesse estabelecer a forma como o controle externo pode exercer suas competências constitucionais. Os dispositivos mencionados, certamente, não resistiriam ao crivo judicial se a MPV fosse convertida em lei.

Esse foi o entendimento da Procuradoria-Geral da República, nos seguintes termos do item 2.3 do Parecer apresentado na ADI nº 5.466 intitulado “2.3 Limites Materiais à Edição de Medidas Provisórias: Direito Processual e Funcionamento de Tribunais de Contas”. Na mesma esteira de entendimento, o STF também reconheceu ao TCU o poder geral de cautela, que lhe permite coartar qualquer ilegalidade ainda em curso, mesmo *inaudita altera pars*, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões³¹⁵.

O sobrestamento de processos de controle externo, tal como fixado pelo artigo 17-A da MPV, alterou, substancialmente, o rito estabelecido nos artigos 10 a 16 da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443, de 1992), em cujo texto não há qualquer previsão para sobrestamento em razão de acordos celebrados pelos órgãos de controle interno ou quaisquer outros órgãos em

³¹⁴ A Lei nº 7.347, de 1985: Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; [...] III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente [...]

³¹⁵ Precedente Mandado de Segurança nº 26.547- DF.

outras esferas de responsabilização. Não é possível que a atuação dos órgãos de controle interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário venha interferir no poder de autogoverno dos Tribunais de Contas, já que a função constitucional do controle interno é essencialmente a de apoiar o controle externo, não lhe sobrepor às competências constitucionais³¹⁶.

A MPV afrontou a iniciativa privativa do Tribunal de Contas para iniciar projeto de lei que verse sobre seu funcionamento. A garantia está assegurada no artigo 73, combinado com o artigo 96, inciso II da Constituição da República, cujas matérias foram disciplinadas pela Lei nº 8.443, de 1992, Lei Orgânica do TCU e correspondentes nos Estados, não cabendo seu disciplinamento em medida provisória, nem mesmo em lei de iniciativa de Parlamentar³¹⁷.

O Tribunal de Contas se vale de procedimentos específicos realizados de forma autônoma mediante julgamento em processos de prestação ou tomada de contas especiais para apurar o dano causado ao erário. Por ser a competência constitucional do Tribunal de Contas realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, mediante auditorias, inspeções, e proceder ao julgamento de tomada de contas especial e prestação de contas, nos termos do artigo 71 da Lei Maior, junto às referidas Cortes atua o Ministério Público de Contas previsto no artigo 130, para garantir a democratização do processo, de forma que sejam asseguradas as garantias das partes exigidas no artigo 73, combinado com o artigo 96, inciso I, alínea 'a' da Constituição da República.

Há que tecer breves comentários sobre a repercussão da MPV na esfera autônoma de improbidade administrativa, outro ponto de preocupação. A revogação ou mera supressão da vedação prevista no § 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429, de 1992, evidencia dois problemas graves que, certamente, fragilizam os mecanismos de proteção de patrimônio público.

Primeiro, a MPV não previa nenhuma condicionante para a celebração de acordo de leniência com pessoa jurídica no contexto da Lei Anticorrupção isentar a empresa de sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Segundo, além de não prever condicionantes necessárias à eficácia do acordo de leniência celebrado com pessoa jurídica, inclusive o controle durante sua vigência, a MPV revogava o §1º do artigo 17 da Lei nº 8.429,

³¹⁶ Dispõe o Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

³¹⁷ Precedentes sobre iniciativa privativa dos Tribunais de Contas: ADIs nº sm789/DF, 1.994/ES, 789/DF, 1.381 MC/AL e 1.681 MC/SC, 2616-PR, 2654-AL, 4284-RR, 4643-RJ (liminar concedida em 2014), 5075-DF.

de 1992, cujo sistema de responsabilização do patrimônio público – sobre a pessoa física em sua essência – fica completamente desguarnecido de condicionantes mínimas.

2.3.2 Proposta Legislativa para os Acordos de Leniência Previstos na Lei Anticorrupção: o Projeto de Lei 5.208/2016

O Projeto de Lei nº 5.208/2016, que tramita³¹⁸ na Câmara dos Deputados, propõe que os Acordos de Leniência celebrados por órgãos públicos para responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas em razão de atos ilícitos contra a Administração passem a ter homologação obrigatória pelo Ministério Público. Na justificativa da proposta, aponta-se para a omissão da Lei e a insegurança jurídica existentes quanto aos efeitos do Acordo de Leniência no âmbito administrativo. Segundo o Projeto, ao assinar Acordos de Leniência, a pessoa jurídica que colaborar com as investigações e com o processo administrativo poderá ficar isenta de algumas penalidades, desde que as informações auxiliem a identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção de provas. No caso das multas, o valor aplicável poderá ser reduzido em até dois terços.

O Projeto altera a Lei nº 12.846, de 2013. A Lei Anticorrupção determina que seja informado ao MP o procedimento administrativo aberto para que se apure a prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. No entanto, o texto foi omissivo quanto à participação do Ministério Público na celebração ou não do Acordo de Leniência, que equivale, na investigação administrativa, ao instituto da colaboração premiada do inquérito penal.

A celebração do Acordo de Leniência não isentaria a sociedade de reparar integralmente o dano causado ao patrimônio público. Porém, além do benefício da redução das multas, poderia ficar livre da proibição, pelo prazo de um a cinco anos, de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos, entidades e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

Até o início de vigência da Lei, apenas os agentes públicos flagrados em casos de corrupção eram punidos, pois não havia punições para as pessoas jurídicas corruptoras.

³¹⁸ Ficha de tramitação disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083754>>. Acesso em 2 fev. 2018.

Ocorre que não havia e não há o mínimo de segurança jurídica para que haja a celebração de Acordos de Leniência sem a apreciação do Ministério Público e a manifestação do órgão com poder de julgamento (Tribunais de Contas, na esfera de controle externo, e Judiciário, nas questões cíveis e criminais). Diferentemente, milhares de órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e mais de cinco mil e quinhentos municípios, ainda que por meio do controle interno, celebrarão Acordos de Leniência com pessoas jurídicas e não poderão sonegar informações perante o MP e Tribunais de Contas (artigo 74, § 1º da CR). O TCU pode atuar com base no artigo 71 da Constituição da República, no artigo 46 da sua Lei Orgânica, que prevê a possibilidade da declaração de inidoneidade das pessoas jurídicas.

O controle interno foi constituído para o exercício da missão prevista no artigo 74 da Constituição³¹⁹, cujo rol não traz nenhum poder sancionador capaz de atingir o particular que está na sociedade. Deve o controle interno, é o que está escrito de forma cristalina, apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional (artigo 74, inciso IV) e dar ciência ao TCU e correspondentes nos Estados de qualquer irregularidade de que tiver conhecimento (artigo 74, § 1º).

Dessarte, para exercer a função judicante e aplicar medidas tão restritivas em desfavor das pessoas jurídicas, como as previstas na Lei Anticorrupção (tais como: multas elevadas ao particular por ato ilícito, impedimento de receber benefícios do poder público, interdição ou extinção das atividades etc.), o Estado deve garantir aos administrados alguns pressupostos básicos. No contexto constitucional o TCU recebeu a conformação dos Tribunais do Poder Judiciário (artigo 73 que remete ao artigo 96 da CR), e as ações na esfera de controle externo contam com a intervenção do Ministério Público de Contas especializado que atua junto ao Tribunal de Contas.

Nesse contexto, sobre a percepção juspolítica das cortes de contas, Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera³²⁰:

Nesse novo contexto juspolítico, a percepção que se deve ter dos órgãos de controle de contas, como, de resto, de quaisquer outros órgãos que passem a exercer as modernas e complexas funções de controles recíprocos das policracias contemporâneas, não será mais a que resultava de uma tradicional taxionomia orgânico-funcional constitucionalmente adotada, porém, mais do que isso, a que

³¹⁹ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

³²⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110.

parta de uma ampla compreensão do que esses órgãos hoje representam, como bastiões dos direitos fundamentais e da democracia.

O constituinte previu um Ministério Público de Contas especializado porque é o TCU que tem poder de julgar condutas de pessoas e empresas na esfera de controle externo. Desse julgamento, pessoas podem ser condenadas a reparar o dano e serem multadas, podem ser inabilitadas para o exercício da função pública, para se candidatarem por oito anos nas eleições, para contratarem com o Poder Público por até cinco anos.

A análise é a de que, para a responsabilização de pessoas jurídicas nas esferas cível e criminal, é necessária a intervenção do Ministério Público Estadual e do Federal, visando à segurança jurídica. A celebração de Acordos de Leniência com o Poder Executivo incorre em um cenário de insegurança jurídica, por decorrência do tratamento dado aos acordos de leniência na Lei Anticorrupção, que poderão ser questionados: (i) pelo TCU; (ii) pelo MPF na Justiça Federal; e (iii) pela sociedade por ação popular por ato lesivo ao patrimônio público. A evidente insegurança jurídica nos Acordos de Leniência firmados exclusivamente pela CGU, tal como previsto na LAC, significa sujeitar as sociedades empresárias a uma instabilidade regulatória e econômica inconcebível.

Portanto, a Lei Anticorrupção pode incrementar a corrupção pelos efeitos reflexos que produz, mesmo que não tenha sido a intenção do legislador. Na produção normativa concernente à integridade empresarial, verifica-se a crescente preocupação com os parâmetros de aplicação das normas, criando um ambiente de discussão crítica das propostas de aperfeiçoamento do sistema legislativo, visando à segurança jurídica e à atuação dos agentes econômicos livres do envolvimento em infrações e crimes econômicos em geral. A Lei Anticorrupção incide sobre as pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, naturalmente relacionadas ao ordenamento jurídico nacional, mesmo que atuante em um mercado globalizado.

O primeiro aspecto que merece atenção diz respeito à necessária segurança jurídica que deve ser conferida aos Acordos de Leniência, para que se celebre o interesse de ambas partes. Logo, é fundamental que se estabeleça um processo que observe as competências constitucionais dos diversos órgãos, sob pena de questionamentos judiciais dos termos dos Acordos de Leniência que vierem a ser celebrados à margem.

Essa consideração se faz necessária porque, se no campo penal a Constituição reserva ao Ministério Público a competência privativa para promover a ação penal pública (artigo 129, inciso I), a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do

patrimônio público e social (inciso III), a matéria não é restrita ao Ministério Público. Nos termos do §1º do artigo 129 da Lei Fundamental, a legitimação do Ministério Público para a promoção das referidas ações civis não impede a atuação de terceiros, nas mesmas hipóteses.

O artigo 5º da Lei nº 7.347, de 1985, estabelece o rol de legitimados para o ajuizamento de ação civil pública em defesa do patrimônio público, abrangendo inclusive associações. O artigo 5º da Carta Política, por sua vez, dispõe que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa” (inciso LXXIII).

Para evitar a instauração de um quadro de insegurança jurídica, foi proposta (artigo 16, §§ 4º, 11 e 12; e artigo 18) a homologação judicial dos acordos de leniência mediante procedimento judicial específico quando o Ministério Público e/ou a pessoa jurídica do ente da Federação, devidamente representada pela Advocacia Pública, pretender isentar a pessoa jurídica infratora das sanções de natureza civil, previstas na Lei Anticorrupção e na Lei nº 8.429, de 1992, ou abrir mão do ajuizamento de ações judiciais civis, previstas nessas Leis para fins de defesa do patrimônio público.

Trata-se de medida essencial para que se produza a coisa julgada hábil a conferir a necessária segurança às partes, já que terceiros sempre poderão, com amparo nos dispositivos constitucionais mencionados, recorrer à ação popular ou à ação civil pública para anular no Poder Judiciário acordos de leniência quando houver o entendimento de que os termos do acordo não atendem ao interesse público ou contrariaram a moralidade pública.

O §15 do artigo 16 visa preservar as investigações em curso no plano criminal. A independência entre as instâncias de responsabilização não é absoluta, sendo que a esfera penal, em caráter excepcional, poderá interferir nas demais, quando houver absolvição com fundamento na inexistência do fato ou na negativa de autoria, conforme previsto no Código de Processo Penal (artigo 386, I e IV). Nessas duas hipóteses de absolvição, a instância penal terá repercussão direta nas esferas administrativa e civil, isentando o agente de suas outras responsabilidades.

Assim sendo, não é razoável que a pessoa jurídica sob investigação celebre um acordo de leniência na esfera administrativa ou na esfera cível por todos os legitimados enquanto houver investigação penal em curso, uma vez que o acordo celebrado nesse contexto pode embaraçar o avanço da persecução penal ou pode prejudicar a própria pessoa jurídica, já que, sendo a conclusão da investigação pela inexistência de fato ou negativa de autoria reconhecida pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, não há sequer que falar em

responsabilização administrativa ou cível, dada a sobreposição da esfera penal – a mais gravosa – sobre as demais esferas.

Convém consignar que o sistema jurídico brasileiro já prevê precaução similar, obstando a celebração de acordos de leniência na esfera administrativa quando houver procedimento de investigação já instaurado, tal como consta na Lei do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência³²¹. Na hipótese de haver investigação criminal em curso, cujas informações poderão, inclusive, ser protegidas pelo sigilo, o Ministério Público é o órgão legitimado a celebrar o acordo com a plena condição de avaliar se as provas existentes são ou não suficientes para assegurar a condenação da pessoa física com repercussões para as pessoas jurídicas nos casos previstos em lei específica, notadamente na Lei de Improbidade Administrativa.

Contudo, é importante que o Ministério Público, que detém a competência constitucional privativa de promover a ação penal (artigo 129, inciso I), dispondo de informações auferidas no âmbito desta esfera, possa celebrar acordo de leniência na esfera cível se for conveniente tanto para as pessoas jurídicas, quanto para o Estado.

Foram propostas duas sanções alternativas para serem aplicadas na esfera civil, com vistas a reduzir o impacto imediato sobre a atividade econômica, sem comprometer as balizas das Convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. A primeira diz respeito à proposta formulada pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) no sentido de acrescentar o inciso V no artigo 19 da Lei nº 12.846, de 2013, com o objetivo de prever a possibilidade de alienação compulsória do controle societário para pessoa jurídica ou física sem envolvimento nos ilícitos.

A segunda refere-se à previsão de multa de natureza civil com possibilidade de propositura de transação civil, à semelhança da ‘transação penal’ prevista na Lei nº 9.099, de 1999. Trata-se de alternativa importante, pois ao mesmo passo que prevê sanção alternativa, garante-se a aderência da norma brasileira ao disposto nos artigos 3º a 5º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 2000.

De acordo com os dispositivos da Convenção, as pessoas jurídicas deverão ser punidas com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas. A extensão das penas deverá ser comparável àquela aplicada à corrupção do próprio funcionário público (pessoas físicas). Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico do País, não se aplique a pessoas

³²¹ Artigo 86 da Lei nº 12.529, de 2011.

jurídicas, a Convenção prevê que se estabeleçam sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público, inclusive sanções financeiras.

A Convenção internacional dispõe, ainda, que as sanções não serão influenciadas por considerações de interesse econômico nacional, pelo efeito potencial sobre as relações com outros Estados ou pela identidade de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas, e é nesse sentido que se insere a previsão de multa de natureza civil, para que fique assegurada a sua efetividade com proporcionalidade. O acordo de leniência não pode ser uma válvula de escape para as pessoas jurídicas saírem ilesas da prática de corrupção, pois, se assim for normatizado, o baixo risco de responsabilização efetiva da pessoa jurídica pode compensar a continuidade na prática das infrações. Por outro lado, o acordo de leniência para as pessoas jurídicas não pode desequilibrar a equidade entre as sanções aplicáveis a pessoas físicas e jurídicas, sob pena de violar os pressupostos da Convenção.

Quanto à responsabilização na esfera administrativa, é de se considerar que o artigo 87, § 3º da Lei nº 8.666, de 1993, prevê, de forma expressa, a competência exclusiva dos Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais (autoridades administrativas) para aplicar a sanção que declarar a inidoneidade para licitar ou contratar com o poder público, restrição essa que se restringe ao âmbito da referida pasta pelo período de até dois anos.

Esse dispositivo, entretanto, não pode ser aplicado isoladamente. Isso porque, conforme estabelece o artigo 131 da Constituição Federal³²², a Advocacia-Geral da União (AGU) é o órgão competente para representar a União, judicial e extrajudicialmente. Nesse sentido, a Lei Complementar nº 73, de 1993, que dispõe sobre a Lei Orgânica da AGU, não deixa dúvida quanto ao agente capaz de celebrar acordo em nome da União³²³. Na esfera federal, é necessário observar o Regulamento exigido pela Lei Complementar, aprovado pela Lei nº 9.469, de 1997³²⁴.

³²² Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

³²³ Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: [...] VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente; [...].

³²⁴ Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. § 1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações. [...] § 4º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal,

Como se nota, a Advocacia Pública, tanto para fins de representação judicial quanto extrajudicial, pode solicitar o apoio dos órgãos de controle interno, do fisco, de agências reguladoras, dos órgãos do sistema nacional de auditoria do Sistema Único de Saúde e de outros órgãos de controle e fiscalização, com vistas a subsidiar a formulação dos acordos de leniência de interesse da pessoa jurídica que integra o ente da Federação.

Desse modo, resta indubitável a importância de disciplinar, sem perder de vista a necessária harmonia com o sistema jurídico brasileiro, os agentes legitimados para celebrar o acordo, seja no plano judicial, seja no plano extrajudicial.

Não há dúvida de que os acordos de leniência estão inseridos no rol das modernas técnicas especiais de investigação; entretanto, a concepção do arranjo precisa considerar, com a máxima cautela, a definição dos atores legitimados para celebração de tais acordos. Conseqüentemente, é preocupante a variedade dos colegitimados na Federação para celebrar acordos de leniência.

Considerando o atual modelo federativo brasileiro, as sociedades e pessoas jurídicas ficariam sujeitas à atuação de mais de onze mil órgãos de controle interno dos Poderes e órgãos autônomos da União, dos 26 Estados, do Distrito Federal e de mais de cinco mil e quinhentos municípios, que operam sob padrões consideravelmente assimétricos na Federação.

A previsão de multa extremamente gravosa para ser aplicada na esfera administrativa confere contornos ainda mais desafiadores para a responsabilização de pessoas jurídicas. Pelo texto vigente da Lei Anticorrupção, milhares de órgãos (Ministérios e secretarias estaduais e municipais) e entidades (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) podem, em tese, aplicar, concorrentemente, multas administrativas que podem chegar a 20% do faturamento bruto das pessoas jurídicas em cada caso.

Há dúvida sobre a possibilidade da avocação prevista no artigo 8º da Lei Anticorrupção. O que se pretendeu, de fato, foi reproduzir a sanção administrativa decorrente

do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o *caput*. [...]. Art. 4º-A. O termo de ajustamento de conduta, parapevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter: I - a descrição das obrigações assumidas; II - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações; III - a forma de fiscalização da sua observância; IV - os fundamentos de fato e de direito; e V - a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento. Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração.

da função de regulação do mercado a cargo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), entidade que, segundo o artigo 2º da Lei nº 12.529, de 2011, exerce função judicante no plano administrativo, com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

Diferentemente do CADE, os ministérios, as secretarias estaduais e municipais em geral não exercem função reguladora, tampouco detêm a função de fiscalizar e reprimir a prática de corrupção. Para tanto, o Estado dispõe de órgãos de controle específicos para o exercício dessa função.

A multa sancionatória extremamente gravosa prevista na Lei do SBDC não tem a mesma natureza da multa por descumprimento do contrato prevista na Lei nº 8.666, de 1993, de competência de todos os gestores.

Esse é um dos fatores críticos da Lei Anticorrupção, uma vez que a mesma sociedade empresária poderá ser multada, em até 20% do faturamento bruto, por órgãos e entidades dos Poderes de diversos Municípios de um mesmo Estado, sem que haja qualquer garantia de proporcionalidade para aplicação da multa de natureza eminentemente sancionadora, natureza pecuniária que poderá, na sequência, resultar ou não na celebração do acordo de leniência.

A previsão normativa deve contemplar a possibilidade de celebração de acordo tanto extrajudicial quanto judicial, sem conflito de competência entre os órgãos constitucionalmente legitimados para a referida representação. Trata-se de pressuposto necessário para conferir segurança jurídica às partes signatárias e atender o interesse público.

A participação da Advocacia Pública como representante legítima da pessoa jurídica do ente da federação interessado, seja no plano judicial, seja no plano extrajudicial, se alinha com a regra do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666, de 1993, a qual exige que até as minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas pelo órgão jurídico incumbido de exercer a Advocacia Pública³²⁵.

Nesse sentido, os órgãos de controle interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União e demais órgãos de fiscalização, avaliação e controle devem colaborar tecnicamente com a Advocacia-Geral da União quando houver interesse do titular de cada Poder e órgão com poder de autogoverno assegurado constitucionalmente (Ministério Público, Tribunal de Contas e Defensoria Pública) em celebrar acordo de leniência.

³²⁵ Cite-se o Mandado de Segurança nº 24.584, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, assim como Acórdão nº 147/2006-TCU/Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

A proposta do PL nº 5.208/2016 é convergente com a redação do artigo 16 da Lei Anticorrupção, com a Constituição da República, com a Lei Complementar nº 73, de 1993, e com a Lei nº 9.469, de 1997, definindo como agentes legitimados para a celebração do Acordo de Leniência a pessoa jurídica do ente da Federação, devidamente representada pelo órgão jurídico incumbido do exercício da Advocacia Pública e o Ministério Público, a quem compete promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, da moralidade administrativa e de outros interesses difusos e coletivos, nos termos do artigo 129 da Constituição da República.

Por fim, há a proposta de criação de um Fundo Nacional de Combate à Corrupção (FNCC), vinculado à Presidência da República, para destinação dos recursos arrecadados com as multas previstas na Lei Anticorrupção, junto ao qual haverá um Conselho Consultivo constituído por representantes indicados pelo Poder Executivo da União, pelos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, pelo TCU, pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal e pela sociedade civil, de forma a democratizar a definição de diretrizes quanto à aplicação dos recursos.

Com o objetivo de cumprir a finalidade essencial da multa sancionadora, a previsão do Projeto é de que sejam destinados recursos para o financiamento de programas e projetos essenciais para a cidadania. Assim, no PL nº 5.208/2016, 50% das multas arrecadadas ao FNCC seriam destinados a áreas contempladas pelo Fundo Social (educação, cultura, esporte, saúde pública, ciência e tecnologia, meio ambiente, mitigação e adaptação às mudanças climáticas), conforme instituído pela Lei nº 12.351, de 2010. Trata-se de medida que visa recompensar as perdas que a corrupção causa a setores considerados essenciais para a cidadania. Desse montante de 50%, um mínimo de 30% se destinariam às ações de educação e pesquisa sobre ética, cidadania e combate à corrupção, mediante programas específicos conduzidos por instituições de ensino; e mais 30% para ações de ciência e tecnologia visando ao financiamento de pesquisas e projetos específicos voltados para a eficiência da gestão pública nas áreas contempladas pelo Fundo Social, assim como dos órgãos de controle, com a finalidade de prevenir e combater a corrupção.

Também são previstos para o Fundo Nacional de Combate à Corrupção, do total arrecadado com multas, a destinação de: (i) 20% a programas de capacitação de agentes públicos e aperfeiçoamento das ações essenciais ao funcionamento dos órgãos de controle incumbidos de funções referentes à fiscalização, avaliação e controle da gestão pública, prevenção e combate à corrupção, conforme critérios e prioridades estabelecidos na Lei de

Diretrizes Orçamentárias; (ii) 20% para o financiamento de projetos desenvolvidos por entidades da sociedade civil especializadas em ações de controle social da gestão pública, educação e transparência fiscal, prevenção e combate à corrupção, assim como para premiação dessas entidades, vedada a destinação dos recursos para entidades sindicais e associações de classe de qualquer natureza; e (iii) 10% para a aplicação em publicidade, em campanhas de combate à corrupção e programas educativos que incluam medidas de conscientização dos danos sociais e individuais causados pela corrupção.

É importante destacar a cautela para que os recursos de multas aplicáveis às sociedades empresárias e pessoas jurídicas infratoras não se tornem a principal fonte de custeio dos órgãos de controle, repressão e representação que exercem a função de responsabilizá-las. Nesse sentido, existe a previsão de medidas para prevenir abuso de poder no exercício da aplicação de sanções com caráter tão gravoso pelo Estado.

Assim sendo, a conclusão é de que a proposta do Projeto de Lei nº 5.208/2015 se coaduna com os preceitos constitucionais, com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com a legislação vigente que normatiza o funcionamento de diversas instituições de controle oficiais, além de constituir medida essencial para garantir segurança jurídica para as sociedades empresárias e pessoas jurídicas em geral nos acordos de leniência.

3. IMPACTOS DO ACORDO DE LENIÊNCIA NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

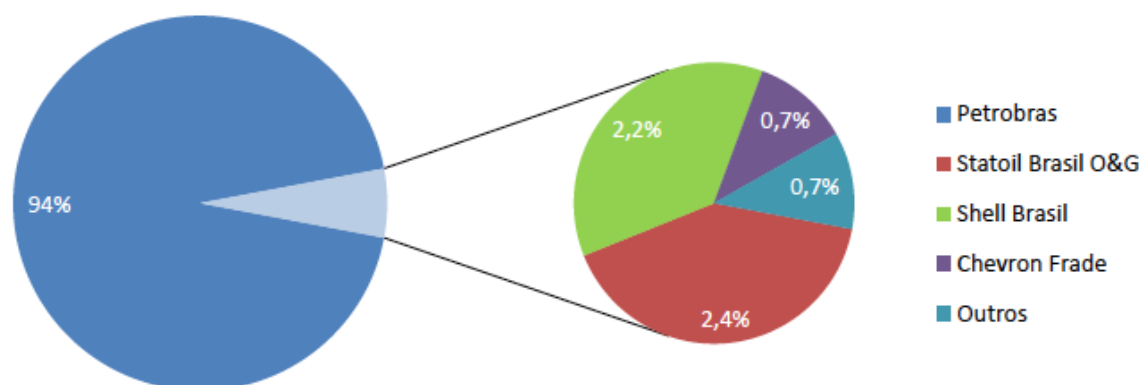
A indústria petrolífera é um oligopólio internacional formado por grandes sociedades empresárias competitivas, que atuam com escalas elevadas, tecnologia avançada e significativo poder financeiro. Esta indústria obteve um expressivo crescimento no pós-segunda guerra mundial, o que motivou a entrada de novas sociedades, tanto de países desenvolvidos, quanto de países em desenvolvimento, grandes produtores ou não³²⁶.

³²⁶ JESUS JUNIOR, Leonardo Bispo de; SARTI, Fernando; FERREIRA JUNIOR, Hamilton de Moura. **Petrobras, política de conteúdo local e maximização de valor para o acionista: uma sugestão de interpretação.** Economia e Sociedade, Campinas, v. 26, n. 2, p. 369-400, ago. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182017000200369&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 07 abr. 2018. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/1982-3533.2017v26n2art4>>, p.380.

O Brasil possui, desde 2016, a maior produção petrolífera da América Latina³²⁷. Segundo o Boletim da Produção de Petróleo e Gás Natural da Agência Nacional do Petróleo (ANP), em 2017 as sociedades empresárias privadas respondiam por 17,13% de petróleo e gás natural extraídos no Brasil. Contudo, os campos operados pela Petrobras produziram 93,7%, sendo que o campo recordista é o de Lula, no pré-sal da Bacia de Santos, que é detido pela Petrobras (65%), BG (25%) e Galp (10%), que até dezembro de 2017 se caracterizava como o maior produtor de petróleo e gás natural, com uma média diária de 803 mil barris de petróleo e 33,1 milhões de m³/d de gás natural.³²⁸

A distribuição da produção de petróleo e Gás Natural no país, por operador, demonstra a importância da maior estatal brasileira e está representada nos seguintes gráficos:

Gráfico 3 – Distribuição da produção de petróleo por operador



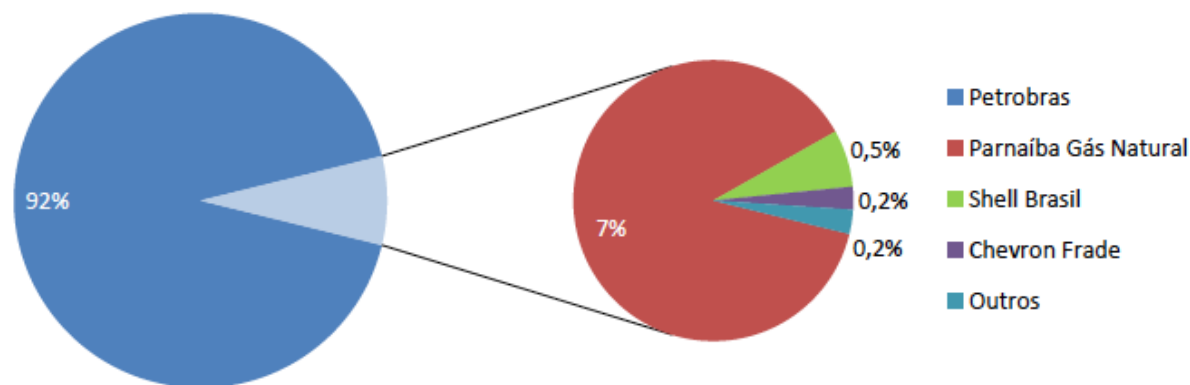
Fonte: ANP/SDP/SIGE. Dezembro, 2017³²⁹.

Gráfico 4 – Distribuição da produção de gás natural por operador

³²⁷ EPE. **Boletim de conjuntura da Indústria do Petróleo**. n. 03. 2º semestre/2017. Disponível em: <http://epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-226/topico-336/Boletim%20de%20Conjuntura%20da%20Ind%C3%BAstria%20do%20Petr%C3%B3leo_2sem2017.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018, p. 11.

³²⁸ ANP. **Boletim da Produção de Petróleo e Gás Natural**. N. 88, dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim_Mensal-Producao_Petroleo_Gas_Natural/Boletim-Producao_Dezembro_2017.pdf>. Acesso em 10 mar. 2018.

³²⁹ Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim_Mensal-Producao_Petroleo_Gas_Natural/Boletim-Producao_Dezembro_2017.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018, p.13.



Fonte: ANP/SDP/SIGE. Dezembro, 2017³³⁰.

Na estrutura das entidades governamentais ligadas ao setor de petróleo no Brasil, o Ministério das Minas e Energia (MME) é o agente planejador e, para tanto, se utiliza dos estudos oriundos da Empresa de Pesquisas Energéticas³³¹ (EPE), enquanto a ANP atua como entidade reguladora independente do setor³³². Não obstante, a entidade protagonista deste acaba por ser a Petrobras, em razão da proporção de participação na produção total brasileira. A Petrobras é o principal promotor de crescimento, também em decorrência do volume de investimentos destinados pela companhia em exploração e produção (E&P)³³³; entretanto, embora essas atividades ainda estejam preponderantemente concentradas nas mãos da Petrobras, a presença de novos operadores nacionais e internacionais vem se destacando progressivamente³³⁴.

Segundo avalia Marilda Rosado, ao longo do século XX aumentou a demanda por um sistema efetivo de ordem e de direito global que permitisse, aos negócios internacionais, instrumentos legais que propiciassem confiança. A autora defende que novos canais de diálogo entre o Estado e os investidores estrangeiros são necessários para a reconstrução da credibilidade que foi afetada na cadeia contratual dos grandes projetos de engenharia da Petrobras, impactando fortemente a indústria brasileira do petróleo. Considera que a abertura

³³⁰ Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim_Mensal-Producao_Petroleo_Gas_Natural/Boletim-Producao_Dezembro_2017.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018, p. 13.

³³¹ O papel institucional da Empresa de Pesquisas Energéticas é elaborar estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético - dentre eles, o setor de petróleo.

³³² Lei nº 9.478/1997: Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: [...].

³³³ Cadernos FGV Energia. Petróleo. **A estrutura complicando a conjuntura: os fatores estruturantes que acentuam os efeitos negativos da atual conjuntura do Petróleo**. Outubro 2015. Ano 2, nº 4. Disponível em: <http://www.fgv.br/fgvenergia/caderno_petroleo/files/assets/common/downloads/caderno_petroleo.pdf>, p.27. Acesso em 10 mar. 2018.

³³⁴ PIRES, Adriano; FERNÁNDEZ, Eloi Fernández y; BUENO, Júlio Cesar Carmo. **Política energética para o Brasil: propostas para o crescimento sustentável**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

do mercado de exploração e produção no Brasil permitiu à Petrobras realizar parcerias com outras sociedades para dividir o (imenso) risco exploratório³³⁵.

Boletim da Empresa de Pesquisas Energéticas afirma que, para o Brasil consolidar sua posição como um importante *player* do setor petrolífero, é necessário avançar na agenda de aperfeiçoamento de normas e promoção da estabilidade jurídica³³⁶. Nesse contexto, diante da importância da indústria do petróleo para a economia brasileira e das características específicas do setor em relação à demanda de investimentos e às relações de negócios que envolvem as sociedades empresárias que nele atuam, urge investigar o impacto do Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção nessa seara industrial específica, bem como o quadro de necessários aperfeiçoamentos de normas, tendo em vista garantir a estabilidade jurídica das suas respectivas relações contratuais. Contudo, para que seja possível uma adequada análise, serão antes realizadas algumas considerações preliminares sobre funcionamento desse setor.

3.1 Modelo de partilha e papel da Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA)

A adoção do regime de concessão para as atividades de E&P levou à diversificação do setor com a entrada de companhias operadoras internacionais, a formação de consórcios, principalmente com a Petrobras³³⁷. O regime de concessão instituído pela Lei nº 9.478³³⁸, de 1997, é nacional e por ele o concessionário tem a propriedade do petróleo e do gás natural extraído ao longo da vigência do contrato. Com o novo marco regulatório³³⁹ de 2010, as áreas do Pré-Sal e outras áreas consideradas estratégicas ficaram sob o regime de partilha, em que a União detém a propriedade do petróleo extraído.

³³⁵ Rosado, Marilda. **Petróleo e Gás Natural no Brasil e o Direito dos Investimentos**. FGV Energia. Boletim Energético, jan. 2017, pp. 4-8, p.5. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/bc/article/viewFile/67229/64823>>, p. 5. Acesso em 10 mar. 2018.

³³⁶ EPE. **Boletim de conjuntura da Indústria do Petróleo**. n. 03. 2º semestre/2017. Disponível em: <http://epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-226/topico-336/Boletim%20de%20Conjuntura%20da%20Ind%20C3%BAstria%20do%20Petr%C3%B3leo_2sem2017.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018, p. 12.

³³⁷ PIRES, Adriano; FERNÁNDES, Eloi Fernández y; BUENO, Júlio Cesar Carmo. **Política energética para o Brasil: propostas para o crescimento sustentável**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 44.

³³⁸ A Lei nº 9.478/1997 dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em 10 jul. 2016.

³³⁹ A Lei nº 12.351/2010 dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas e altera dispositivos da Lei nº 9.478/1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12351.htm>. Acesso em 10 jul. 2016.

O modelo brasileiro de partilha criou a empresa estatal Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), que assume papel fiscalizador, além da ANP, e também influencia as decisões de investimento porque obrigatoriamente participa de todos os consórcios vencedores com poder de veto. O modelo de partilha aumentou a complexidade de gestão, fiscalização e apuração de resultados (todo o plano de exploração e desenvolvimento, além da contabilidade dos projetos contratados, deverá passar pela PPSA, que indicará o presidente do consórcio e terá 50% do seu comitê operacional), em comparação com o modelo de concessão.

O modelo regulatório brasileiro também prevê que a Petrobras terá a preferência para ser a operadora dos blocos a serem contratados sob o regime de partilha de produção, com o destaque para o fato de que o operador é obrigado a ter, pelo menos, 30% de participação no consórcio vencedor³⁴⁰.

Vale esclarecer que, no regime de partilha, parte da produção é destinada a compensar seu custo (o “óleo custo”), e, do excedente (“óleo lucro”), parte é apropriada pela União, ficando o remanescente para o produtor e caracterizando uma partilha do óleo lucro; esse regime tem como principal critério de negociação a proporção na partilha do excedente em óleo que vai para a União. As receitas da União, além de sua parcela no excedente em óleo, decorrem dos royalties oriundos da produção, da taxa de ocupação da área e do bônus de assinatura³⁴¹.

Conforme já exposto, aproximadamente 93% da produção de petróleo no Brasil decorre da Petrobras. Consequentemente, a maior proporção na demanda por bens e serviços que atendem às necessidades operacionais e de investimento da indústria do petróleo vem dessa sociedade de economia mista.

³⁴⁰ Lei nº 12.351/2010: Art. 4º O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), considerando o interesse nacional, oferecerá à Petrobras a preferência para ser operador dos blocos a serem contratados sob o regime de partilha de produção. (Redação dada pela Lei nº 13.365, de 2016). § 1º A Petrobras deverá manifestar-se sobre o direito de preferência em cada um dos blocos ofertados, no prazo de até 30 (trinta) dias a partir da comunicação pelo CNPE, apresentando suas justificativas. (Incluído pela Lei nº 13.365, de 2016). § 2º Após a manifestação da Petrobras, o CNPE proporá à Presidência da República quais blocos deverão ser operados pela empresa, indicando sua participação mínima no consórcio previsto no art. 20, que não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento). (Incluído pela Lei nº 13.365, de 2016).

³⁴¹ Cadernos FGV Energia. Petróleo. **A estrutura complicando a conjuntura: os fatores estruturantes que acentuam os efeitos negativos da atual conjuntura do Petróleo**. Outubro 2015. Ano 2, nº 4. Disponível em: <http://www.fgv.br/fgvenergia/caderno_petroleo/files/assets/common/downloads/caderno_petroleo.pdf>, p.31-32. Acesso em 10 mar. 2018.

Figura 6 – Petrobras: atuação em Exploração e Produção



Fonte: Petrobras, 2017³⁴².

Vale frisar que, no modelo de partilha, a União também cedeu, em 2010, por meio de contratação direta, o direito de a companhia explorar até cinco bilhões de barris de petróleo, além do gás natural. Este contrato, intitulado de cessão onerosa, serviu como forma de a Petrobras se capitalizar, sem necessidade de aporte de capital pela União, ao trocar o montante de barris de reservas potenciais pelo equivalente a 2,4 milhões de ações ordinárias da estatal. A negociação visava fazer frente às necessidades de caixa para investimentos em E&P no Pré-Sal e, *pari passu*, garantiu que a União mantivesse sua posição majoritária na composição do capital social.

Sendo assim, resta claro – no atual modelo regulatório – o condicionamento do futuro da indústria de E&P de petróleo à capacidade operacional e de investimentos da Petrobras³⁴³; e que pela característica setorial (de longos ciclos de investimento), a previsibilidade é fator imprescindível para o crescimento harmônico da indústria do petróleo e gás. Sem embargo, o Estado deve criar plenas condições para os investimentos privados e estatais através da estabilidade e da transparência das regras³⁴⁴.

3.2 A corrupção e os efeitos nocivos para a indústria do petróleo

³⁴² Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/marco-regulatorio/>>

³⁴³ Cadernos FGV Energia. Petróleo. **A estrutura complicando a conjuntura: os fatores estruturantes que acentuam os efeitos negativos da atual conjuntura do Petróleo**. Outubro 2015. Ano 2, n° 4. Disponível em: <http://www.fgv.br/fgvenergia/caderno_petroleo/files/assets/common/downloads/caderno_petroleo.pdf>, p.33-34. Acesso em 10 mar. 2018.

³⁴⁴ PIRES, Adriano; FERNÁNDES, Eloi Fernández y; BUENO, Júlio Cesar Carmo. **Política energética para o Brasil: propostas para o crescimento sustentável**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 73.

Casos de corrupção envolvendo companhias de petróleo não são novidade. Ao longo da história, foram inúmeros os casos de corrupção envolvendo companhias de petróleo. A relação entre as sociedades empresariais de petróleo e estados nacionais esteve sempre vulnerável a práticas pouco transparentes³⁴⁵, especialmente em razão da sistemática do *upstream*³⁴⁶.

Para Marcelo Colomer, a corrupção na indústria de petróleo não é um fenômeno contemporâneo e nem exclusivo dos países em desenvolvimento ou das empresas estatais. Entender as diferentes causas que levam à adoção de práticas pouco transparentes de negócio é de fundamental importância para resolver o problema de corrupção na indústria de petróleo³⁴⁷.

Um desses casos de corrupção envolve a Shell, a ENI e o governo Nigeriano. A empresa Anglo-Holandesa e a Italiana têm investigação em curso por possível envolvimento no caso de corrupção na aquisição de campos de petróleo na Nigéria³⁴⁸. As investigações estão direcionadas para a aquisição do campo OPL 245, localizado na costa da Nigéria e com potencial estimado de produção de 9 bilhões de barris de petróleo. O OPL 245 foi adquirido pelo consórcio Shell/ENI, em 2011, pelo valor de US\$ 1,3 bilhão, pagos ao governo nigeriano.

As suspeitas sobre a idoneidade e a transparência da transação envolvendo a aquisição do OPL 245 começaram quando, após a aquisição do campo pelo consórcio Anglo/Italiano, o governo nigeriano transferiu US\$ 1,1 bilhão para a empresa Malabu, de Dan Etete. Segundo dados da investigação, representantes da Shell e da ENI vinham negociando a compra do OPL 245, localizado na costa da Nigéria e com potencial estimado de produção de 9 bilhões de barris de petróleo, diretamente com Etete e que a transação seria uma forma de repassar para o ex-Ministro de Petróleo e para o ex-Presidente da Nigéria quantias significativas. As

³⁴⁵ COLOMER, Marcelo. **Corrupção na Indústria do Petróleo: Um caso isolado ou fenômeno estrutural.** Boletim INFOPETRO Petróleo & Gás Brasil. Análise de Conjuntura das indústrias de petróleo e Gás. Ano 17. n.1, p. 22, mar./abr. 2017. Disponível em: <file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/BOLETIM%20INFOPETRO%20PETR%C3%93LEO%20&%20G%C3%81S%20BRASIL.pdf>. Acesso em 20 mar. 2018.

³⁴⁶ Termo que se utiliza na indústria do petróleo para se referir à cadeia de produção anterior ao refino do hidrocarboneto e compreende a exploração, o desenvolvimento, produção e transporte para o refino.

³⁴⁷ COLOMER, Marcelo. **Corrupção na Indústria do Petróleo: Um caso isolado ou fenômeno estrutural.** Boletim INFOPETRO Petróleo & Gás Brasil. Análise de Conjuntura das indústrias de petróleo e Gás. Ano 17. n.1, p. 22, mar./abr. 2017. Disponível em: <file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/BOLETIM%20INFOPETRO%20PETR%C3%93LEO%20&%20G%C3%81S%20BRASIL.pdf>. Acesso em 20 mar. 2018, p. 24.

³⁴⁸ A informação sobre as investigações dos casos de corrupção que envolve a Shell e a ENI foi divulgada pelos meios de comunicação do Reino Unido em abril de 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/business-39544761>>. Acesso em 22 dez. 2017.

investigações ainda estão em curso, mas a Shell já admite ter, por inúmeras vezes, tentado negociar diretamente com Dan Etete, antes de realizar a negociação de aquisição do campo com o governo nigeriano. Segundo a Shell:

Over time it became clear to us that Etete was involved in Malabu and that the only way to resolve the impasse through a negotiated settlement was to engage with Etete and Malabu, whether we liked it or not. This was consistent with the Federal Government of Nigeria's (FGN) position.³⁴⁹

A corrupção no caso da Shell e da ENI demonstra indícios de ser estrutural e, portanto, muitas vezes tolerada. Problemas relacionados à relação nociva entre o público e o privado são uma das preocupações das convenções internacionais que impulsionaram a mudança da cultura da tolerância, ou ao menos induziram um parâmetro internacional para o combate à corrupção na indústria de petróleo, principalmente pelo caráter multinacional das atividades de exploração e produção, que encontra na própria atividade um campo favorável à proliferação de práticas ilegais de financiamento de agentes públicos³⁵⁰.

Outro caso de corrupção envolve a petroquímica Braskem, administrada pela Odebrecht e pela Petrobras, que realizou Acordo de Leniência com o Ministério Público Federal, em colaboração com as investigações da Operação Lava-Jato. Além de revelar práticas ilícitas cometidas por funcionários e diretores, a Braskem se comprometeu a pagar uma multa, cujo valor gira em torno de R\$ 6,8 bilhões. Juntos, os valores pagos pela Odebrecht e pela Braskem tornam esse o maior Acordo de Leniência realizado em um caso de corrupção, em termos monetários, na história mundial, assinala o MPF.

Um Acordo trilateral alcançado em dezembro de 2016 envolveu Brasil, Suíça e os Estados Unidos, em janeiro de 2017, especificamente para lidar com ramificações multijurisdicionais do caso Odebrecht, ocasião em que foi assinada uma Declaração, em Brasília, por autoridades de onze países (Declaração de Brasília sobre Cooperação Jurídica Internacional contra a Corrupção³⁵¹, ou “o Acordo de Brasília”). No Acordo, foi assumido o compromisso pela constituição de equipes conjuntas de investigação e pelo fortalecimento da

³⁴⁹ Em tradução livre: “Ao longo do tempo, ficou claro para nós que Etete estava envolvida em Malabu e que a única maneira de resolver o impasse seria mediante a negociação de um acordo envolvendo Etete e Malabu, quer nos agradasse ou não. Isso foi de acordo com a posição do Governo Federal da Nigéria (FGN).”

³⁵⁰ COLOMER, Marcelo. **Corrupção na Indústria do Petróleo: Um caso isolado ou fenômeno estrutural.** Boletim INFOPETRO Petróleo & Gás Brasil. Análise de Conjuntura das indústrias de petróleo e Gás. Ano 17. n.1, p. 23, mar./abr. 2017. Disponível em: <file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/BOLETIM%20INFOPETRO%20PETR%C3%93LEO%20&%20G%C3%81S%20BRASIL.pdf>. Acesso em 20 mar. 2018.

³⁵¹ Declaração de Brasília sobre a Cooperação Jurídica Internacional contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/declaracao-de-brasil-1.pdf>. Acesso em 15 mar. 2018.

cooperação internacional para coordenar investigações no Brasil e nos outros países onde a Odebrecht se envolveu em suborno.

Os Procuradores-Gerais, Fiscais e Fiscais Gerais desses países (Brasil, Argentina, Chile, Colômbia, Equador, México, Panamá, Peru, Portugal, República Dominicana e Venezuela) podem ter acesso a informações contidas no Acordo de Leniência assinado pela Odebrecht com os Procuradores brasileiros e os acordos de colaboração concedidos a 78 executivos da Odebrecht. Vale destacar que sete signatários são Partes da Convenção de Mérida (ou seja, Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México, Peru e Portugal)³⁵².

A Odebrecht S.A. e sua subsidiária, Braskem S.A., concordaram em pagar uma multa total combinada de US\$ 2,5 bilhões, dos quais 80% seriam destinados ao Brasil e os 20% restantes divididos igualmente entre os EUA e a Suíça. Como parte do acordo, houve a confissão e a declaração de fatos que descrevem um complexo esquema de suborno em vigor desde 2001 e que perdurou até 2016, sob o qual a Odebrecht S.A. assegurou bilhões de dólares em infraestrutura e projetos, pagando propinas a funcionários do governo, políticos e partidos políticos no Brasil e no exterior, inclusive em Angola, Argentina, Colômbia, República Dominicana, Equador, Guatemala, México, Moçambique, Panamá, Peru e Venezuela³⁵³.

Segundo o Ministério Público Federal, a Braskem se comprometeu a pagar o valor equivalente, na data de assinatura do acordo, a R\$ 3.131.434.851,37. Desse montante, aproximadamente R\$ 2,3 bilhões serão devidos ao Brasil, para fins de ressarcimento. Já a Odebrecht se obrigou a pagar o equivalente a R\$ 3.828.000.000,00, dos quais aproximadamente R\$ 3 bilhões também serão destinados ao Brasil para fins de ressarcimento. Com atualização, em função dos cronogramas de pagamento estabelecidos, o montante final pago às autoridades brasileiras, após a aplicação de estimativa de projeção de variação da Selic, resulta, ao final, no valor estimado de R\$ 8.512.000.000,00, o que corresponde a aproximadamente US\$ 2,5 bilhões³⁵⁴.

A Odebrecht S.A. admitiu ter pago mais de US\$ 700 milhões em propinas e ter designado e operado uma “Divisão de Operações Estruturadas” dentro da sociedade para facilitar o esquema de suborno. A Divisão de Operações Estruturadas estabeleceu uma rede de entidades offshore e contas bancárias com o propósito de realizar operações financeiras a fim

³⁵² OECD (2017). **The Detection of Foreign Bribery**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm>>. Acesso em 12 mar. 2018, p. 145.

³⁵³ Ibidem, p. 145.

³⁵⁴ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>>. Acesso em 12 mar. 2018.

de disfarçar e ocultar os pagamentos indevidos. O caso foi detectado pela primeira vez pelas autoridades brasileiras, que alertaram as autoridades dos EUA.

As informações e evidências desenvolvidas durante a investigação realizada no Brasil permitiu às autoridades norte-americanas decidir sobre a abertura de sua própria investigação. Na Suíça, a investigação se concentrou em determinar como as instituições financeiras suíças foram utilizados para lavar o dinheiro decorrente de atividades ilícitas e seus rendimentos.

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) noticiou que o Acordo entre a Braskem e a Odebrecht com Brasil, EUA e Suíça foi o maior Acordo de Leniência já feito no mundo envolvendo corrupção. As denúncias contra as companhias e os acordos nos quais foram admitidas as culpas foram disponibilizados pelo DOJ³⁵⁵. Os documentos são os relatos de acordos de propina e compra de vantagens junto ao governo sem nomear quem são os envolvidos. Os documentos dividem esses agentes em empregados da Braskem ou da Odebrecht e membros do governo brasileiro, todos com uma numeração distinta.

O Acordo Odebrecht e Braskem, juntos, figuram em quinto lugar entre os dez maiores casos de FCPA de todos os tempos na lista do FCPA Blog. Quatro dos dez maiores casos de FCPA ocorreram em 2016, cuja lista segue abaixo:

Quadro 10 – As 10 maiores multas aplicadas a sociedades empresárias pelo FCPA

	Sociedade Empresária	País	Valor	Ano
1.	Siemens	Alemanha	US\$ 800 milhões	2008
2.	Alstom	França	US\$ 772 milhões	2014
3.	KBR/Halliburton	USA	US\$ 579 milhões	2009
4.	Teva Pharmaceutical	Israel	US\$ 519 milhões	2016
5.	Odebrecht / Braskem	Brasil	US\$ 419.8 milhões	2016
6.	Och-Ziff	USA	US\$ 412 milhões	2016
7.	BAE	UK	US\$ 400 milhões	2010
8.	Total SA	França	US\$ 398 milhões	2013
9.	VimpelCom	Holanda	US\$ 397.6 milhões	2016
10.	Alcoa	USA	US\$ 384 milhões	2014

Fonte: fcpablog.com, 2017.³⁵⁶

³⁵⁵ O Acordo de Leniência entre a Braskem e o Departamento de Justiça dos EUA está disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919906/download>>. Acesso em 12 mar. 2018. O Acordo de Leniência entre a Odebrecht e o Departamento de Justiça dos EUA está disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordo-odebrecht-doj.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2018.

³⁵⁶ Lista disponível em: <<http://www.fcpablog.com/blog/2016/12/29/reconsidered-odebrecht-and-braskem-are-on-our-fcpa-top-ten-l.html>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

Dentre os objetivos das Convenções Internacionais está o de estabelecer maior cooperação entre os países e as instituições internacionais, de importância fundamental para o combate à corrupção, especialmente na indústria de petróleo, a qual concentra negociações bilionárias, conforme se pôde demonstrar, uma vez que as sociedades desse setor usualmente estão domiciliadas em um país, mas obtém suas receitas de diversas regiões, não obstante limites territoriais – portanto, somente através de uma colaboração eficiente entre os Estados nacionais é que será possível o controle dos atos de corrupção empresarial.

Na indústria brasileira de petróleo, especificamente no setor do *upstream*, as parcerias empresariais são um importante meio para o compartilhamento dos riscos financeiros inerentes à atividade empresarial, que demanda dos agentes econômicos a busca de caminhos viáveis para a mitigação dos riscos inerentes ao exercício da atividade empresária. Sendo assim, a característica global das atividades da indústria petrolífera, as escalas de produção e a complexidade dos investimentos e dos arranjos contratuais com os governos, fornecedores e sociedades parceiras tornam a indústria de petróleo e de gás natural vulnerável às práticas de corrupção e suborno.

Os investimentos na indústria do petróleo envolvem a necessidade de vultosos investimentos diretos, em médio e longo prazos, de forma que os meios de associação societários muitas das vezes não atendem aos anseios pretendidos³⁵⁷; em um mercado extremamente competitivo e globalizado, são as sociedades que encontram na união uma forma de superar os desafios que questões inerentes e idiossincráticas do próprio mercado impõem à atividade empresária.

A Lei nº 9.478/97³⁵⁸, Lei do Petróleo, ao permitir a participação nas concessões das sociedades em consórcio, fixou certos requisitos que devem estar encerrados no edital, em seu art. 38; são eles: comprovação de compromisso público ou particular de formação do consórcio, subscrito pelas consorciadas, e indicação da empresa líder³⁵⁹, a qual responde pelo consórcio e pela condução das operações, resguardando-se a responsabilidade solidária das demais empresas consorciadas.

As sociedades consorciadas se obrigam, individualmente, a apresentar os documentos requeridos no edital para efeito de avaliação da qualificação técnica e econômico-financeira do consórcio. É vedada a participação de uma mesma sociedade em outro consórcio, ou, isoladamente, em licitação de um mesmo bloco, em atenção ao princípio da moralidade e ao

³⁵⁷ BUCHEB, José Alberto. Direito do Petróleo. Direito do Petróleo: **A Regulação das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014, p. 176.

³⁵⁸ Lei do Petróleo. Acesso em novembro de 2016: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9478.htm>

³⁵⁹ Empresa líder é um termo legal constante do art. 38 da Lei nº 9.478/97.

sigilo da proposta apresentada pelo licitante. A outorga de concessão ao consórcio vencedor da licitação é condicionada ao registro do instrumento constitutivo do consórcio, cuja participação de sociedades nacionais e estrangeiras geralmente se faz através de *joint ventures*³⁶⁰.

A saúde econômica da Petrobras é ponto fundamental para a consolidação das parcerias empresariais e dos investimentos no setor de petróleo. Segundo Edmar de Almeida, após a abertura do setor ao investimento privado em 1997, a Petrobras foi responsável por, em média, 70% do investimento setorial. Portanto, o setor de petróleo nacional depende da situação da Petrobras³⁶¹.

Apesar da constatação de que a corrupção na indústria de petróleo não é um fenômeno contemporâneo e nem exclusivo dos países em desenvolvimento e das sociedades estatais, por vezes, a prática antiética é um fenômeno isolado ligado ao comportamento de alguns executivos, e há situações em que a prática de corrupção pode estar enraizada nas relações construídas entre as sociedades e o Estado.

No cenário brasileiro, a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) é uma sociedade de economia mista, cujo acionista majoritário é a União³⁶². Com sede no Rio de Janeiro, opera em cerca de vinte e cinco países, no segmento de energia, prioritariamente nas áreas de exploração, produção, refino, comercialização e transporte de petróleo, gás natural e seus derivados.

A Petrobras deixou de monopolizar a indústria petroleira no Brasil em 1997, mas continua a ser uma importante produtora, com uma produção diária de mais de 2 milhões de barris por dia. É proprietária de refinarias, petroleiros, e é uma grande distribuidora de derivados de petróleo. É líder mundial no desenvolvimento de tecnologia avançada para a exploração petrolífera em águas profundas e ultraprofundas. Não obstante, a Petrobras está

³⁶⁰ A popularização das associações empresariais no Brasil tem gerado grande diversidade terminológica, englobando “parcerias”, “alianças estratégicas”, “empreendimentos conjuntos” e outros termos sem contorno preciso, mas certamente prestando-se a uma tradução livre das *joint ventures*. Nesse sentido, os agentes econômicos podem ainda associar-se na forma de parcerias empresariais (*joint ventures*), preservando sua autonomia.

³⁶¹ ALMEIDA, Edmar de. **Estão dadas as condições para a retomada do setor de petróleo e gás no Brasil?** Boletim Infopetro Petróleo & Gás Brasil. Análise de Conjuntura das indústrias de petróleo e Gás. Março/abril de 2017. Ano 17. n.1, p. 5.

³⁶² Lei nº 2.004/53, arts. 5º e 10º: “Art. 5º. Fica a União autorizada a constituir, na forma desta lei, uma sociedade por ações, que se denominará Petróleo Brasileiro S. A. e usará a sigla ou abreviatura de Petrobras. [...] Art. 10. A União subscreverá a totalidade do capital inicial da Sociedade, que será expresso em ações ordinárias e, para sua integralização, disporá de bens e direitos que possui, relacionados com o petróleo, inclusive a permissão para utilizar jazidas de petróleo, rochas betuminosas e pirobetuminosas e de gases naturais; também subscreverá, em todo aumento de capital, ações ordinárias que lhe assegurem pelo menos 51 % (cinquenta e um por cento) do capital votante”.

diretamente envolvida em investigações da Operação Lava Jato³⁶³ que constataram a prática de atos de corrupção na sociedade, com envolvimento e exposição de companhias da indústria do petróleo.

Nesse contexto, o relatório de Administração de 2016 da Petrobras expõe números de baixas contábeis decorrentes de pagamentos indevidos (na ordem de R\$ 6,2 bilhões de reais) em razão da prática de atos de corrupção³⁶⁴. As consequências da exposição, além daquelas sentidas na saúde financeira das empresas, por ocasião dos ilícitos, foram muito negativas para o setor.

Especificamente no que se refere à Petrobras, houve determinações judiciais nacionais, do Tribunal de Contas da União e de Tribunais estrangeiros quanto a abstenção da assinatura de contratos, impedimento da venda de ativos e realização de acordos com investidores estrangeiros, tudo em razão de investigações e apurações de atos de corrupção.

O relatório de administração da companhia³⁶⁵, de 2016, apresenta fatos relevantes em relação aos problemas por ela enfrentados, tais como procedimentos cautelares de auditoria financeira do órgão de controle externo da União e a judicialização dos atos de corrupção em suas operações:

Em 07/12/2016, por meio de decisão cautelar, o Tribunal de Contas da União (TCU) determinou que a Petrobras se abstinhasse de “assinar contratos de vendas de ativos e empresas que estavam em curso naquela data, bem como de iniciar novos projetos de alienação”, até que o referido Tribunal deliberasse a respeito do mérito do processo – aplicação da Sistemática para Desinvestimentos da Companhia (“Sistemática”). Foram excepcionados em tal decisão os projetos de: (i) venda de participação em ativos no Golfo do México norte-americano; (ii) cessão de direitos nos campos de Ba.na e Tartaruga Verde; (iii) alienação da totalidade da participação de 45,97% na Guarani S.A.; (iv) alienação da totalidade das ações detidas pela Petrobras em suas subsidiárias integrais Companhia Petroquímica de Pernambuco (Petroquímica Suape) e Companhia Integrada Têxtil de Pernambuco (Citepe); e (v) a

³⁶³ DALAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 155. A Lava Jato é uma expressão utilizada para fazer referência a um conjunto de investigações sobre corrupção e lavagem de dinheiro no Brasil. Segundo o Procurador da República Deltan Dalagnol, o valor de multas e ressarcimentos já solicitados pela força-tarefa em ações criminais e de improbidade ultrapassa 50 bilhões de reais, enquanto 10,3 bilhões já foram diretamente recuperados ou objeto de compromisso de pagamento para os cofres públicos – o que só foi possível graças aos acordos de colaboração e leniência.

³⁶⁴ OCDE. Relatórios Econômicos OCDE: Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018, p. 36. O Relatório da OCDE aponta que uma série de denúncias de corrupção começou a aparecer no Brasil em 2014, associadas ao termo “Operação Lava Jato”. As investigações, facilitadas por uma nova lei anticorrupção e pelo escopo ampliado dos acordos de delação premiada, inicialmente colocaram o foco na empresa estatal de petróleo, Petrobrás, mas depois estenderam-se a outros setores, inclusive construção civil, infraestrutura, energia e processamento de alimentos. Por meio de acordos de delação premiada, executivos de empresas implicaram políticos, sendo que alguns deles já foram sentenciados. Em muitos casos, as investigações ainda estão em andamento.

³⁶⁵ Relatório de administração da companhia disponível em: <<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/relatorios-anuais/relatorio-de-administracao>>. Acesso em 22/12/2017.

incorporação, pela São Martinho, da participação acionária de 49%, detida pela Petrobras Biocombustível, na Nova Fronteira Biocombustível S.A. [...]

No âmbito do Poder Judiciário, por meio de decisões liminares proferidas em Ações Populares, encontram-se suspensos os procedimentos relativos aos seguintes projetos de desinvestimento: - alienação de participação acionária da Petrobras Distribuidora;

- cessão dos direitos de concessões em campos terrestres localizados nos estados de Sergipe, Ceará, Rio Grande do Norte, Bahia e Espírito Santo; e - cessão de direitos na concessão dos campos de Baúna e Tartaruga Verde (que, por isto, apesar de ter sua conclusão autorizada pelo TCU, encontra-se suspenso). Todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário até o momento, nos processos em curso, sejam favoráveis ou desfavoráveis a nós, se basearam em análise preliminar (ou seja, não houve pronunciamento sobre o mérito da causa), de modo que, ao menos em tese, a atual situação de continuidade ou de suspensão dos projetos pode ser revertida por posterior decisão que venha a ser proferida, inclusive, pelas próprias instâncias que se manifestaram preliminarmente.

Segundo a própria Petrobras, o montante financeiro por ela negociado, conforme a divulgação das suas demonstrações contábeis auditadas, de 22 de abril de 2015, houve a geração de caixa operacional que alcançou R\$ 59,1 bilhões em 2014 e o lucro bruto de R\$ 80,4 bilhões, com R\$ 68,9 bilhões em caixa no fechamento do exercício. Esses valores exprimem a expressão e a importância econômica, financeira e social da sociedade no mercado de hidrocarbonetos, brasileiro e externo.

O valor referente aos pagamentos indevidos identificados nas investigações de corrupção na estatal foi calculado a partir de metodologia baseada nos depoimentos tornados públicos no âmbito da operação Lava-Jato. Foi aplicado percentual de 3% sobre contratos com 27 sociedades citadas como membros de cartel, entre 2004 e 2012. No caso de pagamentos para sociedades fora do cartel, foram considerados valores específicos citados nos depoimentos. No 3º trimestre de 2014 houve baixa contábil reconhecida, período no qual foi apurado prejuízo de R\$ 5,3 bilhões.

Em 2014, no 4º trimestre, o prejuízo apurado foi de R\$ 26,6 bilhões e refletiu a perda por desvalorização de ativos (*impairment*). As atividades mais impactadas foram as de refino (R\$ 31 bilhões), devido principalmente à postergação do 2º complexo de unidades da Refinaria Abreu e Lima e do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (Comperj). Na atividade de Exploração e Produção, o *impairment* (de R\$ 10 bilhões) ocorreu em função da queda mundial dos preços do petróleo³⁶⁶.

O impacto das denúncias de corrupção na Petrobras e na indústria do petróleo ainda não pode ser completamente contabilizado, mas há reflexo nos investimentos estrangeiros e afeta a economia brasileira. Toda a cadeia produtiva do petróleo sofreu perdas pelos ilícitos

³⁶⁶ Informações obtidas pela observação das demonstrações financeiras da sociedade. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/divulgamos-nossas-demonstracoes-contabeis-auditadas.htm>>. Acesso em 22 dez. 2017.

perpetrados na companhia. Frise-se que os investimentos diretos da Petrobras e os indiretos (considerando fornecedores e sociedades da cadeia de petróleo) representavam 3,2% do PIB em 2014³⁶⁷.

O Conselho de Administração da Petrobras aprovou, em 19/06/2017, a celebração de acordo com a Vanguard, um de seus maiores acionistas, para encerrar uma ação proposta perante a Corte Federal da Pensilvânia, nos Estados Unidos³⁶⁸. Com este acordo, a companhia aumentou a estimativa de provisionamento para o segundo trimestre de 2017.

A Petrobras já celebrou outros acordos para encerrar dezenove ações individuais apresentadas perante a Corte Federal de Nova York. Com esses processos, 27 ações individuais foram agrupadas a uma ação coletiva (*class action*) no referido tribunal para serem julgadas em conjunto.

Com o intuito de informar seus acionistas sobre os acordos celebrados para encerrar processos judiciais, a Petrobras aumentou a estimativa de provisionamento para o segundo trimestre de 2017 para US\$ 445 milhões. Desse valor, US\$ 372 milhões já haviam sido reservados no balanço de 2016. Segundo a Petrobras, esses acordos têm como objetivo eliminar incertezas e custos relacionados à continuidade dos processos³⁶⁹.

Em 16/01/2018, o presidente da Petrobras informou que a companhia fechou um acordo de US\$ 2,95 bilhões com investidores norte-americanos e se reuniu com ministros do Tribunal de Contas da União para explicar o entendimento firmado pela estatal para encerrar a ação conjunta que estava sendo movida contra a sociedade nos Estados Unidos devido aos impactos da Operação Lava Jato. A companhia pagará aos investidores US\$ 2,95 bilhões (cerca de R\$ 10 bilhões) em três parcelas, que começarão a ser desembolsadas após a aprovação preliminar do juiz Jed Rakoff, da Corte Federal de Nova York, onde foi proposta a ação coletiva.

Foi o quinto maior acordo envolvendo ação coletiva por perda com ações da história, atrás dos casos Enron (US\$ 7,22 bilhões), Worldcom (US\$ 6,13 bilhões), Tyco International (US\$ 3,2 bilhões) e Cendant Corporation (US\$ 3,18 bilhões). Investidores brasileiros, incluindo grandes fundos de pensão estatais, abriram processo semelhante no Brasil, na Câmara de Arbitragem da Bolsa de São Paulo, para tentar recuperar perdas com o investimento nas ações da sociedade; o processo corre sob sigilo.

³⁶⁷ Segundo cálculos de Alessandra Ribeiro, economista da Tendências Consultoria, disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151201_lavajato_ru>. Acesso em 22 dez. 2017.

³⁶⁸ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/petrobras-firma-acordo-acionista-encerrar-acao-eua>>. Acesso em 22 dez. 2017.

³⁶⁹ Dados obtidos em publicação da Petrobras. Disponível em: <<https://lavajato.hotsitespetrobras.com.br>>. Acesso em 20 jan. 2018.

Convém fazer um parêntese para registrar o resultado da fiscalização realizada pelo TCU, em que se estimou o dano causado ao erário em decorrência da atuação de cartel em licitações da Petrobras. Seguem as principais conclusões destacadas na página oficial do Tribunal de Contas³⁷⁰:

O TCU concluiu que a atuação do cartel reduz em aproximadamente 17% o valor do desconto que seria ofertado no caso de um cenário competitivo. Essa constatação poderá ser utilizada como parâmetro de verificação da correção do valor do dano causado por práticas ilícitas, no âmbito de acordos de leniência a serem submetidos à apreciação do tribunal. O TCU, no entanto, estima que o prejuízo pode chegar a R\$ 29 bilhões, caso o escopo dos estudos seja ampliado para além da Diretoria de Abastecimento, na hipótese de o cenário verificado na amostra dos 136 contratos se reproduzir, com o mesmo comportamento estatístico, nos contratos assinados pelas demais diretorias. O prejuízo foi estimado a partir da multiplicação do percentual de 17% sobre o valor total das contratações da Petrobras com as empresas consideradas cartelizadas, no montante de aproximadamente R\$ 170,6 bilhões. O relator do processo, ministro Benjamin Zymler, comentou que o trabalho realizado pelo tribunal “pode subsidiar os demais órgãos de controle na fixação do montante do dano a ser devolvido por proponentes de acordo de leniência”.

O TCU encaminhou o resultado do estudo à CGU, ao MPF, ao DPF, à Petrobras, à Advocacia-Geral da União (AGU) e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ao encaminhar os trabalhos, o Tribunal considerou que os resultados não devem agravar ou isentar a responsabilidade de agentes da Petrobras quanto ao eventual direcionamento das licitações. Para o TCU, a existência de acertos de empreiteiras, com a viabilização de cartéis sobre as contratações da companhia, é assunto que se encontra em investigação no âmbito de diversos processos de controle externo em trâmite no tribunal e conexos com a Operação Lava Jato.

Segundo o Ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler, relator no TCU do processo em que se apuraram irregularidades na construção da refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco, “como pessoa jurídica, a Petrobras é autora e vítima dos mesmos ilícitos”³⁷¹. Destacou o Ministro que alguns danos já foram reconhecidos contabilmente e que os ressarcimentos já obtidos estão sendo devolvidos aos cofres da sociedade, para diminuir o prejuízo.

Ocorre que uma questão não observada nas investigações e nos Acordos é a posição da Petrobras como autora de ilícitos; pela Lei Anticorrupção, a responsabilização objetiva e a atuação de diretores da estatal por si já seria elemento para que a Petrobras figurasse nos Acordos de Leniência em qualidade diversa da de interveniente, ou de vítima. Nota-se uma

³⁷⁰ Conclusões extraídas da representação realizada pela ANTC para a PGR na ADI 5466.

³⁷¹ Entrevista disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-25/entrevista-benjamin-zymler-conselheiro-tcu>>. Acesso em 12 dez. 2017.

ação dos órgãos de controle no sentido de dar tratamento diferenciado à estatal, o que será analisado adiante, em item específico.

O Ministro proferiu o voto vencedor que responsabilizou gestores da Petrobras pelos desvios descobertos na implantação da refinaria Abreu e Lima e, em breve análise, frisou:

Como é cediço, qualquer pessoa jurídica age por meio de seus agentes, em especial seus administradores, que exercem a representação da companhia e são responsáveis pela prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular. Mesmo que os administradores pratiquem atos em desacordo com a lei e com o estatuto da companhia, ou seja, contrariem os fins e o interesse da companhia, eles estarão atuando em nome da companhia e ela poderá em tese ser chamada a ressarcir os terceiros pelos prejuízos eventualmente cometidos.

Nesse contexto, a Petrobras, como pessoa jurídica, pode ter praticado atos ilícitos, nos termos apurados nos diversos processos concluídos e em andamento nas diversas instâncias de controle. Ao mesmo tempo, é possível afirmar que a Petrobras, como pessoa jurídica, também é vítima das irregularidades cometidas pelos seus agentes, na medida em que, ao final, seus sócios sofreram prejuízo decorrente de atos ilícitos, o que já foi reconhecido contabilmente. Nesse mesmo sentido, os ressarcimentos obtidos pelas diversas instâncias de controle serão carregados aos cofres da Petrobras, o que contribuirá para a mitigação desses prejuízos.

Quanto aos Acordos de Leniência no âmbito da União e a qual seria o papel do TCU nesse debate, o Ministro afirmou:

Ainda não houve um avanço entre os órgãos quanto à celebração de um acordo único contemplando todos os órgãos de controle. A despeito disso, tenho observado o esforço comum no sentido de construir uma solução. Da mesma forma, também tenho verificado que o TCU vem buscando prestigiar os acordos celebrados pelo Ministério Público no exercício de suas competências. Embora os reflexos dos acordos firmados em outras instâncias sobre o exercício do poder sancionatório do tribunal ainda não tenham sido objeto de deliberação definitiva pelo tribunal, o TCU sinalizou, no Acórdão 483/2017-Plenário, que poderá conceder benefícios às empresas que se comprometam a cooperar com a jurisdição de contas, em especial com a quantificação e devolução do débito. Atualmente, está em funcionamento um comitê aprovado pelo Plenário do TCU, composto por vários ministros e membros do Ministério da Transparência, da Controladoria-Geral da União, da Advocacia Geral da União, do Ministério Público Federal e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, objetivando viabilizar os Acordos de Leniência firmados no âmbito da União. [...]

Não existe órgão por excelência para fechar acordos de leniência que seja apto a abarcar todas as instâncias de controle. Cada órgão pode celebrar, nos limites da lei e de suas atribuições, acordos substitutivos das sanções de sua própria competência. Claro, o ideal seria que todos os órgãos celebrassem, em um único momento, um acordo que contemplasse a obtenção de elementos que pudessem servir para o exercício de suas respectivas parcelas de jurisdição e oferecesse segurança jurídica ao colaborador. Porém, na ausência de tal acordo único, não vejo óbice a que cada órgão busque adotar mecanismos de consenso em suas próprias instâncias, desde que não interfiram no exercício de atribuições dos outros órgãos de controle. No caso do Ministério Público, também não vejo óbice a que celebre acordos de leniência, pois tais instrumentos são úteis a recuperação de pelo menos parte dos prejuízos causados ao erário. Nesse caso, é importante é que o MP e o Ministério da Transparência Fiscalização e Controle não deem quitação aos danos eventualmente cometidos, pois assim permitirão a atuação de outros órgãos encarregados de obter o ressarcimento ao erário.

Note-se que o Acórdão TCU 2.284/2017-Plenário³⁷² responsabilizou o Conselho de Administração da Petrobras pela compra da Refinaria de Pasadena nos Estados Unidos. O prejuízo apurado pela aquisição da refinaria ultrapassou US\$ 580 milhões. Pasadena foi adquirida em duas etapas. Na primeira, realizada em 2006, a Petrobras pagou US\$ 359,2 milhões à Astra Oil por metade dos ativos da Refinaria. Logo após, em menos de um ano, a estatal negociou a compra dos outros 50% remanescentes. Todos os que participaram da valoração da Refinaria nas negociações iniciais foram responsabilizados pelo débito total. O TCU já havia decidido sobre um dos quatro processos de Tomada de Contas Especial (TCE) instaurados para apurar os valores e os responsáveis durante a compra da Refinaria³⁷³.

No que se refere à indústria do petróleo, também foi identificado um esquema de pagamento de propina envolvendo contratos entre a sociedade holandesa SBM Offshore e a Petrobras. A SBM tem escritórios no Rio de Janeiro, Santos e Vitória, assim como uma *joint venture* com a Synergy Energy, em Niterói. Já realizou a entrega de 15 FPSOs³⁷⁴, possui e opera sete embarcações em nome de seus clientes no Brasil (FPSO Capixaba, FPSO Cidade de Anchieta, FPSO Cidade de Paraty, FPSO Cidade de Ilhabela, FPSO Cidade de Maricá, FPSO Cidade de Saquarema e FPSO Espírito Santo) e contribuem com a produção de 25% do petróleo nacional e cerca de 45% do petróleo do pré-sal. Tem uma relação com a indústria nacional do petróleo de mais de 20 anos.

Segundo as investigações, a Petroserv recebia repasses de 3% a 5% de contratos da Petrobras e, desse total, remetia 1% para contas de empresas no exterior; esse valor era lavado e remetido novamente para o Brasil em forma de propina. O ex-representante da SBM no Brasil e delator afirmou à CPI da Petrobras que garantiu “ganhos expressivos” à estatal brasileira enquanto atuava em nome da holandesa. Grande parte do esquema de corrupção no Brasil se concentrou na Petrobras³⁷⁵.

³⁷² Acórdão disponível em:

<<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25EC59C0F015F0DB045DD3FAF&inline=1>>. Acesso em 22 dez. 2017.

³⁷³ Disponível em:

<<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25E39B275015E59567DA4774F&inline=1>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

³⁷⁴ FPSO é uma sigla em inglês para *Floating Production Storage and Offloading*, que é um navio plataforma que pode produzir, armazenar e transferir petróleo e gás.

³⁷⁵ Hughes Hubbard & Reed LLP. **FCPA/Anti-Bribery: Fall Alert 2017**. New York, 2017. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/hhr-web/files/PublicationDocuments/FCPA-Anti-Bribery-Alert-Fall-2017.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018, p. 79.

O Acordo de Leniência que a Controladoria-Geral da União (CGU) negociou com a SBM Offshore e obrigou a sociedade holandesa a pagar cerca de um bilhão de reais de indenização à União. Os recursos seriam todos destinados aos cofres da Petrobras.

O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC) celebrou o Acordo de Leniência com a SBM Offshore em 15 de julho de 2016, e dele participaram: MPF, Advocacia-Geral da União e Petrobras. A SBM se obrigou a pagar, além de mais de um bilhão de reais à Petrobras, US\$ 6,8 milhões ao MPF e US\$ 6,8 milhões ao Conselho de Controle de atividades Financeiras. Porém, a 5ª Câmara de Combate à Corrupção do MPF detectou falhas que impossibilitaram a homologação do Acordo de Leniência. Tal fato enseja uma análise detida da situação, em capítulo específico, pois o estudo dos problemas detectados no Acordo de Leniência da SBM Offshore são referência e aprendizado para toda a indústria do petróleo acerca da realização de Acordos de Leniência para o setor.

Nesse ambiente de perdas bilionárias, tanto para a Administração Pública quanto para as sociedades empresárias, com impacto de perdas calculadas em percentual elevado sobre o Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro e com riscos da eliminação da atuação de agentes econômicos da indústria do petróleo no mercado brasileiro, a partir do sancionamento administrativo das sociedades empresárias em percentuais do faturamento bruto (sem limites), assim como pela possibilidade da declaração de inidoneidade por órgão do controle externo, a indefinição dos rumos e dos procedimentos necessários para que seja realizado um Acordo de Leniência eficaz contribui para a majoração dos prejuízos acumulados e evidencia o enorme impacto dessa insegurança jurídica para o setor.

Segundo o Relatório Global de Corrupção, a resposta internacional à corrupção nas áreas de petróleo e mineração tem sido, em geral, fraca e fragmentada³⁷⁶. Estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE³⁷⁷, que compreende o período da entrada em vigor da Convenção da OCDE, em 15 de fevereiro de 1999, até 1º de junho de 2014, conclui que o setor extrativista (petróleo e gás e mineração) foi considerado o mais corrupto em função do número de casos³⁷⁸, de acordo com a amostra da pesquisa. Esta

³⁷⁶ Hughes Hubbard & Reed LLP. **FCPA/Anti-Bribery: Fall Alert 2017**. New York, 2017. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/hhr-web/files/PublicationDocuments/FCPA-Anti-Bribery-Alert-Fall-2017.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

³⁷⁷ OECD (2014). **OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials**. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>>. Acesso em 12 mar. 2018, p. 27.

³⁷⁸ OECD (2014). **OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials**. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>>. Acesso em 12 mar. 2018, p. 27. Como afirmado no relatório da OCDE sobre Corrupção e Crescimento Econômico, “o verdadeiro custo social da corrupção não pode ser medida pela quantidade de subornos pagos ou mesmo pela quantidade de propriedade estatal roubada. Pelo contrário, é a perda de produção devido à má alocação de

constatação se coaduna com o Relatório Global de Corrupção da Transparência Internacional³⁷⁹, que dispõe que nenhum setor está protegido contra a corrupção, apesar de alguns serem mais afetados do que outros e do fato de que mais da metade das sociedades entrevistadas no setor de construção e no setor de petróleo, gás e mineração relatou perda de oportunidades de negócios devido ao suborno por parte de concorrentes.

Para que as sociedades envolvidas em atos de corrupção perpetrados em desfavor do interesse social e que queiram cessar a manutenção dos ilícitos, com o devido ressarcimento dos danos ao erário, é necessária a viabilização de uma solução. Há premência de que seja possível o ajustamento de condutas ilícitas perpetradas contra a Administração Pública e o caminho mais célere para a reparação dos danos à Administração será aquele que trilhar pela realização dos Acordos de Leniência.

3.3 A Lei Anticorrupção e os contratos empresariais associativos na indústria do petróleo

Na indústria do petróleo, especificamente no setor do *upstream*, as parcerias empresariais são um importante meio para o compartilhamento dos riscos financeiros inerentes à atividade empresarial, que demanda dos agentes econômicos a busca de caminhos viáveis para a mitigação dos riscos inerentes ao exercício da atividade empresária.

A popularização das associações empresariais no Brasil tem gerado grande diversidade terminológica, englobando “parcerias”, “alianças estratégicas”, “empreendimentos conjuntos” e outros termos sem contorno preciso, mas certamente prestando-se traduções livres das *joint ventures*³⁸⁰. O fenômeno da associação empresarial visando à economia de escala já é antigo e tem se verificado no plano internacional, em todos os setores da economia, sendo objeto de permanente preocupação das agências reguladoras e dos órgãos responsáveis pela prevenção do abuso do poder econômico e da defesa da livre concorrência. Nesse sentido, dentre as modalidades mais frequentes de concentrações

recursos, distorções de incentivos e outras ineficiências causadas pela corrupção que representam seu custo real para a sociedade.”

³⁷⁹ Transparency International. **Relatório Global de Corrupção 2009: Corrupção e o setor privado**.

Cambridge University Press. Disponível em:

<https://www.transparency.org/whatwedo/publication/relatorio_global_de_corrupcao_2009_corrupcao_e_o_setor_privado>, p. 3. Acesso em 12 mar. 2018.

³⁸⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 148.

empresariais, destacamos as incorporações e as fusões, em que pelo menos um dos agentes perde sua autonomia. Alternativamente, na busca de objetivos comuns, os agentes econômicos podem ainda associar-se na forma de parcerias empresariais (*joint ventures*), preservando sua autonomia.

Para determinados negócios – como é o caso dos investimentos na indústria do petróleo, pela duração e risco envolvidos e pela necessidade de vultosos investimentos diretos, de médio e longo prazos³⁸¹ –, os meios de associação societários muitas das vezes não atendem aos anseios pretendidos, o que se mostra um verdadeiro contrassenso, pois em um mercado extremamente competitivo e globalizado, é através desses meios de associação que se pode encontrar uma forma de superar os desafios que este mesmo mercado impõe à atividade empresarial. Assim, emergiram meios de cooperação que atendiam à atividade empresarial com maior propriedade, em que as partes pudessem contribuir com recursos para a consecução de um empreendimento em comum, durante certo tempo, conservando, cada sociedade, personalidade jurídica e patrimônio próprios, surgindo, daí as denominadas *joint ventures*³⁸².

As atividades de exploração e produção (*upstream*) na indústria do petróleo são um campo fértil para a formação de *joint ventures*, pois, em face dos altos riscos envolvidos, há um movimento comum de associação das sociedades empresárias para a consecução das atividades de exploração e produção (E&P) de petróleo e gás natural.

No setor do *upstream*, a conjugação de esforços para a exploração e produção em ambientes exploratórios desfavoráveis, como o alto mar, demanda parcerias empresariais para conjugar esforços a fim de dividir os riscos, bem como otimizar seus portfólios de investimentos e suas estratégias empresariais de curto, médio e longo prazos³⁸³.

Nesse sentido, o JOA, ou acordo de operações conjuntas, é um instrumento contratual de grande relevância para a indústria do petróleo. Dele são parte sociedades empresárias que firmaram contrato com um Estado hospedeiro para a exploração e produção de petróleo. Pouco se escreveu sobre o JOA na América Latina, porém, segundo Marilda Rosado³⁸⁴, mais recentemente, no âmbito dos programas de Direito do Petróleo, alguns trabalhos foram

³⁸¹ BUCHEB, José Alberto. **Direito do Petróleo: A Regulação das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014, p. 176.

³⁸² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 185. Segundo Marilda Rosado, alguns autores consideram a escolha básica do veículo com o qual a *joint venture* vai operar como uma escolha formal, sem grandes indagações quanto à natureza jurídica de uma ou outra opção. Assim, a primeira decisão a ser tomada, segundo a autora, é quanto à adoção de uma forma societária (*incorporated structure*) ou de uma forma contratual.

³⁸³ Martins, E. M. O. **Parcerias empresariais e joint ventures**. Magistra, Rivista di Legge, 2002.

³⁸⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 253.

dedicados ao tema, assim como, desde 1988, um eixo temático sobre regulação de petróleo e gás passou a tratar de aspectos jurídicos e econômicos do setor, além de alguns temas correlatos aos JOAs e aos seus desafios no Brasil.

Importante observar, sob a ótica dos contratos e das parcerias empresariais, os impactos que o direito administrativo sancionador da Lei Anticorrupção pode causar nas sociedades. No relacionamento entre as partes – operador e não operadores –, a dinâmica do JOA se funcionaliza como instrumento básico que permite às partes associadas, em função de um contrato de exploração e produção com um país hospedeiro, a concretização da união de recursos, a partilha de despesas e a minimização dos riscos em um empreendimento.

Para ser válida em nosso ordenamento, a *joint venture* precisa obedecer aos requisitos gerais para a constituição de um ato jurídico, quais sejam: capacidade das partes; objeto lícito, possível e determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do Código Civil). O contrato que dá origem à *joint venture* contratual é atípico, oneroso, não solene, consensual, de execução sucessiva. Já as *joint ventures* societárias necessitam atender aos requisitos da legislação previstos para o tipo societário que se pretende formar.

A figura que mais se equipara, em nosso direito positivo, é a do consórcio, prevista na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações - LSA), art. 278 e 279. Este ocorre quando as empresas, mantendo sua personalidade jurídica e sua autonomia, associam-se através de um contrato que regula as finalidades, os direitos e as obrigações dos membros. O artigo 278 da LSA assim dispõe: “As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo”.

Essa é uma forma bastante conhecida de integração empresarial, e tem como características a flexibilidade e a transitoriedade; nela, as sociedades empresárias assumem mutuamente atividades e encargos que isoladamente não teriam força econômica nem capacidade técnica para executar. O registro do consórcio na junta comercial é exigido (art. 279, parágrafo único, LSA), não obstante a ausência de personalidade jurídica (art. 278, §1).

O consórcio tem sua duração vinculada à do empreendimento, desfazendo-se tão logo advenha o término deste. As empresas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade (art. 278, §1º, LSA).

3.3.1 As Joint Ventures na indústria do petróleo

A formação de *joint ventures* na indústria do petróleo tem se mostrado um importante instrumento contratual para superação das dificuldades da atividade petrolífera de uma maneira vantajosa para os parceiros que, além do compartilhamento dos riscos e custos, também se beneficiam mutuamente com a habilidade, o conhecimento e a experiência um do outro.

As parcerias podem assumir diferentes formas, a depender da maneira em que o vínculo entre as partes será estabelecido, podendo se dar de modo estritamente contratual, por meio da celebração de um acordo de operações conjuntas, o JOA (*Joint Operating Agreement*), ou por meio da criação de uma sociedade empresária, cujo controle será compartilhado entre os parceiros, no caso de entre eles haver o interesse em uma maior comunhão.

A inserção de novos atores nas atividades de exploração, desenvolvimento e produção, ensejada pela Emenda Constitucional nº 9/95, e a consequente flexibilização do monopólio, propiciaram a realização de novos instrumentos contratuais na indústria do petróleo e do gás natural. Assim, as *joint ventures* se destacam como importantes estratégias comerciais da indústria nacional do petróleo e dispõem de legislação específica que prevê a formação de consórcios para a atuação na indústria³⁸⁵.

A *joint venture* se inicia com a negociação em que as partes acordam o percentual de participação de cada uma no negócio, a escolha de qual sociedade será a operadora, aquela a conduzir as operações, e a opção por constituir ou não uma nova sociedade. A opção pela constituição de uma sociedade, uma nova entidade distinta dos parceiros, a denominada *joint venture* societária, enseja a criação de uma sociedade petrolífera da qual os parceiros serão sócios, cada um detendo o percentual de quotas ou ações proporcional a sua participação no empreendimento.

Vale destacar que na indústria do petróleo os agentes costumam optar pela *joint venture* contratual, que possui uma estrutura mais flexível quando comparada às estruturas societárias. Apesar de haver uma associação de interesses para o compartilhamento dos riscos

³⁸⁵ ARAÚJO, Izabella Maria Medeiros e; GALVÃO, kátia Cheim Pereira; NETO, Otacílio dos Santos Silveira. **Aspectos Tributários das Joint Ventures no Direito Brasileiro e seus Reflexos na Indústria do Petróleo.** 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás. IBP, Salvador, 2005. Disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0247_05.pdf>. Acesso em 10 abr. 2016.

entre os parceiros, não há a formação de uma estrutura societária, ou seja, não há o nascimento de uma pessoa jurídica distinta dos pactuantes. Nesta modalidade, o vínculo entre as partes é de caráter estritamente contratual, de que decorre a associação de duas ou mais pessoas que, no intuito de realizar um projeto, se reúnem para em conjunto unir recursos financeiros e/ou materiais para a consecução do projeto, convencionando também o rateio dos custos. No entanto, a *joint venture societária* também é uma opção de atuação empresarial utilizada.

O direito ao próprio recurso produzido é uma das principais motivações para que as companhias petrolíferas evitem a rigidez das vestes societárias, que, apesar de propiciar uma maior segurança, não garante o que lhes é mais caro: o óleo e/ou gás natural. Assim, as companhias dão preferência à formação de uma *joint venture* contratual, já que nas *joint ventures* societárias o direito sobre o óleo produzido é da sociedade, cabendo aos parceiros somente o direito aos dividendos.

A *joint venture* societária implica a formação de uma estrutura jurídica (decorrente da constituição de uma nova sociedade empresária) mais engessada, que pode ocasionar dificuldades na sua operacionalização, por não se adequar da melhor forma à dinâmica do negócio de exploração e produção.

Vale frisar que a simples possibilidade da alternância de posição – entre operador e não operador – nas diferentes áreas concedidas já se apresenta como um fator importante e propulsor do desenvolvimento de atividades em novas áreas, o que contribui para a superação dos desafios do *upstream*.

A Lei nº 9.478/1997, ao permitir a participação nas concessões das sociedades em consórcio, fixou certos requisitos que devem estar encerrados no edital, em seu art. 38. São eles: comprovação de compromisso público ou particular de formação do consórcio, subscrito pelas consorciadas; e indicação da empresa líder, que responde pelo consórcio e pela condução das operações, resguardando-se a responsabilidade solidária das demais empresas consorciadas.

Outorgados os direitos de exploração, desenvolvimento e produção em determinado bloco ao grupo de empresas vencedor do processo licitatório, após a necessária formalização de um consórcio, as sociedades empresárias negociam um acordo de operações conjuntas, denominado na indústria petrolífera como *Joint Operating Agreement* ou JOA. Presta-se o referido instrumento contratual a regular internamente o relacionamento das partes que subscrevem o contrato de concessão. As próprias empresas petrolíferas cuidam da

negociação, estipulação de regras e elaboração do JOA, que não se submete a qualquer supervisão e controle do poder público.

Com efeito, a Lei do Petróleo, em seu art. 63, autoriza a Petrobras e suas subsidiárias a formar consórcios com sociedades nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, visando expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria petrolífera. Nesse caso, a Petrobras continua a figurar como única concessionária, conferindo-se às demais consorciadas apenas o direito a um percentual do produto da lavra, após o pagamento das participações governamentais pela referida empresa. Como não ocorre cessão contratual, não é requerida a prévia autorização da ANP para a constituição do aludido consórcio (art. 176, § 3º, da Constituição Federal de 1988, e art. 29, parágrafo único, da Lei do Petróleo), não se beneficiando as empresas consorciadas dos direitos que a Petrobrás possui oriundos do contrato de concessão.

3.3.1.2 O *Joint Operating Agreement*

O *Joint Operating Agreement*³⁸⁶ (JOA) é o principal instrumento utilizado para a concretização das associações entre sociedades empresárias na indústria do petróleo, sendo o principal contrato a reger a relação entre os parceiros de uma *joint venture* e do qual podem ser partes tanto sociedades empresárias nacionais quanto internacionais, sejam elas estatais ou privadas. Nele há a previsão da base para a partilha de direitos e responsabilidades entre as partes, inclusive no que se refere à divisão de uma eventual produção, além das previsões sobre o modo de condução das operações, sujeito à supervisão do Comitê de Operações integrado pelas demais partes, dentre outras.

As sociedades empresárias norte-americanas foram pioneiras nessa modalidade contratual. O modelo básico norte-americano contém cláusulas que procuram descaracterizar a sociedade; o relacionamento jurídico criado traduz-se em uma obrigação solidária entre as partes e um dever de boa-fé de procedimento³⁸⁷. Com o crescimento das atividades de exploração e produção de petróleo, inclusive com a exploração e produção no mar (*offshore*), não tardou para que, identificado o sucesso dos JOAs nos EUA, esses instrumentos passassem a ser utilizados pela indústria do petróleo em todo o mundo.

³⁸⁶ Acordo de Operações Conjuntas

³⁸⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 313.

O JOA está diretamente relacionado ao contrato celebrado com o Estado para a concessão da área. Pode-se afirmar que este é um contrato acessório ao contrato de concessão, com o qual não se confunde. Enquanto o contrato de concessão prevê os direitos e obrigações do concessionário sobre a área, o JOA regula o relacionamento entre os parceiros, estabelecendo os respectivos direitos e obrigações de cada um deles com relação às operações e atividades, nos termos da previsão do contrato de concessão. Todo JOA compreende o binômio operador e partes não operadoras.

Um dos grandes desafios quando da elaboração de um JOA é disciplinar a relação dos parceiros da *joint venture*, especialmente o relacionamento entre operador e não-operadores. A tarefa tem início ainda na fase de negociações, quando é preciso compatibilizar os interesses de partes que irão se relacionar durante um longo período. Assim, para o melhor balizamento da relação entre as partes é preciso que no JOA sejam lançadas as bases do comportamento colaborativo das partes.

Quanto ao escopo desses acordos, vale salientar a lição de Marilda Rosado:

Normalmente o JOA cobre as atividades de exploração e exploração contidas nos contratos de exploração e produção, excluindo as atividades de transporte, o tratamento e o armazenamento de petróleo, assim como os acordos de financiamento ou de marketing. Esse ponto é extremamente importante para a proteção das *joint ventures* da indústria do petróleo, em relação à tipificação de práticas abusivas do ponto de vista concorrencial.³⁸⁸

Importante ressaltar que, no Brasil, as atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos somente podem ser exercidas mediante concessão, por sociedades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no país, na forma do disposto na Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo). Logo, as sociedades que executam atividades na área de E&P podem ser divididas em dois grandes subconjuntos: as concessionárias e as não-concessionárias.

Conforme previsto no art. 38 da Lei do Petróleo – e em linha com a prática internacional –, nas licitações para a outorga dos contratos de concessão as empresas podem concorrer isoladamente ou reunidas em consórcio. Em geral, as sociedades que optam por concorrer em grupo formalizam as regras dessa participação por meio da celebração do acordo particular denominado *Joint Bidding Agreement* (JBA).

As principais cláusulas do JBA são: a que define o roteiro para a formulação da oferta a ser apresentada na licitação e estabelece o conceito do direito à melhor proposta (*application procedure*), as que regulam o direito de retirada e retorno das partes, a que contém o

³⁸⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 257.

compromisso de cada uma das partes e de suas respectivas afiliadas de não concorrer com as demais, isoladamente ou em grupo, em qualquer licitação que tiver como objeto o bloco em questão (ou parte dele), durante o período acordado (*undertaking*), e a que lista os itens pré-acordados do documento que será negociado, futuramente, em caso de sucesso na licitação (JOA *principles*).

Os direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural de cada bloco são outorgados ao grupo de sociedades vencedor da respectiva licitação, condicionado à formalização, por este grupo de sociedades empresárias, de um consórcio³⁸⁹. A seguir, essas empresas assinam o JOA, que é um instrumento particular por meio do qual duas ou mais sociedades petrolíferas, que celebraram um contrato de concessão para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural com a ANP regulam seus respectivos direitos e obrigações, aspectos técnicos, operacionais e contábeis, a fim de unificar seus esforços para o cumprimento das obrigações assumidas no contrato de concessão³⁹⁰. O JOA constitui, assim, o regulamento das operações conjuntas. Até a assinatura do JOA, a parceria é regida pelas disposições aplicáveis do contrato de consórcio e do JBA.

Segundo Alberto Xavier, o contrato de consórcio representa o chamado "consórcio externo", por ser levado a conhecimento do terceiro. Nessa linha, o JOA pode ser caracterizado como o "consórcio interno", porque disciplina tão-somente as relações entre os consorciados³⁹¹. Assim, em síntese, o JOA detalha e complementa o contrato de consórcio, sendo que, por se tratar de um documento particular – diferentemente do consórcio –, suas disposições somente são oponíveis entre as partes.

Na sistemática do JOA, o consórcio é administrado por uma direção colegiada denominada comitê de operações (*operating committee* – OPCOM). O OPCOM é responsável pela supervisão e direção geral das operações conjuntas, representando, pois, a instância de decisões mais elevada do consórcio³⁹². O comitê é composto de um representante de cada

³⁸⁹ O consórcio de E&P pode ter origem ainda quando a empresa concessionária cede parte de seus direitos sobre um determinado bloco para outra empresa, nos termos do art. 29 da Lei do Petróleo. Este processo de aquisição derivada de direitos de E&P é referido internacionalmente como *farmout* (do ponto de vista do cedente) ou *farmin* (do ponto de vista do cessionário).

³⁹⁰ Mello, M. O. e Andrade, C. C. B. **A Arbitragem nos contratos comerciais e petrolíferos internacionais**, in *A arbitragem na era da globalização*. Garcez, J. M. R. (Coord.), Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 160

³⁹¹ Xavier, A. **Consórcio: natureza jurídica e regime tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 64, 2001, p. 8-9

³⁹² DERMAN, A. B. **Model Form International Operating Agreement** – An analysis and interpretation of the 1995 Form, Section of Natural Resources, Energy, and Environmental Law, Monograph Series Number 23, American Bar Association, 1997. Dentre os diversos modelos existentes, as discussões conduzidas neste estudo tomaram por base a minuta elaborada pela AIPN (Association of International Petroleum Negotiators), em

empresa consorciada (*operating committee representative* – OCR), cujo voto é proporcional à correspondente participação proporcional³⁹³. Tipicamente, são instalados também os subcomitês técnico (TECOM) e contábil-financeiro (FINCOM), além de outros de caráter ad hoc, conforme as necessidades específicas do empreendimento. Os subcomitês têm funções consultivas e de assessoramento do OPCOM³⁹⁴.

À semelhança do disposto em acordos de acionistas, o JOA contém regra específica que trata da forma e do quórum de deliberação de assuntos de interesse comum (*voting procedure*) no OPCOM³⁹⁵. O procedimento de votação estabelece o percentual mínimo e o número mínimo de empresas não afiliadas necessário para a aprovação das decisões (*passmark vote*)³⁹⁶.

Dessa forma, o JOA pode determinar que as decisões serão aprovadas pelo voto de, no mínimo, duas das empresas consorciadas não afiliadas, as quais reúnam, pelo menos, 60% de participação no empreendimento. Com isso, nenhuma consorciada detém isoladamente o poder de decisão no consórcio, ainda que possua mais de 50% de participação no empreendimento, configurando-se, assim, a ocorrência de controle conjunto do empreendimento. Adicionalmente, as decisões relativas a matérias definidas contratualmente como de interesse estratégico requerem a unanimidade das partes.

Alternativamente, as operações da fase de exploração que não aquelas necessárias ao cumprimento das obrigações de trabalho mínimas poderão ser conduzidas por apenas parte das empresas consorciadas. Tais operações são conhecidas na indústria como operações exclusivas³⁹⁷.

O JOA estabelece os momentos e as condições (pagamento de um prêmio), por meio dos quais as partes que não tomaram parte da operação exclusiva poderão a elas aderir. No Brasil, porém, não há na Lei do Petróleo, nem no contrato de concessão, previsão de realização de operações exclusivas e, por essa razão, os dispositivos do JOA que tratem dessa questão somente terão efeito entre as partes. Em consequência, perante terceiros continuará

colaboração com a ACCA (American Corporate Counsel Association).

³⁹³ A reunião do OPCOM é referida como OCM (*operating committee meeting*).

³⁹⁴ Analogamente ao OCR e à OCM, têm-se o TCR (*technical subcommittee representative*) e a TCM (*technical subcommittee meeting*), bem como o FCR (*financial subcommittee representative*) e a FCM (*financial subcommittee meeting*).

³⁹⁵ Nos termos do JOA, ressalvado seus limites de competência, a empresa-líder do consórcio (operadora) tem por atribuição a execução das decisões do OPCOM.

³⁹⁶ De acordo com o contrato de concessão, “afiliada” significa qualquer pessoa jurídica que, direta ou indiretamente controle ou seja controlada societariamente por outra pessoa física ou jurídica ou que seja controlada, direta ou indiretamente, pela mesma pessoa física ou jurídica.

³⁹⁷ As operações conduzidas por todas as consorciadas são referidas como operações conjuntas (*joint operations*).

prevalecendo o princípio da responsabilidade solidária de todas as consorciadas, mesmo das que não tenham aderido às operações exclusivas.

Também perante o fisco, a propriedade originária do petróleo e gás natural produzidos se dará na proporção dos percentuais de cada consorciada, conforme definidos no contrato de concessão e no contrato de consórcio, sendo que qualquer alteração desses percentuais somente será possível mediante a aprovação da ANP, como estabelecido no art. 29 da Lei do Petróleo. Assim, a despeito do que tenha sido ajustado entre as partes, haverá fato gerador de tributo se a distribuição dos hidrocarbonetos produzidos se der de acordo com outra proporção.

Por estar diretamente relacionado com um contrato de concessão, é comum que o JOA seja precedido de outros acordos nos quais as partes manifestam o interesse na união de esforços e assumem a obrigação de celebrar um JOA. Isso porque, tanto para adquirir a concessão quanto para transferir parcela dos direitos e obrigações oriundos daquele contrato, será necessário o cumprimento de requisitos que serão julgados pelo Estado hospedeiro ou ente que o represente (empresa estatal, agência reguladora, dentre outros). Nesse caso, como exemplo de acordos prévios ao JOA, há o *Joint Bidding Agreement* e o Acordo de Cessão.

O *Joint Bidding Agreement* é um instrumento celebrado entre companhias que almejam participar em conjunto de certame licitatório para a concessão de áreas; nesse instrumento, estão regulados os termos básicos de um posterior JOA que será celebrado caso os parceiros sejam vencedores na licitação, obtendo a concessão de área para exploração e produção de hidrocarbonetos.

No caso do Acordo de Cessão, poderá ser um instrumento que precede a celebração de um JOA, nas hipóteses em que o detentor de direitos sobre determinada área concedida cede a um terceiro uma parcela de sua participação indivisa da área, permanecendo ainda com algum percentual de participação nela. Nessa hipóteses o cessionário passará a ser parceiro do cedente, havendo a formação de uma *joint venture*. É comum verificar que, em regra, no próprio Acordo de Cessão haverá a previsão de que as partes se obrigam a celebrar um JOA para regular a relação destes nas operações que serão conduzidas.

Centradas em estabelecer regras para o alcance de objetivos comuns, cabe às partes a celebração de um acordo cuja eficácia e operacionalidade perdure durante toda a vigência do contrato. A fase negocial requer dos parceiros esforço para garantir a consolidação de uma sólida parceria, consubstanciada em um instrumento adequado e funcional – o JOA. Sendo assim, é possível verificar que a fase de negociações é de grande importância para garantir o sucesso das operações, pois é nas discussões que precedem a elaboração de um JOA que faz-

se possível definir os pontos mais sensíveis, especialmente no que se refere ao controle das operações, a definição dos percentuais de controle (participação), questões operacionais e fiscais, bem como a responsabilidade tributária.

Ademais, há em todo JOA o binômio entre as partes: operador e não operadores. A parte indicada como operador tem por atribuições dirigir e conduzir as operações conjuntas, representar a *joint venture* perante o governo do Estado hospedeiro e terceiros, gerir os negócios, sendo responsável pelo orçamento, contabilidade, contratação de serviços, elaboração de relatórios, dentre outras tarefas relacionadas à operação.

É possível verificar na doutrina e jurisprudência estrangeira a preocupação das partes em definir a natureza jurídica do JOA, buscando sempre distingui-lo de outras formas associativas como a *partnership* e até mesmo da *joint venture*.

Os direitos, deveres, obrigações e responsabilidades das Partes nesse tipo de Acordo serão individuais, e não conjuntas ou coletivas. Não é a intenção das Partes criar, nem será o Acordo será considerado ou interpretado como criando, uma sociedade de mineração ou outra sociedade, *joint venture*, associação ou (exceto conforme explicitamente estabelecido neste Acordo) um *trust*. Também não será considerado ou interpretado como autorizando qualquer Parte a agir como um agente, funcionário ou empregado para qualquer outra Parte, para qualquer propósito que seja, exceto conforme explicitamente disposto no Acordo.

As minutas básicas norte-americanas de JOA³⁹⁸ buscam sempre pontuar que a relação estabelecida entre as partes é de natureza estritamente contratual, negando expressamente a intenção das partes em criar *joint venture*, *partnership* ou qualquer relação semelhante a estas figuras associativas. Tal preocupação se dá especialmente em virtude da necessidade de afastar qualquer possibilidade de que os parceiros sejam enquadrados como sócios (*partners*) em uma *partnership*.

Vale ressaltar que o conceito de *joint venture* não possui uma definição precisa, sendo as definições estabelecidas em cada caso, consoante a natureza do negócio e de outros fatores. Por mais que haja conceitos razoavelmente definidos, não há unanimidade nas Cortes norte-americanas, inexistindo, portanto, uma integridade conceitual das *joint ventures*.

Com fundamento no controle conjunto sobre as operações, as Cortes texanas firmaram o entendimento de que as partes que firmam um JOA não são *co-ventures*, sob a justificativa de que em virtude da eventualidade das hipóteses em que não operadores têm algum meio de

³⁹⁸ Modelo internacional padrão de JOA AIPN 2012 - Acordo Operacional Conjunto da AIPN -, disponível em www.aipn.org.

controle sobre as operações, pois a regra é que o operador tenha controle exclusivo sobre grande parte das questões relativas à operação.

No âmbito do direito brasileiro, quando transposta essa análise, observamos a existência de algumas particularidades que colocam em cheque as disposições que tentam descaracterizar a existência de uma *joint venture* entre as partes. Isso porque as disposições contratuais não podem contrariar a lei – consequentemente, a disciplina das associações para exploração e produção de petróleo deve observar a exigência contida no art. 38 da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo):

Art. 38. Quando permitida a participação de empresas em consórcio, o edital conterá as seguintes exigências:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição do consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas;

III - apresentação, por parte de cada uma das empresas consorciadas, dos documentos exigidos para efeito de avaliação da qualificação técnica e econômico-financeira do consórcio;

IV - proibição de participação de uma mesma empresa em outro consórcio, ou isoladamente, na licitação de um mesmo bloco;

V - outorga de concessão ao consórcio vencedor da licitação condicionada ao registro do instrumento constitutivo do consórcio, na forma do disposto no parágrafo único do art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Uma característica importante dos consórcios de sociedades concessionárias de direitos de E&P que os distingue dos demais consórcios (art. 278, § 1º, da Lei das S.A.³⁹⁹) é a imposição da responsabilidade solidária entre as concessionárias, por força do disposto no art. 38, II, da Lei do Petróleo.

Também nos termos do inciso V do art. 279 da Lei das S. A.⁴⁰⁰, do contrato de consórcio deverão constar normas sobre o recebimento de receitas e partilha de resultados. Naturalmente, eventuais "ajustes internos" não são oponíveis ao fisco, e, assim, a partilha de resultados que estiver em dissonância com as quotas parte de cada sociedade, na forma definida no contrato de consórcio e no contrato principal (o contrato de concessão), resultará em fato gerador de tributo.

³⁹⁹ Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

⁴⁰⁰ Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: I - a designação do consórcio se houver; II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio; III - a duração, endereço e foro; IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; [...].

O JOA contém dispositivo que exime as sociedades da obrigação de divulgar sua tecnologia proprietária às demais consorciadas. Como, entretanto, a utilização da melhor técnica disponível, por um lado, é do interesse de todas as partes, e, por outro, geralmente implica a divulgação de segredos industriais e/ou comerciais às empresas parceiras, uma possível solução é a celebração de um acordo de troca ou de transferência de tecnologia entre as consorciadas.

Durante a vigência do contrato de concessão, os concessionários podem celebrar, com terceiros, acordos de cessão de direitos de exploração e produção. Tais acordos contêm os termos e as condições mediante as quais o concessionário cederá parte (*Farmin/Farmout*⁴⁰¹ ou *Participation Agreements*) ou a totalidade (*Farmin/Farmout Agreements*) de seus direitos, correspondentes a um determinado percentual de sua participação no bloco de exploração ou de produção de petróleo. Nessas situações, o cessionário adere ao JOA celebrado pelas partes que constituíram originalmente a *joint venture*.

Sendo assim, observamos a existência de dois instrumentos de grande importância a reger as *joint ventures* do petróleo no Brasil, quais sejam: (i) o contrato de consórcio, a representar o denominado “consórcio externo”, por ser aquele que é arquivado no respectivo Registro de Empresas Mercantis e, portanto, levado a conhecimento de terceiros; e (ii) o JOA, Acordo de Operações Conjuntas que também pode ser denominado “consórcio interno”, pois disciplina única e exclusivamente a relação entre as partes consorciadas, não sendo necessário ser levado a público.

É possível verificar, nas parcerias firmadas na indústria do petróleo, através dos JOAs, elementos que configuram um esforço conjunto, uma união de capital, dentre outros elementos importantes para a consecução do empreendimento. Há esforços empreendidos no sentido de padronização internacional dos modelos contratuais.

A negociação de um texto da magnitude do JOA demanda um esforço de aproximações. Sobre as iniciativas de padronização de modelos, Marilda Rosado salienta que “a necessidade de tornar ágil a fase preparatória, e até o processo negocial, fez crescer a preferência pela uniformização, estimulando dois grupos de advogados norte-americanos a tomar, a partir de 1988, a iniciativa de preparar uma minuta básica do JOA internacional.”⁴⁰²

Naturalmente, os JOAs têm de ser compatibilizados com o contrato de exploração a que se reportam. O grupo que se propôs à tarefa de elaboração de uma minuta uniformizadora enfrentou os desafios da diversidade de contratos. Havia um reconhecimento, entretanto, de

⁴⁰¹ Do ponto de vista do cessionário fala-se em *farmin*, enquanto que do cedente em *farmout*.

⁴⁰² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Op. cit, 2014, p. 262.

que o modelo padrão dos JOAs, de 1990, se adequava melhor aos termos do Contrato de Partilha de Produção (*Production Sharing Agreement* – PSA).

Acerca dos esforços de padronização dos modelos contratuais utilizados na indústria do petróleo em todo o mundo é importante destacar o papel da Associação Internacional dos Negociadores de Petróleo – AIPN, (*Association of International Petroleum Negotiators*), entidade criada em 1982, com sede nos EUA. Composta por aproximadamente 2700 (dois mil e setecentos) membros de mais de 85 (oitenta e cinco) nacionalidades, a AIPN disponibiliza aos seus associados modelos padrões de diferentes contratos utilizados na indústria do petróleo, especificamente no *upstream* e no *midstream*, elaborados com a colaboração de profissionais de diferentes países⁴⁰³.

Por fim, a despeito do grau de aceitação da minuta da AIPN, fruto de intenso trabalho para o qual cooperam profissionais da indústria de todo o mundo, compartilhamos da mesma conclusão de Marilda Rosado, cuja transcrição segue em destaque:

Independentemente do grau de aceitação da minuta da AIPN, como base universal para negociações, ela foi resultado de um trabalho sério e abrangente, cujo propósito consistiu em dar o devido dimensionamento a possíveis opções nas diversas cláusulas do JOA, bem como permitir às partes a avaliação de seu valor econômico e de seu impacto no restante do contrato. Com sua adoção, é possível superar o empirismo e o casuísmo que, por vezes, podem presidir a estratégia de aceitação e negociação de alterações de cláusulas. Por outro lado, as negociações podem incluir e beneficiar-se, no seu preparo e estratégia, de um material que consolida uma experiência analítica de peso. Isto porque contribuem para o Comitê de Revisão, negociadores e advogados de diferentes empresas de petróleo, de escritórios de advocacia do ramo, bem como representantes de governos de países hospedeiros. Para as empresas, a participação na AIPN tem se revelado um investimento de bom retorno, quando se compara o número de horas anteriormente despendido com negociações, ora encurtadas pelos textos básicos de ampla aceitação.⁴⁰⁴

O tratamento tributário conferido à *joint venture* depende da forma como ela se organiza, pois terá tratamento diferenciado conforme constitua personalidade jurídica própria ou não. Se a *joint venture* é constituída sob a forma de sociedade anônima, que lhe atribui personalidade jurídica diversa das pessoas que se uniram, a tributação dar-se-á da maneira usualmente empregada para tributar as pessoas jurídicas em geral. Tratamento diverso, porém, possui a *joint venture* constituída sob a forma de consórcio, pois não há composição de uma nova pessoa jurídica. Não obstante, o consórcio deve ser obrigatoriamente inscrito do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), mas essa inscrição não tem outro sentido senão o de proporcionar o devido controle fiscal dos seus fluxos financeiros.

⁴⁰³ ROSA, Alberto Lopes da. **Os Joint Operating Agreement sob a ótica dos contratos empresariais.**

Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=134dd796229f80f2>>, p. 16. Acesso em 20 set. 2015.

⁴⁰⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo.** Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 266.

O direito tributário costuma tratar diferentemente determinadas pessoas, conforme interesse à arrecadação, adotando atitude diversa do direito comum quanto a um mesmo instituto. Isso ocorre porque uma mesma relação jurídica pode ser valorada de uma forma para efeitos fiscais e de outra para outros efeitos.

O direito fiscal trata como pessoas jurídicas relações que para a generalidade dos efeitos de direito não o são, como as filiais de sociedades estrangeiras e as empresas individuais, e outra vez despreza a personalidade jurídica com que a lei dotou certas relações para a generalidade dos efeitos, quando desconsidera a personalidade jurídica das sociedades para tributar exclusivamente os sócios. É dessa concepção que surge o conceito de personalidade tributária como a suscetibilidade de ser sujeito da relação jurídica tributária⁴⁰⁵.

Assim, interessa apurar se as *joint ventures* constituídas sob a forma de consórcio possuem ou não personalidade tributária, ou seja, se são ou não sujeitos da relação tributária e se esse mesmo tratamento na relação tributária pode ser observado na responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas para fins de sancionamento administrativo pela Lei Anticorrupção. Para tanto, deve-se observar que apenas o consórcio regular terá o tratamento que passaremos a expor, vale dizer, apenas a associação de sociedades que possuam as características peculiares ao consórcio, a saber, a transitoriedade, a especificidade e a ausência de personalidade jurídica. É preciso que as sociedades tenham se unido com o escopo de realizar um determinado empreendimento comum, e que sua reunião seja limitada à realização deste empreendimento; não sendo observadas essas características, o consórcio será equiparado, para fins tributários, à sociedade de fato ou irregular.

Os esforços na forma de associação de sociedades empresariais com vistas à execução de empreendimentos conjuntos verificam-se mundialmente e com elevada frequência no setor de E&P. Assim, ao definir claramente o vínculo entre as partes, bem como os respectivos direitos e obrigações, o contrato constituirá um importante instrumento para se atingir o melhor resultado econômico possível. Portanto, a definição do modelo associativo mais adequado para cada situação tem importância ímpar para o sucesso do empreendimento, prevenindo situações de conflito entre as sociedades parceiras.

Os agentes econômicos, para a consecução das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, constituem parcerias empresarias, dentre as quais a formação das *joint ventures* na indústria do petróleo, cujo tema mereceu reflexão, diante da ampla utilização de

⁴⁰⁵ XAVIER, Alberto. **Consórcio: natureza jurídica e regime tributário**. Revista dialética de direito tributário. n. 64.jan/2001. p. 20.

mecanismos de cooperação como uma importante maneira para superação das dificuldades da atividade petrolífera.

Vale repisar que os altos riscos e a necessidade de vultosos investimentos demonstram que a formação de *joint ventures* entre concorrentes, diferentemente do que se daria em outros setores econômicos, é a maneira mais vantajosa, pois além do compartilhamento dos riscos e custos, os parceiros também se beneficiam mutuamente com habilidade, conhecimento e experiência um do outro.

O JOA constitui o regulamento das operações conjuntas de exploração, desenvolvimento e produção realizadas na área de concessão. Possui cláusulas relativas às definições utilizadas no contrato, tais como: data efetiva e vigência, definição do objeto do acordo, operador (designação, direitos e obrigações etc.), comitê de operações (direitos e obrigações, subcomitês, procedimentos de votação etc.), programas anuais de trabalho e orçamentos, regulamento para a execução de explorações exclusivas, regras aplicáveis em caso de inadimplemento, regras aplicáveis às operações de abandono de poços e demais instalações, devoluções obrigatórias e voluntárias de porções de área de concessão, extensão de fases ou períodos do contrato de concessão, cessão de direitos, retirada do acordo, relações entre as partes e recolhimento de tributos e encargos da concessão, informações confidenciais à tecnologia proprietária, definição de força maior, lei aplicável ao mecanismo de resolução de disputas, dentre outras previsões gerais pertinentes. Também inclui na forma de anexo o regulamento dos procedimentos contábeis (*accounting procedure*) a serem observados pelas partes⁴⁰⁶.

As formas de colaboração têm sido amplamente utilizadas na prática empresarial, e a crescente utilização das denominadas *joint ventures* impôs uma especial atenção a esse fenômeno cuja natureza jurídica é eminentemente contratual, visto que o vínculo existente entre as partes não é imperativo, mas voluntariamente assumido. A relação entre as partes nasce do consenso contratual.

Conquanto possam assumir diferentes formas, a depender da maneira em que o vínculo entre as partes será estabelecido, podendo se dar de modo estritamente contratual, por meio da celebração de um acordo de operações conjuntas (o JOA), ou por meio da criação de uma sociedade empresária, cujo controle será compartilhado entre os parceiros, no caso de haver o interesse em uma maior comunhão entre eles, a regra na indústria do petróleo costuma

⁴⁰⁶ BUCHEB, José Alberto. **Parcerias empresariais (Joint Ventures) nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil**. Jus Navigandi, 2007, p. 313. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10187/parcerias-empresariais-joint-ventures-nas-atividades-de-exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas-natural-no-brasil>>. Acesso em: 20 de setembro 2015.

ser a *joint venture* contratual. Um dos principais atrativos é que, nessa modalidade, cada uma das partes detém direitos diretamente sobre o que é produzido (óleo e/ou gás natural).

Também, verificou-se que a veste societária implica maior rigidez, com a formação de uma estrutura mais engessada, que pode ensejar em maiores dificuldades por não se adequar da melhor forma à dinâmica do negócio de E&P. Já o JOA costuma atribuir ao operador uma ampla autoridade para condução das operações, e a regra costuma ser a de que este deve conduzir, gerenciar e ter total controle de todas as operações levadas a cabo sobre a área concedida.

A Lei do Petróleo dispõe que todos os consorciados são solidariamente responsáveis pelos danos e prejuízos decorrentes das operações. Isso significa que a União, a ANP, a sociedade ou qualquer terceiro que sofra um prejuízo decorrente das operações poderá escolher cobrar o valor total do dano de um, de algum ou de todos os consorciados. A regra da solidariedade estabelecida pela lei não pode ser afastada pelas partes, pois a Lei resguarda ao máximo o direito daqueles que porventura sofram danos decorrentes das operações.

Merece relevo o fato de que, nesse caso, a sistemática da atividade empresarial é diferente, pois, tipicamente, tais restrições não são aplicáveis a contratos de natureza associativa. É preciso observar a racionalidade econômica do contrato, especialmente se celebrado entre partes empresárias. No caso do JOA, deve haver ponderação no sentido de que o operador não é remunerado para correr um risco desproporcional aos que correm os demais consorciados. Ele não atua como um prestador de serviço, mas como representante e mandatário de todos os consorciados. O operador conduz as operações em benefício de todos, cumprindo as orientações do Comitê Operacional e sem receber qualquer remuneração por essa atuação.

No tocante às obrigações previstas no JOA, a lógica do instrumento contratual é que todas as partes têm direitos e obrigações, não uma para com a outra, mas sim para com todas as outras – e, sendo assim, o vínculo obrigacional corresponde à hipótese de contrato associativo, em que as prestações das partes convergem para mesmo sentido, objetivando a consecução de um empreendimento em comum, que se traduz no sucesso da fase de E&P, almejando a descoberta comercial e a consequente produção de hidrocarbonetos.

Quanto às *joint ventures*, são figuras típicas do comércio internacional que genericamente representam quaisquer associações corporativas com um objetivo específico e pré-determinado. O consórcio é uma espécie desse gênero, e caracteriza-se por uma forma associativa através da qual duas ou mais sociedades juntam seus esforços para a execução de

determinado empreendimento, sem implicar a constituição de sociedade distinta das consorciadas.

Ressalte-se que a Lei Anticorrupção, para o atingimento dos seus objetivos, se direciona às pessoas jurídicas em geral que pratiquem atos contra a Administração Pública, o que abarca consórcios e as sociedades constituídas sob a forma de *joint venture*. Vale dizer que, para os atos praticados no âmbito do escopo do consórcio, por qualquer das consorciadas, todas as demais responderão solidariamente, independente de beneficiar ou não os demais integrantes do consórcio⁴⁰⁷.

A solidariedade⁴⁰⁸, constante do § 2º do art. 4º da Lei Anticorrupção, decorre da existência de vínculos econômicos estabelecidos entre as sociedades, e tal solidariedade inclusive se dá na imputação da responsabilidade objetiva. No entanto, segundo Benjamin Zylmer, a responsabilização objetiva não tem a abrangência de possibilitar a imposição de sanção sem ao menos ser verificado onexo de causalidade entre determinada conduta e o resultado. E assegura⁴⁰⁹:

Assim, quando se afirma que a solidariedade se estende à sanção de multa, entende-se que a sociedade solidária está somente obrigada a pagar a multa sofrida pela outra sociedade autora do ato ilícito. Não se trata propriamente da aplicação de sanção àquela que não praticou conduta reprovável, mas sim de imputação de solidariedade de natureza civil.

Assim, a Lei Anticorrupção incide diretamente sobre as relações da indústria do petróleo, seja por relações societárias entre as sociedades, seja pela atuação em consórcios, o que oportuniza uma necessidade de se apurar como o direito sancionador da LAC tratará a Petrobras pelo envolvimento da estatal em atos de corrupção. Note-se que não somente a estatal precisaria se envolver em atos de corrupção, mas basta que qualquer sociedade de que participe, cuja relação se estabeleça nos moldes da Lei, o faça.

3.4 A Leitura crítica do Acordo de Leniência: a teoria crítico-estruturalista e as alternativas de intervenção estrutural

⁴⁰⁷ ZYMLER, Benjamin. DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 44.

⁴⁰⁸ Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. [...]§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

⁴⁰⁹ ZYMLER, Benjamin. DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 41.

A escolha da teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial como referencial teórico da pesquisa decorre do assentimento à concepção de que é possível crer em um direito organizador da sociedade e transformador de suas estruturas⁴¹⁰, assim como se utiliza do arcabouço teórico como paradigma para a análise crítica da Lei Anticorrupção – contexto normativo em que se insere o Acordo de Leniência – cujo propósito é o de preservar o patrimônio público nacional e estrangeiro de condutas atentatórias perpetradas pelas pessoas jurídicas aos princípios informadores do regime jurídico administrativo e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil⁴¹¹.

Nesse sentido, a análise das causas ensejadoras da inserção do Acordo de Leniência no microssistema anticorrupção brasileiro e das suas consequências adversas merece um estudo crítico, pois impositivos legais dogmáticos nem sempre são capazes de fornecer resposta adequada às rápidas mutações do direito, sobretudo no caso do objeto de pesquisa, uma vez que trazem o perigo de aplicação livre e arbitrária da norma⁴¹².

O atendimento de influências externas ao Direito, advindas principalmente de demandas econômicas da globalização, especialmente por *soft law*, com a consequente internalização de tais demandas no ordenamento jurídico – pretensamente para o combate à corrupção –, se operacionalizou com falhas estruturais internas que conflitam com o Direito Comercial, com interesse público primário (de satisfação de necessidades coletivas) e com o interesse público secundário, que fundamentalmente se liga à noção de interesse do erário (interesse do próprio Estado), sob uma perspectiva funcional e crítica⁴¹³.

O escopo da Lei Anticorrupção inequivocamente lastreado na supremacia do interesse público (secundário)⁴¹⁴ estabelece, com imperfeições e lacunas, o sancionamento das

⁴¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 254.

⁴¹¹ ZOCKUN, Maurício. **Comentários ao Art. 1º**, p. 15-21. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord). **Lei Anticorrupção Comentada**. Ed. Forum: Belo Horizonte, 2017, p. 15.

⁴¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 175. A reflexão se orienta na abordagem de Calixto Salomão, ao tratar do conjunto de capacidades, decorrentes da existência da organização societária que constitui “o conceito de personalidade jurídica, que assume aquele caráter pluralístico, necessário à obtenção do equilíbrio entre os impositivos dogmáticos nem sempre capazes de fornecer resposta adequada às rápidas mutações do direito societário, e aqueles pragmáticos, que trazem consigo o perigo de aplicação livre e arbitrária das normas.”

⁴¹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do Direito Administrativo: O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 101.

⁴¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do Direito Administrativo: O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 100-101. Sobre interesse público primário e secundário, Rafael Oliveira expõe: A doutrina clássica, embora nem sempre de forma explícita, inspira-se na distinção entre interesse público “primário” e “secundário”, para proclamar a superioridade do interesse público primário sobre o

peças jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública e, ao pretender fazê-lo, insere toda a seara empresarial em um verdadeiro quadro de insegurança jurídica, resultante das imperfeições decorrentes da norma, que conflita com o arcabouço normativo preexistente à vigência da Lei e afeta os interesses empresariais e da coletividade.

Ao tratar do interesse patrimonial do Estado, Luiz Roberto Barroso defende que o interesse da pessoa jurídica – União, Estado ou Município – não desfruta de nenhuma supremacia; vai disputar e ser ponderado com o interesse privado, pois atender a um direito fundamental privado contra um interesse público será prestigiar os valores constitucionais, de modo que a lógica autoritária da supremacia do poder público sobre um indivíduo já não prevalece. E acrescenta⁴¹⁵:

A única supremacia que se admite no estado democrático é a supremacia do interesse público primário, que identifica os valores constitucionais. A supremacia do interesse público sobre o direito privado ainda vale, desde que o estado seja o protagonista dos direitos constitucionais ou de interesses constitucionais.

Emerson Gabardo, em contraponto, assinala que a doutrina minoritária é crítica ao princípio da supremacia do interesse público, fruto de uma tendência que vem sendo compartilhada por vários autores do Direito Público contemporâneo, ainda que nem sempre com os mesmos fundamentos⁴¹⁶.

Ocorre que, como já mencionado, o Acordo de Leniência foi inspirado no consagrado Programa de Leniência norte-americano, conforme consta do Manual de Responsabilização Administrativa da Pessoa Jurídica da Controladoria-Geral da União, e o revés está justamente na tentativa de transposição de um modelo sem a harmonização do instituto às especificidades do modelo constitucional de organização do Estado brasileiro.

Nessa perspectiva, Calixto Salomão avalia que o transplante e, principalmente, a modelagem de processos de desenvolvimento, a partir da experiência de economias desenvolvidas, não é só teoricamente equivocado como também carece de base de sustentação

interesse privado. Explica o autor que, enquanto o interesse público primário pende-se à ideia de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar), o interesse público secundário seria o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção do interesse do erário.

⁴¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

⁴¹⁶ GABARDO, Emerson. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017, p. 104. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437/33212>>. Acesso em 12 jan. 2018. O autor relaciona, entre os críticos da supremacia do interesse público: Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binbenojm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier.

empírica⁴¹⁷. Essa lógica se aplica para o caso de processos legislativos, pois as estruturas e os desafios específicos exigem compreensão e tratamento diferenciados.

Assim, deve-se ter em vista que as condutas ilícitas perpetradas contra a Administração Pública pelas pessoas jurídicas – expressão que abarca todas as sociedades empresárias – e o respectivo ajustamento de conduta dessas pessoas jurídicas, pela Lei Anticorrupção, se perfaz através do Acordo de Leniência, tema central da pesquisa, que tem relação intrínseca com a responsabilização das pessoas jurídicas e com a sujeição irrestrita da atuação empresarial aos riscos de um processo legislativo sem lastro teórico e sem observância do Direito Constitucional e Comercial, em detrimento da segurança jurídica e do interesse público⁴¹⁸.

Vale observar as palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao pronunciar o princípio da segurança jurídica⁴¹⁹:

Ainda que o homem possa viver sob injustiças, e as tem suportado imemorialmente, será sempre necessário um mínimo de segurança para a existência de uma sociedade e para que esta sociedade logre com o progresso.
Trata-se, portanto, a segurança jurídica, de um *megaprincípio* do Direito, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa o princípio da confiança legítima, o princípio da boa-fé objetiva, o instituto da presunção de validade dos atos do Poder Público e a teoria da evidência.

Ora, o abalo da segurança jurídica conjugado com o aumento do risco da atividade empresária é um problema a ser enfrentado, já que reduz a capacidade do sistema jurídico de regular com equilíbrio os interesses sociais envolvidos, pois introduz uma insuficiência, uma desestabilização no sistema.

É importante sublinhar que o quadro de eficiência social é diretamente proporcional à adequada compatibilização do funcionamento dos mercados com o interesse público. Isto posto, é forçoso reconhecer que a atual estrutura dos Acordos de Leniência, juntamente com o sancionamento administrativo – sem parâmetros claros e determinados – da Lei Anticorrupção inviabilizam o funcionamento estável do mercado.

Essa perspectiva se relaciona com a concepção de Calixto Salomão, que discorre ser “preciso então identificar quais são as razões lógico-funcionais que impedem o

⁴¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 57.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 207. Para Calixto Salomão a definição de interesse público é multifacetada – ora política, ora econômica –, não permitindo que a mesma seja colocada em termos precisos. Aliás, a experiência prática põe em sérias dúvidas a existência de um conceito – verdadeiro e coerente – de interesse público para fins de intervenção do Estado na economia.

⁴¹⁹ **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p.79.

funcionamento dos mercados. A partir dessa constatação será possível tirar as consequências jurídicas dessa situação”⁴²⁰.

Ao considerar a edição dos atos da Administração e o nível de densidade normativa de que dispõe a Administração Pública, Alexandre dos Santos Aragão assim se pronuncia:

Preliminarmente, devemos destacar que pouca divergência há quanto à necessidade de base legal para a Administração Pública editar os seus atos concretos, unilaterais e bilaterais, e normativos. As discussões se centram no nível de densidade normativa que essas leis devem possuir para outorgar poderes à Administração; ou seja, até que ponto a lei deve preestabelecer os conteúdos dos atos a serem expedidos infralegalmente pela Administração Pública; até que ponto pode conferir liberdade (sempre limitada) à Administração Pública para definir direitos e obrigações. Trata-se de identificar o âmbito em que a Administração Pública pode optar por tal ou qual medida, âmbito este de faculdade e poder que é reconhecido, querido e determinado pela lei⁴²¹.

A inquietação que se apresenta é justamente com os efeitos deletérios da norma na sua interpretação e, ao fazê-lo, apresentar uma solução apta a eliminar a desestabilização que se estabeleceu e tornar funcional o instituto do Acordo de Leniência para a organização do tecido social, pois é ao direito que cabe criar os instrumentos para influir em estruturas de relação interpessoal e intersocial.⁴²² Nessa acepção, Calixto Salomão prescreve:

A questão não é, portanto, de conteúdo material das normas, mas sim de sua capacidade procedimental de organizar e reger as relações em sociedade. Ausente ou desinteressado o direito, as relações sociais e os interesses nela envolvidos serão organizados (ou desequilibrados) pelas relações de poder. Poder e direito são, portanto, mutuamente excludentes como elementos relevantes para a organização social.⁴²³

Sobrevém que se está a avaliar a ponderação da real prevalência do interesse público na previsão de um sancionamento administrativo desmedido e irrestrito das sociedades empresárias – inclusive das estatais que atuam no regime de competição –, bem como da função social da empresa, pois a história da indústria petrolífera do Brasil se confunde com a criação da Petrobras, sociedade estatal de economia mista⁴²⁴ que alavancou a exploração de hidrocarbonetos e da qual a indústria do petróleo é dependente.

⁴²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 37.

⁴²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As boas práticas da indústria do Petróleo como o eixo da regulação do setor. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 238, p. 283-300, out. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44083>>. Acesso em: 12 mar. 2018. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v238.2004.44083>>.

⁴²² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 261-263.

⁴²³ Ibidem, p. 256.

⁴²⁴ BARROSO, Luiz Roberto. **Regime Jurídico da Petrobras, Delegação Legislativa e Poder Regulamentar: Validade Constitucional do Procedimento Licitatório Simplificado Instituído pelo Decreto N° 2.745/98**. Conjur. Parecer. 2006. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-luiz-roberto-barroso-procedimento.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2016, p. 6. Segundo Luiz Roberto Barroso, o regime jurídico das

Por conseguinte, a análise do exercício de atividade empresarial pelo Estado merece uma reflexão acerca das questões que envolvem seu relacionamento contratual com sociedades privadas, particularmente no caso da sociedade de economia mista e da empresa pública em que o Estado detenha alguma forma de influência societária relevante, sem perder de vista a conjugação das obrigações societárias com as sociais.

A atuação empresarial do Estado, diante da previsão do ordenamento jurídico brasileiro, pode ocorrer por meio de diversos instrumentos societários, submetidos aos respectivos enquadramentos jurídicos. Sendo assim, o diagnóstico proposto é do exercício de atividade empresarial pelo Estado, visando a uma reflexão acerca das questões que envolvem seu relacionamento com os entes privados; especialmente no caso da sociedade de economia mista e da empresa pública.

O recurso à forma societária para organizar o exercício de funções próprias da Administração Pública pode abranger tanto a prestação de serviços públicos quanto a exploração de atividade econômica. No caso de exploração econômica, a atuação do Estado ocorre obrigatoriamente por intermédio de empresa pública ou de sociedade de economia mista. Não obstante eventuais posicionamentos no sentido de defender que a fórmula societária híbrida⁴²⁵ envolve uma contradição insuperável entre o interesse público tutelado pelo Estado e a finalidade lucrativa motivadora da participação acionária privada, a definição constitucional autoriza a coexistência da busca do interesse público com a finalidade lucrativa das estatais.

Logo, estão fora desta análise as sociedades vinculadas ao Estado pela concessão ou permissão de serviços públicos, simplesmente porque não se encontram na seara da atuação empresarial do Estado, mas sim deste exercendo a fiscalização da atividade econômica exercida por particulares. Também não serão especificamente abordadas as sociedades objeto de investimento por parte dos fundos de previdência complementar das empresas estatais, a despeito da existência de grande influência do Estado neles, pois não se observa qualquer vínculo societário para o exercício dessa influência.

sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas pode ser descrito como híbrido. De um lado, elas integram a Administração Pública e sujeitam-se aos princípios e regras constitucionais a ela aplicáveis; de outro, foram criadas como pessoas jurídicas de direito privado exatamente para se valerem das regras típicas das empresas privadas, ganhando em agilidade para a realização do fim público a elas cometido. Assim, e considerando o regime jurídico típico da Administração Pública, não há dúvida de que as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica têm um regime jurídico distinto.

⁴²⁵ A palavra híbrida é utilizada no sentido da coexistência do interesse público tutelado pelo Estado com a exploração de atividade econômica nas estatais, pois é difícil encontrar uma “dosimetria” que aponte o equilíbrio dessa coexistência.

Vale destacar que o artigo 173, §1º, inciso I, da CR reconhece expressamente que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica são igualmente portadoras de uma função social, devendo o assunto ser objeto de lei instituidora do estatuto jurídico dessas entidades, a Lei nº 13.303/2016⁴²⁶.

A experiência brasileira em relação à companhia mista, combinando controle estatal e capitais privados, remonta a criação do Banco do Brasil, em 1808. Na história mais recente, o modelo da sociedade de economia mista ressurgiu com a Companhia Siderúrgica Nacional, criada em 1941 por iniciativa do governo de Getúlio Vargas, com o propósito de desenvolver a indústria siderúrgica nacional. A ata da assembleia geral de constituição da companhia destaca a nova estrutura societária, lembrando que a personalidade jurídica de direito privado permite maior agilidade de gestão, sem retirar do governo a prerrogativa da orientação estratégica do empreendimento⁴²⁷, oferecendo-se ainda oportunidade segura de investimento à poupança popular. O mesmo formato foi adotado na criação da Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A. –, em atenção à Lei nº 2.004, de 1954, com ênfase na participação privada no capital, através da subscrição compulsória de obrigações conversíveis em ações preferenciais.

O recurso à forma societária para organizar o exercício de funções próprias à Administração Pública pode abranger tanto a prestação de serviços públicos quanto a exploração de atividade econômica. Neste último caso, a atividade econômica pode ter caráter monopolista, ou estar sujeita à livre iniciativa e ser exercida em regime de competição com o setor privado. Enquanto na prestação de serviço público existe a liberdade de escolha do modelo organizacional (prestação centralizada ou descentralizada sob forma autárquica, fundacional ou empresarial), na exploração econômica a atuação do Estado ocorre obrigatoriamente por intermédio de empresa pública ou de sociedade de economia mista.

3.4.1 A atuação empresarial do Estado sob a ótica do interesse público e social

A companhia controlada pelo Estado atua em equiparação à sociedade privada quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. A regra possui índole constitucional e visa a assegurar condições igualitárias de competição entre sociedades

⁴²⁶ A Lei nº 13.303/2016 dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁴²⁷ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: Função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas, 2013, pg. 205.

estatais e privadas que disputam o mesmo mercado⁴²⁸. Tal intenção niveladora é encontrada na regra contida no §2º do artigo 173 da CRFB, que veda à empresa pública e à sociedade de economia mista o gozo de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado. Consolidou-se, no campo doutrinário e jurisprudencial, o entendimento de que a vedação constitucional somente seria aplicável à companhia que atua em regime de competição com o setor privado; já a empresa pública, que presta serviço público na condição de delegatária do Estado, estaria ao abrigo da imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, VI, "a", da Constituição da República.

Vale frisar que há quem defenda que a fórmula societária híbrida envolve uma contradição insuperável entre o interesse público tutelado pelo Estado e a finalidade lucrativa motivadora da participação acionária privada, posicionamento do qual se discorda. Tal posição prega o declínio irremediável da companhia mista e a ascensão da empresa pública controlada totalitariamente pelo Estado como alternativa menos conflituosa para realização de investimentos públicos, sem comprometer a flexibilidade de gestão.

O tratamento diferenciado em função da natureza da atividade exercida (se prestação de serviço público ou se exploração econômica) tem fundamento na interpretação limitadora do artigo 173, §1º, da Constituição da República, que prevê a edição de lei de alcance para estabelecer o estatuto jurídico das empresas estatais "que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços", que ficarão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas⁴²⁹. O Supremo Tribunal Federal havia decidido, naquele momento, que o dispositivo não alcançava a empresa estatal prestadora de serviço público, o que significava equipará-la a uma autarquia.

A natureza autárquica poderia fazer sentido para a empresa pública unipessoal que, como veremos adiante, presta serviço público de competência do ente controlador, pois a situação é em tudo equivalente à prestação direta pelo Estado, tornando justificável o benefício da imunidade.

A Constituição da República utiliza as expressões "empresa pública" e "sociedade de economia mista" em diversas passagens, embora não as defina diretamente. Portanto, a respectiva noção jurídica deve ser construída levando-se em conta o conjunto de normas constitucionais e legais aplicáveis a essas entidades. Daí resulta que a caracterização da sociedade de economia mista pressupõe o concurso de dois elementos essenciais, sendo um

⁴²⁸ Art. 173 da CRFB.

⁴²⁹ Vale registrar que em 30 de junho de 2016 entrou em vigor a Lei nº 13.303, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

formal – a existência de autorização legislativa para constituição da companhia –, e outro substancial: a titularidade do controle acionário por pessoa jurídica de direito público.

As definições de empresa pública e de sociedade de economia mista constam do Decreto-Lei Federal nº 200, de 1967, alterado pelo Decreto-lei nº 900, de 1969, que reorganizou a Administração Pública federal, tendo como elementos comuns: (i) criação autorizada por lei; (ii) personalidade jurídica de direito privado; (iii) patrimônio próprio; (iv) forma societária; e (v) exploração de atividade econômica. O traço distintivo reside no fato de a empresa pública ter como único acionista a União, enquanto na sociedade de economia mista apenas a maioria do capital votante deve pertencer à União ou a entidades da Administração Indireta. Tais disposições são aplicáveis exclusivamente no plano federal, com o objetivo de identificar as entidades sujeitas ao regime jurídico próprio da Administração Indireta dessa esfera de governo.

As empresas estatais desempenham um papel considerável no Brasil. Existem cerca de cento e quarenta e uma estatais no país, com receitas da ordem de 5% do PIB. No Brasil, as posições gerenciais das estatais têm sido preenchidas por indicações políticas, na maioria das vezes, o que tende a afetar a qualidade da administração e da governança e, no nível estadual, os partidos políticos têm grande influência sobre as estatais locais⁴³⁰.

Contudo, o recurso à forma societária não constitui prerrogativa exclusiva da União, sendo também admitido pelos Estados e Municípios. A lei estadual ou municipal que autoriza a constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista deve aceitar integralmente o modelo previsto na Lei nº 6.404/76, não lhe sendo facultado alterar as normas de ordem pública previstas para melhor adequá-las às peculiaridades locais.

Sob a ótica do Direito Constitucional e Administrativo, toda sociedade cuja maioria do capital votante pertença, direta ou indiretamente, à pessoa jurídica de direito público, independentemente de sua constituição ter sido precedida de lei autorizativa, é considerada parte integrante da Administração Pública, ficando subordinada a alguns ditames constitucionais também aplicáveis ao conjunto do setor público: (i) princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput, CRFB); (ii) submissão ao controle externo do Tribunal de Contas (art. 71, II, CRFB); (iii) exigência de concurso público para admissão de pessoal (art. 37, II, CRFB), e (iv) contratação mediante processo licitatório (art. 37, XXI, CRFB). O critério de enquadramento é meramente formal, na medida

⁴³⁰ OCDE. **Relatórios Econômicos OCDE: Brasil, 2018**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018, p. 33.

em que leva em conta apenas o quantitativo da titularidade acionária e não o efetivo exercício do poder de controle.

A primeira das formas societárias de atuação empresarial do Estado a se observar é a da chamada empresa pública. O termo somente foi juridicamente conceituado no ordenamento brasileiro com o advento do Decreto-Lei nº 200/67, acima mencionado, é o mesmo que implantou a reforma administrativa federal brasileira. A norma define, em seu artigo 5º, inciso II, a empresa pública como:

Entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de administração indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito.

Posteriormente esse conceito legal foi alterado pelo Decreto-Lei nº 900/69, que em seu artigo 1º passou a conceituar as empresas públicas como:

Entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica, que o Governo seja levado a exercer por força de contingência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito.

Adicionalmente, ao conceito se aderiu o disposto no artigo 5º do mesmo Decreto-Lei nº 900, que determina que “desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública (artigo 5º, II, do decreto lei nº 200, de 1967), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Os textos legais acima mencionados foram recepcionados pela Constituição da República de 1988, que adicionou ao conceito de empresa pública as definições estabelecidas nos artigos 37, inciso XIX, e 173⁴³¹. Por certo, pode-se depreender das definições legais

⁴³¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; [...]. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º - A lei

reproduzidas que se trata de pessoa jurídica de direito privado, criada por lei específica, cujo capital é formado exclusivamente mediante contribuição do Estado, sendo possível admitir a figura da empresa pública unipessoal, ou da empresa pública federal com contribuição de outros entes da administração pública, desde que a maioria do capital votante permaneça sob o controle da União.

O teor do artigo 173 estabelece que o Estado poderá constituir empresa pública, sem fazer distinção entre as esferas federal, estadual, distrital e municipal, embora o Decreto-Lei nº 200/67 disponha apenas acerca da criação de empresa pública pela administração federal. Não haveria impedimento para que os governos estaduais, distrital e municipais também as estabelecessem, sob o mesmo regime jurídico. A conciliação do disposto no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, com o previsto nos artigos 173, inciso II, da Constituição Federal e no artigo 983 do Código Civil, as empresas públicas podem se revestir de qualquer das formas admitidas para exercer a atividade empresária. No entanto, à exceção da sociedade anônima, os demais tipos societários, mercê de suas peculiaridades muito específicas (que não se coadunam com os princípios de ação estatal), não parecem ter qualquer perspectiva no sentido de utilização pelo Estado para constituição de empresa pública unipessoal⁴³².

Dentre os aspectos relevantes no estudo da empresa pública unipessoal, está o relacionado à obtenção de lucro com a atividade empresarial. Uma análise elementar do conceito de sociedade empresária nos remete à celeuma doutrinária quanto aos objetivos essenciais da atividade empresarial visar à obtenção de lucro, se confrontada com o alcance de resultados que não tenham um conteúdo econômico-financeiro.⁴³³

regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

⁴³² N. DE LUCCA, **Regime Jurídico da Empresa Estatal no Brasil**. Tese de Livre Docência, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 92. De se notar que, atualmente, não há nenhuma empresa pública federal constituída sob forma diversa da de sociedade por ações, é o que se extrai da publicação *Perfil Das Empresas Estatais Federais*, Editado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Secretaria Executiva – Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/perfil_empresas_estatais/2009/Perfil_Final.pdf>, consultado em 05 de outubro de 2015.

⁴³³ *Ibidem*, p. 45-46. Palavras do autor: “Estamos absolutamente convencidos, de nossa parte, de que a discordância entre os ilustres autores seja apenas aparente, residindo provavelmente no diferente significado atribuído à expressão lucro. É evidente que podem existir – e existem, realmente – empresas que não foram criadas para obtenção de lucro entendido este, segundo vimos, como “a diferença entre o valor presente dos fluxos positivos (benefícios) e o valor presente dos fluxos negativos (custos). [...] Mas é igualmente certo que, mesmo em tais empresas, existe um outro tipo de “lucro”, se se quiser insistir no emprego dessa expressão, ou mais propriamente de um “resultado”, que satisfaz as mais variadas formas de interesse empresarial. Daí a nossa afirmação de que a retrotranscrita discrepância é, na verdade, apenas aparente. Pode haver empresa sem

É necessária uma avaliação dessa questão, pois, no Brasil e em diversos países do mundo, um dos principais motivos para o início do processo de privatizações foi justamente o agravamento do endividamento público causado pelos investimentos “a fundo perdido” nas empresas estatais. Sendo assim, deve-se refletir sobre duas indagações: (i) qual seria o propósito de se criar na administração pública indireta uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista para explorar atividade econômica com fundamento no imperativo de segurança nacional e no relevante interesse coletivo?; e (ii) caso seja importante a criação de uma nova entidade na administração pública indireta para explorar atividade econômica com fundamento no imperativo de segurança nacional e no relevante interesse coletivo, não seria o caso da criação de uma autarquia? Certamente, a análise criteriosa somente poder-se-ia ocorrer mediante o caso concreto.

Dá-se que, no caso das estatais, o objetivo há de ser sempre o de alcançar a finalidade pública que justifica a sua criação. Mas não é possível descuidar de garantir, por meio da obtenção de lucros, a sustentabilidade financeira da companhia no longo prazo. É que se corre o risco de, ao privilegiar a busca por um interesse específico, ser o Estado obrigado a aplicar recursos que poderiam estar investidos na persecução de outros interesses coletivos.

Nesse sentido, há correntes na doutrina que sustentam que a empresa pública unipessoal deve ter uma finalidade lucrativa, necessária para a subsistência da empresa, na medida em que seria um meio inevitável para alcançar o fim social que justificou a sua criação⁴³⁴. De fato, ao contrário dos particulares, a perspectiva do Estado acionista deve ser a de visar uma lucratividade voltada para autopreservação da empresa que viabilize, no longo prazo, a atividade. Obviamente, tal lucratividade pode ser menor e diferida no tempo, pois a saída da empresa estatal do mercado dificilmente será enxergada em um médio ou curto prazo.

Além da constituição de sociedade unipessoal pelo Estado para o exercício de atividade empresarial, tal atuação estatal também pode se dar em associação com entes particulares. Assim, observada a ressalva feita a respeito da restrição do estudo a duas sociedades em que o Estado possua instrumentos para influenciar de maneira relevante a

finalidade lucrativa, mas não há empresa que não tenha por fim a obtenção de um resultado, seja este econômico-financeiro ou não. “

⁴³⁴ Entre todos, confira-se V. H. DE MELLO FRANCO, que afirma que “*Na empresa pública a realização do interesse público é impositiva, a finalidade lucrativa é admitida, enquanto necessária para a subsistência da empresa e enquanto meio para realizar aquele fim*” (*Grupos Econômicos sob controle estatal, Conflito de Interesses (A norma do artigo 238 da lei das S.A. Aplicação. Limites.)*), Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982, p. 183). Em igual sentido, G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 12ª edizione, Torino, UTET, 2006, p. 304.

condução dos negócios sociais, deve-se perquirir os objetivos da sociedade de economia mista, que conjuga a participação acionária do Estado e de particulares.

De maneira mais específica, a sociedade de economia mista, organizada sob o modelo formal de sociedade anônima e criada por lei específica, é aquela em que há a conjugação de capitais do Estado e de particulares, observada a relação de superioridade do Estado acionista frente ao particular, preservando ao Estado a gestão da companhia.

Eros Grau identifica quais seriam os três traços fundamentais de uma sociedade de economia mista: (i) a criação por lei específica; (ii) a contribuição pecuniária realizada de maneira conjunta pelo Estado e pelo investidor particular; e (iii) a necessidade de ser ela formalmente adequada ao tipo sociedade por ações. Essa configuração societária é definida pela preocupação com a capacidade de investimento do empreendedor privado, bem como com a recorribilidade ao recurso popular para o desenvolvimento de objetivos do Estado.

Vale dizer, a companhia é estabelecida segundo o modelo formal de sociedade anônima e marcada pela conjugação de capitais públicos e privados, apesar de o Estado, inquestionavelmente, assumir uma posição de superioridade em relação aos demais acionistas. O reflexo disso no âmbito da gestão da sociedade é que o investidor privado não é visto de forma legítima para interferir em questões administrativas que passam a ser de titularidade estatal. Dessa maneira, o poder de controle fica com o ente público, que permanece isolado no direcionamento da sociedade, solicitando a participação do particular apenas através da captação de seus recursos financeiros.

A Lei Federal nº 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), dedicou um capítulo inteiro ao assunto, com normas derogatórias do regime comum aplicável às demais companhias (capítulo XIX, artigos 235 a 242). No entanto, não fez nenhuma referência expressa à figura da empresa pública, o que denota a preocupação primordial de regular a convivência entre acionista controlador público e acionistas minoritários privados, e não propriamente o funcionamento da sociedade unipessoal controlada pelo poder público.

A pluralidade qualitativa de sócios não deve ser vista como condição essencial para a companhia controlada por pessoa jurídica de direito público ficar sujeita ao tratamento diferenciado previsto na Lei nº 6.404/76. É certo que o artigo 5º do Decreto-lei nº 200/67 utiliza a expressão "atividade econômica" para indicar o escopo da empresa pública e da sociedade de economia mista, o que, à primeira vista, não incluiria a prestação de serviço público.

Todo empreendimento estatal é inspirado por algum objetivo estratégico, que vai além da intenção de mera obtenção de recursos ao erário, mesmo quando se trata de exploração de

monopólio governamental. A natureza do interesse patrocinado pela companhia vinculada ao Estado pode variar no tempo e no espaço, conforme se observe a convivência difícil do interesse público com o privado no âmbito da sociedade anônima. Vale destacar que essa dificuldade de convivência é apontada como um aspecto responsável pela crise do modelo de empreendimento compartilhado.

Para uma abordagem sistemática do assunto, é preciso reconhecer inicialmente que a finalidade pública inerente à empresa estatal possui nuances distintas, conforme se trate de prestação de serviço público ou de exploração de atividade econômica em ambiente concorrencial⁴³⁵. No modelo constitucional brasileiro, não existe hipótese jurídica de a companhia controlada pelo Estado guiar-se exclusivamente pelos impulsos de mercado e de forma desvinculada do interesse público que lhe é peculiar⁴³⁶.

Conforme avalia Mário Engler, a incidência da regulação externa sobre a empresa estatal prestadora de serviço público não tem o condão de esvaziar o interesse público societário, mesmo dentro dos limites do marco regulatório imposto, pois sempre haverá espaço para a empresa comportar-se de forma distinta de suas congêneres privadas. Assinala que em razão de seu diferencial finalístico, a companhia mista pode tomar a iniciativa de propor ao regulador medidas que considere mais adequadas à proteção do interesse público, ainda que em detrimento da maximização de lucros, como a prática voluntária de tarifa reduzida por razões de interesse público, quando o regulador estabelece apenas o teto, sem proibir a cobrança inferior⁴³⁷.

⁴³⁵ A essência da atuação empresarial do Estado será sempre redutível ao interesse público, conforme esclarece Eros Roberto Grau: "Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social. Daí por que diremos que, ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de imperativo da segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao interesse social, o Estado desenvolve serviço público. Detida atenção dedicada a essa circunstância permitirá ao estudioso do Direito Brasileiro observar que são distintos entre si o interesse coletivo e o interesse social, ainda que ambos se componham na categoria interesse público" (GRAU, Eros Roberto. *Constituição e serviço público*, p. 257).

⁴³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Modalidades de Intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico.** Temas de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 406. Luís Roberto Barroso chama atenção para o risco de perda de identidade da sociedade de economia mista que concorre com o setor privado: Nada obstante, não se deve supor que qualquer sociedade de economia mista, como criatura estatal, possa existir descompromissada do interesse público que é relevante assinalar, à vista dos comandos constitucionais aplicáveis, é que se estabeleceu melhor forma de atender ao interesse público, em certo contexto, era dar a tais sociedades mobilidade e a liberdade de atuação de uma empresa privada. Não há, assim, uma abdicação do interesse público pela adoção de um regime privado, mas a eleição de um meio específico de atuação para satisfação das finalidades estatais.

⁴³⁷ JUNIOR, Mário Engler Pinto. **O Estado como acionista controlador.** 2009. 517 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em:

Mário Engler ainda pondera que a empresa estatal pode decidir pela realização de investimentos que acelerem a universalização do serviço público, mesmo que não haja incentivo econômico para tal, e que, no caso de sociedade de economia mista, não há impedimento que vá além do exigido pelo regulador para o atendimento do interesse público e para melhoria do bem-estar dos usuários, mesmo que para isso seja necessário abrir mão de parcela da rentabilidade das operações⁴³⁸. Nesse mesmo sentido, Calixto Salomão Filho considera que a autorização para exercício de atividade considerada monopólio estatal, ou para exploração de bem público, também pode ficar condicionada ao atendimento de certos pressupostos de interesse público⁴³⁹.

No que concerne às atividades privadas regulamentadas e exercidas por empresas estatais – presentes os requisitos do artigo 173 da Constituição da República (relevante interesse coletivo ou motivo de segurança nacional) –, a proteção do interesse público também se faz presente mediante a exclusão da possibilidade de aplicação da Lei Falimentar, Lei nº 11.101/05 a empresas públicas e sociedades de economia mista, já que a falência implica a dissolução da pessoa jurídica devedora – o que, no caso da sociedade de economia mista, comprometeria a consecução do interesse público, pois o interesse dos credores estaria se sobrepondo ao interesse público societário⁴⁴⁰.

Não é fácil conceituar o interesse público, notadamente aquele relativo à função empresarial do Estado⁴⁴¹. Entretanto, Calixto Salomão ressalta a necessidade de o Direito interferir no funcionamento estrutural-econômico da sociedade e não ser mero instrumento de aplicação e positivação de objetivos econômicos predeterminados, e que o desenvolvimento de uma ideia estruturalista no Direito parece fundamental⁴⁴².

<www.teses.usp.br/teses/.../2/.../publico/VERSAO_COMPLETA_MARIO_ENGLER.pdf>, p. 247. Acesso em 20 mar. 2018.

⁴³⁸ Ibidem, p. 247.

⁴³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 207. Para Calixto Salomão, A definição de interesse público é multifacetada – ora política, ora econômica –, não permitindo que a mesma seja colocada em termos precisos. Aliás, a experiência prática põe em sérias dúvidas a existência de um conceito – verdadeiro e coerente – de interesse público para fins de intervenção do Estado na economia

⁴⁴⁰ JUNIOR, Mário Engler Pinto. **O Estado como acionista controlador**. 2009. 517 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/.../2/.../publico/VERSAO_COMPLETA_MARIO_ENGLER.pdf>, p. 248. Acesso em 20 mar. 2018.

⁴⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**, p. 17. Calixto Salomão Filho dispõe que "A definição de interesse público é multifacetada, ora política ora econômica não permitindo que seja colocada em termos precisos. Aliás a experiência prática põe em sérias dúvidas a existência de um conceito verdadeiro e coerente de interesse público para fins de intervenção do Estado na economia."

⁴⁴² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 59.

A presença de acionistas privados no capital da empresa estatal não altera a natureza e a intensidade do interesse público. A qualidade do interesse público e as estratégias para sua consecução são substancialmente iguais na empresa pública unipessoal e na sociedade de economia mista com participação de investidores privados. A diferença está na forma de conciliar o interesse público com a finalidade lucrativa inerente ao tipo societário ou, mais especificamente, na fixação de um limite ao sacrifício da lucratividade da companhia para o cumprimento de sua missão pública⁴⁴³.

Quando a companhia tem por objetivo a prestação de serviço público e atua como *longa manus* do ente controlador, a presença do interesse público é inerente à própria natureza da atividade exercida. Porém, se tratando de exploração econômica também facultada ao setor privado, o interesse público societário traduz-se no relevante interesse coletivo⁴⁴⁴ ou no motivo de segurança nacional, que justificaram a intervenção estatal⁴⁴⁵ nos termos do artigo 173 da Constituição da República.

As políticas públicas são estratégias adotadas pelas autoridades governamentais visando à consecução do interesse público primário, que se traduz no atendimento de demandas essenciais da coletividade. O foco principal das políticas públicas não é a satisfação do interesse estatal secundário, de conteúdo predominantemente patrimonial ou financeiro.

O conceito de política pública não se esgota na prestação de serviços públicos, mas envolve o exercício das funções de coordenação e fiscalização de agentes públicos. Essa visão pode ser contraposta com argumentos divergentes no sentido de que o grau da impositividade na persecução do interesse público varia conforme se trata de sociedade de economia mista com participação de acionistas privados ou de empresa pública unipessoal, sendo mais acentuado em relação à segunda em razão da ausência de conflito societário⁴⁴⁶.

⁴⁴³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Criação e função social da empresa estatal: a proposta de um novo regime jurídico para as empresas sob controle acionário estatal**, p. 4. A diferença de postura da empresa pública e da companhia mista, em relação ao escopo de lucro, também é apontada por Marcos Juruena Villela Souto. O autor nega à primeira qualquer possibilidade de perseguir a finalidade lucrativa.

⁴⁴⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 221. Para Calixto Salomão, a formação democrática de valores e regras deve ser coletiva. “Coletiva” não significa necessariamente estatal. Pode referir-se a grupos maiores ou menores de pessoas. Isso não significa que esse conhecimento seja teórico, não vindo da prática ou artificial. O Digesto Romano, obra jurídica mais duradoura e influente da história da Humanidade, nada mais é que a compilação estruturada de casos práticos.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 227. Pondera Calixto Salomão que a concepção estrutural da regulação leva não só à preservação da escolha e liberdade econômica individual, mas também ao cumprimento da função social da empresa.

⁴⁴⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Grupos Econômicos sob o Controle Estatal: conflito de interesses** (a norma do artigo 238 da Lei da S.A. Aplicação. Limites). 1982. Tese de doutorado em Direito Comercial. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 183. Segundo a autora: “Na empresa pública a realização do interesse público é impositiva, a finalidade lucrativa é admitida, enquanto necessária para a subsistência da empresa e enquanto meio para realizar aquele fim. Na sociedade de economia mista, contudo, a participação de capitais privados impõe uma atenuação àquele princípio”.

A eficiência macroeconômica costuma ser invocada para refutar a intervenção estatal reequilibradora das relações sociais e econômicas. Contudo, a eficiência não deve ser entendida como um postulado absoluto, desconectado de conteúdo valorativo. Os valores consagrados no ordenamento jurídico podem ser realizados por meio de políticas públicas com viés redistribuidor, mesmo quando impliquem sacrifício da eficiência⁴⁴⁷. Não se pode confinar as opções sobre políticas públicas apenas àquelas que aumentem o bem-estar geral, sob pena de limitar demasiadamente o seu papel no combate à pobreza crônica⁴⁴⁸.

As políticas públicas não objetivam necessariamente atingir o ápice da eficiência econômica, identificada com o "ótimo de Pareto", que corresponde ao estado em que ninguém mais consegue melhorar o seu bem estar individual sem piorar o de outrem. As políticas públicas tampouco se ajustam ao conceito de eficiência Kaldor-Hicks, que admite a transferência de bem-estar entre indivíduos desde que a resultante final leve ao incremento do nível geral de bem-estar, entendido como a somatória das situações individuais⁴⁴⁹. A maximização do bem-estar social não significa a maximização da riqueza total ou da renda média per capita, pois uma economia pode ter elevado índice de eficiência, no sentido de menores perdas do processo produtivo, a despeito da existência de indivíduos carentes do mínimo existencial.

A rigor, as políticas públicas demandam ponderações entre interesses coletivos e individuais, razão pela qual não precisam ter compromisso com eficiência alocativa ou produtiva, com a possibilidade de inspirar-se apenas na equidade social⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ SALOMAO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**, p. 57. Nesse particular, também são dignos de nota os ensinamentos de Calixto Salomão Filho: "A substituição da preocupação econômica com os resultados, pela preocupação jurídica com os valores, mesmo no campo econômico importa uma mudança relevante. Igualdade de oportunidades, inclusão no mercado, conhecimento das melhores opções econômicas e sociais, cooperação, menos que resultados econômicos passam a compor o quadro valorativo de construção de uma democracia econômica. Aí o verdadeiro impacto desenvolvimentista da análise jurídica".

⁴⁴⁸ LOPES, Ana Frazão Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 160. Ana Frazão Azevedo Lopes alerta ainda Para as disfunções do modelo de Pareto, quando aplicado a sociedades com forte concentração de renda: "É fácil verificar que os resultados do 'ótimo de Pareto', em uma sociedade mais igualitária, poderiam até não ser tão desarrastados. Mas em uma sociedade marcada por profundas desigualdades, tal critério é extremamente conservador e injusto, pois, em última análise, a posição dos menos favorecidos apenas pode ser melhor enquanto isso não cause nenhuma piora na posição dos mais favorecidos".

⁴⁴⁹ SALOMAO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**, p. 39. Calixto Salomão Filho critica o teorema de Kaldor-Hicks, na medida em que a compensação dos prejudicados é meramente potencial, e não necessariamente real, o que o torna "absolutamente idêntico, nos resultados práticos, ao teorema liberal da maximização da riqueza (ou eficiência). O argumento básico contra esse tipo de teoria é que um princípio geral de maximização de riqueza leva necessariamente à transferência de riquezas àqueles que possuem maior poder de barganha transações, ou seja, aqueles que já possuem riqueza".

⁴⁵⁰ A eficiência produtiva é medida pelo desempenho de cada sociedade empresária e decorre da razão entre custo de insumos e valor da produção. Uma empresa será tão mais eficiente, quanto menor for o custo de sua produção.

A universalização afigura-se menos polêmica quando praticada por companhia estatal responsável pela prestação de serviço público de titularidade do próprio ente controlador, ou decorre de imposição regulatória. Nesse caso, é perfeitamente possível, sob o ponto de vista jurídico, a realização de investimentos pouco rentáveis ou mesmo deficitários, mas que produzam elevadas externalidades sociais positivas.

No caso de empresa estatal prestadora de serviço público, a busca da universalização justifica a adoção de políticas de subsídio de oferta ou de demanda. O subsídio de oferta implica a realização de investimento com baixa taxa de retorno financeiro suportado por capital próprio ou por fontes incentivadas de financiamento. Já o subsídio de demanda desdobra-se em direto e indireto. O subsídio direto constitui receita adicional do prestador do serviço e é custeado pelos cofres públicos. A medida pode onerar demasiadamente o erário, se não tiver foco no atendimento dos usuários realmente carentes e não for acompanhada de rigorosa fiscalização pelas autoridades governamentais, que impeça o repasse de possíveis ineficiências operacionais ao valor das tarifas ou que assegure o compartilhamento dos ganhos de produtividade.

As medidas de alcance geral não se confundem com as políticas públicas adotadas pela empresa estatal para cumprir sua missão institucional específica, tanto na prestação de serviços públicos quanto na exploração de atividade econômica sujeita à livre iniciativa. Trata-se de ferramentas utilizadas pelo Estado para disciplinar o ambiente econômico no sentido amplo, sem focalizar um único setor produtivo. O Estado procura agir sobre as variáveis econômicas mais relevantes – como inflação, juros, câmbio, nível de gastos públicos etc. – com o propósito de influir no desempenho do produto interno bruto e, eventualmente, também nos indicadores sociais que medem a qualidade de vida.

Forçoso é reconhecer que há pouco espaço para instrumentalizar políticas macroeconômicas através da empresa estatal. Isso porque a amplitude da ação governamental e seu nível de abstração tornam difícil correlacioná-la com o interesse público específico mencionado no artigo 238 da Lei nº 6.404/76. O controle da economia possui um objetivo preciso, cujo cumprimento exige dose considerável de pragmatismo. Na maioria das vezes, essa racionalidade puramente econômica estará em conflito com o ideal da universalização que preside a prestação de serviços públicos. Por outro lado, a atuação sobre as variáveis que determinam o comportamento geral da economia raramente se presta a realizar os direitos sociais constitucionalmente protegidos, como seria de rigor para permitir o enquadramento da atividade na categoria de interesse coletivo de que trata o artigo 173 da Constituição.

A imposição de políticas macroeconômicas à empresa estatal expõe o conflito latente entre interesse público primário e secundário. A companhia mista passa a satisfazer o interesse secundário, que é estranho ao objeto social por se referir à gestão financeira do aparato estatal, descurando o interesse público primário. A dicotomia entre interesse geral do Estado e interesse específico da companhia controlada está na raiz de muitos conflitos nessa área e pode realmente caracterizar desvio de função empresarial⁴⁵¹.

A empresa estatal pode contribuir para a implementação de políticas industriais, desde que esteja autorizada estatutariamente a empreender ações no setor produtivo destinatário do incentivo governamental. Além disso, é imprescindível estabelecer o nexo causal entre política industrial e o interesse coletivo que autorizou a intervenção estatal no domínio econômico, ao amparo do artigo 173 da CRFB. O problema é delicado, pois o interesse coletivo (entendido como o interesse de todo o corpo social) possui uma abrangência maior que o interesse do setor produtivo eleito como alvo preferencial da política industrial. Finalmente, a política industrial deve ser compatível com o interesse público *in concreto*, que justificou a criação da sociedade de economia mista ou da empresa pública unipessoal, a teor do artigo 238 da Lei n 6.404/76⁴⁵².

⁴⁵¹ DE LUCCA, Newton. **O Regime Jurídico da Empresa Estatal no Brasil**. Tese de Livre Docência, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 128. Em face do conflito latente entre aspirações mais amplas do Estado e o objeto determinado da sociedade de economia mista, Newton de Lucca chega a propor a edição de diploma legal específico para harmonizar o critério de eficiência empresarial com os interesses superiores do Estado. Nesse sentido, argumenta: "*Tais considerações nos revelam, evidentemente, que o modelo de sociedade anônima - que, em muitos casos, já se revela inadequado para abrigar mesmo alguns interesses empresariais privados - conquanto tenha sido largamente utilizado pelo Estado até agora para figurar da sua ação empresarial, não pode atender a certos interesses estatais que transcendem os objetivos de empresa enquanto tal. Nesse sentido não será preciso muito esforço de imaginação para se perceber que o Estado tem, por vezes, interesses globais em um determinado setor que colidem diretamente com os interesses específicos, nesse mesmo setor de uma empresa por ele controlada.* Daí porque urge repensar na conveniência de um diploma específico destinado a regular a atuação das empresas estatais no país, de tal sorte que o critério da eficiência empresarial seja devidamente coadunado com os interesses superiores do próprio Estado".

⁴⁵² FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Empresas estatais a caminho da governança corporativa**, p. 32. Não é de se estranhar a resistência dos dirigentes de empresas estatais em aceitar a existência de uma missão pública mais ampla, que também envolva objetivos de política industrial. É o que deflui da manifestação de um ex-presidente da PETROBRAS - Petróleo Brasileiro S.A.: "Por mais nobres que sejam os objetivos de desenvolvimento regional, de política industrial ou de política externa [...], para a sociedade como um todo é mais eficiente deixar a empresa estatal buscar os objetivos que estão no seu estatuto, o que já é um desafio enorme. No caso do Banco do Brasil, atender a intermediação financeira e cuidar de crédito em geral e do crédito agrícola; no caso da Petrobras, prover o país por intermédio de uma grande empresa com tecnologia e investimento para produzir petróleo, gás e em qualquer quantidade energética necessária. Já é uma tarefa bastante difícil e desafiadora" (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. III - Encontro - Importância e gargalos da governança corporativa nas empresas estatais, cit., p. 16). A falta de clareza sobre o papel atual da PETROBRAS está implícito nas palavras de outro diretor da companhia: "O Brasil nunca teve uma crise séria de abastecimento nas últimas décadas. O cumprimento da missão sempre foi um valor muito forte na organização. Passaram a aparecer outros valores, como rentabilidade, resultados, responsabilidade social, corporativa, ambiental, etc."

Outro aspecto que merece atenção é a interação entre o planejamento econômico editado nos termos do artigo 174 da Constituição da República e as políticas públicas praticadas pela empresa estatal⁴⁵³. Há quem atribua ao plano a competência exclusiva para definir o relevante interesse coletivo ou o motivo de segurança nacional, que autorizam a intervenção direta do Estado na economia. Vale dizer, somente o planejamento poderia definir o papel das empresas estatais que atuam em mercados competitivos para atribuir-lhe função regulatória da conduta dos agentes privados.

Embora a planificação aprovada por lei possua inegável legitimidade política, sendo ainda o instrumento adequado para coordenar ações governamentais e torná-las mais eficientes, não se pode depositar nela toda a responsabilidade pela orientação da conduta das empresas estatais. Isso equivaleria a negar a existência do interesse público que justificou a criação da companhia mista, nos termos do artigo 238 da Lei nº 6.404/76. Nada impede que o interesse público peculiar a cada sociedade controlada pelo Estado possa ser desvendado por outros meios igualmente legítimos e democráticos que prestigiem, inclusive, a estrutura interna de governança.

3.4.2 O tratamento da Petrobras nos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção

A função social da empresa está expressamente contemplada no ordenamento jurídico brasileiro. A ela fazem referência os artigos 116, parágrafo único, e 154, caput, da Lei nº 6.404/76, para considerá-la regra de conduta aplicável respectivamente ao acionista controlador e aos administradores da companhia. Trata-se de desdobramento do princípio geral da função social da propriedade, previsto no artigo 170, III, da Constituição Federal. Na visão de abalizada doutrina, a incidência da função social no âmbito da organização empresarial e das relações contratuais não requer tradução legislativa, diferentemente das limitações impostas à propriedade tradicional sobre bens corpóreos. Mesmo na ausência de disciplina legal específica, é possível invocar a função social como fundamento para imputar aos agentes econômicos a responsabilidade pelos efeitos sociais de sua livre atuação no mercado. No caso do titular do controle acionário, o campo de aplicação da função social não

⁴⁵³ Artigo 174 - Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

se restringe à relação com os acionistas minoritários, mas abrange a imposição de deveres positivos perante terceiros afetados pela atividade empresarial. A rigor, porém, a prescrição legal sobre a observância da função social deveria ser dirigida à pessoa jurídica da companhia, e não a seus representantes⁴⁵⁴.

As diretrizes estabelecidas no art. 116, parágrafo único, e art. 154, *caput*, da Lei nº 6.404/76, apesar de não alterarem a finalidade lucrativa da companhia prevista no artigo 2º, funcionam como contraponto à ideia de maximização. Todavia, a declaração em favor dos interesses comunitários e nacionais não se fez acompanhar de instrumentos adequados de proteção. Daí resulta que o institucionalismo da lei societária brasileira se resume a uma declaração de princípios destituída de efetividade jurídica, na medida em que não se reconhece aos beneficiários legitimidade processual *ad causam* para exigir judicialmente o seu cumprimento. A lei das S.A. também não promove a integração dos interesses afetados pela atividade empresarial nas instâncias internas da companhia, preferindo tratá-los como elemento externo, ainda que sujeitos à atenção especial do acionista controlador e dos administradores.

A função social envolve o poder-dever de atuar no interesse alheio, mais especificamente no interesse coletivo, servindo de limitação às prerrogativas individualistas da propriedade privada. A função social possui um componente negativo inspirado na ideia de vedação ao abuso de direito, e outro positivo acerca da obrigação de cada sujeito colaborar para construção do bem comum, ao invés de perseguir apenas a satisfação de interesses individuais, ainda que tal comportamento tenha o condão de aumentar a riqueza agregada.

A doutrina mais tem se esforçado para expandir o conceito de função social, que, nesse sentido, não se resume apenas à imposição de limites à liberdade de uso, gozo e disposição do *dominus*, mas também serve de fundamento para exigir prestações positivas em benefício da coletividade. Quando se trata de propriedade dinâmica dos meios de produção organizados sob forma empresarial, a função social adquire outra conotação e se aproxima à ideia moderna de responsabilidade social corporativa, tendo como pano de fundo a situação dos chamados *stakeholders*, que são terceiros não sócios afetados pela atividade empresarial, incluindo a comunidade local.

No plano externo, a função social confere legitimidade ao poder econômico de que desfrutam as grandes corporações para organizar as relações sociais e interferir na sorte de um universo enorme de pessoas. Para tanto, o poder econômico deve estar a serviço de interesses

⁴⁵⁴ SALOMAO FILHO, Calixto. Sociedade anônima: interesse público e privado, p. 14.

mais amplos, sem visar exclusivamente ao enriquecimento da companhia e à satisfação pecuniária dos acionistas. A companhia não pode ser entendida como domínio exclusivo dos acionistas. A prerrogativa de comandar ou dirigir os negócios sociais não é mera decorrência da propriedade acionária, mas do propósito de servir à coletividade. A geração de lucros pelo exercício da atividade empresarial somente se justifica na medida em que cumpre a função social, não sendo um fim que baste a si mesmo. Conseqüentemente, os administradores não estão vinculados apenas ao atendimento das expectativas de retorno financeiro dos acionistas, cabendo-lhes operar a sociedade de forma eficiente para assegurar sua preservação.

No plano interno, a função social costuma ser invocada como contraponto ao objetivo da maximização de lucros, tornando-se fundamento idôneo para decisões empresariais que também levem em conta aspectos éticos e o interesse do público relacionado. Indo mais além, a função social serve de justificativa para integração no convívio societário de interesses externos baseados em relações informais de confiança mantidas com a companhia, ou mesmo decorrentes de vínculos contratuais formalmente constituídos. As categorias de interessados mais evidentes são, nesse sentido: trabalhadores, consumidores, fornecedores, credores, acionistas minoritários, comunidade local e interesse público.

Existem duas abordagens para inserir a preocupação com os *stakeholders* na dinâmica interna da sociedade. A primeira consiste na edição de normas legais destinadas não só a penalizar financeiramente a companhia pela violação de deveres perante o público relacionado, mas também impor a observância de procedimentos específicos pelos órgãos de administração, sem predeterminar os resultados daí decorrentes. A segunda estratégia não se limita a propor alteração na estrutura organizacional e no processo decisório da companhia, mas procura redefinir o seu objetivo final ou função utilidade (o interesse social), para introduzir outros valores éticos e sociais, além de criar mecanismos de constrangimento que induzam os administradores a atuar em conformidade com o novo ideal. O discurso da responsabilidade social corporativa será de pouca serventia para mudar o padrão de comportamento empresarial se não admitir explicitamente a possibilidade de sacrificar a lucratividade em prol de outros interesses igualmente dignos de proteção.

A companhia pode se deparar com várias alternativas de gestão sem que seja possível, desde logo, medir o impacto na rentabilidade futura das operações. Nessa circunstância, a opção pela conduta aparentemente menos rentável no curto prazo pode compensar os ganhos no longo prazo, com vantagens mútuas para os dois lados (acionistas e não acionistas). A companhia também pode se defrontar com outro cenário menos incerto, vale dizer, a alternativa socialmente mais apropriada pode ser a menos lucrativa. Na primeira hipótese, a

representatividade dos interesses afetados no órgão societário encarregado de decidir sobre o assunto pode ser suficiente para permitir a melhor escolha sob a ótica coletiva. Já na segunda hipótese, são necessárias reformas mais amplas no arcabouço da companhia, notadamente a construção de referencial teórico sobre o seu verdadeiro papel no contexto socioeconômico.

A fórmula que considera legítima a maximização de lucros dentro dos limites da lei é claramente insuficiente para resguardar toda sorte de interesses afetados pelo funcionamento da companhia. Para sua proteção adequada, faz-se necessário admitir o sacrifício da lucratividade não só no curto prazo, mas eventualmente também no longo prazo, quando a renúncia for indispensável na composição do conflito. Não se nega a importância dos prestadores de capital para o desenvolvimento econômico, mas isso não autoriza que lhes seja atribuída prioridade absoluta no âmbito societário.

Um dos atributos da legislação societária é justamente criar mecanismos que induzam os administradores a ponderar sobre os vários interesses envolvidos na companhia. Para que a função social se torne realidade e não fique reduzida a uma norma programática, é essencial assegurar a participação ativa de todas as partes interessadas no processo decisório interno da companhia, com poder de barganha para influir no resultado da deliberação.

O caráter aparentemente mandatório da função social da empresa coloca desafios ao intérprete para definir o seu correto sentido e alcance. Em princípio, a função social da empresa é entendida como dever genérico que pode ser satisfeito de formas alternativas, a critério do acionista controlador e dos administradores da companhia. Apenas a omissão completa ou a insuficiência notória poderiam caracterizar o descumprimento da obrigação legal e ensejar eventualmente a adoção de medidas coativas por parte dos interessados ou de seus substitutos legais. É conhecida, porém, a resistência do Poder Judiciário de examinar o mérito das políticas empresariais e seus impactos externos, na linha da jurisprudência estadunidense que invoca o princípio do *business judgment rule* para justificar a ampla discricionariedade dos administradores sociais.

Tudo conspira para transformar a função social da empresa em mera autorização aos gestores sociais para sacrificarem a lucratividade em prol do atendimento do interesse de partes relacionadas. A função social cumprida espontaneamente, mesmo com imposição de ônus adicionais à companhia, não caracterizaria abuso do poder de controle ou quebra dos deveres de diligência e lealdade pelos administradores. Assume-se, aqui, que o atendimento

da função social possui causa autônoma e prescinde da demonstração da existência de vantagens estratégicas à companhia ou de benefício indireto aos acionistas⁴⁵⁵.

Nesse sentido, a função social pode legitimar práticas não maximizadoras do retorno aos acionistas, quer no curto, quer no longo prazo, desde que tenham como objetivo compensar terceiros afetados negativamente pela atividade empresarial. Somente se considera beneficiário legítimo da função social quem mantenha algum vínculo de fato ou de direito com a companhia, incluindo o meio ambiente e a comunidade em que atua. Mesmo na falta de constrangimentos legais, é inadmissível que a companhia se aproprie de valores intangíveis gerados por pessoas físicas ou jurídicas, mediante a exploração de situações de vulnerabilidade, para propiciar o aumento dos lucros.

A função social também não pode ser equiparada ao patrocínio de projetos assistencialistas ou à realização de propaganda institucional. O mesmo se diga da concessão de benefícios aos empregados, além dos exigidos pela legislação trabalhista ou decorrentes de acordo coletivo. Nesse caso, trata-se de política de pessoal visando a resultados concretos no interesse da própria companhia, com aumento de produtividade pela motivação da força de trabalho, redução de custos associado ao *turn over* e à retenção de talentos. Logo, a função social é tudo aquilo que a empresa faz em prol da inclusão social e da proteção do meio ambiente, sem que haja obrigação jurídica, contrapartida específica, expectativa imediata ou futura de vantagem econômica.

Além da importância de delimitar os contornos da função social da empresa para que não fique reduzida a uma regra programática sem efetividade jurídica, também deve existir a preocupação com o seu desvirtuamento para acobertar práticas abusivas do acionista controlador e dos administradores em prejuízo dos demais acionistas. A falta de regras organizativas, para incorporar os interesses protegidos pela função social na dinâmica interna da companhia, suscita o receio de que o titular do controle possa invocá-la para justificar medidas adotadas no próprio interesse e em detrimento do verdadeiro interesse social⁴⁵⁶.

Sob o ponto de vista quantitativo, os custos incorridos a título de cumprimento da função social devem ser compatíveis com o patrimônio da companhia, o fluxo de caixa e o lucro apurado. Na sistemática da Lei nº 6.404/76, é vedado ao administrador individualmente

⁴⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 124. Sobre o poder de controle e a empresa inclusiva, Calixto Salomão pondera que a lei societária prevê a autonomia da Assembleia Geral, órgão de participação exclusiva de acionistas, que pode decidir sobre todas as questões afetas ao objeto da companhia (artigo 121). Ao mesmo tempo, a mesma lei prevê em seu artigo 116 que o acionista controlador deverá ter em conta os interesses dos demais acionistas, dos trabalhadores e da comunidade em que atua.

⁴⁵⁶ a exemplo das recentes constatações de práticas abusivas perpetradas por administradores na Petrobras, deflagradas em 2014 pela operação lava jato, da polícia federal.

praticar ato de liberalidade à custa da companhia, sob pena de violação do dever de diligência. A gratuidade é admitida excepcionalmente quando decorrer de deliberação do conselho de administração ou da diretoria colegiada, devendo, em qualquer caso, ser razoável e estar inspirada nas responsabilidades sociais da companhia perante seus empregados e a comunidade local (art. 154, § 2º, "a" e § 4º). A restrição legal à disseminação das liberalidades no âmbito da companhia é decorrência natural do caráter impositivo da finalidade criativa inerente ao tipo societário. Todavia, ao permitir expressamente o dispêndio gratuito, ainda que cercado de cautelas, a lei da S.A. cria condições para o cumprimento espontâneo da função social. Isso nada tem a ver, porém, com a adoção de estratégias empresariais baseadas em princípios éticos que não levem necessariamente à obtenção do lucro máximo. A legitimidade de semelhante política de condução dos negócios sociais encontra amparo no cumprimento da função social da empresa e não está abrangida pela vedação do artigo 154.

A sociedade privada dificilmente poderia justificar gastos espontâneos dissociados do contexto em que atua, sob invocação apenas do interesse público genericamente considerado. A mesma afirmação vale para a empresa estatal. Não resta dúvida de que o conceito de função social também se aplica à propriedade pública assim como à empresa estatal. Contudo, seria grande equívoco confundir o interesse público característico da empresa pública unipessoal ou da sociedade de economia mista (sujeitas ao regime especial do capítulo XIX da Lei nº 6.404/76) com o interesse público que integra o conceito de função social (previsto nos artigos 116, parágrafo único, e 154, caput, da Lei nº 6.404/76) comum a todas as companhias, independentemente da origem do capital acionário. Enquanto o primeiro possui foco restrito, está delimitado pelo objeto social e representa a própria razão de ser da companhia sob controle estatal, o segundo está apoiado em norma geral dirigida indistintamente a qualquer sociedade anônima, bem como abrange um universo bem definido de beneficiários e não tem por escopo a execução de políticas públicas ou o exercício de função regulatória.

A função social não transforma a sociedade privada em órgão governamental, nem substitui a atuação empresarial do Estado qualificada por objetivos de natureza pública que transcendem a mera obtenção de resultados financeiros. A função social tampouco pode ser invocada para esvaziar a missão pública da empresa estatal e colocá-la a serviço de interesses corporativistas. O risco nesse particular não é apenas hipotético, conforme tem demonstrado a história brasileira passada e recente, sobretudo quando o corporativismo se une aos interesses capitalistas para formar coalizão contrária à persecução do legítimo interesse público, de modo a evitar a perda de rentabilidade das operações e assegurar maior retorno aos acionistas minoritários.

O principal grupo de interesses vinculado à empresa estatal corresponde ao conjunto dos cidadãos consumidores, que formam um universo disperso, mal informado e pouco organizado. Em seguida vêm os trabalhadores, cujo nível de organização é bem maior e, portanto, estão em condições de exercer pressão sobre a administração para obter conquistas salariais, assim como para impor barreiras à entrada de competidores privados, o que pode consolidar estruturas de custo ineficientes em detrimento dos consumidores. O consumidor de bens e serviços fornecidos por empresa estatal constitui a parte mais vulnerável e tem se submetido tradicionalmente à espoliação do corporativismo e dos anseios pecuniários dos acionistas privados, razão pela qual deve merecer atenção especial.

A circunstância de a empresa estatal estar autorizada a flexibilizar a finalidade lucrativa para atendimento do fim público que justificou sua criação, conforme se depreende do artigo 238 da Lei nº 6.404/76, não constitui argumento válido para justificar a existência de função social diferenciada. Embora tanto o interesse público inerente à empresa estatal quanto a função social presente em qualquer companhia sirvam de contraponto ao ideal da maximização de lucros, os motivos que inspiram um e outro são completamente distintos. Não há nenhuma razão lógica para afirmar que a empresa estatal deva despender maiores esforços em favor dos interesses de terceiros afetados pela atividade empresarial, pelo simples fato de estar imbuída de propósitos menos egoístas. Parece intuitivo que os recursos drenados para cumprimento da função social limitam a capacidade de implementação das políticas públicas compreendidas no objeto social.

O artigo 173, §1º, inciso I, da CRFB reconhece expressamente que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias são igualmente portadoras de uma função social. Ocorre que o interesse social⁴⁵⁷ é a referência que deve nortear como a atividade deve ser exercida e precisa harmonizar os interesses dos acionistas e o interesse público específico que amparou a criação da estatal⁴⁵⁸. A preocupação maior nesse particular deve recair na prevenção de eventuais desvios que redundam em prejuízo não apenas dos acionistas (controlador e não-controladores), mas sobretudo do interesse público.

⁴⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 160. A acepção utilizada para interesse social é a do direito societário, conforme define Calixto Salomão: define-se o interesse social sempre como o interesse dos sócios e somente dos sócios atuais. Uma segunda vertente inclui na categoria sócio não apenas os atuais como também os futuros. A perspectiva a longo prazo do interesse social ganha importância. Obviamente, nesse caso assume relevância também o próprio interesse à preservação da empresa, motivo pelo qual se afirma que essa variante contratualista, na prática, pouco se distingue da teoria institucionalista.

⁴⁵⁸ Lei nº 13.303/2016: Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: [...] II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação; [...].

A sociedade empresária estatal, inclusive aquela exposta à concorrência ou que possua acionistas privados, é uma solução estrutural que merece atenção, pois enfrenta problemas que nem o próprio mercado, nem a regulação típica de serviço público ou de natureza concorrencial são capazes de resolver de modo satisfatório. Essa reflexão se coaduna com a visão crítica do Direito Comercial ao inseri-lo em um contexto além dos interesses do empresário:

A visão crítica não aceita tratar o direito comercial exclusivamente como instrumento de defesa dos interesses do empresário. Vê, ao contrário na transformação da empresa, na disciplina dos mercados, elementos estruturais para a transformação de um sistema, que mantido nas bases econômicas e jurídicas em que atualmente se encontra, dá claros sinais físicos (meio ambiente) e sociais (desigualdade e exclusão) de esgotamento.⁴⁵⁹

A intervenção direta do Estado na economia não encontra fundamento apenas na existência de falhas estruturais de mercado. Toda sociedade empresária estatal está investida de uma missão pública explícita ou implicitamente incorporada no objeto social, que varia conforme a natureza da atividade exercida e está sujeita a adaptações ao longo do tempo. A missão pública deve conviver com a finalidade lucrativa inerente ao modelo de companhia, e serve para posicionar a ação do Estado enquanto acionista controlador e dos administradores, emprestando conteúdo aos seus deveres fiduciários⁴⁶⁰.

A fórmula que considera legítima a maximização de lucros dentro dos limites da lei é claramente insuficiente para resguardar toda sorte de interesses afetados pelo funcionamento da companhia. Um dos atributos da legislação societária é justamente criar mecanismos que induzam os administradores a ponderar sobre os vários interesses envolvidos na companhia. Para que a função social se torne realidade e não fique reduzida a uma norma programática, é essencial assegurar a participação ativa de todas as partes interessadas no processo decisório interno da companhia, com poder de barganha para influir no resultado da deliberação.

O caráter da função social da empresa coloca desafios ao intérprete para definir o seu correto sentido e alcance. Em primeira análise, a função social da empresa é entendida como dever genérico que pode ser satisfeito de formas alternativas, a critério do acionista controlador e dos administradores da companhia. Apenas a omissão completa ou insuficiência notória poderia caracterizar o descumprimento da obrigação legal e ensejar eventualmente a

⁴⁵⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 7-8.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 177. Segundo Calixto Salomão, quando os interesses externos são, realmente, incompatíveis com os internos, não sendo possível resolver o problema a através da solução organizativa ou da regra de conflito, os interesses externos à sociedade são incentivados não através da aplicação de instrumentos jurídicos organizativos, como o direito societário, mas sim externos à sociedade. É o caso da aplicação do direito antitruste em plena sintonia com o direito societário.

adoção de medidas coativas por parte dos interessados ou de seus substitutos legais. É conhecida, porém, a resistência do Poder Judiciário de examinar o mérito das políticas empresariais e seus impactos externos, na linha da jurisprudência estadunidense que invoca o princípio do *business judgment rule* para justificar a ampla discricionariedade dos administradores sociais.

Vale frisar que a função social não pode ser equiparada ao patrocínio de projetos assistencialistas ou à realização de propaganda institucional. O mesmo se diga da concessão de benefícios aos empregados, além do exigido pela legislação trabalhista ou decorrente de acordo coletivo.

Na sistemática da Lei nº 6.404/76, é vedado ao administrador individualmente praticar ato de liberalidade à custa da companhia, sob pena de violação do dever de diligência. Conforme considera Calixto Salomão filho, a sociedade anônima não deve ser instrumento de perseguição de interesses particulares de controladores. O art. 115 da lei societária proíbe expressamente qualquer acionista de trazer para a sociedade interesses particulares que conflitem com os interesses da companhia⁴⁶¹. A restrição legal à disseminação das liberalidades no âmbito da companhia é decorrência natural do caráter impositivo da finalidade criativa inerente ao tipo societário.

Ao permitir expressamente o dispêndio gratuito⁴⁶², ainda que cercado de cautelas, a lei das S.A. cria condições para o cumprimento espontâneo da função social. Isso nada tem a ver, porém, com adoção de estratégias empresariais baseadas em princípios éticos que não levem necessariamente à obtenção do lucro máximo. A legitimidade de semelhante política de condução dos negócios sociais encontra amparo no cumprimento da função social da empresa e não está abrangida pela vedação do artigo 154.

Diante de todo esse cenário, resta refletir se a aplicabilidade da Lei Anticorrupção às estatais deve ocorrer da mesma forma que se aplica às pessoas jurídicas em geral e perquirir em que qualidade a Petrobras, envolvida no esquema de corrupção que ensejou o maior Acordo de Leniência da história (como vítima ou interveniente) deveria configurar nesses Acordos e nas investigações – afinal, diversos diretores da estatal foram envolvidos e confessaram práticas de corrupção enquanto atuavam pela estatal.

⁴⁶¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito-comercial**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 126-127.

⁴⁶² Dispõe o §4º do artigo 154 da Lei das S/A: O Conselho de Administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

Preliminarmente, poderia ser uma pergunta de resposta rápida, principalmente para as estatais que se caracterizam como sociedade de economia mista e que, portanto, atuam em regime de competição, como a Petrobras. É certa a necessidade de uma previsão legislativa sobre o tratamento a ser dispensado para as estatais, considerando que as previsões da Lei das S.A e da Lei das Estatais não se mostram suficientes para delimitar o alcance da responsabilização administrativa e do respectivo sancionamento pela LAC. Entretanto, a conclusão demanda maior exame, a ser realizado no estudo de caso do Acordo de Leniência realizado pela SBM Offshore, com a interveniência da Petrobras.

3.5 Estudo de caso do Acordos de Leniência realizado pela SBM Offshore com a interveniência da Petrobras

O Ministério Público Federal do Estado do Rio de Janeiro, a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle e a Petrobras celebraram com a SBM Offshore⁴⁶³, em 15 de julho de 2016, um Acordo de Leniência⁴⁶⁴ que encerrou as investigações do MPF, do MTFC e da Petrobras em relação ao pagamento de vantagens indevidas aos funcionários da Petrobras.

Nos termos do Acordo, foi concedida à SBM Offshore a quitação total e a isenção de ações judiciais para todos os assuntos relacionados ou decorrentes de quaisquer atos relativos ao seu principal agente brasileiro e suas empresas, no período compreendido entre 1996 e 2012, e todas as investigações relacionadas realizadas pela Petrobras, pelo MPF e pelo MTFC. O Acordo estabeleceu que a Petrobras e a SBM Offshore retomariam as relações de negócios, inclusive com a possibilidade de a SBM Offshore participar das licitações da Petrobras em base igual aos outros concorrentes.

Os termos para liquidação final negociados entre a SBM Offshore e as já referidas autoridades foram os seguintes: pagamento em dinheiro pela SBM Offshore, totalizando US\$

⁴⁶³ A versão em Inglês, disponibilizada pelo MPF, do Acordo de Leniência firmado com a SBM Offshore, pelo Ministério Público Federal, pela Advocacia-Geral da União, pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, com a interveniência da Petrobras consta do ANEXO 3. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/acordo-de-leniencia-sbm-offshore/view>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

⁴⁶⁴ Nota do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União à imprensa sobre o Acordo de Leniência com a SBM Offshore publicado em 01/09/2016. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/09/nota-a-imprensa-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore>>. Acesso em 10 mar. 2017.

162,8 milhões, dos quais US\$ 149,2 milhões seriam pagos à Petrobras, US\$ 6,8 milhões destinados para o MPF e US\$ 6,8 milhões destinados para o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), para prevenção e combate à corrupção por parte de MPF e COAF.

O montante do acordo seria pago em três parcelas. A primeira parcela de US\$ 142,8 milhões seria paga a partir da data da assinatura do acordo e as duas parcelas restantes, de US\$ 10 milhões cada, seriam devidas, respectivamente, um e dois anos após a data de vigência do acordo. Também foi acertada a redução de 95% nos pagamentos de bônus de desempenho futuros relacionados aos contratos de arrendamento e de operação dos FPSOs da Cidade de Anchieta e Capixaba, representando um valor nominal de aproximadamente US\$ 179 milhões no período de 2016 a 2030, tendo em vista o valor presente da data da assinatura para a SBM Offshore, de aproximadamente US\$ 112 milhões.

A SBM Offshore se obrigou ainda: (i) a cooperar com os procedimentos que poderiam ser conduzidos pelo MTFC e pelo MPF contra terceiros, conforme a evolução do caso e (ii) a implementar melhorias no seu programa interno de *compliance* em relação ao Brasil.

O Acordo de Leniência estabeleceu que o Ministério Público Federal do Estado do Rio de Janeiro, que assinou o acordo, deveria submetê-lo para aprovação e homologação da 5ª Câmara de Coordenação, Revisão e Controle (Anticorrupção) do Ministério Público Federal e o MTFC também enviaria o Acordo de Leniência para Tribunal de Contas da União (TCU).

Com efeito, para uma apropriada compreensão do Acordo de Leniência realizado pelo Ministério Público Federal do Estado do Rio de Janeiro, pela Advocacia-Geral da União, pela CGU e Petrobras com a SBM Offshore, é necessário que se faça uma breve exposição do histórico do caso a analisar, que ensejou a assinatura do acordo.

A Petrobras, entre fevereiro e março de 2014, instalou uma Comissão Interna de Apuração de ilícitos que haviam sido noticiados na Wikipédia⁴⁶⁵, cujo Relatório Final, com documentos, encaminhou ao MPF. Limitada em seus poderes e técnicas de investigação, não logrou êxito na busca de provas definitivas; no entanto, efetuou diligências à SBM na Holanda e várias entrevistas, produzindo informações para a continuidade da investigação estatal. A estatal concluiu não ter encontrado prova definitiva de corrupção, mas ter localizado alguns indícios e confirmou o pagamento de US\$ 139,1 milhões a agentes de vendas relacionadas ao Brasil, a título de comissão de vendas, durante os anos de 2007 a 2011.

⁴⁶⁵ A Wikipédia se intitula uma enciclopédia online colaborativa que permite a qualquer pessoa editar seu conteúdo.

Em 12/11/2014, o Ministério Público holandês (*Openbaar Ministerie, Functioneel Parket*) emitiu nota à imprensa, anunciando um acordo criminal extrajudicial com a SBM Offshore pelo caso de corrupção em países estrangeiros (mencionando expressamente Guiné Equatorial, Angola e Brasil), pelo qual a empresa aceitou pagar US\$ 40.000.000,00 de multa (*fine*) e US\$ 200.000.000,00 como reparação (*disgorgement*).

Em 29 de abril de 2016 foi instaurado inquérito civil no MPF pela Portaria nº 254, resultante da conversão de procedimento preparatório que havia sido instaurado para apurar possível prática de atos de improbidade administrativa em razão de danos ao erário e do pagamento de propina, no âmbito de contratos de construção e afretamento de navios-sonda (*Floating Production, Storage and Offloading – FPSO*), firmados entre a Petrobras, a SBM Offshore e outras sociedades do grupo.

Assim, em 15 de julho de 2016 foi firmado acordo de leniência entre o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle-CGU, Advocacia-Geral da União, Ministério Público Federal do Rio de Janeiro, Petrobras, SBM Offshore e SBM Holding, seguindo-se a promoção de arquivamento do inquérito civil anteriormente instaurado. Nesse sentido, transcreve-se parte da promoção do MPF:

Tratava-se de inquérito civil instaurado para apurar a possível prática de atos de improbidade administrativa em razão de danos ao erário e pagamento de propina no âmbito de contratos de construção e afretamento de FPSOs (*Floating, Production, storage and Offloading- FPSO*) firmados entre a Petrobras e a empresa SBM Offshore e suas subsidiárias.

Foi realizada pela Controladoria-Geral da União a Auditoria Especial n. 201407736 (Processo administrativo n. 00218.000508/2014-76) acerca de 16 contratos firmados entre a Petrobras e a SBM Offshore, conforme quadro abaixo, que consta em seu relatório final (fls. 366/515, vol.3, do Processo Administrativo n. 00218.000508/2014-76):

O total que envolvia os afretamentos especificados montava US\$ 22.787.142.954,13. Já o valor da operação era de US\$ 75.474.886,00 somados a R\$ 6.350.510.187,41. Na nota técnica no 1460/2015/NAC-6/CGU-Regional/RJ/CGU-PR, foram analisadas pelo MPF as razões apresentadas pela Petrobras e, após o relatório final, houve a revisão dos possíveis prejuízos apurados. Os valores nominais atualizados de possível dano, dependendo do índice utilizado segundo o MPF, variam entre US\$ 528.599.140,39 e US\$ 647.904.522,63⁴⁶⁶.

No entanto, tais números não poderiam ser considerados como dano líquido e certo sobretudo considerando dois motivos: (i) que não houve contraditório pleno, visto que foram expostos pela CGU para SBM Offshore os achados de auditoria, mas não tiveram acesso a todo processo, por questões de confidencialidade da Petrobras; (ii)

⁴⁶⁶ Segundo o MPF, utilizando-se o índice *oil field machinery and equipment*, encontra-se o valor atualizado de possível dano nos contratos do pós-sal de US\$ 269.150.385,95 e nos contratos do pós-sal de US\$ 168.447.081,00 e nos contratos do pré-sal de US\$ 360.137.122,39.

bem como que a posição da Petrobras foi sempre no sentido de que não haveria irregularidades nos contratos e que seriam práticas de mercado; (iii) todos os colaboradores negaram que a negociação dos contratos tenha sido feita de modo a beneficiar a empresa (ainda que seja de se presumir que as negociações ocorreram em um contexto de pagamento de propina); (iv) não houve pagamento de propina no que se refere aos contratos do pré-sal, embora contratos referentes aos FPSOs de Paraty e Ilhabela foram licitados e/ou negociados antes de 2012.

Após longo e exaustivo processo de negociação, do qual o Ministério Público passou a participar em julho de 2015, foi firmado no dia 15 de julho de 2016 Acordo de Leniência, tendo, de um lado, o Ministério Público Federal, a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União, de outro, como responsáveis colaboradoras, as empresas SBM Offshore N.V. e SBM Holding Inc. S.A., e, como interveniente, a empresa Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS.

As principais obrigações previstas para a SBM Offshore, além de ter reconhecido a prática dos ilícitos foram: (i) colaboração com as investigações, fornecendo documentos e informações (cláusula 4^a); (ii) a adoção e ou aperfeiçoamento de mecanismos de *compliance* (cláusula 5^a e anexo 5); (iii) pagamento de multa civil equivalente a US\$ 162.800.000,00 (cláusula 6^a); (iv) pagamento de compensação equivalente a US\$ 179.000.000,00 mediante redução de 95% nos pagamentos de bônus referentes aos contratos dos FPSOs Cidade de Anchieta e Capixaba (cláusula 7).

Além disso, cabe lembrar que o MPF, por meio de acordos de colaboração premiada no âmbito criminal firmados com JULIO FAERMAN, PEDRO JOSÉ BARUSCO FILHO e LUIS EDUARDO CAMPOS BARBOSA DA SILVA, obteve cerca de 80 milhões de dólares para ressarcimento à Petrobras e recomposição de outros bens jurídicos lesados, quantia que somada ao valor previsto no acordo de leniência resulta um total de cerca de 422 milhões de dólares.

Os prós e os contras das possíveis alternativas foram analisados no Parecer Técnico n. 187/2015-5CCR (fls. 29/32 e 01/-9 do anexo II), ao qual ora faço remissão. Buscou-se utilizar a melhor doutrina de Análise Econômica do Direito como base para melhor compreensão e clareza no processo decisório acerca dos limites para negociar acordo de leniência, a fim de evitar que tal processo fosse conduzido com base na intuição ou na mera subsunção de fatos a normas jurídicas, sem considerar as consequências das diversas soluções possíveis.

Ivo Teixeira Gico Jr assim define a Análise Econômica, que pode ser utilizada para “prever e explicar as consequências sociais de escolhas políticas imbuídas em legislações (*ex ante*) e decisões judiciais (*ex post*).”[...]

A situação estabelecida no acordo de leniência basicamente ao cenário 3 analisando o parecer técnico n. 187/2015-5^a CCR (fls.29/32 e 01/-9 do anexo II), cenário este em muito superior as opções de não celebração do acordo de leniência, que possibilita reparação de eventuais danos referentes ao pré-sal, após aprofundamento da análise das constatações da CGU e garantia efetiva do contraditório, conforme cláusula 8.2.2 do Acordo de Leniência.

É importante mencionar que a alternativa sugerida pelos peritos de ajustes nos contratos do pré-sal, embora também me parecesse adequada à primeira vista, sempre foi categoricamente rejeitada pela SBM Offshore, sob o argumento de que os empreendimentos que realiza são mais de 90% financiados, que não poderia revisar os contratos pois isso poderia resultar no vencimento integral das dívidas ou grande elevação de juros e também teria grandes problemas com os parceiros nos casos em que há *joint venture*, razão pela qual não pôde ser utilizada

É importante lembrar que dois fatores considerados na análise, quais sejam, a redução da concorrência e o aumento dos preços com a exclusão da SBM Offshore do rol de possíveis contratados, e possíveis prejuízos advindos do cancelamento de contratos em vigor, além do próprio risco de que a declaração de inidoneidade e ajuizamento de ação de improbidade administrativa pudessem comprometer a própria capacidade da SBM Offshore para dar cumprimento aos contratos em vigor (caso mantidos), dizem respeito a impactos negativos diretos para a Petrobras,

entidade que foi vítima dos atos de improbidade, o que significaria penalizá-la duplamente, em razão dos atos ímprobos e da decisão de não realizar o acordo. [...]

Por fim, não se pode ignorar o fato de que a SBM Offshore havia firmado acordo com o Ministério Público Federal Holandês pelo qual se comprometera a pagar 240 milhões de dólares, dos quais 97 milhões de dólares corresponderiam aos atos praticados no Brasil, o que inevitavelmente afetou a margem de negociação no presente caso, a despeito de eventual discussão quanto à correção do acordo firmado sem qualquer consulta ou coordenação com o Brasil, conforme prescreve o art. 42, parágrafo 5º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (“5. *Se um Estado Parte que exerce sua jurisdição de acordo com os parágrafos 1 ou 2 do presente Artigo for notificado, ou tomar conhecimento por outro meio, de que outros Estados Partes estão realizando uma investigação, um processo ou uma ação judicial relativos aos mesmos fatos, as autoridades competentes dessas Estados partes se consultarão, segundo proceda, a fim de coordenar suas medidas*”). Vale dizer, ainda que possa haver discordância quanto ao procedimento adotado, não há o que fazer no âmbito de atuação do Ministério Público Federal.

Após um breve relatório do que havia ocorrido por ocasião da realização do Acordo de Leniência no Rio de Janeiro, destacam-se algumas passagens do voto da Relatora do Processo de homologação do Acordo de Leniência da SBM Offshore na 5ª Câmara de Revisão do Ministério Público Federal (combate à corrupção):

Assim é que, desde logo, não se pode perder de vista que o acordo de leniência é, antes de mais nada, instrumento de investigação.

De fato, “Acordos de leniência são acordos celebrados entre o Poder Público e um agente envolvido em uma infração, com vistas à sua colaboração na obtenção de informações, em especial sobretudo a outros partícipes e autores, com a apresentação de provas materiais de autoria, tendo por contrapartida a liberação ou a diminuição das penalidades que seriam a ele impostas com base nos fatos.

Só se concebe, portanto, transigir, em alguma medida, em relação à aplicação das sanções, se houver proveito para a investigação. É que, “ao investigarem condutas cometidas no âmbito empresarial, as autoridades encontram uma série de obstáculos decorrentes da própria natureza das pessoas jurídicas e de outras estruturas empresariais cada vez mais complexas. Por diversas vezes, será difícil (se não impossível) entender os fatos e identificar responsáveis por atos ilícitos. Neste contexto, a celebração do acordo de leniência pode ser fundamental na identificação dos envolvidos e na obtenção de provas relevantes, trazendo ao conhecimento das autoridades informações que, de outra maneira, não seriam obtidas.”

As Convenções de Palermo e de Mérida, ao tratarem dos acordos de delação premiada e de leniência, fazem referência, antes de mais nada, aos proveitos à investigação que podem ser por ele trazidos. [...]

No acordo de leniência, como dito, há uma mitigação ou mesmo o afastamento da aplicação das sanções, sejam elas administrativas (previstas no art. 6º, da Lei 12.846/2013 ou nos artigos 86 a 88, da Lei 8.666/93), sejam elas as da Lei da Improbidade Administrativa (art. 12 da Lei 8.429/92). **Não há, porém, qualquer possibilidade de negociação no que se refere à reparação do dano causado que, de resto, não custa deixar consignado, não constitui sanção, mas mera obrigação de restituir as coisas ao seu estado anterior à prática lesiva, desprovida do efeito aflitivo característico das sanções.** [...]

Dano causado ao patrimônio público, material e imaterial, é, de fato, dano de imensa repercussão, que extrapola a esfera de domínio do ente público para atingir, invariavelmente, a sociedade. [...]

Coerentemente, a Lei 12.846/2013, ao mesmo tempo em que admite a celebração de acordos de leniência, deixa expresso, no parágrafo 3º, do artigo 16, que “**O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado**”, estabelecendo, ainda, no parágrafo único do artigo 21 que “A

condenação (nas ações de responsabilização judicial) torna certa a obrigação de reparar, **integralmente**, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença”.

Não há, pois, qualquer possibilidade de ser dar quitação total à pessoa jurídica causadora de dano, se não houver total e absoluta identificação do dano, em toda sua extensão, e sua respectiva reparação. Caso não se tenha essa precisa identificação e quantificação do dano decorrente das práticas ilícitas, o acordo de leniência deverá deixar expresso que a pessoa jurídica não está isenta da obrigação de reparar o dano integralmente causado, no que se refere às práticas ilícitas que reconheceu ter adotado.

(Grifado)

O Acordo de Leniência realizado com a SBM Offshore estipulava, conforme já mencionado, o fim das investigações de pagamento de vantagens indevidas a empregados da petrolífera, as quais poderiam resultar em ações civis públicas de improbidade administrativa. Previa, ainda, o pagamento de US\$ 162,8 milhões e compensação de US\$ 179 milhões à Petrobras; US\$ 6,8 milhões ao MPF e US\$ 6,8 milhões ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Ocorre que na submissão do Acordo de Leniência à 5ª Câmara de Revisão e Controle (Combate à Corrupção) do Ministério Público Federal, em 1 de setembro de 2016, por decisão surpreendente do colegiado, não houve a homologação do acordo de leniência firmado. O colegiado entendeu que o documento apresentava defeitos que impossibilitavam a sua homologação. Os autos foram devolvidos ao Ministério Público Federal do Rio de Janeiro para que fizesse as correções dos problemas apontados ou desse prosseguimento às investigações.

Os Subprocuradores-Gerais da República que analisaram o caso apontaram, entre as falhas do acordo de leniência, a ausência de informações e elementos que pudessem contribuir para a investigação dos atos de improbidade administrativa pelo MPF. Além disso, para os integrantes do órgão colegiado, não houve razoabilidade e proporcionalidade entre as renúncias e as vantagens concedidas à SBM Offshore.

A Subprocuradora-Geral da República relatora do procedimento na 5ª Câmara de Combate à Corrupção, Monica Nicida Garcia, apontou deficiências no Acordo de Leniência⁴⁶⁷:

- a) não aponta quais os dados, documentos, informações e outros elementos que contribuirão para a investigação dos atos de improbidade administrativa objeto do inquérito civil e dos demais ilícitos cuja apuração o Ministério Público tem legitimidade para conduzir;
- b) não demonstra a razoabilidade e a proporcionalidade entre, de um lado:

⁴⁶⁷ Íntegra dos votos, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/acordo_lenienciam_smb.pdf>. Acesso em 20 dez. 2017.

- as renúncias feitas pelo Ministério Público Federal: no mínimo a aplicação das sanções da Lei de Improbidade, a possibilidade de apuração de irregularidades e prejuízos relacionados aos contratos, e o ressarcimento integral do dano;
 - as vantagens que se concordou em receber da SBM e demais empresas: pagamento de multa civil, redução dos bônus de performance e disponibilização de uma base de dados cujo conteúdo é desconhecido; e, de outro lado,
 - as vantagens auferidas pela SBM: isenção quanto a investigação sobre irregularidades de contratos milionários que já são objeto de denúncia criminal; não sujeição às graves penalidades previstas nas Leis 8.429/92 e 8.666/93, inclusive declaração de inidoneidade e proibição de contratar com o poder público; garantia de manter seus contratos com a Petrobras, ainda que abrindo mão de parte de sua remuneração e, mais ainda, de poder continuar participando de novas licitações e celebrando novos contratos.
- c) Dá quitação integral quanto aos prejuízos, sem que se tenha cabalmente afastado sua ocorrência e apurado seu montante. De se considerar, ainda, os seguintes defeitos, a serem eventual e oportunamente sanados;
- d) não contém a perfeita identificação de todas as pessoas jurídicas que fazem parte do acordo;
- e) não está assinado pelos advogados que, inclusive, são apontados na cláusula 13, como representantes da SBM Offshore. Nota-se ainda, a ausência, nos autos, das seguintes informações que, no contexto de negociação do acordo, são de extrema importância;
- f) informações colhidas na esfera de investigação criminal, inclusive os acordos de colaboração premiada que estão referidos na promoção de arquivamento;

Também por unanimidade, os membros da 5ª Câmara entenderam que não havia previsão legal para a destinação de recursos a órgãos públicos em acordos de leniência, afirmando o Subprocurador-Geral da República Marcelo Muscogliati que:

A efetivação da destinação de recursos depende de lei e, na sua ausência, não deve ser aceita. A medida tem como efeito colateral positivo afastar o risco moral (*moral hazard*) das negociações e acordos.

Naturalmente, a não-homologação causou surpresa aos envolvidos e surtiu o efeito de sinalização clara para o mercado e para as instituições envolvidas no acordo de leniência: a Administração Pública deve se pautar por princípios constitucionais como o da moralidade e da legalidade e, portanto, deve-se seguir critérios que, se não forem bem observados, tornarão inócuos os acordos.

O Ministério da Transparência reconheceu a inequívoca competência do Ministério Público para rever os termos no acordo de leniência, mas lembrou que a não efetivação do Acordo acarretaria o prosseguimento do processo administrativo de responsabilização no âmbito do Ministério, que poderia resultar na declaração de inidoneidade da SBM Offshore e, uma das consequências, conforme avaliação da própria Petrobras, seria a rescisão dos contratos celebrados com a estatal. E fez um comunicado que impactou o mercado, provocou reações várias e motivou notas de resposta de outras instituições:

Esse cenário levará, segundo estudo técnico aprovado pelo Conselho de Administração da Petrobras, à perda da produção de óleo e gás na ordem de 15% entre os anos de 2016 e 2020. O prejuízo avaliado é de no mínimo US\$ 12,66 bilhões, sem considerar o reflexo no preço final do combustível ao consumidor, nem

o impacto para a União sobre a receita tributária, em função dessa perda de produção.

A Petrobras, à época, por nota, se manifestou no sentido de que a não homologação do acordo pelo MPF impossibilitava o ressarcimento de US\$ 328,2 milhões pela empresa holandesa à Petrobras e publicou:

A Petrobras esclarece que a informação relativa a eventual prejuízo de US\$ 12,66 bilhões representa uma estimativa na hipótese de rescisão de todos os contratos vigentes entre Petrobras e SBM, no período de 2016-2020, sem que houvesse qualquer alternativa para a sua substituição.

O Secretário-geral do Contas Abertas⁴⁶⁸, em atenção à manifestação do Ministério da Transparência, respondeu que o Ministério deveria zelar pela Lei Anticorrupção e extrair benefícios para o Estado:

É importante considerar que o Ministério é responsável pelo cumprimento fiel da Lei Anticorrupção. A eventual declaração de inidoneidade não suspende os contratos em vigor. O teor da nota do Ministério revela que a Petrobras, aparentemente, se tornou refém da empresa que a lesou.

A Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil (ANTC), em 3 de setembro de 2016, publicou uma nota à imprensa⁴⁶⁹ em apoio à decisão da Procuradoria Geral da República de não homologar o acordo de leniência celebrado com a SBM Offshore, nos seguintes termos:

1. Após a divulgação de não-homologação do acordo pela Câmara competente da Procuradoria-Geral da República, o MTFC emitiu nota à imprensa com esclarecimentos sobre a decisão relacionada ao referido acordo e possíveis efeitos.
2. A nota traz argumentos apelativos que, em certos trechos, ganham contorno *ad terrorem*, com equívocos jurídicos e sobre valores vultosos que não expressam a verdade dos reais efeitos da não-homologação do acordo com a empresa holandesa.
3. O texto divulgado para a imprensa menciona que o MTFC “reconhece as competências constitucionais do Tribunal de Contas da União, tendo disponibilizado total acesso aos autos, com vista ao integral acompanhamento dos procedimentos adotados”. Esse registro, porém, não corresponde à verdade dos fatos de domínio público. [...]
7. De forma diversa, a Petrobrás prestou os seguintes esclarecimentos à Associação Contas Abertas por meio de nota: “A Petrobrás esclarece que a informação relativa a eventual prejuízo de US\$ 12,66 bilhões representa uma estimativa na hipótese de rescisão de todos os contratos vigentes entre a Petrobrás e a SBM, no período de 2016-2020, sem que houvesse qualquer alternativa para a sua substituição”. E segue a nota: a “não homologação do acordo pelo MPF impossibilita o ressarcimento de US\$ 328,2 milhões pela empresa holandesa à Petrobras, mas não implica, necessariamente, na rescisão dos contratos vigentes entre SBM e Petrobras”.
8. No que tange à alegação de prejuízo da ordem de US\$ 12,66 bilhões, com possíveis impactos no preço dos combustíveis e na arrecadação federal, além de constituir argumento 'ad terrorem' que não merece crédito, trata-se de falácia que se descredencia pela simples leitura das declarações oficiais da própria Petrobrás, conforme transcrito no item precedente. Outra alegação duvidosa é o suposto prejuízo para a Petrobras, que deixaria de receber uma multa de R\$ 1 bilhão.

⁴⁶⁸ O Secretário Geral do Contas abertas, na época, era o economista Gil Castello Branco.

⁴⁶⁹ https://www.antcbrasil.org.br/?secao=noticias&visualizar_noticia=603

Segundo os termos do Voto nº 9.212/2016, há dúvidas quanto ao montante da multa que a Petrobras receberia com a assinatura do acordo (pág. 19 e seguintes).

Outrossim, as tratativas para o fechamento de um novo acordo de leniência entre petrolíferas e órgãos públicos seguiram e novo acordo de leniência foi firmado, com submissão, inclusive, à aprovação do Tribunal de Contas da União, em 12 de dezembro de 2017. Na última sessão do ano, realizada sob sigilo, o Tribunal de Contas da União aprovou, por unanimidade, os termos e condições da nova minuta do acordo de leniência entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e a holandesa SBM Offshore e, com essa aprovação, a CGU e a Advocacia-Geral da União assinariam o acordo com a SBM, que passaria a ter eficácia imediata.

O julgamento⁴⁷⁰ estabeleceu que o acordo de leniência assinado pela CGU teria eficácia imediata. Surpreendentemente, quando tudo parecia andar para o consenso sobre o Acordo de Leniência da SBM Offshore, o Ministério Público Federal distribuiu, em dezembro de 2017, pouco antes do recesso do judiciário, Ação Civil Pública cobrando valores substancialmente maiores que o acordo de leniência assinado com a CGU, AGU e homologado pelo TCU, justamente sobre fatos abrangidos pelo Acordo de Leniência (administrativo).

Segundo o MPF, nas relações comerciais estabelecidas pelas pessoas jurídicas integrantes do Grupo SBM Offshore e Petrobras foi identificado o cometimento de atos de improbidade administrativa materializados através do pagamento de propinas aos agentes públicos da estatal, com aquiescência e ordem dos gestores do grupo da SBM Offshore N.V e SBM Holding Inc. SA, sociedades controladoras das demais integrantes do grupo.

Na dicção do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), a pessoa jurídica de direito privado que induz ou concorre para a prática de ato de improbidade administrativa, ou dele se beneficia, sob forma direta ou indireta, deve sofrer as sanções previstas no referido diploma.

O Ministério Público Federal firmou acordos de colaboração premiada⁴⁷¹ e, em dezembro de 2015, apresentou denúncia contra ex-empregados⁴⁷² da Petrobras – ações penais

⁴⁷⁰ O Acordo se encontra coberto por sigilo.

⁴⁷¹ Firmou acordos de colaboração premiada com Pedro José Barusco Filho, Julio Faerman e Luis Eduardo Campos Barbosa da Silva

⁴⁷² O MPF apresentou denúncia contra Petrobras Pedro José Barusco Filho (ex-Gerente-Executivo de Engenharia da Petrobras), Paulo Roberto Buarque Carneiro (membro de Comissão de Licitação de diversos FPSOs), Jorge Luiz Zelada (ex-Diretor Internacional) e Renato Duque (ex-Diretor de Serviços), os ex-agentes de vendas da SBM no Brasil Julio Faerman e Luis Eduardo Campos Barbosa da Silva, além dos executivos da SBM Robert Zubiate, Didier Keller e Anthony John Mace

nº 0022781-56.2014.4.02.5101, 0501146- 88.2016.4.02.5101 e 0507046-52.2016.4.02.5101. Além disso, em novembro de 2016, o Grupo SBM firmou acordo com o Departamento de Justiça Americano segundo o qual deveria pagar US\$238.000.000,00 de multa⁴⁷³.

Segundo o MPF, o conglomerado econômico controlado pela SBM Offshore N.V. é composto por sociedades registradas não só na Holanda (SBM Offshore N.V., SBM Schiedam B.V. e a Gusto MSC Schiedam, esta vendida em 2011), mas, também, em lista não exaustiva, na Suíça (SBM Holding Inc. S.A.), Mônaco (Single Buoy Moorings Inc. e SBM Productions Contractors Inc.), Estados Unidos (SBM Atlantia Inc. Em Houston/Texas), Canadá (em Dartmouth), Angola, Guiné Equatorial, Inglaterra, China, Malásia (SBM Malaysia Sdn. Bhd.).

Também foram localizadas as seguintes inscrições no CNPJ: SBM CAPIXABA OPERACOES MARÍTIMAS LTDA.; SBM DO BRASIL LTDA.; SBM FRADE SERVIÇOS MARÍTIMOS LTDA.; SBM HOLDING INC S.A.; SBM HOLDING INC. S.A.; SBM INDÚSTRIA MARÍTIMA LTDA.; SBM JUBARTE OPERAÇÕES MARÍTIMAS LTDA.; SBM OFFSHORE DO BRASIL LTDA.; SBM OPERAÇÕES LTDA.; SBM PRODUCTION CONTRACTOS S.A.; SBM PRODUCTION INC.; SBM SEATECH INC.; SBM SERVIÇOS LTDA.; SBM SERVS. INC. S.A.; SBM SYSTEMS INC.; FPSO BRASIL VENTURE S.A. (sócia da SBM Operações Ltda); FPSO Capixaba Venture Societe Anonyme (sócia da SBM Capixaba Op. Marítimas Ltda).

No Brasil, o grupo SBM firmou contratos com a Petrobras por intermédio das companhias SBM HOLDING INC. S.A. e SBM OFFSHORE DO BRASIL LTDA., além de outras subsidiárias, a maioria dos quais instituídos com o propósito específico de participar dos certames públicos e de celebrar os respectivos contratos.

Constatações do relatório de auditoria nº 201407736 da CGU apontaram atos de improbidade e um fundo de propina constituído pelo Grupo SBM que geraram dano estimado ao erário no valor de US\$ 303.358.784,39.

O MPF requereu a condenação solidária das pessoas físicas e jurídicas à reparação dos danos causados à Petrobras por força dos artigos 275 c/c 942, caput, 2ª parte, do Código Civil c/c artigo 5º da Lei 8.429/92, pois, dentre as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, há a previsão de ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público, mediante o entendimento de que foram responsáveis pelos danos ao patrimônio da companhia, e, por isso,

⁴⁷³ Pesquisa em 22/12/2017, disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/sbm-offshore-nv-and-unitedstates-based-subsidiary-resolve-foreign-corrupt-practices-act-case>>.

a obrigação pela recomposição do patrimônio lesado é solidária, consoante os artigos 275 c/c 942, caput, 2ª parte, do Código Civil c/c artigo 5º da Lei 8.429/9268.

Na Ação Civil Pública⁴⁷⁴, o MPF suscita a responsabilização das pessoas físicas e jurídicas envolvidas nos atos de improbidade e também de corrupção sob os seguintes fundamentos: incisos I e II do art. 12 da Lei n. 8429/92 estabelecem a “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”, sanção que inclui não apenas os proveitos obtidos pelos agentes públicos que foram corrompidos, como também todo e qualquer benefício obtido pelo corruptor, direta ou indiretamente, em razão dos atos ímprobos de corrupção.

A racionalidade dessa previsão reside na premissa de que os atos ímprobos não devem gerar qualquer benefício para os infratores, de sorte que a equação envolvendo os custos e benefícios da corrupção tenha como resultado inequívoco um custo superior aos benefícios. Caso contrário, valeria sempre a pena para corruptores e corruptos se arriscar, o que não pode ser tolerado.

No mesmo sentido, o art. 19 da Lei nº 12.846/2013 prevê como uma das sanções aplicáveis em razão da prática dos atos lesivos previstos em seu art. 5º o “*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*”.

A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE prevê em seu art. 3º, itens 2 e 3 que nos países que não prevejam a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, estas deverão estar sujeitas a “*sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas*” e que o suborno e o produto da corrupção devem estar “*sujeitos a retenção e confisco ou que sanções financeiras de efeito equivalente sejam aplicáveis*”.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) em seu art. 2º, “e”, define “produtos do delito” como “os bens de qualquer índole derivados ou obtidos direta ou indiretamente da ocorrência de um delito” e, em seu art. 34, estabelece a obrigação dos Estados Parte de adotar medidas para “eliminar as consequências dos atos de corrupção”.

Nos Estados Unidos, quanto à lavagem de dinheiro, a legislação prevê que o termo *proceeds* (ganhos ou produtos) inclui a receita bruta da atividade, logo após o precedente *United States v. Santos*, no qual se adotou o critério do lucro líquido em um caso de

⁴⁷⁴ Processo nº 00221759-71.2017.4.02.5101, em curso perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro.

exploração de jogo ilegal, com cinco votos a favor e quatro votos contra. A Comissão de Valores (SEC) e o Departamento de Justiça (DOJ) americanos aplicam o critério da receita líquida, mas não aceitam a dedução do valor pago a título de propina e tributos.

O entendimento do Ministério Público Federal alega que, no caso do delito de corrupção em contratos públicos, por outro lado, parece razoável aplicar o critério da receita líquida obtida a partir dos contratos contaminados ou a taxa de retorno estimada, já que a atividade econômica desenvolvida não é *per se* ilícita, mas sim o pagamento de propina para obtenção de tais contratos.

Para aplicação de tal critério, porém, suscita o MPF que caberia à sociedade infratora a demonstração, mediante laudo de auditoria independente, das receitas e despesas relacionadas aos contratos contaminados, bem como a taxa de retorno estimada, e, conseqüentemente, a receita líquida obtida a partir dos contratos nº 101.2.159.96-1 (FPSO 2), nº 101.2.160.96-1 (FPSO 2), nº 101.2.108.98-8 (FPSO Espadarte/Anchieta), nº 101.2.109.98-0 (operação FPSO Espadarte/Anchieta), nº 191.2.014.01-2 (FPSO Brasil), nº 191.2.015.01-5 (operação FPSO Brasil), nº 191.2.001.03-5 (FPSO Marlim Sul), nº 191.2.002.03-8 (FPSO Marlim Sul), nº 2300.009461.05.2 (afretamento FPSO Capixaba), nº 2300.009462.05.2 (FPSO Capixaba) e nº 0801.0000032.07.2 (FPSO P-57), nº 95110000005.11.2 e nº 95110000006.11.2 (monoboia PRA-1) e nº CDC0006/05 (Turret P53) e respectivos termos aditivos.

Certamente o primeiro acordo de leniência celebrado pela SBM Offshore e não homologado pela 5ª Câmara de Revisão (Combate à Corrupção) da Procuradoria Geral da República e o segundo acordo de leniência, que seria assinado pela SBM com a homologação dos termos do acordo pelo TCU em dezembro de 2017, evidenciam todas as afirmações realizadas ao longo do estudo.

O primeiro acordo de Leniência firmado pela SBM Offshore previa, na cláusula 2ª, o seguinte:

2 Natureza e objeto deste Acordo:

2.1. O presente Acordo é um acordo de leniência que fundamenta-se em e cumpre com as normas contidas no(s):

- (i) Capítulo V da Lei Anticorrupção;
- (ii) Artigo 5, parágrafo 6 da Lei de Ação Civil Pública;
- (iii) Artigo 4 da Lei de Organizações Criminosas;
- (iv) Artigos 9, 10 e 12 da lei de Improbidade;
- (v) Artigo 37 da Convenção de Mérida; e
- (vi) nos termos da Lei nº 9.469/97.

2.2 As Partes concordam que este Acordo cumpre todos os requisitos previstos no artigo 16 da Lei Anticorrupção.

2.3 As Partes concordam que, sem prejuízo do disposto na Cláusula 8.2 abaixo, este Acordo compreenderá todos e quaisquer descumprimentos (supostos e efetivos) pela SBM Offshore ou por qualquer outro membro do Grupo SBM nos termos da Lei de Improbidade, da Lei de licitações, da Lei Anticorrupção, da Lei de Ação Civil

Pública, do Código Civil, da Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro e, observado o escopo deste Acordo, nos termos de qualquer lei ou regulamento aplicável que possa resultar em qualquer penalidade ou sanção administrativa ou judicial em qualquer Pleitos contra SBM Offshores ou por qualquer outro membro do Grupo SBM, conforme o caso, em relação a todos e quaisquer fatos, circunstâncias ou condutas:[...]

O primeiro Acordo foi firmado pela CGU, AGU, MPF, SBM Offshore e, como interveniente, a Petrobras. Não houve atuação direta do Tribunal de Contas da União, embora tenha sido solicitada manifestação da 5ª Câmara no processo de acompanhamento TC 004.914/2015-5, através do Ofício 0154/2015-TCU/SeinfraOperações, de 26/07/2015, oriundo da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura do TCU.

Nesse primeiro acordo, a Relatora da 5ª Câmara ressaltou que as concessões eram totalmente incompatíveis com o reduzido nível de colaboração prestado, que havia a destinação de recursos públicos aos órgãos signatários do acordo sem qualquer previsão legal e, acrescente-se, também sem previsão orçamentária, entre outras questões técnicas que, ainda que superadas por maior rigor técnico na redação do instrumento, não evitariam a enorme insegurança jurídica.

Um dos maiores problemas na realização dos acordos de leniência se encontra no fato da falta da coordenação de autoridades para firmar o acordo e isso se manteve, tanto no primeiro Acordo quanto no segundo Acordo, este homologado⁴⁷⁵ pelo TCU, porém não levado a efeito.

O primeiro Acordo foi firmado pelas autoridades competentes, segundo a previsão da LAC. Associada à previsão da LAC, também dele participaram o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União. Entretanto, mesmo que inexistissem problema técnicos atinentes à confecção do instrumento do Acordo e ele fosse homologado pela 5ª Câmara, ainda persistiria a insegurança de que o Tribunal de Contas da União pudesse apurar, posteriormente, ou que já tivesse apurado, diante do ofício encaminhado, em que requer informações à PGR, valor de dano integral causado para a Administração Pública diverso (maior) que o valor estimado pelos signatários o primeiro Acordo.

Importante ressaltar que não há um método consensual e consolidado para o cálculo do dano integral sofrido pela Administração. A Lei exige que a Administração Pública seja integralmente ressarcida pelos danos sofridos.

Evidentemente, a ausência da aprovação dos termos do primeiro Acordo, pelo TCU, significou a sujeição da pessoa jurídica signatária à insegurança jurídica de que o Acordo

⁴⁷⁵ Acordo mantido sob sigilo.

firmado poderia ser, a qualquer tempo, tornado sem efeito em relação ao montante do dano apurado e processado de ressarcimento do dano para a administração pública sobre o mesmo objeto do acordo firmado com as demais autoridades competentes.

Entretanto, como o processo de Acordo foi devolvido para o MPF de origem, a fim de que fosse proposta Ação Civil Pública ou para que o MPF corrigisse as impropriedades do primeiro, houve o reinício do processo para que novo processo de acordo de leniência fosse firmado.

Na segunda fase, para a realização de novo Acordo de Leniência, houve uma mudança na coordenação de autoridades, pois a CGU, a AGU a SBM e a Petrobras se mantiveram nas mesmas condições para serem partes signatárias do novo Acordo. Nesta segunda oportunidade, entretanto, o instrumento foi submetido ao plenário do TCU que, por unanimidade, em 12 de dezembro de 2017, aprovou os termos do acordo submetido ao plenário, com eficácia imediata, para que fosse firmado. Nesse Acordo, a SBM Offshore se comprometia a pagar R\$ 1,2 bilhão em débito e multa.

Frise-se que, no caso do novo Acordo de Leniência em negociação, o segundo Acordo, já não mais participava o MPF conjuntamente com as demais partes, tal como no primeiro Acordo. Diante do sigilo do processo, é possível inferir que um acordo à parte estava em processo de negociação, diretamente com o MPF.

Diante disso, em 11 de dezembro 2017, o Ministério Público Federal distribuiu Ação Civil Pública pela prática de atos de Improbidade Administrativa em face da SBM Holding Inc. S.A, da SBM Offshore do Brasil LTDA, e de pessoas físicas nacionais e estrangeiras. Certamente restou claro que o MPF não firmaria acordo algum com a SBM Offshore, como todas as demais autoridades potencialmente competentes para firmar o Acordo o fizeram.

O Ministério Público Federal concluiu, na Ação Civil Pública, que o dano foi no valor de R\$ 5.384.621.632,31 (cinco bilhões, seiscentos e vinte e um milhões, seiscentos e trinta e dois mil e trinta e um centavos) e entendeu que esse valor deveria ser retido pela Petrobras, no percentual de 10% dos valores mensais devidos a sociedades do Grupo SBM em decorrência dos contratos de afretamento vigentes até que se chegasse ao limite de R\$ 5.384.621.632,31.

Assim, o acordo de leniência firmado entre CGU e AGU, com a aprovação do TCU, não foi levado a efeito, e o MPF, em Ação Civil Pública, cobrou que o erário fosse ressarcido em valor cerca de 4,5 vezes maior que o Acordo de Leniência negociado, o que só reforça que o Acordo de Leniência no contexto da Lei Anticorrupção precisa de urgentes correções legislativas.

CONCLUSÃO

As discussões sobre os Acordos de Leniência se concentram prioritariamente no âmbito da União, em decorrência da amplitude alcançada pelo conjunto de investigações realizadas para o combate à corrupção deflagradas pela operação Lava Jato, que afetou diretamente a maior sociedade de economia mista da Indústria do Petróleo brasileira, a Petrobras, juntamente com uma série de outras sociedades empresárias que com ela contratavam, diretamente envolvidas em atos de corrupção.

O início de vigência da Lei Anticorrupção irrompeu uma instabilidade no exercício da atividade empresarial. A Lei estabelece uma previsão errática, assistemática e incongruente com a Constituição da República e com o sistema normativo anticorrupção, de maneira que insere uma constante insegurança jurídica à atuação empresarial. Naturalmente, pode-se inferir que o resultado de uma produção legislativa – que se propõe a regular um processo administrativo sancionador, pretensamente com vistas à integridade das pessoas jurídicas –, nesses termos, causa um negativo impacto econômico e financeiro sobre a atividade, principalmente pela falta de parâmetros para o estabelecimento de multas que podem atingir valores elevados, sem qualquer previsão de limitação na sua aplicação pelos diversos órgãos de controle.

Não bastassem tais questões, há outra previsão potencialmente danosa para a atividade empresarial: a responsabilização objetiva, na seara administrativa e civil, das pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos perpetrados contra a Administração Pública. Do mesmo modo, se observa a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas em sede de processo administrativo de responsabilização.

Não se pode perder de vista que, afora a celeuma acerca dos Acordos de Leniência estar prioritariamente centrada na Administração Pública federal, o seu âmbito de aplicação se estende a todos os Estados e Municípios brasileiros, aos respectivos órgãos de controle interno, o que constitui um verdadeiro problema e que pode se tornar instrumento de achacamento das sociedades. Tamanha desorganização jurídica somente as fragiliza. As sociedades empresárias passaram a ser submetidas a um sistema sancionador caótico que tende a inibi-las de participar de Acordos de Leniência, o que acaba por esvaziar a utilização do instituto como instrumento de investigação.

Apesar do debate qualificado e necessário empreendido no plano da União, a Lei é geral e estabelece normas gerais sancionatórias que incidem sobre a licitação e a contratação

públicas da Administração Direta e Indireta. Não obstante, a regulamentação da Lei Anticorrupção no plano dos Estados e Municípios pouco debate produz.

O Acordo de Leniência previsto no âmbito de aplicação da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não pode servir de parâmetro para o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção – motivação essa que restou demonstrada tanto na Exposição de Motivos da Lei nº 12.846/2013 – quanto no Parecer do Relator do PL nº 6.826/2010. A importação de institutos, seja do Direito Internacional, seja de outros ramos autônomos do Direito, já demonstrou não ser a melhor técnica, por dispensar completamente pressupostos teóricos intrínsecos a esses mesmos ramos.

A partir do exame das especificidades do Acordo de Leniência previsto na Lei Anticorrupção e daquele que existe previsto na Lei Concorrencial, fica evidente que os valores protegidos, as partes que se relacionam, o órgão competente para aplicar as sanções e a segurança jurídica são distintos daqueles observados na Lei Anticorrupção.

Enquanto a Lei do SBDC se volta para a repressão das infrações à ordem econômica, orientada para a livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico, a Lei Anticorrupção se volta para a defesa da moralidade administrativa e, em última análise, a corrupção na Administração Pública significa a apropriação privada de recursos públicos que deveriam ser investidos na prossecução de políticas funcionalizadoras de direitos fundamentais.

Nesse particular, para que ocorra o Acordo de Leniência no SBDC, somente haverá uma autoridade nacionalmente competente e estruturada para tratar dos crimes contra a ordem econômica e realizar o controle de estruturas, com a participação do Ministério Público Federal, titular da ação penal, conforme a previsão legal. Portanto, no SBDC não há qualquer problema com a existência de diversas autoridades competentes para assinar os acordos.

Note-se que, passados quase cinco anos da promulgação da Lei Anticorrupção, nenhum Acordo de Leniência fora firmado por sociedade que integra a indústria do petróleo no Brasil. Ao revés, justamente pelo fato da inviabilidade de se firmar acordos no Brasil de forma segura, o setor contabiliza perdas bilionárias. Há diversos problemas de ordem constitucional na aplicação da Lei, especificamente sobre conflito de competências. As perguntas elaboradas para as entrevistas com as autoridades envolvidas nos processos de Acordos de Leniência da Lava Jato, que incluem os acordos da Indústria do Petróleo, deixaram claro que os acordos previstos na Lei Anticorrupção carregam, na sua essência, a insegurança jurídica. Nesse sentido, não é razoavelmente aceitável que subsista no mundo jurídico uma lei que sujeita as sociedades empresárias a toda sorte de autoridades atuando

concomitantemente, sem limitação de suas competências e das multas a serem aplicadas, que inclusive podem ser concomitantes também.

A adequada coordenação de autoridades é o mínimo que se espera para que seja garantida segurança jurídica às sociedades empresárias. É premente que as lacunas e falhas legislativas da Lei 12.846/2013 sejam superadas. O Projeto de Lei nº 5.208, de 2016, em curso na Câmara dos Deputados é um meio de realização da pesquisa, com a proposta de adequação dos Acordos de Leniência à realidade do ordenamento jurídico pátrio e com a consecução do interesse público.

Em face das transformações ocorridas no Direito, seja na esfera pública, seja na privada, é inegável o fato de que uma nova ordem internacional conduzida pela proeminência da regulação econômica impõe uma agenda de inserção de pautas até então sem previsão legal. Nesse sentido, essa agenda requer a ocorrência de ajustes nos sistemas legais nacionais em prol de uma segurança econômica coletiva.

Por conseguinte, partindo da compreensão de que “está em curso novo surto de universalização do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório”, o plexo normativo referente ao Direito Empresarial apresenta-se como uma via legítima para conciliar os interesses econômicos dos países em desenvolvimento com ambições econômicas globais, especialmente mecanismos de aperfeiçoamento do combate à corrupção.

Tal fato assume maior relevo quando se verifica que diversos países, especialmente aqueles em desenvolvimento, não possuem legislação concorrencial e regras de conformidade, ou, quando as possuem, seus dispositivos são gerais, vagos e imprecisos. Considera-se, ainda, que esses países, em geral, apresentam uma larga tradição de intervenção estatal, exercendo, com intensidade e resultados diversos, o controle e a intervenção sobre a distribuição de riqueza, sobre as condições de acesso aos mercados, sobre as regras de funcionamento desses mercados e sobre os comportamentos das sociedades empresárias.

Os efeitos da globalização impactam a relação das sociedades com os agentes estatais, já que a concentração das sociedades apresenta como desafio a pluralidade de regras atinentes às legislações anticorrupção de cada país, que geram uma multiplicação de processos e métodos, variando sensivelmente a conduta profissional, empresarial e legal de um sistema para o outro. Essa profusão de legislações ocasiona aumento de custos e tempo, além de motivar incertezas decorrentes das questões judiciais envolvidas.

Na tentativa de solucionar os desafios que obstaculizam o comércio doméstico pressionado pelo direito internacional dos investimentos a internalizar nos seus respectivos

ordenamentos demandas de regulação e de investimentos estrangeiros, a doutrina tem oferecido alternativas para a diminuição das disparidades e das sobreposições dos sistemas legislativos com a apresentação de propostas de harmonização das diversas legislações comerciais. O objetivo, claro: evitar condutas ilícitas que possam ser adotadas pelos agentes econômicos, incluindo-se aqui a relação destes com a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. **Plea Bargaining and Its History**. Law & Society Review, vol. 13, no. 2, 1979, pp. 211–245. JSTOR, JSTOR. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em 10 mar. 2018.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **Desconsideração da personalidade jurídica como instrumento jurídico de efetivação da reparação por danos ambientais**. In: XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional - Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2007. p. 4118-4136. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_ferreira_de_assumpcao_alves.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2017.

ALBUQUERQUE, Ana Claudia de Paula. **Aspectos da responsabilização administrativa da pessoa jurídica na Lei 12.846/2013**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

ALMEIDA, Edmar de. **Estão dadas as condições para a retomada do setor de petróleo e gás no Brasil?** Boletim Infopetro Petróleo & Gás Brasil. Análise de Conjuntura das indústrias de petróleo e Gás. Ano 17. n. 1. mar./abr. de 2017. Disponível em: <<file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/BOLETIM%20INFOPETRO%20PETR%C3%93LEO%20&%20G%C3%81S%20BRASIL.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2018.

ANP. **Boletim da Produção de Petróleo e Gás Natural**. n. 88, dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/boletins-anp/Boletim_Mensal-Producao_Petroleo_Gas_Natural/Boletim-Producao_Dezembro_2017.pdf>. Acesso em 10 mar. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As boas práticas da indústria do Petróleo como o eixo da regulação do setor. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 238, p. 283-300, out. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44083>>. Acesso em: 12 mar. 2018. DOI: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v238.2004.44083>>.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Regime Jurídico das Empresas Estatais**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>>. Acesso em 20 mar. 2018.

ARAÚJO, Izabella Maria Medeiros e; GALVÃO, kátia Cheim Pereira; NETO, Otacílio dos Santos Silveira. Aspectos Tributários das Joint Ventures no Direito Brasileiro e seus Reflexos

na Indústria do Petróleo. 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás. IBP, Salvador, 2005. Disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0247_05.pdf>. Acesso em 10 abr. 2016.

AUSTRÁLIA. AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. **ACCC immunity policy for cartel conduct**. Disponível em <<http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=879795&nodeId=f66a352b170982e5308039195ba68521&fn=Immunity%20policy%20for%20cartel%20conduct.pdf>>. Acesso em 11 de junho de 2016.

_____. **ACCC immunity policy interpretation guidelines**. Disponível em <<http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=879795&nodeId=eb2cc256f6140a0f2736a026e3b9aae9db9&fn=Immunity%20policy%20interpretation%20guidelines.pdf>>. Acesso em: 11 junho 2016.

_____. **Memorandum of understanding between commonwealth director of public prosecution and australian competition and consumer commision**. Disponível em <<http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=882220&nodeId=ef73337d44a8c8ee9ffd593f93cb0699&fn=Memorandum%20of%20understanding%20between%20CDP%20and%20ACCC.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2016.

BARBOSA, Eliane Prudente. **O acordo de leniência e as perspectivas de sua aplicação no direito brasileiro**. Monografia (especialização) - Fundação Getúlio Vargas em Brasília, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Modalidades de Intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico**. Temas de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

_____. **Regime Jurídico da Petrobras, Delegação Legislativa e Poder Regulamentar: Validade Constitucional do Procedimento Licitatório Simplificado Instituído pelo Decreto N° 2.745/98**. Conjur. Parecer. 2006. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2016.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Boletim Infopetro Petróleo & Gás Brasil. **Análise de Conjuntura das indústrias de petróleo e Gás**. Março/abril de 2017. Ano 17. n.1.

BOTELHO, Ricardo Franco; MACHADO, Luiza Andrade; BACCHI, Fabiana Mesquita. **As principais características e desafios do acordo de leniência na lei anticorrupção in Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar**. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2015.

Brasil. Ministério Público Federal, 2017. Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR. **Estudo sobre inovações da Lei nº 12.846/2013 - a Lei anticorrupção (LAC)**. Disponível em:

<<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. IBRAC. **Relatório de sugestões de aperfeiçoamento do programa de leniência brasileiro**. Disponível em <<http://www.ibrac.org.br/Evento.aspx?Id=16>>. Acesso em 25 de agosto de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Cartilha do CADE**. Disponível em

<<http://www.cade.gov.br/publicacoes/cartilhaport.asp>>. Acesso em 22 de janeiro de 2017.

_____. **Lei nº. 9.478/97, de 06 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 07 de setembro de 2015. Acesso em 22 de janeiro de 2017.

_____. **Lei nº. 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Acesso em 22 de janeiro de 2017.

_____. **Cartilha sobre combate a cartéis e programa de leniência**. Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em 3 de julho de 2016.

BUCHÉB, José Alberto. **Direito do Petróleo: A Regulação das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014.

_____. **Parcerias empresariais (Joint Ventures) nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil**. Jus Navigandi, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10187/parcerias-empresariais-joint-ventures-nas-atividades-de-exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas-natural-no-brasil>>. Acesso em: 20 de setembro 2015.

CADE. **Estrutura do sistema brasileiro de defesa da concorrência**. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?71b172be4dcb4cee470b>>. Acesso em 20 de agosto de 2015.

CADE. **Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. Disponível em <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_10108.pdf>. Acesso em 6 de outubro de 2016.

CADE. **Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Maio, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2016.

Cadernos FGV Energia. Petróleo. **A estrutura complicando a conjuntura: os fatores estruturantes que acentuam os efeitos negativos da atual conjuntura do Petróleo**. Outubro 2015. Ano 2, n° 4. Disponível em: <http://www.fgv.br/fgvenergia/caderno_petroleo/files/assets/common/downloads/caderno_petroleo.pdf>, p.33-34. Acesso em 10 mar. 2018.

CAMARGO, Marcelo Ferreira de. **O acordo de leniência no sistema jurídico brasileiro**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5426>>. Acesso em 6 de maio de 2016.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. **Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção**. Revista Digital de Direito Administrativo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <[file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/80943-127259-2-PB%20\(1\).pdf](file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/80943-127259-2-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

CANADA. PUBLIC PROSECUTION SERVICE OF CANADA. **Federal prosecution service deskbook**. Disponível em <<http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/fps-sfp/fpd/ch35.html>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

CANADÁ. COMPETITION BUREAU. **Corporate immunity agreement**. Disponível em <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02479.htm>>. Acesso em 10 de junho de 2016.

_____. **Immunity program: frequently asked questions**. Disponível em <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03250.html>>. Acesso em 10 de junho de 2016.

_____. **Individual immunity agreement**. Disponível em <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02481.html>>. Acesso em 10 de junho de 2016.

_____. **Leniency program bulletin**. Disponível em <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03288.html>>. Acesso em 10 de junho de 2016.

_____. **Leniency Program. FAQs**. Disponível em <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03289.html>>. Acesso em 10 de junho de 2016.

CAVALCANTE, Amanda Barcellos. **As Joint Ventures para exploração e produção de petróleo e gás: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Natal, 2004.

CARAPETO, Luísa Cristina Florença Fernandes. **Contexto europeu de incentivo à**

prevenção e combate à corrupção in Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 20^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CASTRO, Patrícia Reis Carvalho de. **Um estudo sobre o processo de adesão ao programa de integridade da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, e seus efeitos sobre os controles internos em empresas nacionais e multinacionais.** Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, 2016. Quadro adaptado, p. 56. Disponível em: <file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/CorrigidoPatriciaReis.pdf>.

CHAVES, Vinicius Figueiredo. **Resenha da Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial, de Calixto Salomão Filho.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p. 349-355, set./dez. 2017. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53662>. Acesso em: 21 dez. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial., volume 2: direito de empresa.** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa.** 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COHEN, Delphine; ASSADIF-TARDIF, Natasha. Chapter 15: France. In: **The international comparative legal guide to: cartels and leniency 2011: a practical cross- border insight into cartels and leniency.** Londres: Global Legal Group. Disponível em <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/4105.pdf>. Acesso em 6 de junho de 2016.

COLOMER, Marcelo. **Corrupção na Indústria do Petróleo: Um caso isolado ou fenômeno estrutural.** Boletim Infopetro Petróleo & Gás Brasil. Análise de Conjuntura das indústrias de petróleo e Gás. Ano 17. n. 1. março/abril de 2017.

DALAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção.** Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

DE LUCCA, Newton. **O Regime Jurídico da Empresa Estatal no Brasil.** Tese de Livre Docência, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

DERMAN, A. B. **Model Form International Operating Agreement – An analysis and interpretation of the 1995 Form, Section of Natural Resources, Energy, and Environmental Law.** Monograph Series Number 23, American Bar Association, 1997.

DIAS FILHO, Nivaldo; ALMEIDA, Leandro Araújo de. et al. **Técnicas econométricas e seu papel inovador no cálculo do sobrepreço: o caso da lava jato.** Revista do TCU, Brasil, n. 138, jan./abr. 2017. p. 18-29. Disponível em:

<<http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/index/search/authors/view?firstName=Nivaldo&middleName=&lastName=Dias%20Filho&affiliation=Tribunal%20de%20Contas%20da%20Un%C3%A3o&country=BR>>. Acesso em 10 maio 2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, MARRARA, Thiago (Coord). **Lei Anticorrupção Comentada**. ed. Forum: Belo Horizonte, 2017.

DRAKAKAK, Stamatis. Chapter 17: Greece. In: **The international comparative legal guide to: cartels and leniency 2011: a practical cross-broder insight into cartels and leniency**. Londres: Global Legal Group. Disponível em <<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/4107.pdf>>. Acesso em 5 de junho de 2016.

EPE. **Boletim de conjuntura da Indústria do Petróleo**. n. 03. 2º semestre/2017. Disponível em: <http://epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-226/topico-336/Boletim%20de%20Conjuntura%20da%20Ind%C3%BAstria%20do%20Petr%C3%B3leo_2sem2017.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência**. Coleção acadêmica livre. Direito GV, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Corporate leniency policy**. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>. Acesso em 2 de junho de 2016.

_____. **Leniency policy for individuals**. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>>. Acesso em 2 de junho de 2016.

_____. **Model corporate conditional leniency letter**. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239524.htm>>. Acesso em 2 de junho de 2016.

_____. **Model individual conditional leniency letter**. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239526.htm>>. Acesso em 2 de junho de 2011.

EUROPA. EUROPEAN COMMISSION. **Commission notice on the non-imposition or reduction of fines**. OJ 1996 C 207/04, de 18.07.96. Disponível em <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996Y0718\(01\):IT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996Y0718(01):IT:HTML)>. Acesso em 22 de agosto de 2016.

_____. **Commission notice on the non-imposition or reduction of fines**. OJ 2–2 C 45/3, de 19.02.02. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:045:0003:0005:IT:PDF>>. Acesso em 22 de agosto de 2016.

_____. **Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases**. OJ 2006/C 298/11, de 08.12.2006. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu>

/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:PT:PDF>. Acesso em 20 de julho de 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Cláusulas antissuborno e sobre livros e registros contábeis da lei americana anti-corrupção no exterior**. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-portuguese.pdf>>. Acesso em: 20 de set. 2015.

EUROPA. EUROPEAN COMMISSION COMPETITION. **Authorities in EU member states which operate a leniency programme**. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/authorities_with_leniency_programme.pdf>. Acesso em 2 de junho de 2016.

_____. **Leniency**. Disponível em <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>>. Acesso em 1 de maio de 2016.

FIESP. Relatório. **Corrupção: Custos Econômicos e propostas de combate**. DECOMTEC, 2010. Disponível em: <<file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/custo-economico-da-corrupcao-final.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2017.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro. **O Ministério Público e o acordo de leniência**. Boletim do Instituto de Ciências Penais, no 83, ano VI, pp. 6/10, nov., 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FORNASIER, Marcus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. **A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 395-414.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Grupos Econômicos sob o Controle Estatal: conflito de interesses** (a norma do artigo 238 da Lei da S.A. Aplicação. Limites). 1982. Tese de doutorado em Direito Comercial. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

FRANÇA. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **Procedural notice relating to the French Leniency Programme**, issued on March 2nd, 2009. Disponível em <http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/cpro_clemence_uk_2_mars_2009.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2016.

FRAZÃO, Ana. **Arquitetura da corrupção e as relações de mercado**. Jota, 2016.

Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arquitetura-da-corrupcao-e-relacoes-de-mercado-30052016>>. Acesso em 9 ago. 2016.

GABAN, Eduardo Molan. **Acordos de leniência no Brasil (Lei n. 8.884/94)**. Disponível em <http://www.sampaioferraz.com.br/images/acordos_leniencia.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2016.

GABARDO, Emerson. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437/33212>>. Acesso em 12 jan. 2018.

GALIL, Gabriel Coutinho. **A Responsabilidades das Joint Ventures Transnacionais por Violações de Direitos Humanos**. Monografia – Homa – Centro de Direitos Humanos e Empresas. 2017. Disponível em: <<http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/06/Monografia-Galil.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

GARCIA, Mônica Nicida. **Três convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil in Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Responsabilidade do Agente Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCÍA, Fernando de La Vega. **La Clemencia (Leniency) en el Derecho de la Competência (Antitrust): Extensión o reducción de multas en casos de cartel**. Madrid: Dykinson, 2017.

GORDILHO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997. T. 1. Apud GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do Agente Público. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRÉCIA. HELLENIC COMPETITION COMMISSION. **Decision no 299/v/2006 of the Plenary of the Hellenic Competition Commission**. Disponível em <http://www.epant.gr/img/x2/news/news151_1_1224579290.pdf>. Acesso em 5 de junho de 2011.

GUIDANCE. **The Brybery Act 2010** – Guidance. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

HAMMOND, Scott. **The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades**. The 24th Annual National Institute on White Collar Crime. U.S. Department of Justice: Florida, 2010.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

Hughes Hubbard & Reed LLP. **FCPA/Anti-Bribery: Fall Alert 2017**. New York, 2017. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/hhr-web/files/PublicationDocuments/FCPA-Anti-Bribery-Alert-Fall-2017.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

HUNTINGTON, Samuel P. **Organizações transnacionais na política mundial**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro. FGV. abr./jun. 1975. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/6060/4694>>

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. **A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção**. Junho, 2009. Disponível em: <https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2013/10/Pacto_Empresarial-Resp_das_emp_no_comb_corrup.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

JESUS JUNIOR, Leonardo Bispo de; SARTI, Fernando; FERREIRA JUNIOR, Hamilton de Moura. **Petrobras, política de conteúdo local e maximização de valor para o acionista: uma sugestão de interpretação**. Econ. soc., Campinas, v. 26, n. 2, p. 369-400, ago. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182017000200369&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 07 abr. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/1982-3533.2017v26n2art4>.

JUNIOR, Alberto do Amaral (coord.). **Direito do Comércio Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

JUNIOR, Dorival de Freitas. **A Responsabilidade da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção**. 2017. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017.

JUNIOR, Mario Engler Pinto. **Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JUNIOR, Mário Engler Pinto. **O Estado como acionista controlador**. 2009. 517 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/.../2/.../publico/VERSAO_COMPLETA_MARIO_ENGLER.pdf>. Acesso em 20 mar. 2018.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014.

LEVY, Nicholas e O'DONOGHUE, Robert. **The EU leniency programme comes of age.** World Competition, 2004.

LOBO, Jorge. Direito dos Acionistas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LOPES, Ana Frazão Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Luis Paulo de Yaparraguirre Oliveira. **Desafios de Compliance Anticorrupção na indústria de Petróleo e Gás.** Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, 2017.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 1: das origens à escola clássica.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

_____. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: O século XX.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988.** Boletim Científico. ESPMU, Brasília. Ano 4 – n. 16, jul./set. 2005, p. 11-75. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/o-principio-do-ne-bis-in-idem-e-a-constituicao-brasileira-de-1988>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

MAGALHÃES, Valmir Costa. **Governança Global, Governança Corporativa e Criminal Compliance: entre Conceitos, Aspectos Históricos e Desafios Contemporâneos.** In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.), VOLPON, Fernanda Torres (Colab.). **Governança global.** Belo Horizonte: Arraes editores, 2017, p. 209.

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Brasil, v. 1, n. 1, p. 23-51, jan. 2014. ISSN 2319-0558. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561/77253>>. Acesso em: 23 abr. 2018. DOI: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i1p23-51>>.

MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: Modalidades, Regime Jurídico e Problemas Emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Brasil, v. 2, n. 2, p. 509-527, jul. 2015. ISSN 2319-0558. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>>. Acesso em: 02 fev. 2018. DOI: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2i2p509-527>>.

MARTINS, Eliane Maria Otaviano. **Parcerias empresariais e joint ventures.** Magistra, Rivista di Legge, 2002. Disponível em: <http://www.tidona.com/pubblicazioni/settembre02_7.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena; BRAGA, Romulo Rhemo Paliot. **Crescente adoção de instrumentos de *soft law* na cooperação internacional**. Revista Direito e Desenvolvimento. João Pessoa, v.4, n. 8, p. 95-113, jul./dez. 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Intervenção do Estado na Economia: aspectos gerais**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/intervencao-do-estado-no-dominio-economico-_58edc37566ef1.pdf>. Acesso em 20 mar. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37^a. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, M. O. e Andrade, C. C. B. **A arbitragem nos contratos comerciais e petrolíferos internacionais**, in A arbitragem na era da globalização. Garcez, J. M. R. (Coord.), Forense, Rio de Janeiro, 1997.

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Secretaria Executiva – Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. **Perfil das Empresas Estatais Federais**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/perfil_empresas_estatais/2009/Perfil_Final.pdf>, consultado em 20 de outubro de 2015.

MORRIS, Clarence. (org.). Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Lei Anticorrupção: Manual de Responsabilização Administrativa de pessoa jurídica**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/sancoes>>. Acesso em 19 dez. 2017

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

_____; FREITAS, Rafael Vêras. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas**. Revista Fórum Administrativo, n. 156, 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015.

NETO, Miguel Hilú (coord.); REIS, Antônio Carlos Nogueira...[et al.] **Questões atuais de direito empresarial**. São Paulo: MP Ed., 2007.

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do Direito Administrativo: O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OECD. **The Detection of Foreign Bribery**. 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm>>. Acesso em 12 mar. 2018.

OCDE. **Relatórios Econômicos OCDE: Brasil, 2018**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

OECD. **OECD Foreign Bribery Report: an analysis of the crime of bribery of foreign public officials**. Paris: OECD Publishing, 2014. Disponível em: <<http://www.ethicalsystems.org/sites/default/files/files/OECD%20Foreign%20Bribery%20Report.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

PADUAN, Roberta. **Petrobras: uma história de orgulho e vergonha**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2016.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira**. 2013. 203f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PAZ, Isabel Sánchez Garcia de. **El coimputado que colabora con la justicia penal: Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, s.n., 2005, núm. 07-05.

Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/ricardo.pdf>. Acesso em 11 mar. 2018.

PETHECHUST, Eloi; BLANCHET, Luiz Alberto. **O regime de execução das empresas estatais: entre serviço público e exploração de atividade econômica**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 113-131, jan./mar. 2015. Disponível em: <<file:///Users/alinemoura-adv.com/Downloads/66-525-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2018.

PIRES, Adriano; FERNÁNDEZ, Eloi Fernández y; BUENO, Júlio Cesar Carmo. **Política energética para o Brasil: propostas para o crescimento sustentável**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. **Regulação dos investimentos estrangeiros e a governança global**. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá

(Org.), VOLPON, Fernanda Torres (Colab.). Governança global. V.1. Belo Horizonte: Arraes editores, 2017.

ROSADO, Marilda; BRANDÃO, Clarissa; TORRES, Marcus Vinícius. **Direito do Petróleo e o Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

Rosado, Marilda. **Petróleo e Gás Natural no Brasil e o Direito dos Investimentos**. FGV Energia. Boletim Energético, jan. 2017, pp. 4-8, p.5. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/bc/article/viewFile/67229/64823>>. Acesso em 10 mar. 2018.

_____. **Direito do Petróleo: as *joint ventures* na Indústria do Petróleo**. 2 ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Direito do Petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ROCHA, João Luiz Coelho da. Os consórcios de empresas e seu trato tributário. Revista dialética de direito tributário. n. 83. ago/2002.

ROSA, Alberto Loes da. **O *Joint Operating Agreement* sob a ótica dos contratos empresariais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=134dd796229f80f2>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoría crítico-estructuralista del Derecho Mercantil**. São Paulo: Marcial Pons Editora, 2017.

_____. **Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons Editora, 2015.

_____. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O novo direito societário**. 2. ed. Reform. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTOS, Cecília MacDowell. **Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. In Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 4, n. 7, p. 26-57, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 mar. 2018.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. A Lei da Compliance.** In SCAFF, Fernando Facury. **Crônicas de Direito Financeiro: Tributação, Guerra Fiscal e Políticas Públicas.** 1 ed. São Paulo: Conjur Editorial, 2016.

SILVA, Vladimir Spíndola. **O instituto da leniência no direito antitruste norte-americano.** Revista do IBRAC. São Paulo: IBRAC, no 1, v. 9, pp. 323/345, 2002. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>. Acesso em 2 de junho de 2016.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da Corrupção.** Transparência Brasil. Disponível em: <<https://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf>>. Acesso em 20 de dezembro de 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste.** Livro homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

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

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Criação e função social da empresa estatal: a proposta de um novo regime jurídico para as empresas sob controle acionário estatal.** Direito administrativo empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coords.). **Lei anticorrupção e temas de compliance.** 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

SOUZA, Jorge Munhos. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. et al. organizadores. **Lei anticorrupção.** Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

SUCCAR, Paulo Egídio Seabra; BAGNOLI, Vicente (org.). **Estudos de Direito da concorrência.** São Paulo: Editora Makenzie, 2004.

TARBELL, Ida M. **The History of The Standard Oil Company.** Volume one. New York: MacClure, Phillips & Co, 1904. Disponível em: <http://www.clovis-schools.org/chs-freshman/Resources/e-books/historyofstandar00tarbuoft.pdf>. Acesso em 20 mar. 2018.

Transparency International. **Relatório Global de Corrupção 2009: Corrupção e o setor privado.** Cambridge University Press. Disponível em: <https://www.transparency.org/whatwedo/publication/relatorio_global_de_corrupcao_2009_corrupcao_e_o_setor_privado>. Acesso em 12 mar. 2018.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (coord.). **A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2015.

Xavier, Alberto. **Consórcio: natureza jurídica e regime tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 64, jan/2001.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção** (Lei n. 12.846/2013): uma visão do controle externo. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho. **Empresa na ordem econômica: princípios e função social**. Curitiba: Juruá, 2009.

ZOCKUN, Maurício. **Comentários ao Art. 1º**, p. 15-21. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord). Lei Anticorrupção Comentada. Ed. Forum: Belo Horizonte, 2017.

ANEXO 1 – Transcrição integral das entrevistas com os Agentes de Estado.

1.1 Entrevista com o Ministro Benjamin Zymler⁴⁷⁶

Pergunta 1: – A lei anticorrupção foi editada e desde então se percebe uma grande polêmica entre os órgãos de controle sobre a sua aplicação. Os especialistas nas áreas de controle e vários acadêmicos, como o Prof. Heleno Torres e o Prof. Modesto Carvalhosa, vêm apontando diversos problemas de ordem constitucional na aplicação da Lei, especificamente sobre o conflito de competências, também chamado de conflito de atribuições. Esse termo, “conflito de atribuições” foi usado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do Mandado de Segurança nº 34031, em que o Impetrante foi o Secretário Executivo da CGU e o Impetrado o TCU, cujo trecho reproduzo:

“No caso, há pretensão conflito de atribuições entre órgãos de controle interno (CGU) e externo (TCU), de densa relevância constitucional que merece maior reflexão por esta Corte.” (trecho da decisão do Min. Gilmar Mendes no MS)

▪ Nesse contexto, eu pergunto ao senhor qual é a sua avaliação, sobre essa questão do conflito de competências entre os órgãos de controle nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção?

Ministro Benjamin Zymler: – É importante deixar claro que eu acho que esse julgado foi por uma decisão do Ministro Bruno Dantas, que exigiu que a documentação, no âmbito de acordo de leniência na antiga CGU, fosse disponibilizada ao TCU. Havia apenas tratativas e o Ministro Gilmar Mendes tornou sem efeito essa determinação do Ministro Bruno Dantas.

A Lei Anticorrupção, a 12.846, quando ela nasceu, nós do TCU já visualizávamos inúmeros problemas que eram clara e facilmente prognosticáveis, sendo que um deles diz respeito ao acordo de leniência. O primeiro deles é de alcance do acordo de leniência mesmo. Ele tem uma dupla pretensão: pretensão de verticalizar, aprofundar as investigações administrativas feitas pelo Estado; e o segundo é que em contrapartida confere perdão total ou parcial para as empresas que sejam signatárias desse acordo em relação às sanções aplicadas da Lei 12.146 e da Lei de Licitações, basicamente faz menção à Lei 8.666, mas *lato sensu* são todas as leis.

A ideia de que a CGU possa fazer essa tarefa é a grande dúvida primeira – isso porque grande parte das irregularidades detectadas na órbita administrativa são também irregularidades penais que dão ensejo às investigações do Ministério Público. Na Lava Jato você teve exemplos disso, ou seja, uma irregularidade da empresa pode ser um crime, mas pode também significar uma irregularidade administrativa apurável pelo TCU, como: um débito, um dano ao erário, uma fraude à licitação que leva à declaração de inidoneidade. Nesse sentido, a CGU não teria condições de avaliar, nesses casos, com a maior clareza possível, a substância, a materialidade das informações que as empresas possam trazer ao erário. E pode acontecer mesmo de a empresa estar oferecendo à CGU informações que na

⁴⁷⁶ Benjamin Zymler é Ministro do Tribunal de Contas da União desde 2001, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB), Autor das Obras: Regime Diferenciado de Contratação – RDC; Direito Administrativo e Controle; O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas; Direito Administrativo e Política & Direito: uma visão Autopoiética. Formado em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia (IME) e em Direito pela Universidade de Brasília.

verdade já foram entregues ou já estão obtidas pelo Estado lato sensu, pelo Ministério Público, por exemplo, ou pela Polícia Federal.

Como o acordo de leniência da 12.846 é unilateral, ele é assinado pela CGU em nome do Estado, na via administrativa, há uma crítica do ponto de vista da segurança jurídica, da efetividade e da eficácia desse instrumento para permitir aprofundamento de investigações pelo Estado. Note que o caso da UTC é um caso emblemático, pois foi o primeiro acordo de leniência noticiado de que se tem notícia e foi assinado pela CGU. A CGU entendeu que as informações trazidas pela UTC – por seu dono, Ricardo Pessoa – já eram suficientes para ensejar assinatura administrativa do acordo de leniência, mas simplesmente a UTC não trouxe nenhuma informação adicional sobre processos que temos no TCU, por exemplo. Casos como Angra 3 e Abreu e Lima, com os quais ela está envolvida por meio de contratos e de que eu sou Relator: neles, ela não reconhece débitos e nem irregularidades. Reconhece a fraude à licitação e atuação em ilícitos, mas não sobrepreço, que é uma das principais finalidades da atuação do TCU.

Mesmo conversando com o ministro Wagner Rosário, do Ministério da Transparência e Controle (antiga CGU), nós ficamos perplexos com essa assinatura, ou seja, se assinatura do acordo é um instrumento pelo qual o Estado pode conseguir informações adicionais, qual foi, afinal, o *plus*? O que melhorou da situação anterior para a situação pós-acordo de leniência? É muito pragmática a pergunta: nada, eu diria, não foi conseguida uma única informação.

A empresa recebeu mitigação das sanções, houve uma quantificação de débito muito discutível, e esse é um dos outros pontos de conflito entre o Tribunal de Contas da União e a CGU, já que a lei anticorrupção diz que a assinatura do acordo de leniência não afasta a reparação integral do débito, que é uma questão. Entendemos que a forma pela qual a CGU quantificou o débito é uma forma introdutória. A CGU não dá quitação ao débito, mas nada impediria que ela buscasse métodos tradicionais que entendemos serem consagrados pela lei, inclusive a LDO. Para obras públicas há métodos, há referências de banco de preços, de bancos de dados, fixadores de preço, mas, de qualquer forma, até no débito há uma mistura – em termos de débito e de sanção, nos R\$ 650.000.000,00 que eu acho que foram cobrados da UTC. Uma parte, na verdade, é a multa prevista na lei 12.846, que nada tem de débito, nada tem de reparação; a outra parte é o valor da propina paga. Por fim, o valor de retirada das demonstrações contábeis como lucro é espúrio, derivado desses contratos.

A grande verdade é que esse acordo de leniência assinado só pela CGU é fraco *a priori*. No Brasil tem coisa que não tem risco de dar certo, se der vai ser uma surpresa, “uma jabuticaba”, porque não envolve as outras esferas de controle: o TCU, o MP, nem mesmo articulação com Banco Central, com o CADE. Existem zonas de fronteira entre tudo o que eu estou falando. Tais irregularidades, como a fraude à licitação, também são uma violação a princípios do direito econômico, pois têm a ver com a cartelização das empresas. É, então, uma ação isolada da CGU que tinha tudo para não dar certo, e é o que está ocorrendo. O TCU tentou, por meio de uma instrução normativa, fazer com que esse acordo de leniência pudesse passar por uma supervisão formal do TCU, essa Instrução Normativa é a nº 74, e mesmo no TCU ela ainda está causando algumas perplexidades.

Talvez eu não possa ir muito além disso, já que a gente tem um processo importante sobre isso, mas a questão fundamental que se coloca é: qual é a intensidade do nosso controle sobre o acordo de leniência da CGU? Eu sempre defendo, em seminários e também nas poucas chances que tive de falar sobre, que o nosso controle é formal e nós não usurpamos a competência discricionária da CGU de formalizar o acordo de leniência. Como em qualquer ato, contrato ou instrumento administrativo, nós podemos avaliar se os pressupostos legais estão presentes e preservar os espaços discricionários da CGU. A lei diz que tem que ser a primeira a se apresentar, tem que apresentar provas eficazes, instrumentos, obtenção célere de informações, tem que comparecer, tem uma série de requisitos ali.

A ideia seria seguir aquilo que fazemos com as concessões: operamos um controle paulatino, concomitante às diversas etapas de uma concessão de serviço público, com estudos de viabilidade,

carimbando cada etapa. Quando sai do forno para uma licitação, o Edital já está carimbado pelo TCU e ganha muita força. Ele dá estabilidade àquela pretensão do Estado de conceder. A ideia seria dar a esse acordo de leniência algum tipo de reforço, uma qualificação, um carimbo do TCU; mas é óbvio: de nenhuma forma dizemos que o acordo de leniência é subscrito pelo TCU, que ele tem efeitos diretos na jurisdição de contas. Esses efeitos até vão existir, mas eles dependem de um juízo nosso que está sendo analisado.

Pergunta 2: – O microssistema anticorrupção brasileiro reflete um conjunto de responsabilização que se dá de forma independente (civil, penal e controle externo). No que diz respeito às sociedades empresárias, tanto o TCU pode declarar as empresas inidôneas pelo prazo de até 5 anos (com fundamento no art. 71 da Constituição da República, assim como no art. 46 da Lei Orgânica do TCU, Lei 8.443/92), como o Ministério Público pode pedir o mesmo ao judiciário com base na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que prevê que uma das sanções do art. 12 é impedir a empresa de contratar com a administração pública, com a diferença de que o prazo de inidoneidade da Lei de Improbidade é pelo prazo de até 10 anos.

- Considerando que o acordo de leniência é um instrumento de investigação e um dos grandes benefícios desse instrumento é a cessação da conduta ilícita pelas empresas e o ressarcimento do dano causado à Administração Pública, como é que o Sr. pensaria em reduzir a insegurança jurídica para as empresas, diante das diversas esferas independentes de responsabilização?

Ministro Benjamin Zymler: – Essa é uma pergunta que todos formulam. A Gênese do acordo de leniência subscrito apenas pela CGU impede que você tenha *a priori*, que uma empresa *a priori* tenha certeza absoluta de que aquele acordo de leniência não vai propiciar responsabilizações administrativas sucessivas na jurisdição de contas ou de improbidade administrativa.

Na verdade, poderíamos dizer que há três tipos de acordo de leniência no Brasil: aqueles que são assinados pelo Ministério Público com as empresas, que seriam as delações premiadas na esfera penal; o acordo de leniência do CADE, do qual participa o Ministério Público, como o previsto em lei; e o terceiro, o acordo de leniência da Lei 12.846, em que se calcula o dano causado à Administração, além de informações que a empresa traz, que só ela pode fornecer, e não os seus diretores, com a consequência da repercussão civil e administrativa. Nesse caso, ela tem que pagar uma contraprestação pecuniária que é um *mix* de multas e de ressarcimento.

As questões que discutimos hoje discute no TCU são os reflexos desses acordos de leniência na nossa jurisdição de contas. No caso dos acordos do CADE, há pouca repercussão, já que eu não tenho um grande conhecimento sobre o funcionamento do CADE, mas eles afastam a possibilidade da sanção penal e me parecem ser um pouco restritos ao direito econômico. Entretanto, os dois outros acordos de leniência podem ter enorme repercussão na esfera de contas.

Hoje, discutimos no TCU algumas questões relevantes. Por exemplo, o ministro Bruno Dantas em Angra no processo de Angra 3 criou – e isso foi muito discutido entre os ministros – um *leading case*, uma decisão que reconhecia que Andrade Gutierrez, o Norberto Odebrecht e a Camargo Correia tinham assinado acordo de leniência tipo 1 com o Ministério Público e havia outras 5 construtoras que formavam os consórcios. O Tribunal declarou inidoneidade de todas as que não assinaram o acordo de leniência, porém paralisou o processo em relação àquelas que tinham assinado acordos, como respeito a essa postura das empresas frente ao Ministério Público de contribuir para apuração das irregularidades, e remeteu o processo à equipe da Lava Jato do Ministério Público, para que eles buscassem uma espécie de *recall* do acordo de leniência e nesse *recall* se buscava das empresas uma atitude colaborativa para que elas trouxessem elementos para permitir ao TCU quantificar o débito, apurar as irregularidades em outros processos e, em contrapartida, o Tribunal ofereceu levar em consideração, nos processos, a atitude colaborativa, o que poderia resultar, por exemplo, no

afastamento dos juros em face da boa-fé, no afastamento da multa proporcional ao débito, de até 100% do débito que o TCU pode cobrar.

Aquele era um processo que visava a declaração de inidoneidade das empresas, então muito provavelmente elas também teriam uma atenuação da sanção da inidoneidade, que lhes é muito importante, já que a sobrevivência delas depende da possibilidade de contratarem com o Estado. Além disso, há uma cláusula *ability to pay*, que leva em consideração a capacidade de pagamento das empresas, tendo em vista evitar sua derrocada. O débito no TCU por força da lei é solidário. O Tribunal apura as responsabilidades individuais e, ao final, imputa solidariamente o débito ao conjunto de atores que deram causa ao débito, então o TCU criaria, eventualmente, uma ideia de cota parte, que é uma iniciativa bem criativa aqui do Tribunal. Por exemplo: se três empresas forem condenadas solidariamente, desconsiderando pessoas físicas, a gente dividiria por três o débito e ela assumiria uma cota parte; está tudo no voto do Ministro Bruno Dantas e a gente ainda está esperando os efeitos disso. Repare que, como ministro, eu não posso falar algumas coisas. Como acadêmico, vamos dizer que talvez o prognóstico possa não ser tão bom.

O Ministério Público tem dificuldades para intermediar essa negociação. Nós tentamos, já tentamos aqui com algumas empresas que pediram audiência, e não é fácil para elas também confessar, por exemplo, sobrepreço e superfaturamento sem ter garantia de nada, porque o Tribunal não tem uma arquitetura que lhe permita negociar e nem tem lei que diga isso. Eu posso ser um ministro que se convença dos argumentos, que busque espaço jurídico para atenuar muitíssimas sanções e o cálculo do débito da empresa, mas os ministros podem discordar e eu perder por 8 a 1, não é? Então nenhuma empresa sentada aqui vai ter de mim um “olha: está resolvida a situação”. Eu somente posso dizer a ela – e nem nisso ela pode confiar – que eu estou convencido de que ela é merecedora de um tratamento diferenciado. Ou seja, é uma situação muito difícil, o Ministério Público parece que é a 5ª Câmara de Revisão, defende a tese de que os acordos de leniência assinados por ele devem praticamente isentar a empresa que recebeu a leniência de qualquer outra consequência jurídica no âmbito administrativo e civil. Sanções; do débito não fala muita coisa.

A grande verdade é que reina um quadro de total insegurança, com todo mundo se intrometendo, todo mundo puxando brasa para sua sardinha. Não temos muitos casos de acordo de leniência da CGU, porque a CGU só assinou um até onde eu saiba. De qualquer forma já deu problema – podemos declarar inidônea? A UTC já tinha sido declarada inidônea anteriormente. A questão é saber que assinatura de acordo de leniência da UTC daria a ela a mesma posição jurídica das signatárias do acordo de leniência do Ministério Público – aí acho que a AGU está postulando, ou deve postular. Reina uma confusão e eu tenho que reconhecer que falta uma lei que trate de todas essas questões de forma objetiva.

Pergunta 3: – A Lei nº 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê a responsabilização subjéitiva por atos de improbidade administrativa na esfera cível e a Lei Anticorrupção prevê que a responsabilização do mesmo ato, na mesma esfera cível se dará de forma objetiva. Pergunto ao Sr. qual é a sua visão quanto aos aspectos jurídicos sobre essas diferenças de responsabilização civil (subjéitiva pela Lei de Improbidade e objetiva pela Lei Anticorrupção) e quais são os desafios para o judiciário lidar com essa questão?

Ministro Benjamin Zymler: – Na verdade não é só uma questão do Judiciário, uma questão do Tribunal de Contas da União mesmo, porque a Lei 8.429 é parte da ideia da aplicação da teoria da responsabilidade subjéitiva. Do TCU, na nossa jurisdição de contas também, em tese, prevalece o princípio da teoria da responsabilidade subjéitiva, tanto é que temos enorme dificuldade de punir empresas pelo artigo 46, declarando inidôneas as empresas por fraude à licitação.

A ideia de fraude pressupõe dolo, má-fé, e os únicos casos que a gente vinha punindo, até a Lava Jato, eram casos muito evidentes de empresas que não eram microempresas, mas que se declaravam microempresas e a gente checa objetivamente a receita bruta anual delas e vê que chega a três milhões e seiscentos, e o desconsidera – então aplicam-se as sanções; ou as licitações feitas em regiões muito pobres do Brasil, em que você tem três propostas feitas na mesma máquina de escrever – máquina de escrever mesmo, eu não estou falando computador –, e se vê que elas foram produzidas no mesmo local. A gente nunca tinha declarado inidônea uma grande empresa, nem mesmo a média empresa. Era muito raro porque nós não temos na via administrativa força de investigação judicial mínima para provar dolo de quase ninguém. O que está acontecendo é que nesses processos da Lava Jato, há provas emprestadas. O juiz Sérgio Moro inaugurou e os outros juízes tendem a seguir isso: há compartilhamento de provas também no âmbito do STF, no nível enorme. Nesse ponto, as delações premiadas e os resultados dos mandados de busca e apreensão da Polícia Federal trazem claramente o cenário de fraude, indícios de fraude muito forte. Essa é a razão pela qual o Ministro Bruno Dantas declarou cinco grandes empreiteiras brasileiras inidôneas, em uma única tacada, eu diria que ele fez mais do que 20 anos de atuação do TCU com provas emprestadas. Não investigamos nada, tudo foi trazido ao processo.

A lei anticorrupção inaugura e aplica a teoria da responsabilidade objetiva, isso é verdade, mas ela tem um paradoxo intrínseco que muita gente comenta. Se você olhar os tipos de condutas que levam às sanções na esfera de licitações e contratos, você vai ver a palavra “fraudar” em todas elas. Fraudar licitação, fraudar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tudo “fraudar”; então, novamente pelo estado da arte do direito, “fraudar” significa dolo, má-fé, e se não fosse a Lava Jato nos processos administrativos tradicionais, o Estado não teria a menor chance de provar fraude em processo administrativo, a menos que a pessoa confessasse.

Eu vou dar um exemplo para você de forma muito clara: Em 2011/2012 antes da Lava Jato, nós do TCU olhávamos as licitações da Petrobras, da Abreu e Lima, COMPERJ, todas as licitações pareciam perfeitas, 5 consórcios, disputa, proposta vencedora, impugnação do edital, recurso. E aí saía o resultado: 1% menor do que o preço máximo previsto no edital, 1.3%, 0.8 %. Era uma disputa que não dava nada, nunca dava desconto. E aí a questão que se impõe é que obviamente o jogo está combinado, mas sem ter como prova-lo no TCU. Antes da Lava Jato, nunca nem instauramos processo, que eu me lembre, para declarar inidônea uma empresa. Agora, com as provas emprestadas, você vê a conversa toda do cartel, “vamos combinar, esse vai ganhar”, “essa é a proposta de cobertura”. Está tudo exposto, todo mundo confessando, algo que era previsível, que existia, mas não era sequer possível saber a proporção. Hoje, as provas são abundantes – e emprestadas. Veja bem: acabando a Lava Jato, voltando o processo administrativo a funcionar normalmente, como é que você vai aplicar a teoria da responsabilidade objetiva para tipificar uma conduta que pressupõe fraude? A fraude ou vai ser algo do tipo que eu mencionei: uma microempresa que se declara, uma microempresa que não o é, e então será necessário analisar a conduta do agente que representa a empresa. É difícil, pelas evidências extrínsecas de uma licitação, você deduzir a fraude, a não ser em casos muito grosseiros, e é isso que eu quero enfatizar.

A responsabilidade objetiva, para fins de aplicação da sanção, pode não resultar em nenhuma vantagem, objetivamente falando, no sentido objetivo tradicional, pela dificuldade que se tem da demonstração da fraude. Mas esse é um período pós-Lava Jato, porque no período da Lava Jato as provas são abundantes de fraude.

A lei anticorrupção tem uma deficiência muito grande, ela cria dois processos distintos: um de aplicação de sanção, multa, a tal da publicação extraordinária da sentença administrativa, e outra de um processo que vai apurar o débito. Em nenhum momento eu digo que o débito será apurado pela teoria da responsabilidade objetiva e, aliás, não há quase nada sobre esse processo para quantificar o débito.

É até compreensível que esse processo possa ser a nossa velha e boa TCE (Tomada de Contas Especial), que é julgada pelo TCU e tem a função de calcular e quantificar o débito, calcular o dano ao erário e responsabilizar os agentes. Então defendo no meu livro a tese de que a responsabilidade objetiva que permeia toda a lei também incide, e isso é quase uma percepção intuitiva do que a lei queria, mas não está escrito. Até onde eu saiba, não está escrito. A lei tem essas deficiências, esse déficit. Ela é bem-intencionada, mas acho que a capacidade dela de transformar a realidade, de ajudar a celeridade dos processos, essa capacidade tende a zero.

Pergunta 4: – O Tribunal de Contas da União tem a competência de julgar a empresa no modelo descrito abaixo e declarar a inidoneidade da empresa por até 5 anos, além de aplicar multa, tal como o judiciário julga e aplica, sendo que a diferença entre o TCU e o judiciário, resguardando as especificidades de cada esfera, seria em relação ao prazo de declaração de inidoneidade do judiciário (que em vez de até 5 anos pode ser de até 10 anos), logo, há grandes similaridades entre a atuação do controle externo e a atuação do judiciário quanto à sanção pelo cometimento de ato ilícito contra a Administração Pública. Nesse sentido, cada vez mais a academia se debruça sobre a atuação do controle externo, diante de sua importância no cenário econômico em relação à atuação empresarial e os impactos da sua atuação na seara empresarial.

▪ Diante das competências constitucionais de que dispõe o TCU, entre as quais a de que a sua decisão tem eficácia de título executivo e da previsão da Lei Anticorrupção que atribui a um órgão de controle interno a apuração de um crédito que poderá ser inscrito em dívida ativa (e, portanto, com eficácia de título executivo), competência similar à do TCU, porém sem a correspondente existência de fundamento constitucional em relação a essa competência para o órgão do controle interno, qual seria sua análise em relação a essas previsões (constitucional e legal)?

LEI ANTICORRUPÇÃO	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
<p>Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.</p>	<p>Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;</p>
<p>Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.</p>	<p>§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.</p>

<p>Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.</p>	<p>Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:</p> <p>IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.</p> <p>§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.</p>
<p>Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:</p> <p>I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e</p>	<p>VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;</p>

Ministro Benjamin Zymler: – Isso que você colocou já chamava a atenção do Tribunal quando eu era Presidente do TCU em 2011/2012. Quando a lei era um projeto de lei, eu organizei um grupo que a analisou, grupo de que fiz parte, assim como o Ministro Weder de Oliveira. E as conclusões foram: a lei era bem-intencionada, mas ela incorria, eventualmente, em algumas falhas sistêmicas do ponto de vista racional, porque não levava em consideração as outras esferas de controle e um texto constitucional que racionalizasse-as, nem estabelecia uma arquitetura de convivência das esferas de controle. Produzimos um documento dizendo, por exemplo, que o processo instaurado pela CGU para calcular o débito deveria ser interpretado como a antiga TCE – ou seja, apesar dos ditames, a interpretação literal conduzir a existência de um novo processo, similar ao da TCE, que decorre do texto constitucional que você leu, para tentar harmonizar os dispositivos constitucionais e os legais. Até sugerimos a interpretação de que esse processo nada mais era do que a TCE, instaurada pelo controle interno, mas remetida para fins de julgamento ao Tribunal de Contas. De outro lado, a gente dizia, se não houver essa interpretação construtiva em alguma medida, entendemos que a lei é inconstitucional porque usurpa competências ou replica, na esfera infraconstitucional, as competências constitucionais do TCU. Existiriam aí retrabalhos absolutamente ilógicos e nos limites inconstitucionais.

A lei anticorrupção tem o objetivo de criar, no ordenamento jurídico, uma norma que vise à aplicação de sanções a pessoas jurídicas por atos praticados contra a administração pública. A exposição de motivos diz que isso serve para combater uma lacuna existente no direito brasileiro, apresentando também caráter preventivo, de tentar instigar as próprias empresas a adotar

procedimentos de *compliance*, regras de governança corporativa, para diminuir a possibilidade, o prognóstico de causação de dano, a prática de atos ilícitos contra a administração pública.

Como você mesmo diz, recorre-se insistentemente à Lei 8.429, nossa lei orgânica que prevê sanção a pessoa jurídica. Realmente essa lacuna não existia de plano, mas não há nenhum problema ter um outro procedimento administrativo para punir apenas pessoas jurídicas. É uma tendência moderna também, leva em consideração o fato de que essas empresas unidas em Cartel criam circunstâncias de elevado risco de causação de dano ao erário. Então, a teoria da responsabilidade objetiva é uma lei específica afirmando isso, constituiriam um caminho natural para você proteger o Estado dessa cartelização, dos conluíus, principalmente na esfera de licitações e contratos.

O fato de você ter sanções previstas na lei isso não surpreende. Não há nenhum problema em criar aquelas sanções que são aplicadas na via administrativa por uma comissão, por uma autoridade competente, e na via jurisdicional também, porque a lei cria dois caminhos: um administrativo e um jurisdicional. E isso não me parece agredir as competências constitucionais do TCU, por que dá para ver que o objetivo deles é um pouco distinto do TCU.

O TCU tem dois grandes objetivos: (i) calcular o sobrepreço, o superfaturamento nos contratos e (ii) a fraude à licitação, quando declara inidoneidade das empresas. A lei é muito mais ampla, no sentido da tipificação de condutas ilícitas perpetradas por empresas, e de alguma forma isso serve como uma forma de arrefecimento da pretensão de causa de conluio de corrupção. Seria ótimo, não tem nenhum problema, a visão tem que ser pragmática. No entanto, sem dúvida, dá para perceber que naquele momento 2011/2012 nós tínhamos um diálogo interessante com o governo, participamos muito da construção da lei do RDC, e nessa lei eles não deram a menor abertura para qualquer tipo de negociação. Aparentemente, o governo estava ávido para aprovar rapidamente a lei, em razão dos tratados internacionais de combate à corrupção na CDE, na ONU, e a CGU tinha o protagonismo, tem um protagonismo grande como o braço operante da União no âmbito desses tratados. Então, o antigo Controlador-geral da União Jorge Hage, eu acho que estava um pouco apressado, ou ele era induzido pelo governo a não conversar e obter uma rápida aprovação e, enfim, a lei foi aprovada com esses déficits. Há inconstitucionalidade, há retrabalhos, há zonas de intercessão; faltou audiência, faltou discutir com a academia e com o TCU formas de otimizar a redação. Agora, há inconstitucionalidade ou no mínimo a lei precisa ser interpretada conforme a Constituição, o que é uma inconstitucionalidade também, estabelecendo alguns limites.

O título executivo extrajudicial também é uma coisa pueril. Há quase que uma intenção dolosa do legislador de tentar criar alguma coisa muito parecida com o TCU, mas, por exemplo, esse caminho das nossas imputações de débito é um caminho cuja eficácia é muito baixa. Aliás, a nossa capacidade de recuperar débitos para união a partir de TCE's tende a ser muito baixa, porque em regra os títulos executivos no Brasil são executados com eficácia baixa, qualquer título executivo, o cheque, um contrato, e não seria diferente com os nossos acórdãos, as nossas decisões. Então os nossos números são discutíveis, nem queira entrar muito nessa discussão. Pode ser 15% para 3%, mas é muito baixo. O que eu digo é: se você instituir um processo similar ao nosso no âmbito do controle interno, que eficácia teria? Nem verso sobre constitucionalidade; eu estou falando em termos de eficácia. Você vai ter dois títulos executivos que não vão aumentar a eficácia global do sistema. Agora, isso em particular talvez seja a inconstitucionalidade mais evidente do normativo; ele replica Constituição dando ao controle interno as competências do controle externo. Quanto à remessa ao Ministério Público, ao TCU, na verdade são atividades secundárias, tiveram uma pequena alteração desta lei anticorrupção. Nos estertores de 2015, saiu uma Medida Provisória que não foi convertida em lei que dizia que a remessa ao Ministério Público tinha que ocorrer na origem, quando, da instauração do PAR, porque no fundo nada impede que seja, o fato de a Lei afirmar que o Ministério Público tem que ter cientificado ao final da conclusão do processo, muitas vezes vai retirar do Ministério Público a possibilidade de entrar com ações penais, por que o prazo prescricional pode já ter sido consumido. O

TCU também: nada impede que com indícios graves de irregularidade a nossa lei orgânica, manda também remeter ao Ministério Público ao final do julgamento, mas a gente remete quando há os indícios e isso não o impede; está na Constituição qualquer cidadão pode noticiar ao Ministério Público irregularidades. Bem, em síntese, a lei é mal escrita mesmo, é redundante, é inconstitucional em alguns casos. O pior dela não é ser inconstitucional, é ser mal escrita mesmo, ilógica, irracional, não produz nenhum efeito benéfico, na minha opinião.

Pergunta 5: – Temos visto que a questão do debate sobre os acordos de leniência está muito centrada na União, porém, sabe-se que há previsão da aplicação em todos os estados e municípios, pelos respectivos órgãos de controle interno, em “simetria” à previsão da LAC. Como o Sr, avalia a possibilidade da aplicação concorrente da LAC por mais de 11 mil órgãos de controle interno, considerando que há mais de 5500 municípios, diante da previsão do 34, IV da CR?

Ministro Benjamin Zymler: – Essa também é uma pergunta difícil. Não tenho muita ideia de como essa lei está sendo aplicada no âmbito Estadual e Municipal, apenas imagino que não deve ser fácil para o Município pequeno ou mesmo para o Estado pequeno preparar e qualificar comissões processantes, e eventualmente qualificar essas comissões para instrumentalizarem essa lei que traz muitas novidades, como a responsabilização objetiva de empresas. Existe na dosimetria, por exemplo, das sanções, o pedido de que se leve em consideração a implementação de regras de *compliance*.

Tento imaginar, em um pequeno município, como é que uma comissão processante vai fazer a dosimetria da pena e verificar a implantação dessas regras. É o que eu disse, tudo está na gênese da lei. A lei não foi discutida, não foi debatida, não foram criadas alçadas. A lei tem pretensões de ser uma lei nacional, mas não estabeleceu condições para isso, não fez uma diferença muito grande entre aquilo que pode ser feito no âmbito do Estado e do Município. É cheia de boas intenções, mas o inferno está cheio também de pessoas com boas intenções, então eu acho que não está sendo aplicada. A grande verdade, eu diria. Sempre, em seminários, eu converso com pessoas e pouca gente me diz que o Estado dele tá se preparando, tá fazendo, ou seu Município. E vejam que algumas coisas são muito interessantes: é dito que em um processo administrativo de responsabilização você tem que unificar as apurações que você faria, por exemplo, na Lei 8.666, no caso de aplicação da sanção de inidoneidade ou suspensão; também é dito na lei anticorrupção que a omissão do agente administrativo, na instauração do processo, pode levar à sua responsabilização.

Eu tendo a imaginar que está havendo uma omissão, a lei não está pegando. Quando nós tivermos o *leading case*, não sei se o Ministério Público, porque o Ministério Público pode, inclusive, ao entrar com uma ação na via judicial, pedir ao juiz que responsabilize, que aplique as sanções que administração deixou de aplicar na via administrativa. Mas acho que o Ministério Público também não está instrumentalizado para lidar com essa lei. Essa é uma daquelas leis que talvez não pegue na sua plenitude.

Pergunta 6: – Quanto à previsão de multa da LAC, há uma possível (na verdade, provável) autuação de diversos órgãos de controle interno e nenhuma limitação e/ou previsão de proporcionalidade na autuação e na proporcionalidade das multas a serem aplicadas (em relação a diversos órgãos de controle interno que são independentes e sequer se comunicam, pois os entes da federação são autônomos).

- Nesse aspecto, como o Sr. avalia essa desorganização jurídica, que coloca as empresas em uma situação de total insegurança jurídica, o que inclusive gera a possibilidade das empresas ficarem vulneráveis a um sistema sancionador caótico que tende a inibir as empresas de participarem e esvaziar o instituto, como técnica de investigação. As empresas estão muito preocupadas e os pesquisadores também, diante da existência de mais de 11 mil órgãos de controle interno.

Ministro Benjamin Zymler: – Se você observar, por exemplo, quando a lei ensina a fazer a dosimetria da pena, ela leva em consideração a própria determinação de que deve haver responsabilização objetiva. São critérios objetivos para fazer dosimetria da pena: o valor do contrato, se implantou ou não regras de *compliance*, de forma que não há alusão a culpabilidade, antijuridicidade. De qualquer forma, o que eu quero dizer é que a dosimetria pode ser regulamentada, e foi regulamentada em parte em decreto na Esfera da União, mas, como toda dosimetria, pressupõe juízo de proporcionalidade e razoabilidade, que não são avaliações paramétricas, equações matemáticas.

Daí resulta a possibilidade de você ter, em pequenos municípios, pressões contra as empresas, para o afastamento das sanções. Repare, mais uma vez eu digo, é de 0.1% a 20% do faturamento da empresa, ou até R\$ 60.000.000,00, mais o valor do contrato, por exemplo, é um dos fatores para dosimetria. Não se imagina que um pequeno município possa, em um pequeno contrato, aplicar 20% do faturamento bruto, até onde eu entenda, mas nada impede que um pequeno município, mesmo nem falando de dolo, nem falando nada – ou seja, sem servidores públicos, sem uma burocracia qualificada, institucionalizada, alguns nem tem, são celetistas, eles podem cometer arbitrariedade, desvios de finalidade, mesmo de forma culposa, e eu não estou nem falando de dolo.

No limite, pode acontecer o que você disse, o uso da lei para o sentido inverso: criar mais corrupção com a lei anticorrupção. Isso é possível e sem dúvida a lei é muito draconiana. As sanções na via judicial também são duríssimas, com dissolução parcial ou total das atividades; ou seja, uma pena de morte ali prevista. Mas sendo necessário passar por um juiz, aí se espera, obviamente, uma maior qualificação, capacidade de atuação do juiz nessa órbita, mas na via administrativa a sentença e as multas são duríssimas e podem levar a juízos violadores da ideia de proporcionalidade e razoabilidade.

Pergunta 7: – Eu só teria uma última pergunta em função do tempo, mas eu vou acrescentar talvez uma penúltima: o Senhor teria alguma consideração a fazer sobre a possibilidade da inclusão da alienação compulsória do poder de controle em caso de empresas grandes e familiares como uma possível solução para manutenção da empresa e para que ela continue exercendo sua função social e ao mesmo tempo podendo ser uma medida para afastar aqueles gestores ou digamos pessoas que estão diretamente ligadas as atividades.

Ministro Benjamin Zymler: – Olha só, num acordo de leniência, há uma certa discricionariedade que talvez possa permitir *a priori* uma cláusula desse tipo. Quando se diz que uma empresa vai criar instrumentos de *compliance*, de governança corporativa, há uma certa abertura para, inclusive, tangenciar essa alienação do poder controlador, por parte de famílias, por parte de empresas familiares.

O Ministro Wagner Rosário, quando falou sobre o acordo de leniência da UTC, afirmou que ela se comprometeu com a criação de uma diretoria de *compliance*, colocou o Ricardo Pessoa como diretor e eles não aceitaram. Mas seria interessante, entendo que isso pode ser positivado. Não me parece impossível, mas ficar mais claro me parece interessante. Em alguns casos talvez seja a única solução mesmo. Grande parte dessas empreiteiras, inclusive de grande porte, são familiares, então percebe-se que mesmo presos os executivos ainda conseguem exercer algum tipo de controle oficioso sobre as empresas. Então sim, é uma boa ideia, imprescindível até, mas o que digo é: hoje me parece que, apesar de não positivada, há espaço para isso na assinatura dos acordos de leniência.

Pergunta 8: – Sobre a atuação e a participação dos órgãos na esfera de controle (externo e judicial), estas são muito próximas da competência do judiciário em relação à multa, à declaração de

inidoneidade e da reparação ao erário. O art. 73 da CF determina que o Tribunal de Contas da União adotará uma conformação tal qual a do judiciário. Uma vez que o judiciário não participa do acordo de leniência firmado pelo MP - já que aprecia a legalidade desses acordos posteriormente -, pergunto se o TCU, por uma análise análoga à conformação do judiciário, não deveria também de se abster da participação desses acordos, com vistas a evitar impedimentos futuros em relação a sua legalidade na revisão dos acordos de leniência. Nesse cenário, como o Sr. veria a participação do MP de contas de participar do Acordo de Leniência, como signatário juntamente com o MPF; resguardando-se ao TCU a imparcialidade necessária para a apreciação e a homologação dos processos sobre acordos de leniência?

Ministro Benjamin Zymler: – Atualmente, pela Lei nº 12.846, é a CGU a autora, que atua sempre com a AGU, atuam muito em conjunto. A ideia é interessante. O problema é que os acordos de leniência, como eu disse, são de três tipos: ou pelo Ministério Público, ou pela CGU ou pelo CADE, e um dos problemas mais sérios é uma congruência entre a posição do Ministério Público e a da CGU/AGU, e que estão tendo posições contrárias em grande medida.

Então a pergunta é: como é que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, tem competências *interna corporis*? Ele não tem competências externas aos muros do TCU, como é que vai participar de um acordo de leniência com um órgão como a CGU, ou o próprio Ministério Público Federal? Apesar de comporem um Ministério Público, eles são muito distintos, com competências distintas – e se não chegarem a um acordo? E eu digo que, em relação ao da CGU, a diferença é abissal hoje em dia. Geralmente a CGU tende a ter uma posição mais atrelada à posição de governo e o Ministério Público tende a ter uma posição independente e o Ministério Público de Contas dificilmente conseguiria harmonizar a sua posição com a CGU.

Uma ideia seria essa da IN 74, só que positivada do ponto de vista de uma lei. A Instrução Normativa me parece pouco para uma atividade com essa densidade. É uma atitude de homologação quanto ao aspecto formal, mas nada impede que o Ministério Público possa acompanhar as tratativas feitas pela CGU para eventualmente ter mais condições de, nos pareceres que emitir ao longo do processo do TCU, se posicionar adequadamente. Só que eu acho difícil, conhecendo um pouco do Ministério Público, junto ao Tribunal de Contas e CGU, haver uma congruência. Ainda assim, é algo a ser pensado.

Gosto muito daquilo que foi proposto na medida provisória que não virou lei no final de 2015. Ela criou três tipos, até mais, de acordo de leniência só da CGU, outro assinado por CGU e AGU, e um terceiro por CGU, AGU e Ministério Público, ou seja, com efeitos diferenciados conforme os atores que subscrevem os acordos de leniência nas esferas civil, civil-administrativa e até penal, em caso de entrada do Ministério Público. Me parece interessante essa ideia e talvez um acordo de leniência com a participação do Ministério Público junto ao TCU possa ter outro status, se com algum tipo de repercussão, desde que homologado pelo TCU. Então seria CGU/CGU + AGU/CGU, AGU + MP/ CGU, AGU + MPF ou só MP de Contas homologados pelo TCU, aí teria efeito na jurisdição de contas.

Veja a complexidade do modelo, não sei nem quantos tipos eu citei de acordos de leniência. Essa ideia de participação do Ministério Público pode ser interessante, mas com as características da homologação do TCU. Ou eventualmente um acordo de leniência só do Ministério Público de Contas com a homologação do TCU, ou seja, que apenas envolva a jurisdição de contas. Eu gosto dessas ideias de permitir essa ampliação do acordo de leniência e a tentativa, que é difícil (mas que se estiver na lei os órgãos terão que buscá-la por uma imposição legal), de buscar esse super acordo de leniência subscrito por todo mundo.

1.2 Entrevista com a Sub-Procuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia⁴⁷⁷

Pergunta 1: – A lei anticorrupção foi editada e desde então se percebe uma grande polêmica entre os órgãos de controle sobre a sua aplicação. Os especialistas nas áreas de controle e vários acadêmicos, como o Prof. Heleno Torres e o Prof. Modesto Carvalhosa, vêm apontando diversos problemas de ordem constitucional na aplicação da Lei, especificamente sobre conflito de competências, também chamado de conflito de atribuições. Esse termo, “conflito de atribuições” foi usado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do Mandado de Segurança n. 34031, em que o Impetrante foi o Secretário Executivo da CGU e o Impetrado o TCU, cujo trecho reproduzo:

“No caso, há pretensão conflito de atribuições entre Órgãos de controle interno (CGU) e externo (TCU), de densa relevância constitucional que merece maior reflexão por esta Corte.”(trecho da decisão do Min. Gilmar Mendes no MS)

▪ Nesse contexto, pergunto qual é a sua avaliação, sobre essa questão do conflito de competências entre os órgãos de controle nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção?

Pergunta 2: – O microsistema anticorrupção brasileiro reflete um conjunto de responsabilização que se dá de forma independente (civil, penal e controle externo). No que diz respeito às sociedades empresárias, tanto o TCU pode declarar as empresas inidôneas pelo prazo de até 5 anos (com fundamento no art. 71 da Constituição da República, assim como no art. 46 da Lei Orgânica do TCU, Lei 8.443/92), como o Ministério Público pode pedir o mesmo ao judiciário com base na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que prevê que uma das sanções do art. 12 é impedir a empresa de contratar com a administração pública, com a diferença de que o prazo de inidoneidade da Lei de Improbidade é pelo prazo de até 10 anos.

▪ Considerando que o acordo de leniência é um instrumento de investigação e um dos grandes benefícios desse instrumento é a cessação da conduta ilícita pelas empresas e o ressarcimento do dano causado à Administração Pública, como é que a Dra. pensaria em reduzir a insegurança jurídica para as empresas, diante das diversas esferas independentes de responsabilização?

Pergunta 3: – A Lei nº 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê responsabilização subjetiva por atos de improbidade administrativa na esfera cível e a Lei Anticorrupção prevê que a responsabilização do mesmo ato, na mesma esfera cível, se dará de forma objetiva. Pergunto à Dra. qual é a sua visão quanto aos aspectos jurídicos sobre essas diferenças de responsabilização civil (subjetiva pela Lei de Improbidade e objetiva pela Lei Anticorrupção) e quais são os desafios para o judiciário lidar com essa questão?

⁴⁷⁷ Mônica Nicida Garcia: é Subprocuradora-Geral da República, Coordenadora da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do Ministério Público Federal.

Pergunta 4: – O Tribunal de Contas da União tem a competência de julgar a empresa no modelo descrito abaixo e declarar a inidoneidade da empresa por 5 anos, além de aplicar multa, tal como o judiciário julga e aplica, sendo que a diferença entre o TCU e o judiciário, resguardando as especificidades de cada esfera, seria em relação ao prazo de declaração de inidoneidade do judiciário (que em vez de 5 anos pode ser de até 10 anos), logo, há grandes similaridades entre a atuação do controle externo e a atuação do judiciário quanto à sanção pelo cometimento de ato ilícito contra a Administração Pública. Nesse sentido, cada vez mais a academia se debruça sobre a atuação do controle externo, diante de sua importância no cenário econômico em relação à atuação empresarial e os impactos da sua atuação na seara empresarial.

▪ Diante das competências constitucionais de que dispõe o TCU, entre as quais a de que a sua decisão tem eficácia de título executivo e da previsão da Lei Anticorrupção que atribui a um órgão de controle interno a apuração de um crédito que poderá ser inscrito em dívida ativa (e, portanto, com eficácia de título executivo), competência similar à do TCU, porém sem a correspondente existência de fundamento constitucional em relação a essa competência para órgão do controle interno, qual seria sua análise em relação a essas previsões (constitucional e legal)?

LEI ANTICORRUPÇÃO	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
<p>Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.</p>	<p>Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;</p>
<p>Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.</p>	<p>§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.</p>
<p>Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.</p>	<p>Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.</p>
<p>Art. 6º Na esfera administrativa, serão</p>	<p>VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de</p>

<p>aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:</p> <p>I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa; e</p>	<p>ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;</p>
--	--

Pergunta 5: – Temos visto que a questão do debate dos acordos de leniência está muito centrada na União, porém, sabe-se que há previsão da aplicação em todos os estados e municípios, pelos respectivos órgãos de controle interno, em “simetria” à previsão da LAC. Como a Dra. avalia a possibilidade da aplicação concorrente da LAC por mais de 11 mil órgãos de controle interno, considerando que há mais de 5500 municípios, diante da previsão do 34, IV da CR?

Pergunta 6: – Quanto à previsão de multa da LAC, há uma possível (na verdade, provável) autuação de diversos órgãos de controle interno e nenhuma limitação e/ou previsão de proporcionalidade na autuação e na proporcionalidade das multas a serem aplicadas (em relação a diversos órgãos de controle interno que são independentes e sequer se comunicam, pois os entes da federação são autônomos).

- Nesse aspecto, como a Dra. avalia essa desorganização jurídica, que coloca as empresas em uma situação de total insegurança jurídica, o que inclusive gera a possibilidade das empresas ficarem vulneráveis a um sistema sancionador caótico que tende a inibir as empresas de participarem e esvaziar o instituto, como técnica de investigação. As empresas estão muito preocupadas e os pesquisadores também, diante da existência de mais de 11 mil órgãos de controle interno.

Pergunta 7: – Sobre a atuação e a participação dos órgãos na esfera de controle (externo e judicial), estas são muito próximas da competência do judiciário em relação à multa, à declaração de inidoneidade e da reparação ao erário. O art. 73 da CF determina que o Tribunal de Contas da União adotará uma conformação tal qual a do judiciário. Uma vez que o judiciário não participa do acordo de leniência firmado pelo MP - já que aprecia a legalidade desses acordos posteriormente -, pergunto se o TCU, por uma análise análoga à conformação do judiciário, não deveria também de se abster da participação desses acordos, com vistas a evitar impedimentos futuros em relação a sua legalidade na revisão dos acordos de leniência. Nesse cenário, como a Dra. veria a participação do MP de contas de participar do Acordo de Leniência, como signatário juntamente com o MPF; resguardando-se ao TCU a imparcialidade necessária para a apreciação e a homologação dos processos sobre acordos de leniência?

Pergunta 8: – O PL nº 5.208/2016 prevê a possibilidade da alienação compulsória do poder de controle. Qual é a avaliação da Dra. sobre essa previsão? Há resistências no meio jurídico e empresarial quanto a existência dessa possibilidade.

Sub-Procuradora-Geral da República Dra. Mônica Nicida Garcia: – Temos uma comissão na 5ª Câmara que se dedica exclusivamente ao estudo dos acordos de leniência e agora vai se debruçar mais sobre os acordos de colaboração premiada também. Mas, primeiro, os de leniência, porque o tema é novo, é um tema sobre o qual há ainda pouca coisa escrita, e aquilo que existe, que está escrito, tem um foco, claro, bastante teórico ou foi escrito logo depois da edição da Lei 12.846 e não tem ainda o reflexo da aplicação prática da lei. Naturalmente, toda vez que você coloca em prática algum instituto, alguma disposição nova, ela ganha vida e começa a revelar os seus eventuais problemas, que é exatamente o que estamos enfrentando agora.

Algumas questões que estão lá, já estão, do ponto de vista do que a Câmara entende - e aí eu digo que eu pessoalmente entendo, porque eu aprovei aquele estudo, eu sou coordenadora da Câmara que aprovou esse estudo, então naturalmente eu concordo com o que nele está escrito -, tudo isso está na página da Câmara, não sei se a senhora já teve acesso à nota técnica, tem um estudo técnico que tem mais de cem laudas e depois disso foi resumido em uma nota técnica, um pouco mais enxuta, com os pontos mais específicos.

Então ali já tem uma visão do que a Câmara entende que é necessário. Acho que o grande problema que nós encontramos hoje é justamente essa necessidade de se adequar à participação de diversas instituições na assinatura dos acordos de leniência. Então, os acordos, de fato, surgem com esse nome no âmbito do combate à corrupção na Lei 12.846 que não faz referência ao Ministério Público como sendo um dos órgãos que vai assinar os acordos de leniência. Porque eles foram, dentro daquele contexto, pensados inicialmente para tratar das penalidades, das sanções administrativas, e que estão previstas lá e que devem ser impostas pelos órgãos da administração no âmbito Federal, mais especificamente, pela Controladoria-Geral da União.

A Controladoria tem uma atribuição de aplicar sanções e ela tem um instrumento de que ela dispõe para negociar, ali, a aplicação das sanções no contexto que a Lei prevê. A menção ao Ministério Público na Lei 12.846 vem, num segundo momento, naquele momento em que se prevê a possibilidade de aplicação de sanções por meio judicial. Portanto, nasce aí, a meu ver, uma nova forma de atuação, uma nova ação, para o Ministério Público, eventualmente, e existe esse debate sobre se agora em relação às empresas, as pessoas jurídicas, revogou-se a Lei de Improbidade? A LAC revogou a LIA? Isso é um tema que ainda vai ser testado, digamos assim. Eu acho que já há doutrinadores dizendo que sim - não sei nem se há algum que diz que não -, eu sei que existem doutrinadores que dizem que sim e temos colegas que estão estudando e pensam que eventualmente se pode compreender dessa forma.

Gostaria muito de ter essa interpretação, sinceramente, porque a LAC prevê uma responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Então, uma responsabilidade objetiva para nós é, digamos, tudo de bom. Causou o dano, praticou o malfeito, participou de uma licitação fraudulenta, pagou propina, vamos lá, vamos entrar com uma ação e obter aquelas sanções que estão lá previstas. Que são, em última análise, não exatamente as sanções da LIA, mas são sanções bastante assemelhadas e que vão chegar aos mesmos resultados: obter o ressarcimento do dano, afastar a empresa do contexto de competição para contratação com poder público, inidoneidade - seja lá como se chame -, nós vamos ter mais ou menos, não exatamente, um espectro de sanções que vai atender ao interesse público, no sentido de desincentivar as novas práticas e obter o ressarcimento por outro lado.

Lembro que há uma das perguntas que está mais ou menos nesse sentido. Eu vou dizer que, eu nem tenho condições, eu não estudei com a profundidade necessária para dizer revogou, não revogou. O que eu posso dizer é que, como Ministério Público, como uma operadora da lei, penso que a LAC traz um instrumento muito importante e nós ainda estamos numa fase um pouco híbrida, nós ainda estamos investigando e diante de fatos que foram praticados antes da LAC. A gente, ainda, tem muitos fatos praticados sobre a égide da LIA e não da LAC.

Então, ainda, não nos deparamos e especialmente no nível da Câmara, porque a Câmara recebe os procedimentos em nível recursal, ou em nível de depois de arquivamento ou de um indeferimento de um arquivamento. Então, a gente ainda não se deparou com essa situação de dizer se está revogada, não está revogada, aplica LIA ou aplica LAC, a gente ainda não precisou dizer isso categoricamente. Mas eu penso que, numa situação concreta, em que se apresentem ali todos os fatos que se enquadrem dentro das disposições da LAC, não haveria por que o Ministério Público não intentar uma ação baseada na LAC e com todas as consequências. E aí a gente precisa - estou falando aqui um pouco teoricamente do que poderia ser.

Dentro desse contexto - de aparecimento desse instrumento do acordo de leniência dentro dessa Lei - é que, então, começam a surgir os primeiros movimentos e vem mais ou menos no mesmo bojo, nessa mesma sintonia, vem o Código de Processo Civil dando uma grande importância as soluções consensuais, abrindo novos espaços para a consensualidade.

É o caminho que, hoje, diante de um judiciário com a morosidade que nós sabemos que existe, a consensualidade hoje tem sido muito buscada. Vamos então tentar entrar em acordo. Acabei de falar que nós ainda estamos tratando de fato praticas sob a égide da LIA, uma Lei que não permite a realização de acordos. Então, nós temos que interpretar. A primeira coisa que tivemos que fazer foi nos debruçarmos sobre esse dispositivo que diz que não pode negociar, não pode entrar em acordo.

Agora, o que temos dito na Câmara é: Como nós vamos interpretar? Esse dispositivo pode ser interpretado isoladamente? Uma Lei que entrou em vigor em 1992, que está em vigor há 25 anos, com uma modificação do quadro jurídico importante, com os instrumentos de negociação no campo penal, que é um campo muito mais restrito ou mais rígido em termos de princípio da legalidade.

Se no campo penal nós já temos essa possibilidade introduzida ao longo do tempo, dos mecanismos de negociação e de possibilidade de redução dos instrumentos de transação penal, o oferecimento de todos esses benefícios. Se já temos isso há mais tempo, e depois da Lei 12.850 - Lei das Organizações Criminosas - que expressamente prevê os acordos de colaboração premiada, então, se até no campo penal nós já temos todo esse desenvolvimento, é razoável a gente interpretar a Lei de Improbidade como absolutamente impeditiva da realização de acordos?

Dentro desse contexto, em que a gente se depara com esse quadro que é quase contraditório, existe uma contradição, uma incompatibilidade, melhor dizendo, entre o que acontece no campo penal e o que acontece no campo civil, é que vem uma LAC prevendo um acordo de leniência.

Bom, então o que a gente vai ter aqui? E é aí o outro ponto que nós temos debatido muito, temos que interpretar que hoje existe um microsistema de combate a corrupção. Há vários microsistemas por aí: um microsistema ambiental, um de consumidor, há o próprio microsistema que envolve o CADE e os delitos contra a ordem econômica e existe um microsistema de combate à corrupção.

Dentro desse microsistema de combate à corrupção, nós podemos entender que há possibilidade sim de se negociar, há sim um instrumento legalmente previsto, que é o acordo de leniência, previsto ali naquele contexto para um determinado órgão, mas não há qualquer impeditivo para utilização por outros órgãos, desde que o façamos de forma transparente, que façamos de forma a garantir a segurança jurídica para todos e observando naturalmente todas as regras, Constituição, garantias para todos os investigados, que no caso seriam as empresas.

Nesse contexto, nós vimos realizando os acordos de leniência e homologando esses acordos, que vêm sendo realizados na esteira - na sua grande maioria - de acordo de colaboração premiada, porque uma empresa não pratica atos por si só, ela pratica atos por meio de seus dirigentes, representantes, diretores e sócios e essas pessoas físicas são responsáveis penalmente por seus atos e lá elas têm realizado o acordo de colaboração premiada.

Então, aí você tem um contexto ainda maior em que se essa pessoa física pode fazer os acordos, nós temos que ter uma forma de a pessoa jurídica que ela integra também poder do seu lado

fazer esses acordos. Então mais uma justificativa para que esses acordos de leniência possam ser realizados pela pessoa jurídica. Em que contexto que ele vem? No mesmo contexto da colaboração premiada, como instrumento basicamente de investigação.

Para o Ministério Público, o acordo ele não tem o foco principal em reparação de dano e reparação de prejuízo, ainda que o Ministério Público tenha por missão constitucional também a defesa do patrimônio público, nestes casos de investigação de atos de improbidade, de atos contra a Lei Anticorrupção, o que está em jogo é o combate à corrupção como um todo, o desmantelamento de organizações criminosas, a descoberta de fatos que levem ao enfraquecimento das próprias organizações que corrompem. Esse é o nosso foco principal.

Por outro lado, nós vamos ter uma empresa e um empresário (pessoa física), que, como meio de defesa, ela tem a possibilidade de fazer o acordo. Então o acordo de leniência, isto está dito na nota com todas as letras, ao mesmo tempo é um instrumento de investigação e é um meio de defesa. É exatamente na hora que você tem essa conjugação do interesse em que a investigação caminhe e traga resultados positivos e concretos, que a investigação seja eficiente, e o interesse que aquele que infringiu a lei tem de resolver os seus problemas, que em última análise são resolver o sancionamento que ele vai receber, a penalização, é que você tem esses instrumentos de acordos - o acordo de colaboração premiada, quanto o de leniência.

Na medida em que o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal e, portanto, é aquele que tem a exclusividade ou ele tem a titularidade para fazer o acordo de colaboração, ele se torna naturalmente o ator privilegiado para fazer o acordo de leniência, porque a empresa, repetindo, tem as pessoas físicas debaixo dela e o acordo de leniência vai interessar, especialmente, porque ele também vai interessar à pessoa física (vou retomar esse assunto).

Como o Ministério Público tem ação penal, é o titular exclusivo da ação penal, ele é uma parte privilegiada para fazer o acordo de leniência e nesse sentido nós temos realmente sustentado que o acordo de leniência sem o acordo de colaboração ele pode ser uma coisa de “pé quebrado”. Nessa medida é importante, é essencial, que o Ministério Público esteja nesses acordos de leniência.

Como que nós vamos conjugar isto com a atribuição que outros órgãos têm para realização de acordo de leniência? E aí eu vou dizer que quem tem atribuição para fazer acordo de leniência, nos termos da LAC, expressamente, vai ser a CGU, que é o órgão do Poder Executivo encarregado da aplicação daquelas sanções que estão previstos na LAC.

Então é o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União que é o titular. A AGU a meu ver vem como o braço jurídico da CGU, já que a CGU é um órgão do executivo, ela não tem uma personalidade jurídica. Então a AGU sempre tem estado ao lado da CGU nessa medida. Eu não me deparei - não me lembro, ainda - com algum acordo de leniência realizado no âmbito apenas da Lei de Improbidade Administrativa com a AGU, que não tivesse a CGU, só tivesse a AGU.

Como eu estou sustentando que eu titular da ação de improbidade administrativa posso fazer acordo de leniência, a AGU pode reivindicar a titularidade para realizar acordo de leniência por ela própria. Não vejo óbice que ela faça isso, mas não vi isso ainda acontecer, porque a AGU não tem a incumbência de aplicar qualquer tipo de sanção. Então ou vai ser por via administrativa - que vai ser a CGU - e depois em um segundo momento a AGU, ou vai ter a ação de improbidade. Mas não vai haver um outro mecanismo que é especialmente a ação penal.

Dentro desse contexto, nós temos conversado entre os órgãos. AGU principalmente tem um interesse muito grande na proteção do patrimônio público, porque que ela é Advogada da União e ela tem a necessidade de promover o ressarcimento na forma mais integral possível ou integral sempre, porque a Constituição prevê que o ressarcimento tem que ser integral.

O Ministério Público, eu já disse, está preocupado primordialmente com a coleta de provas, com o desmantelamento da organização criminosa, não só com a reparação do dano. Qual a solução que foi encontrada? Os valores que nós obtivermos - e que devem ser calculados da forma mais plena

possível; se nós já temos uma forma de calcular qual foi o dano, qual foi à propina paga, se tem dano moral envolvido, de quanto é esse dano, se já temos os parâmetros (porque as leis dão esses parâmetros, a LIA tem esse parâmetro de aplicação de sanção, a LAC também tem), se nos já temos esses parâmetros -, nós já podemos aplicá-los, já podemos negociar em cima desses valores, devemos fazê-lo, devemos buscar a reparação mais plena possível. Mas nunca damos quitação. Por quê? Porque nós temos a consciência de que outros órgãos poderão entender de forma diferente e poderão ir buscar a reparação integral.

Então eu posso fazer um acordo em que eu sei que o dano foi de 500, porque é um acordo eu não vou cobrar 500, eu vou cobrar 400, digamos, faço esse acordo e digo, olha, estou negociando esse espectro aqui de determinada área de fato e de danos causados.

Agora, se outros órgãos entenderem que houve outros danos que este valor, esse cálculo que nós fizemos de 500 não estava certo, que não era 500 era 1000, eu não estou dando quitação, não é que eu estou impedindo os outros órgãos de buscarem esses valores. Isso tem ficado claro nas decisões da Câmara e orientação da Câmara é expressamente nesse sentido. Eu sei que há entendimentos em sentido contrário, as empresas não querem que isso seja assumido dessa forma, mas, como é um instituto novo, a gente vai ter que lidar com isso e vamos ter que resolver.

Nessa questão de quem é que faz o acordo, como faz o acordo, eu tenho dito que, por exemplo, na ação de improbidade tanto o Ministério Público quanto a AGU têm legitimidade ativa para entrar - os dois podem entrar. E não me lembro de caso em que a AGU tenha entrado e o Ministério Público tenha questionado ou vice-versa.

Então, se a AGU entra com uma ação, o Ministério Público não vai entrar com outra, ele vai atuar como custos legis. O importante é que aqueles malfeitos naquele contexto estejam abarcados na ação. Eu já vi situações em que o Ministério Público entra com uma ação de improbidade e a AGU, instada pelo juízo a manifestar o interesse em fazer parte do polo ativo, declina, porque o Ministério Público já entrou.

Essa questão de duas instituições terem a mesma legitimidade para fazer a mesma coisa não é novo, o que é novo é o instituto. Como que nós fomos resolvendo isso? Alguém alguma vez sentou e conversou? Não me lembro disso ter acontecido.

O que aconteceu? As coisas foram se ajeitando, as instituições vão exercendo seus papéis e não há por que a gente ficar brigando, porque em última análise todos nós buscamos a mesma coisa que é a defesa do interesse público, do patrimônio público, dos princípios que regem a Constituição, então, todos nós estamos na mesma página, devemos estar na mesma página.

A nossa tendência o que é? Nós já temos uma comissão, que está discutindo com os técnicos, as cúpulas das organizações estão em contato, mas nós temos uma casuística muito grande e complexa, na medida em que nós não começamos com casos pequenos para fazer acordo de leniência, de um cartel, de um pequeno cartel ou de 4 empresas familiares que disputam 5 licitações para comprar livros num Município de 100 mil habitantes.

Nós não começamos com casos de Operação Lava Jato, Operação *Greenfield*, envolvendo Odebrecht, envolvendo J&F. Então o que acontece? Os “conflitos” e os problemas se amplificam. E quando a gente tenta resolver, qualquer desvio tem repercussões enormes e todos os olhares se voltam para o caso, então você não pode dar um passo em falso que será alvo de crítica. Quando normalmente se você comete um pequeno erro você vai por aqui, vai uma tentativa e erro, até chegar em um ponto ideal, isso não está sendo visto com toda essa luz jogada em cima.

Tudo isso amplifica e traz uma responsabilidade muito grande para o Ministério Público lidar, mas nós estamos tentando, eu acho que é fundamental que os órgãos se entendam, entendam que ninguém está querendo “puxar o tapete” de ninguém, que está todo mundo buscando a mesma coisa. Não podemos deixar a empresa escapar, porque ficamos nós nos digladiando aqui do lado de cá.

Temos um Tribunal de Contas da União (TCU), que não aparece em nenhum lugar da LAC, fazendo a fiscalização sobre os acordos de leniência, por meio de uma Instrução Normativa que expediu (IN74). Neste ponto, parece que há alguns problemas, porque o TCU tem se debruçado sobre esses acordos e encontrado pontos com os quais não concorda, especialmente, salvo engano meu, do ponto de vista do cálculo do prejuízo, do cálculo do que precisa e o que não precisa ser cobrado, o que pode ser negociado e o que não pode ser negociado.

E aí há uma tensão entre esses órgãos basicamente, eu digo CGU e AGU de um lado e TCU de outro. Há mesmo uma tensão, porque há uma discussão sobre questão de valores, o que é que pode negociar e o que não pode negociar.

Também temos conversado com o TCU e com outros órgãos tentando fazer ver o seguinte: quando nós fazemos um acordo pelo Estado, em última análise é o Estado, porque a empresa quando ela olha ela vê CGU, AGU, TCU, MP, mas para ela são todos órgãos que estão buscando o quê? O sancionamento dela.

Então, quando ela pede para ser aliviada desse sancionamento, porque ela vai entregar coisas importantes, que vão servir para todos, ela espera que todos a beneficiem ou compreendam este gesto de boa vontade dela e hajam da mesma forma em relação a ela.

Nós temos que tentar buscar isso, que estes órgãos, como Estado, sejam coerentes, e vejam que se um fez o acordo, o outro, ainda que não esteja 100% de acordo com os termos que foram estabelecidos, em especial, o valor ou com uma cláusula, ele vai ter que olhar com um pouquinho de bons olhos e pensar: “Ah! Mas, espera. Esse acordo me deu uma série de elementos que eu não teria se não fosse o próprio acordo. Nós temos que olhar esta empresa leniência”.

E a leniência nada mais é do que isso, você tem que ir para raiz da coisa, não adianta falar assim: “Ah, mas ela veio e me falou que pagou 200 de propina, como é que agora eu vou deixar de cobrar esses 200? Como que eu órgão de contas, ou órgão controlador, ou órgão sancionador, vou deixar de aplicar uma sanção ou de cobrar o valor que ela disse ter pago ou recebido, ou lidado indevidamente com aquilo, se ela mesmo já me disse? Eu vou estar ofendendo a minha própria atuação, os meus próprios deveres, descumprindo os meus deveres, se eu não sancioná-la integralmente por aquilo que ela mesmo confessou ter feito”.

Acontece que essa empresa que disse que pagou 200, ou que desviou 200, ela trouxe informações que vão levá-lo a receber um milhão. E se essa empresa, que pagou 200, não tivesse vindo e dito: “Eu realmente paguei 200, mas eu vou entregar todo esse outro monte de coisa aqui, que você vai poder inclusive esses 200 aqui, você vai poder obter o ressarcimento pelos outros”, essa empresa não merece o benefício? Ela não merece que nós sejamos lenientes com ela?

É esse o ponto. O quanto devemos ser lenientes com essa empresa? Ainda é um ponto em aberto. Então vale a imunidade, vale eu não cobrar nada dela, o quanto que vale isso? Esse é um cálculo muito difícil, ainda vamos discutir muito.

Mas o fato é que não me parece que seja razoável que nós peguemos todas essas informações que a empresa trouxe para prejudicá-la. O Ministério Público há um tempo atrás foi questionado: “Ah, vocês estão defendendo empresa agora? Estão fazendo defesa de empresa contra interesse público”? De forma alguma.

O que nós estamos fazendo é defender o instituto, porque o instituto fez com que nós conseguíssemos por meio dessas empresas todo esse espectro enorme de elementos de dados, de novas fontes, novos cartéis, novos grupos de empresas que estão praticando outros ilícitos. Tudo isso é um ganho informacional para o Ministério Público, que é o principal para a gente. Essa visão de que esse ganho informacional tem um valor enorme e que ele vale, em alguma medida, a leniência em relação à empresa é que ainda me parece que falta ser compreendido por todas as instituições.

Eu acho que, em relação ao quanto, concordo, nós realmente não chegamos ainda a um denominador comum, não sei se vamos conseguir chegar, mas, enfim, é importante que nós conversemos sobre isso.

Agora, em relação à questão básica que é no acordo de leniência você tem que ser leniente com a empresa, eu acho que essa compreensão ainda está faltando para alguns órgãos e isso tem sido um pouco difícil para nós, porque nós já estabelecemos, já fizemos o acordo, nos comprometemos a dizer para os outros as outras instituições: “Olha a empresa veio, nos revelou um monte de coisas aqui, nós vamos entregar esse monte de coisas aqui para vocês, mas vocês não podem usar contra a empresa”.

Aí vem o órgão e diz: “Ah eu não quero; eu quero é penalizar a empresa”. E por isso a gente pondera: a empresa entregou tudo isso e muitas outras coisas, então ela tem que ser beneficiada com alguma coisa, a empresa não pode ser mais penalizada do que as outras que a gente, aliás, nem sabe se continuam a delinquir.

Essa que fez o acordo de leniência está sujeita inclusive aos mecanismos de *compliance*, nós normalmente colocamos nos acordos regras de *compliance* a que ela tem que se submeter e é, teoricamente, pelo menos uma empresa que está em muito melhores condições de ser contratada pelo Poder Público do que qualquer outra que a gente não sabe se continua “podre” por dentro.

Isso é teoria? Pode ser que seja. Agora, em tese, é isso, a empresa que faz um acordo de leniência está mais apta, está mais “limpa”, digamos assim, está mais livre dos problemas e dos malfeitos do que uma empresa que não fez o acordo. E aí a empresa que confessou será penalizada, porque ela fez tudo isso?

Então, existe uma contradição se você não compreender o acordo de leniência – e é preciso reforçar que, quando eu falo tudo isso, não estou defendendo a empresa. Estou defendendo o instituto, porque é um instituto que mudou o patamar de combate à corrupção no Brasil.

Eu estive muito recentemente na Conferência de Estados Partes da Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção, que aconteceu em novembro em Viena, e não teve um país, da tribuna da Conferência, que não tenha falado de Lava Jato e dos benefícios dos acordos que foram feitos com a Odebrecht. Isso porque, especialmente na América Latina, todos eles tiveram revelados essa prática de crimes de forma muito importante. E nesses países de fora também há uma dificuldade muito grande de compreender o que são esses acordos de leniência.

A legislação, na maior parte desses países, não prevê a possibilidade de realizar acordos. Assim, quando o Brasil compartilha com esses países as provas obtidas no âmbito dos acordos de leniência, mas pede para que se comprometam a não penalizar a própria empresa colaboradora, isso não é compreendido. Os países têm grandes dificuldades, inclusive os respectivos Ministérios Públicos, de compreender.

Enfim, são muitos desafios. É um instituto novo, um instituto que veio importado de países de tradição de direito Anglo-Saxão, que é bastante diferente do direito não Romano-Germânico. Quando o DOJ (*Department of Justice*) faz um acordo nos Estados Unidos, ele faz de um jeito e a repercussão é uma. Aqui, como temos toda essa estrutura, todo esse nosso aparato de ações e legitimados distintos, com essa dificuldade com o próprio sistema de acordos, de consensualidade, temos um longo caminho ainda para percorrer e espero, sinceramente, que consigamos evoluir nisso.

O próprio Judiciário deve, em breve, julgar se a Polícia pode ou não fazer os acordos de colaboração premiada, os limites das penas, de quanto que nós podemos negociar, o que não podemos. Enfim, temos um caminho enorme a percorrer.

Eu torço para que a gente possa evoluir nesse sentido. Tenho certeza de que tudo isso que a gente conquistou e tem conquistado, em termos de combate à corrupção, só foi possível porque, realmente, utilizamos e temos tentado utilizar com a maior eficiência possível os acordos de leniência,

dentro dos estritos limites que estão na Lei, que estão na legislação, que estão dentro dos princípios, temos tentado utilizar para mudar esse patamar de impunidade.

Sobre a Alienação Compulsória:

Em princípio nós não somos contrários, eu acho que seria uma forma de garantir que o acordo funcione, porque muitas vezes o que precisa é afastar aqueles que estão envolvidos. E ainda mais aqui que nós temos muitas empresas familiares, como é que a gente vai lidar com isso?

Agora, essa é uma parte que exige estudos mais específicos sobre negócios, economia, finanças. Assim sendo, eu não teria condições de apresentar um posicionamento conclusivo neste momento. Mas, em princípio, o Ministério Público trabalha no sentido de que podemos, sim, afastar os dirigentes para poder fazer o acordo de leniência, inclusive nos já obtivemos êxito no acordo com a J&F. Então, penso que caminhamos nesse sentido.

Pergunta da Entrevistadora: E quanto à Alienação Compulsória?

Em princípio nós não somos contrários, eu acho que seria uma forma de garantir que o acordo funcione, porque muitas vezes o que precisa é afastar aqueles que estão envolvidos. E ainda mais aqui que nós temos muitas empresas familiares, como é que a gente vai lidar com isso?

Agora, essa é uma parte que exige estudos mais específicos sobre negócios, economia, finanças. Assim sendo, eu não teria condições de apresentar um posicionamento conclusivo neste momento. Mas, em princípio, o Ministério Público trabalha no sentido de que podemos, sim, afastar os dirigentes para poder fazer o acordo de leniência, inclusive nos já obtivemos êxito no acordo com a J&F. Então, penso que caminhamos nesse sentido.

1.3 Entrevista com Procurador de Contas Júlio Marcelo de Oliveira⁴⁷⁸

Pergunta 1: – A lei anticorrupção foi editada e desde então se percebe uma grande polêmica entre os órgãos de controle sobre a sua aplicação. Os especialistas nas áreas de controle e vários acadêmicos, como o Prof. Heleno Torres e o Prof. Modesto Carvalhosa, vêm apontando diversos problemas de ordem constitucional na aplicação da Lei, especificamente sobre conflito de competências, também chamado de conflito de atribuições (esse termo, “conflito de atribuições” foi usado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do Mandado de Segurança n. 34031, em que o Impetrante foi o Secretário Executivo da CGU e o Impetrado o TCU, cujo trecho reproduzo:

“No caso, há pretensão conflito de atribuições entre Órgãos de controle interno (CGU) e externo (TCU), de densa relevância constitucional que merece maior reflexão por esta Corte.” (trecho da decisão do Min. Gilmar Mendes no MS)

▪ Nesse contexto, pergunto qual é a sua avaliação, sobre essa questão do conflito de competências entre os órgãos de controle nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção?

⁴⁷⁸ Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (TCU), Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília e Bacharel em Ciência da Computação pela Universidade de Brasília.

Procurador Júlio Marcelo de Oliveira: – Entendo que a lei surge com uma desconsideração completa sobre as competências constitucionais de órgãos como o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público da União – Federal, que tem a missão de fazer a execução criminal. A atribuição do acordo de leniência para CGU, a meu ver, foi um erro, primeiro porque é um órgão submetido à Presidência da República, a meu ver sem a necessária autonomia para fazer um acordo sem sofrer pressão, injunção da Presidência da República.

Lembro-me bem de que os acordos eram acenados pelo governo para as empresas para que elas não colaborassem com as investigações da Lava Jato. Logo na sequência da lei, ocorreu de enfrentarmos a maior operação de combate à corrupção da história do país – o que mobilizou/envolve todos os altos dirigentes da classe política brasileira, de todos os partidos, praticamente, pelo menos dos maiores partidos. É natural – absolutamente indevido, mas natural – que os envolvidos queiram usar qualquer canal para limitar o alcance das investigações, e os acordos de leniência pela CGU foram uma oportunidade vislumbrada pelos dirigentes do governo à época.

O TCU teve um papel importante, o Ministério Público de Contas também, no sentido de pôr um freio nisso, de estabelecer que essa atuação da CGU precisava ser acompanhada pelo órgão de controle externo assim definido na Constituição.

Entendo-a como um erro que se tem no enfrentamento da corrupção. É uma lei anticorrupção (a lei que prevê o acordo de leniência), e a corrupção é sempre uma prática criminal, sempre vai estar atrelada a uma investigação penal. E sendo o acordo de leniência, um instrumento da investigação, o objetivo primordial dele para o Estado é a obtenção de informações relevantes no curso de uma investigação. Não faz sentido, na minha opinião, que esta negociação do acordo de leniência, avaliação da sua conveniência, da sua pertinência, da sua utilidade, se faça de forma dissociada do órgão que tem competência para persecução penal.

A meu ver o MPF, no caso de um acordo no nível federal (ou o MP do Estado, quando se tratar de uma questão local) tinha que estar sempre envolvido e dando a sua anuência na celebração do acordo. Não estou falando aqui de exclusividade, embora eu ache que a exclusividade seja uma possibilidade, mas no mínimo tem que ter a participação e a anuência. A meu ver, não tem sentido um órgão do Poder Executivo, que geralmente é o poder mais envolvido, mais suscetível ao envolvimento com esquemas de corrupção, ter competência para celebrar acordos, e acordos que podem ter repercussões e atrapalhar investigações penais.

Na época dos debates da lei, o Dr. Carlos Higino, da CGU, dizia/apontava muito a independência das instâncias penais, a independência da instância administrativa, no processo civil. Observe isso no âmbito processual e, sim, notará que existe independência, mas no plano da investigação não: na investigação os fatos são os mesmos e a atuação de um órgão pode atrapalhar ou ajudar uma investigação conduzida por outro órgão. Essa independência factual no plano da investigação não existe. Nesse ponto, surge também o problema do Tribunal de Contas, porque o Tribunal de Contas tem competência para julgar quem quer que tenha dado causa a dano ao erário, seja no esquema de corrupção, seja por qualquer outro motivo, e aplicar sanções, sanções relevantes como a inidoneidade, como multa de até 100% do débito que fora apurado. Isso também é um fator complicador. Se para o Estado o que interessa em um acordo de leniência é a informação relevante, para as empresas o que interessa é resolver a vida, conseguir um acordo com o Estado que seja um ponto final naquele episódio, que ela não tenha mais que ficar revivendo aquilo, pagando novos valores que vão surgir, enfim, tentar ter o resgate da sua reputação, ter a página virada. Então essa multiplicidade de órgãos com a capacidade de impor sanções e consequências negativas para as empresas é um problema mal resolvido e a lei passa longe de resolver. A lei desconsiderou que existem esses órgãos e que eles têm uma atuação relevante. Atribuiu essa competência para a CGU como se isso, lá, pudesse ser resolvido de maneira definitiva.

Além do processo de controle externo, você ainda tem as ações de improbidade e civis públicas que podem pleitear ressarcimento também de valores elevados. Tem que haver o envolvimento de todos esses atores. Há o problema de a CGU ser apenas, vamos dizer, o primeiro órgão que tem contato com o problema de corrupção na administração pública, e tem o poder de aplicar sanção – mas não é o único. Quem tem o poder de definir débito e aplicar sanção de multa de até 100% e também declarar inidoneidade de empresa que atua em fraude a licitação, é o Tribunal de Contas. Você tem o MPF podendo propor ação de improbidade, também a AGU, então você tem uma multiplicidade de atores que podem causar para empresa consequências negativas, e ela precisará negociar com todos, ou pelo menos tentar. A solução legal, hoje, não atende, não resolve.

Pergunta 2: – O microsistema anticorrupção brasileiro reflete um conjunto de responsabilização que se dá de forma independente (civil, penal e controle externo). No que diz respeito às sociedades empresárias, tanto o TCU pode declarar as empresas inidôneas pelo prazo de até 5 anos (com fundamento no art. 71 da Constituição da República, assim como no art. 46 da Lei Orgânica do TCU, Lei 8.443/92), como o Ministério Público pode pedir o mesmo ao judiciário com base na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que prevê que uma das sanções do art. 12 é impedir a empresa de contratar com a administração pública, com a diferença de que o prazo de inidoneidade da Lei de Improbidade é pelo prazo de até 10 anos.

- Considerando que o acordo de leniência é um instrumento de investigação e um dos grandes benefícios desse instrumento é a cessação da conduta ilícita pelas empresas e o ressarcimento do dano causado à Administração Pública, como é que o Sr. pensaria em reduzir a insegurança jurídica para as empresas, diante das diversas esferas independentes de responsabilização?

Procurador Júlio Marcelo de Oliveira: – Então, essa é a pergunta de um milhão de dólares.

Na minha visão os dois atores principais são o Ministério Público e o Tribunal de Contas. Consta no Projeto de Lei 5.208: o acordo que fosse celebrado com o Ministério Público e homologado judicialmente deveria ter força para se sobrepor a iniciativas de novas ações de improbidade. Mas não tem como afastar uma competência constitucional outorgada diretamente ao Tribunal de Contas. Então, eu acho que tem que ser construído (e ainda está em uma fase incipiente) um mecanismo de atuação conjunta do Tribunal de Contas com o Ministério Público para que o acordo celebrado pelo MP possa ser corroborado pelo Tribunal de Contas da União. Isso passa por uma colaboração efetiva no momento da negociação, porque o que temos observado é que o Ministério Público (isso é um instituto novo e que todos os órgãos estão passando por uma fase de aprendizagem institucional) na persecução penal não tem ainda a experiência e a *expertise* do Tribunal de Contas na quantificação de dano ao erário.

O foco foi mais o da investigação penal, como aprofundar a investigação penal, como conseguir elemento de prova que demonstre o pagamento de vantagens ilícitas para agentes públicos. A questão do ressarcimento foi negociada, me parece, assim, sem balizas técnicas, e sim uma estimativa do que pode ter sido o dano causado. Quando se vê um acordo de um milhão e meio de ressarcimento com uma empresa, esse valor não me parece que teve um grande estudo por trás, para dizer o porquê de um milhão e meio e não dois, ou um. É aí que entraria o Tribunal de Contas: para fazer uma apresentação dos elementos para dar mais legitimidade a esse tipo de negociação e uma vez que o Tribunal participasse na formulação, no envio desses elementos, na análise desses elementos que foram colhidos na investigação penal, um feedback para investigação penal sobre a razoabilidade de valores de renegociação, a tendência natural seria que o órgão referendasse esse valor em seus processos de controle externo.

Tendo em vista a colaboração que foi prestada pela empresa na elucidação de esquemas de corrupção correspondentes aos processos que existem, foi acertado um valor tal que, inclusive, contou

com a colaboração do Tribunal. Suponhamos que um valor razoável, tendo em vista a capacidade de pagamento da empresa, quanto foi o débito, o tempo que se levaria para uma recuperação, o quanto se pode obter desde logo – enfim, toda essa cesta de elementos a serem considerados, mas também a prevenção. Também seria levado em conta o ressarcimento feito por outras empresas, muitas vezes, cujo envolvimento só foi revelado porque aquela empresa colaborou. O Tribunal de Contas seria impelido, então, a não aplicar mais nenhuma sanção, entendendo que aquilo que foi negociado está de ótimo tamanho para resolver o episódio.

Eu acho que essa é a melhor solução de um país que tem instituições maduras. Acho que devemos caminhar nessa direção. Ademais, é preciso que uma PEC diga qual órgão que negociar se impõe aos outros, para dizer: “O que o Ministério Público negociar e homologar judicialmente fará coisa julgada, que vale inclusive contra processos de controle externo”.

Fora disso, acredito que tem a ver com colaboração e coordenação entre os órgãos. A não ser que o Supremo construa essa jurisprudência, de dizer: “Aquilo que for negociado pelo Ministério Público e homologado judicialmente, porque pode ser construída por lei essa homologação judicial, e se impõe a todos os demais órgãos do Estado”. E aí, ninguém pode fazer nada. Mas se o Supremo não o disser, os Tribunais de Contas não vão abrir mão da sua competência se eles não acharem que o acordo foi bem negociado e se não tiver oportunidade de influir e de serem convencidos da razoabilidade do acordo.

Pergunta 3: – A Lei nº 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê responsabilização subjéitiva por atos de improbidade administrativa na esfera cível e a Lei Anticorrupção prevê que a responsabilização do mesmo ato, na mesma esfera cível se dará de forma objetiva. Pergunto ao Sr. qual é a sua visão quanto aos aspectos jurídicos sobre essas diferenças de responsabilização civil (subjéitiva pela Lei de Improbidade e objetiva pela Lei Anticorrupção) e quais são os desafios para o judiciário lidar com essa questão?

Procurador Júlio Marcelo de Oliveira: – A lei anticorrupção avançou no combate à corrupção quando ela trouxe a responsabilização objetiva. Se um preposto da empresa, um gerente qualquer, oferecer uma vantagem ilícita a um agente da administração em benefício da empresa, estimulado por uma meta, ou porque queria se destacar na empresa e ser promovido, independentemente do conhecimento da diretoria – seja qual for o motivo, pela responsabilização subjéitiva não seria possível responsabilizar a empresa, porque a diretoria, o comando não determinou que ele agisse assim, ele agiu assim por sua conta. Mas o fato é que isso acontece, essa corrupção precisa ser combatida, a empresa é beneficiária e a sanção é patrimonial. Não estamos falando aqui de prisão de pessoas que não sabiam, de inocentes, estamos falando de uma sanção patrimonial a uma empresa que foi beneficiada pelo ato de corrupção, que dentro deste paradigma de responsabilização objetiva tem obrigação de adotar métodos internos de prevenção a esse tipo de conduta.

A partir desse ponto, há um conjunto de regras de *compliance* que a empresa precisará adotar, toda uma postura de doutrina interna, de criação de uma cultura anticorrupção, para que nenhum gerente, nenhum vendedor, se sinta estimulado, incentivado, a obter resultados de forma ilícita. Então eu acho que ela foi um avanço. Isso não foi um problema. Ela trouxe um avanço de paradigma. A empresa tem a obrigação de combater qualquer prática de corrupção feita por qualquer empregado. Se alguém o fizer, ela responde objetivamente.

O Tribunal, na verdade, não teoriza, não tematiza bem essa questão. Ele declara que adota a responsabilidade objetiva, mas você vai achar julgados em que a conduta de um Prefeito, por exemplo, tinha recursos da saúde e aplicou em uma obra, e o Tribunal decide que o Município devolva o recurso. O Município, ente jurídico, não agiu com culpa e dolo, muitas vezes você pode até considerar que ele foi prejudicado. Porque às vezes foi uma obra que não melhorou a vida das pessoas e agora ele

vai tirar o dinheiro de onde para repor? O Tribunal determina que seja feita essa reposição, que saia dos cofres públicos do município para os fundos da saúde – por exemplo, o SUS. O próprio Município gerindo o fundo vai gastar em saúde, mas vai ter que tirar de outra fonte para repor e aquilo foi causado por um Prefeito que nem é mais Prefeito.

Essa responsabilização patrimonial não é objetiva? A meu ver é; o Tribunal diz que não faz, mas faz. E muitas vezes ele até exclui do dever de ressarcimento o ex-Prefeito, aplica uma multa, uma sanção, mas deixa o dever de ressarcimento sobre o Município, que teoricamente se beneficiou com o desvio daqueles recursos. Às vezes, acontece de o Prefeito está sem dinheiro para pagar o 13º, pega o dinheiro da saúde para pagar o 13º de outra área. Então o Município vai ter que devolver o dinheiro e o Prefeito às vezes nem multado é; como isso não é muito cobrado, o TCU não tem esse ônus de justificar doutrinariamente sua ação. É um Tribunal de casuísticos para o bem e para o mal. É isso o que acontece: ele não vai construindo doutrina para aquilo que entra em suas decisões.

Pergunta 4: – O Tribunal de Contas da União tem a competência de julgar a empresa no modelo descrito abaixo e declarar a inidoneidade da empresa por 5 anos, além de aplicar multa, tal como o judiciário julga e aplica, sendo que a diferença entre o TCU e o judiciário, resguardando as especificidades de cada esfera, seria em relação ao prazo de declaração de inidoneidade do judiciário (que em vez de 5 anos pode ser de até 10 anos), logo, há grandes similaridades entre a atuação do controle externo e a atuação do judiciário quanto à sanção pelo cometimento de ato ilícito contra a Administração Pública. Nesse sentido, cada vez mais a academia se debruça sobre a atuação do controle externo, diante de sua importância no cenário econômico em relação à atuação empresarial e os impactos da sua atuação na seara empresarial.

▪ Diante das competências constitucionais de que dispõe o TCU, entre as quais a de que a sua decisão tem eficácia de título executivo e da previsão da Lei Anticorrupção que atribui a um órgão de controle interno a apuração de um crédito que poderá ser inscrito em dívida ativa (e, portanto, com eficácia de título executivo), competência similar à do TCU, porém sem a correspondente existência de fundamento constitucional em relação a essa competência para órgão do controle interno, qual seria sua análise em relação a essas previsões (constitucional e legal)?

LEI ANTICORRUPÇÃO	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
<p>Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.</p>	<p>Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;</p>
<p>Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.</p>	<p>§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.</p>

<p>Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.</p>	<p>Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:</p> <p>IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.</p> <p>§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.</p>
<p>Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:</p> <p>I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e</p>	<p>VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;</p>

Procurador Júlio Marcelo de Oliveira: – Entendo que é inconstitucional a CGU pretender ter uma apuração em caráter terminativo de um dano causado ao erário. A meu ver, ela tem que apurar o dano e encaminhar para julgamento pelo Tribunal de Contas. Não tem problema nenhum comunicar o Ministério Público para apuração criminal, já que é outra competência.

Se eu fosse advogado de uma empresa e uma comissão dissesse que eu devo determinado valor, eu diria: “Olha, ok, mande para o TCU. Vamos aguardar o julgamento e lá eu vou fazer minha defesa”. Tem uma defesa na fase interna da TCE e depois uma defesa na fase externa, que é no Tribunal de Contas. Isso de inscrever em dívida ativa a cobrança direta, com certeza o judiciário vai declarar inconstitucional, dada a competência do Tribunal de Contas. Isso aí é uma supressão do órgão de controle previsto, para uma cobrança direta do Estado, baseado na apuração do órgão de controle interno. A meu ver, é absolutamente inconstitucional.

Até essas sanções, no limite, são passíveis de questionamento: caberia ao controle interno ter tanto poder de sancionar, tendo em vista que o processo que apura o dano tem que ser julgado depois pelo controle externo? Eu acho que, independentemente, isso não poderia vir descasado da noção de proporcionalidade ao dano. Estabelecer um limite mínimo e máximo do faturamento do ano anterior, se o dano superar esses 20%, o máximo seria 20%; se o dano for inferior, não teria sentido aplicar uma multa tão grande por um dano proporcionalmente menor. Eu acho que o princípio da proporcionalidade vai incidir sempre na hora de aplicar a sanção, se é que eles podem aplicar esse tipo de sanção.

Pergunta 5: – Temos visto que a questão do debate dos acordos de leniência está muito centrada na União, porém, sabe-se que há previsão da aplicação em todos os estados e municípios, pelos respectivos órgãos de controle interno, em “simetria” à previsão da LAC. Como o Sr, avalia a possibilidade da aplicação concorrente da LAC por mais de 11 mil órgãos de controle interno, considerando que há mais de 5500 municípios, diante da previsão do 34, IV da CR?

Procurador Júlio Marcelo de Oliveira: – Isso só corrobora com o argumento de que a “morada” do acordo de leniência é o Ministério Público. Em cada Estado você tem só um Ministério Público; você não tem um Ministério Público em cada município. Você tem uma investigação penal conduzida pela polícia e pelo Ministério Público que é o autor da ação penal, *dominus litis*, ele tem as margens para negociar, para investigar em profundidade. Se no nível federal, mesmo a CGU – com toda a qualidade do seu corpo técnico – tem um desenho institucional que apresenta vulnerabilidade. Imagine você a vulnerabilidade de titulares de órgãos de controle interno; e veja, não precisam os Estados estarem centralizados em um órgão.

Alguns Estados estão adotando uma regulamentação e têm uma Controladoria-Geral do Estado que vai fazer empreender isso etc, mas, pela lei, cada Secretaria de Estado pode fazer o seu acordo, no município. Cada Secretaria Municipal pode fazer um acordo. O acordo pode até virar uma oportunidade de achar um negócio, e em vez de combater corrupção, ser uma oportunidade de corrupção.

A meu ver isso só corrobora o argumento de que está mal desenhando e que o acordo de leniência deve estar a cargo de quem faz a investigação penal, quem deve atuar em colaboração com o órgão de controle externo para que o Estado atue de forma coerente, uniforme, para dar a esse acordo a máxima efetividade e obter das empresas também o máximo de colaboração. À medida que elas obtêm o máximo de segurança, elas também se dispõem a dar o máximo de colaboração.

Pergunta 6: – Quanto à previsão de multa da LAC, há uma possível (na verdade, provável) autuação de diversos órgãos de controle interno e nenhuma limitação e/ou previsão de proporcionalidade na autuação e na proporcionalidade das multas a serem aplicadas (em relação a diversos órgãos de controle interno que são independentes e sequer se comunicam, pois os entes da federação são autônomos).

▪ Nesse aspecto, como o Sr. avalia essa desorganização jurídica, que coloca as empresas em uma situação de total insegurança jurídica, o que inclusive gera a possibilidade das empresas ficarem vulneráveis a um sistema sancionador caótico que tende a inibir as empresas de participarem e esvaziar o instituto, como técnica de investigação. As empresas estão muito preocupadas e os pesquisadores também, diante da existência de mais de 11 mil órgãos de controle interno.

Procurador Júlio Marcelo de Oliveira: – É na linha do que eu já disse mesmo, mas vale a pena reforçar. Se eu fosse o advogado de uma empresa, eu aconselharia a empresa a negociar com o Ministério Público. É onde o acordo pode ter o máximo de efetividade. E eu pediria ao Ministério Público, em uma mesa de negociação, que ele se fizesse acompanhado e assessorado, e contasse com a colaboração do Tribunal de Contas do respectivo ente. Por enquanto, no desenho constitucional que nós temos, esse é o que pode dar melhor resultado para a empresa.

Pergunta 7: – Sobre a atuação e a participação dos órgãos na esfera de controle (externo e judicial), estas são muito próximas da competência do judiciário em relação à multa, à declaração de inidoneidade e da reparação ao erário. O art. 73 da CF determina que o Tribunal de Contas da União adotará uma conformação tal qual a do judiciário. Uma vez que o judiciário não participa do acordo de

leniência firmado pelo MP - já que aprecia a legalidade desses acordos posteriormente -, pergunto se o TCU, por uma análise análoga à conformação do judiciário, não deveria também de se abster da participação desses acordos, com vistas a evitar impedimentos futuros em relação a sua legalidade na revisão dos acordos de leniência. Nesse cenário, como o Sr. veria a participação do MP de contas de participar do Acordo de Leniência, como signatário juntamente com o MPF; resguardando-se ao TCU a imparcialidade necessária para a apreciação e a homologação dos processos sobre acordos de leniência?

Procurador Júlio Marcelo de Oliveira: – O Tribunal de Contas não faz a revisão do acordo de leniência celebrado pelo Ministério Público Federal, não exerce controle externo sobre atividade fim do Ministério Público. Se ele o fizesse, realmente haveria um conflito por ele participar da negociação e depois atuar como instância homologadora, mas não existe a submissão daquilo que o MPF faz ao controle externo do TCU. Tanto que daí eu acho que não tem problema se o TCU, por meio das suas estruturas de auditoria, puder contribuir.

Acho que a participação do Ministério Público de Contas é bem-vinda, embora tenhamos limitações de ordem material – somos poucos procuradores de conta. Em cada Tribunal de Contas você tem uma estrutura de auditores muito mais numerosa do que o conjunto de Procuradores de contas. Para esses acordos que, por exemplo, estão sendo negociado em Curitiba, há uma representação do TCU lá com auditores e ainda há uma unidade especializada aqui. Eu pessoalmente teria dificuldade de me deslocar o tempo todo para Curitiba para sentar em uma mesa e acompanhar a negociação desse tipo.

Isso depende também da colaboração da própria empresa. Veja, é diferente do judiciário: o Tribunal de Contas tem iniciativa própria, tem um quadro de auditores e o fato de fazer auditoria não torna os Ministros impedidos de julgar auditoria feita pelos auditores. Então, o fato de ter uma estrutura de auditoria auxiliando o Ministério Público na elaboração do acordo, a meu ver não tiraria do Tribunal nenhuma competência para fazer o seu julgamento sobre a conveniência ou utilidade do acordo. Apenas a construção de um processo mais legitimado, o Ministério Público de Contas? Acho que sim, agregaria muito mais valor se a gente pudesse até, talvez, em uma fase mais madura de fechamento de números, ter acesso àquilo que os auditores apresentaram, àquilo que foi negociado, e quem sabe assinar também até dois acordos – um com o MPF e outro com o Ministério Público de Contas, sendo esse submetido ao pleno do Tribunal, porque de alguma forma o pleno do Tribunal vai tomar conhecimento e vai deliberar sobre o mérito daquele acordo de leniência. Se for do MP de Contas, será pela via de uma homologação; se for do MPF, será pela via de extrair consequências jurídicas para os processos de controle externo, analisar que aquilo está bem, em que o Estado está bem atendido na sua resposta à corrupção e nos ressarcimentos, e pode-se considerar então que esses processos também estão bem equacionados. Sendo assim, eu acho que seria algo viável.

Gostaria de destacar que o time das auditorias é mais lento, mas se houvesse essa colaboração efetiva das empresas – porque isso não tem havido. Elas colaboram lá, negociaram um valor lá, mas não se sabe com base em que, como. Se o MPF pede X, eles oferecem menos da metade e ficam ali, não chegam a um valor.

Para a sociedade é sempre um valor alto porque a corrupção foi imensa. Qualquer valor de ressarcimento é alto, tem um impacto, mas não sei nem dizer se é adequado ou não. Estou fazendo um juízo negativo do valor, pode até ser que seja muito adequado, mas eu careço de maiores elementos para ter uma avaliação desse valor. Se a gente pudesse participar com suporte de unidades de auditoria do TCU, com a colaboração das empresas, nós teríamos condições de caminhar para um acordo celebrado entre o Ministério Público e a empresa, submetido à homologação do Tribunal. Se faz necessário um termo de cooperação com o MPF. É necessário caminhar paralelamente. A empresa não pode ser uma lá e outra aqui, tem que ter a mesma conduta, com lealdade e transparência.

Pergunta 8: – O PL 5208/2016 prevê a possibilidade da alienação compulsória do poder de controle. Qual é a avaliação do Sr. sobre essa previsão? Há resistências no meio jurídico e empresarial quanto a existência dessa possibilidade.

Procurador Júlio Marcelo de Oliveira: – É uma medida de força, de intervenção do poder do Estado na propriedade privada do acionista da empresa, mas muitas vezes seria o caminho para você preservar a atividade empresarial e obter o máximo de ressarcimento do dano ao erário. Sem contar que a empresa, quando está negociando acordo de leniência, muitas vezes está negociando acordo penal em paralelo. Dependendo do grau de lesividade, de gravidade dos crimes de corrupção em que está envolvida, eu acho que esta medida é justa e proporcional.

Talvez seja a medida que possa realmente garantir um resgate reputacional da empresa, já que garante que aquela direção que participava da corrupção está afastada e uma nova direção pode inspirar confiança, credibilidade, preservando a atividade empresarial, os empregos, a geração de renda, economia, e toda a cadeia de fornecedores. Com o valor obtido pela alienação forçada você consegue um valor substancial para o ressarcimento do erário. Muitas vezes o *ability to pay* da empresa vai levar 200 anos para ser pago; mas se houver o produto dessa alienação, ela pode ser revertida em favor do ressarcimento, então haveria um meio mais efetivo de ressarcimento e *a priori* não vejo uma inconstitucionalidade não, eu acho que ela é compatível.

Enfim, sobre essa questão eu não estudei o suficiente para falar com mais profundidade, mas eu enxergo com bons olhos.

1.4 Entrevista com o Auditor Federal de Controle Externo Nivaldo Dias Filho⁴⁷⁹

Pergunta 1: – A lei anticorrupção foi editada e desde então se percebe uma grande polêmica entre os órgãos de controle sobre a sua aplicação. Os especialistas nas áreas de controle e vários acadêmicos, como o Prof. Heleno Torres e o Prof. Modesto Carvalhosa, vêm apontando diversos problemas de ordem constitucional na aplicação da Lei, especificamente sobre conflito de competências, também chamado de conflito de atribuições (esse termo, “conflito de atribuições” foi usado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do Mandado de Segurança nº 34031, em que o Impetrante foi o Secretário Executivo da CGU e o Impetrado o TCU, cujo trecho reproduzo:

“No caso, há pretensão conflito de atribuições entre Órgãos de controle interno (CGU) e externo (TCU), de densa relevância constitucional que merece maior reflexão por esta Corte.” (trecho da decisão do Min. Gilmar Mendes no MS)

▪ Nesse contexto, pergunto qual é a avaliação do Sr., sobre essa questão do conflito de competências entre os órgãos de controle nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção?

⁴⁷⁹ Nivaldo Dias Filho é Engenheiro Civil pela UFPR, Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU) – Área Controle Externo, Diretor na Secretaria de Operações Especiais em Infraestrutura do TCU, Diretor de Defesa do Controle Externo da Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (AUD-TCU).

Auditor Nivaldo Dias Filho: – Entendo que de fato há um certo conflito de competências e que uma das causas desse conflito é que a própria lei anticorrupção teve uma tramitação muito açodada no Congresso. Até que houve alguma discussão na Câmara, mas pouca ou nenhuma discussão no Senado e talvez isso tenha contribuído para algumas imperfeições da lei. Sem falar que essa questão dos acordos de leniência foi inserida mais tarde, em relação ao projeto original, copiadas da Lei Antitruste, a chamada Lei do CADE. Então penso que isso acabou inserindo algumas imperfeições. Em relação aos conflitos de competência, a Lei acabou atribuindo à CGU algumas prerrogativas constitucionais que são da AGU e do TCU. À AGU, em relação, por exemplo, à possibilidade de transigir judicial e extrajudicialmente e, também com relação ao TCU, de poder fazer um juízo do dano, do prejuízo ao erário como é a previsão constitucional. Então isso tem causado algumas dificuldades entre os órgãos sim, é verdade, muito relacionadas com essa questão do dano e sobretudo sobre o que exatamente se pode transigir no âmbito dessa Lei, então eu concordo com a avaliação de que a Lei tem problemas e precisaria de aprimoramentos.

Em termos operacionais o acordo de leniência, da forma prevista, gera problemas de ordem prática a exemplo de algumas discussões sobre como se deve calcular o dano e de quem é a responsabilidade por isso. A CGU tem informado publicamente, assim como a AGU, que se manifesta de uma forma não conclusiva sobre o dano nos processos e isso talvez seja uma inversão de ordem em relação ao que a Constituição prevê para o TCU em relação à CGU. Seria como se a CGU estivesse fazendo alguma concessão ao TCU quando por algum motivo ou outro decide não calcular o dano ou não consegue, enfim, durante os acordos de leniência e essa questão sobre como se daria a quitação nesses casos também tem gerado problemas.

Há problemas também relativos a alguns entendimentos em relação a se podem ser inseridas concessões previstas para os termos de ajustamento de conduta, ou mesmo para os processos de mediação extrajudicial, dentro dos acordos de leniência, ou seja, sobre inserir benefícios não previstos na lei anticorrupção dentro dos acordos de leniência. Além disso, a questão sobre quem é responsável por analisar determinados requisitos que a própria lei [anticorrupção] tem em relação à alavancagem investigativa. Bem, acho que são esses os principais problemas que tem acontecido recentemente sem me referir a algum caso específico. Ainda não há uma orientação do TCU sobre os acordos de leniência além da IN 74/2015, então a própria IN 74 já reconhecidamente foi emitida em um prazo curto num cenário bastante imprevisível, lá no início das aplicações dos acordos de leniência pela CGU. Isso tem causado problemas que acabam precisando ser contornados no dia a dia. O TCU tem alguns acórdãos promulgados sobre processos de acompanhamento de acordo de leniência. Como a IN 74 prevê, o TCU acompanha os processos da CGU sobre acordo de leniência com vistas a observar a legalidade, legitimidade e economicidade desses possíveis acordos e isso acaba gerando acórdãos que são sigilosos, porque os processos são sigilosos. Então, ainda que o Tribunal tenha deliberado algumas vezes em casos concretos, o fato é que por serem acórdãos sigilosos acabam dificultando a divulgação da jurisprudência ou mesmo a criação de uma jurisprudência mais sólida, na medida em que outras partes da sociedade, outros órgãos acabam não tomando conhecimento das deliberações do Tribunal de Contas nesses casos concretos. Tem-se tentado contornar essa situação, mais recentemente, com propostas no sentido de que a algumas deliberações seja dada a devida publicidade, em circunstâncias em que não prejudique o sigilo previsto na Lei Anticorrupção. Existe muito a ser feito e o caminho jurisprudencial pode ter a capacidade de cobrir certos *gaps* legais, embora não exista certeza de que isso possa ser feito de uma forma perfeita ou ideal.

Pergunta 2: – O microssistema anticorrupção brasileiro reflete um conjunto de responsabilização que se dá de forma independente (civil, penal e controle externo). No que diz respeito às sociedades empresárias, tanto o TCU pode declarar as empresas inidôneas pelo prazo de até 5 anos (com

fundamento no art. 71 da Constituição da República, assim como no art. 46 da Lei Orgânica do TCU, Lei 8.443/92), como o Ministério Público pode pedir o mesmo ao judiciário com base na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que prevê que uma das sanções do art. 12 é impedir a empresa de contratar com a administração pública, com a diferença de que o prazo de inidoneidade da Lei de Improbidade é pelo prazo de até 10 anos.

▪ Considerando que o acordo de leniência é um instrumento de investigação e um dos grandes benefícios desse instrumento é a cessação da conduta ilícita pelas empresas e o ressarcimento do dano causado à Administração Pública, como é que o Sr. pensaria em reduzir a insegurança jurídica para as empresas, diante das diversas esferas independentes de responsabilização?

Auditor Nivaldo Dias Filho: – Existe um caminho sendo tomado em relação a esses casos de inidoneidade. O Tribunal já divulgou o Acórdão nº 483/2017-Plenário, para citar um deles, e tem pelo menos mais um outro, que nos casos em que uma empresa tenha feito acordo com outro ente (nesses casos os acordos foram feitos pelo Ministério Público, portanto no âmbito penal e também no de improbidade administrativa) levaria em consideração a contribuição que essas empresas fizeram ao Estado como um todo. Então a consideração de que quando a empresa contribui, ela contribui com o Estado, tem levado a alguns entendimentos recentes do Tribunal de que ele deveria fazer algumas concessões em relação às empresas que colaboraram em relação às empresas que não colaboraram. Como isso é bastante recente, e os casos concretos não são dos mais simples que poderíamos enfrentar, acho que ainda resta uma certa insegurança jurídica, na medida em que não se sabe exatamente como os acordos feitos por outros órgãos serão aproveitados pelo TCU e quais as consequências para as empresas. Elas têm dúvidas em relação, por exemplo, ao montante que têm que pagar (isso parece ser uma preocupação) e ao tempo de inidoneidade que é o foco dessa pergunta. O Tribunal tem sinalizado para a possibilidade de reduzir o tempo, ou quem sabe até mesmo isentar da declaração de inidoneidade as empresas colaboradoras. Isso faria com que o Tribunal, reduzisse ou deixasse de aplicar a pena de 5 anos de inidoneidade. Talvez tenha um adicional de insegurança em relação a isso pois uma deliberação recente (Acórdão nº 348/2016-Plenário) firmou o prazo máximo para declaração de inidoneidade em 5 anos, em paralelismo ao prazo máximo de 30 anos previsto para as pessoas físicas no (art. 75) Código Penal. Essa decisão foi objeto de recurso pelo Ministério Público junto ao TCU e ainda não há decisão de mérito sobre esse recurso. Então essas empresas, além de não saberem claramente quais benefícios terão em relação à declaração de inidoneidade pelo TCU, também não sabem qual será esse prazo máximo, nos casos em que existe mais de um ato que poderia levar à declaração de inidoneidade, como por exemplo, a fraude de múltiplos procedimentos licitatórios. Deliberações como o Acórdão nº 483/2017-Plenário, têm sido uma forma de tentar reduzir a insegurança jurídica nos casos dos acordos que já foram firmados sem qualquer participação do TCU, mas talvez haja um outro caminho: acordos firmados de maneira concomitante, envolvendo essas três esferas de responsabilização: civil, penal e de controle externo. Esse é um caminho que envolve procedimentos que não têm previsão legal clara e que se já enfrentam dificuldades no âmbito federal, no nível dos Estados e dos Municípios eu não consigo sequer vislumbrar uma solução para. Se no cenário federal se poderia vislumbrar uma possibilidade de esses órgãos que detêm as prerrogativas constitucionais na área civil, penal e de controle externo fazerem alguma composição de modo a viabilizar esses acordos e reduzir com isso essa insegurança jurídica para as empresas, eu acho que na esfera Estadual isso é muito mais complicado e na esfera Municipal é impensável, eu acho que não tem solução.

Pergunta 3: – A lei 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê responsabilização subjetiva por atos de improbidade administrativa na esfera cível e a Lei Anticorrupção prevê que a responsabilização do mesmo ato, na mesma esfera cível se dará de forma objetiva. Pergunto ao Sr.

qual é a sua visão quanto aos aspectos jurídicos sobre essas diferenças de responsabilização civil (subjéctiva pela Lei de Improbidade e objectiva pela Lei Anticorrupção) e quais são os desafios para o judiciário lidar com essa questão?

Auditor Nivaldo Dias Filho: – Entendo que o Brasil como um todo tem uma certa dificuldade com a responsabilização objectiva, talvez tenha a ver com a nossa chamada brasilidade. Por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor ou mesmo na Lei Ambiental, tem sido, por vezes, de uma aplicação bastante dificultosa no âmbito do Judiciário e há recentes discussões sobre rever a previsão de responsabilização objectiva nos casos de dano ambiental. Então eu acho que não é uma característica só do judiciário, e talvez o TCU tenha um pouco mais de dificuldade. A cultura de responsabilização objectiva me parece, (ainda eu não seja um especialista do direito), que tem certa dificuldade de se amoldar aos conceitos geralmente praticados pelo Direito Brasileiro. Não sei se a aplicação da responsabilidade objectiva prevista na Lei Anticorrupção já gerou algum conflito no judiciário, mas avalio que é um caminho necessário para o efectivo combate à corrupção. É bastante claro que por vezes uma empresa pode se beneficiar de determinados atos ilícitos, mas nem sempre é fácil de identificar quem exactamente praticou esses atos dentro da empresa. Então eu acho que a responsabilização objectiva é algo necessário no contexto do combate à corrupção e isso não é necessariamente danoso para as empresas, pode ser até algo benéfico, porque as forçará a ter programas de *compliance* mais completos, mais abrangentes, de modo que elas sejam mais diligentes em relação a se beneficiar ilicitamente. No cenário brasileiro, em que os índices de corrupção são elevados, eu acho que não se pode pensar em alterar essa forma de responsabilização.

Avalio que o Tribunal de Contas da União, apesar de ter a previsão da inversão do ónus da prova nos processos de contas (nos processos de controle externo) tem dificuldades em aplicar esse princípio, talvez em razão de uma cultura organizacional, não sei dizer exactamente. E quando aplica a inversão do ónus da prova, o resultado acaba sendo afetado pelos múltiplos recursos, múltiplas possibilidades de intervenção no processo. Os casos da Petrobrás, que são de domínio público, são um exemplo clássico disso. Desde 2008, 2009 o Tribunal vem repetida e consistentemente identificando problemas e divulgando esses problemas em relação à maneira como a PETROBRAS fazia e faz os seus orçamentos.

A PETROBRAS utiliza um modelo que supostamente seguiria os normativos da AACE (*Association for the Advancement of Cost Engineering*), associação de engenharia de custos americana, mas ela não segue de fato os procedimentos dessa entidade. A Petrobrás, para ser sintético, faz orçamento diferente de todos os outros entes da Administração Pública, por isso fica mais difícil fazer um juízo sobre quanto custaria o objeto de suas licitações - uma refinaria ou uma subunidade de uma refinaria, por exemplo. Isso tem levado a questionamentos infundáveis sobre aspectos técnicos, mas que na realidade surgem justamente da falta de transparência da PETROBRAS em fazer os orçamentos e de um procedimento divergente em relação a todos os outros jurisdicionados. A inversão do ónus da prova levaria o gestor a responder, por exemplo, por um débito sobre algo que ele não consegue adequadamente justificar por quanto orçou.

Exemplo: se eu tenho um contrato maior feito no valor de cem unidades monetárias e eu tenho um subitem desse contrato que custa 10 unidades monetárias, mas que o orçamento não possibilita saber exactamente por quanto esse subitem foi orçado de maneira completa (envolvendo materiais, equipamentos e mão de obra) caberia a inversão do ónus da prova, ou seja, seria imputado o débito estimado para esse subitem (com base em outros métodos talvez menos precisos do que um modelo de orçamentação de engenharia de custos possibilitaria), deixando para que o jurisdicionado, no caso o gestor da PETROBRAS, se preocupasse em comprovar a inexistência do débito. Isso não tem acontecido e por vezes acaba ocasionando, pelo menos em relação ao tempo que os processos demoram para chegar à análise do seu mérito, um benefício ao infrator, aquele que não cumpre regras

ou aquele que faz algo de modo a reduzir a transparência. Então esses seriam casos práticos em que o Tribunal teria a possibilidade de aplicar a inversão do ônus da prova, ou seja, imputar aos responsáveis no processo os dados calculados de acordo as metodologias que foram viáveis diante do impedimento causado pelo gestor e, conseqüentemente pela empresa contratada, ao aderir àquele modelo sem transparência, diferente de todos os órgãos da Administração Pública. Como um paralelo, a responsabilização objetiva acaba sendo a única maneira de apenar aqueles se beneficiam de métodos ilícitos de difícil comprovação, mas que levam a uma vantagem indevida, essa sim de comprovação mais fácil.

Pergunta 4: – O Tribunal de Contas da União tem a competência de julgar a empresa no modelo descrito abaixo e declarar a inidoneidade da empresa por até 5 anos, além de aplicar multa, tal como o judiciário julga e aplica, sendo que a diferença entre o TCU e o judiciário, resguardando as especificidades de cada esfera, seria em relação ao prazo de declaração de inidoneidade do judiciário (que em vez de até 5 anos pode ser de até 10 anos), logo, há grandes similaridades entre a atuação do controle externo e a atuação do judiciário quanto à sanção pelo cometimento de ato ilícito contra a Administração Pública. Nesse sentido, cada vez mais a academia se debruça sobre a atuação do controle externo, diante de sua importância no cenário econômico em relação à atuação empresarial e os impactos da sua atuação na seara empresarial.

▪ Diante das competências constitucionais de que dispõe o TCU, entre as quais a de que a sua decisão tem eficácia de título executivo e da previsão da Lei Anticorrupção que atribui a um órgão de controle interno a apuração de um crédito que poderá ser inscrito em dívida ativa (e, portanto, com eficácia de título executivo), competência similar à do TCU, porém sem a correspondente existência de fundamento constitucional em relação a essa competência para órgão de controle interno, qual seria sua análise em relação a essas previsões (constitucional e legal)?

LEI ANTICORRUPÇÃO	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
<p>Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.</p>	<p>Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;</p>
<p>Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.</p>	<p>§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.</p>

<p>Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.</p>	<p>Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:</p> <p>IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.</p> <p>§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.</p>
<p>Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:</p> <p>I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e</p>	<p>VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;</p>

Auditor Nivaldo Dias Filho: – É preciso comentar o contexto em que essa lei foi gestada, pois boa parte desses conflitos entre o que prevê a CRFB para o TCU e o que prevê a Lei Anticorrupção para CGU surgiu pela forma como a lei foi conduzida. Havia na época da propositura dessa lei, uma expectativa de pelo menos alguns grupos dentro da própria CGU, (me refiro a grupos de servidores) de que essa lei seria uma perspectiva de “terem a libertação do TCU”. Explico: alguns servidores da CGU encaram essa previsão constitucional da submissão do controle interno ao controle externo - que segue uma lógica que não é exclusiva do nosso país e que não tem nada de pejorativo - como algo indesejável.

Essa lei foi “vendida” internamente na CGU como um passo para transformá-la numa agência anticorrupção, que passasse a ter independência não só do Executivo - que é algo que também me preocupa, tanto por questões orçamentárias, quanto por questões de independência - quanto do TCU em relação a obrigações constitucionais de ter que comunicar ao Tribunal como foi bem evidenciado nesse quadro que acompanha a pergunta. Não estou dizendo que esse seja um anseio da CGU como instituição, tampouco estou generalizando, pois não saberia dizer o quanto de penetração esse tipo de ideia teve no quadro de servidores, mas ele acabou produzindo esse tipo de deformação no germe da lei, que combinado com a açodada tramitação no Congresso Nacional resultou nessas imperfeições. Ao meu ver, esse excesso de corporativismo, aliado à tramitação açodada, acabou sendo a fonte de vários dos problemas que o Estado como um todo vem a enfrentando em relação à celebração desses acordos.

A lei inseriu algumas inovações em relação ao modelo constitucional vigente, o que tem gerado essas incompatibilidades, essas interpretações divergentes. O caminho seria a reformulação da lei de modo a se adequar ao modelo constitucional, mas nesse momento de crise política, acho

que o Congresso seria incapaz de produzir uma lei melhor, sendo mais provável que produzisse uma lei ainda pior. Bem, em relação ao art. 13 da Lei comparado ao art. 71 da CRFB, uma forma de evitar essa interpretação claramente inconstitucional tem sido: no âmbito de um acordo de leniência não se daria quitação ao dano, resguardando-se a prerrogativa constitucional do Tribunal de julgar ou se manifestar de maneira final sobre algo que resulte em irregularidade ou prejuízo ao erário público. É o que tem acontecido. Isso tem sido declarado publicamente, não estou falando nenhuma novidade e nem algo que seja sigiloso. É claro que todas as maneiras de contornar imperfeições legais têm os seus efeitos colaterais. Quanto ao parágrafo único em que prevê o crédito ser apurado como dívida ativa e como consequência gerar um título executivo, em uma previsão praticamente análoga ao que acontece com os casos de julgamento de débito e de multa do TCU, me parece que a imperfeição está não só no fato da lei poder prever isso, mas porque é condição necessária que alguma transação legal, extrajudicial, tenha como resultado algo prontamente executável, que não dependa de um outro processo de conhecimento para poder executar em caso de descumprimento de um acordo, por exemplo. É uma condição fundamental, os TACs têm essa característica, as mediações também têm e não poderiam os acordos de leniência deixarem de se revestir disso. O problema volta a ser quem foi o escolhido pela lei para conduzir o acordo e a falta de previsão de uma homologação pelo TCU. Na prática, essas omissões têm sido remediadas pelas previsões na IN 74/2015, que demanda que o Tribunal se manifeste sobre os acordos em vias de serem assinados, no que tange à legalidade, economicidade e legitimidade. Em relação ao art. 15, comparado com o art. 74, eu entendo que esse é um dos casos em que essa sobreposição é mais tênue, porque a obrigatoriedade legal de dar conhecimento ao MP não pode ser interpretada como uma dispensa à obrigação constitucional de a CGU comunicar ao TCU, logo desde que o órgão de controle interno cumpra os dois mandamentos, o legal e o constitucional, isso não geraria prejuízo à prerrogativa constitucional do Tribunal. Não seria exatamente uma sobreposição ou afronta à constituição e também não me parece que no cenário atual aconteça isso. Até mesmo no caso da MP nº 703 que previu, dentre outras coisas, que o Tribunal só tomasse conhecimento do acordo após a sua assinatura, ela ainda previa que o TCU fosse comunicado. Então como a lei expressamente não previu algo diferente disso e nem poderia, tendo em vista o mandamento constitucional, não entendo que esse seja exatamente um caso de sobreposição. É o caso mais fácil de se remediar.

Por último, em relação ao previsto no art. 6º da Lei, comparado com o inciso 8º do art. 73 da CRFB, esse é um caso que tem sido problemático na esfera federal, isso porque, como é de domínio público, a Lei Anticorrupção já teve um Decreto regulamentando esses critérios, estabelecendo alguns parâmetros sobre como seria calculada essa multa e até mesmo como seria feita a redução da multa em caso de colaboração. Trouxe alguma regulamentação, mas deixou de prever, por exemplo, sobreposições de casos (múltiplos ilícitos). Se na esfera federal há um risco de que essa previsão legal seja utilizada como uma forma de extorsão das empresas, de novo a gente passa a ter um problema absolutamente incontornável na esfera municipal. Se cada município resolver regulamentar essa previsão legal e estabelecer a pena máxima de 20% do faturamento anual da empresa, com cinco municípios aplicando essa multa, a empresa vai ter todo o seu faturamento comprometido. Isso é algo que traz uma gravosidade financeira, pecuniária para empresa que é absolutamente difícil de ser gerida no âmbito desses mais de 5.500 municípios. Então essas sanções acabam por vezes sendo até mais gravosas que a previsão constitucional que estabelece a prerrogativa do TCU, porque se a multa, no caso da TCU, pode ser de até 100% do dano e sempre guardando proporcionalidade com o dano, conforme previsto no art. 57 da Lei Orgânica do TCU, é muito fácil que uma multa de 20% do faturamento guarde uma desproporção completa em relação ao dano causado pela empresa diante do que está previsto na lei. Claro que como eu comentei, a via normativa, pode mitigar essa imperfeição, mas não tem como negar que isso é um risco potencial e difícil imaginar que nesses mais 5.500 municípios isso aconteceria de modo a privilegiar o espírito da lei e não os interesses

individuais. Então, por características distintas, há o risco de que a lei seja desvirtuada em relação ao propósito de combater a corrupção. Em cada município há um enorme risco de que as empresas sejam extorquidas, não que isso não possa acontecer em qualquer outra esfera, naturalmente, mas é certo que os municípios estão menos providas de controles para evitar esse tipo de atuação deletéria em relação ao propósito original da Lei.

Pergunta 5: – Temos visto que a questão do debate dos acordos de leniência está muito centrada na União, porém, sabe-se que há previsão da aplicação em todos os estados e municípios, pelos respectivos órgãos de controle interno, em “simetria” à previsão da LAC. Como o Sr, avalia a possibilidade da aplicação concorrente da LAC por mais de 11 mil órgãos de controle interno, considerando que há mais de 5500 municípios, diante da previsão do 34, IV da CR?

Auditor Nivaldo Dias Filho: – Respondida na pergunta anterior.

Pergunta 6: – Quanto à previsão de multa da LAC, há uma possível (na verdade, provável) atuação de diversos órgãos de controle interno e nenhuma limitação e/ou previsão de proporcionalidade na atuação e na proporcionalidade das multas a serem aplicadas (em relação a diversos órgãos de controle interno que são independentes e sequer se comunicam, pois os entes da federação são autônomos).

▪ Nesse aspecto, como o Sr. avalia essa desorganização jurídica, que coloca as empresas em uma situação de total insegurança jurídica, o que inclusive gera a possibilidade das empresas ficarem vulneráveis a um sistema sancionador caótico que tende a inibir as empresas de participarem e esvaziar o instituto, como técnica de investigação. As empresas estão muito preocupadas e os pesquisadores também, diante da existência de mais de 11 mil órgãos de controle interno.

Auditor Nivaldo Dias Filho: – Respondida na pergunta anterior.

Pergunta 7: – Sobre a atuação e a participação dos órgãos na esfera de controle (externo e judicial), estas são muito próximas da competência do judiciário em relação à multa, à declaração de inidoneidade e da reparação ao erário. O art. 73 da CF determina que o Tribunal de Contas da União adotará uma conformação tal qual a do judiciário. Uma vez que o judiciário não participa do acordo de leniência firmado pelo MP - já que aprecia a legalidade desses acordos posteriormente -, pergunto se o TCU, por uma análise análoga à conformação do judiciário, não deveria também se abster da participação desses acordos, com vistas a evitar impedimentos futuros em relação a sua legalidade na revisão dos acordos de leniência. Nesse cenário, como o Sr. veria a participação do MP de Contas de participar do Acordo de Leniência, como signatário juntamente com o MPF; resguardando-se ao TCU a imparcialidade necessária para a apreciação e a homologação dos processos sobre acordos de leniência?

Auditor Nivaldo Dias Filho: – Essa questão atinge um ponto crucial que vem sendo uma preocupação geral em relação à estrutura dos tribunais de contas, não só do Tribunal de Contas da União. Eu não posso deixar de registrar que a estrutura que eu considero adequada para os Tribunais de Contas é aquela que gera a independência entre o órgão de instrução e o órgão do julgamento. Avalio que os tribunais de contas tem em si esses três componentes e que precisam ter independência entre si para que o modelo funcione adequadamente tal como previsto, me refiro o que os órgãos de julgamento tenham critérios adequados para a seleção dos seus componentes, de modo que eles não sejam escolhidos por critérios deletérios como esses que têm sido noticiados nos Tribunais de Contas dos Estados, me refiro ao peso político sendo preponderante até mesmo anulando os critérios técnicos

já previstos na Constituição para a escolha desses representantes do órgão de julgamento. Então esse é um problema que tem afetado a independência do órgão do julgamento na medida em que negociações políticas acontecem por ocasião da nomeação desses titulares, obviamente existe uma dependência na medida em que gera uma dívida, por assim dizer, em relação àqueles que colocaram um indivíduo lá. Esse é um problema que teria uma solução parcial se o modelo atual fosse de fato aplicado e me refiro aos critérios técnicos previstos para a escolha, que se fossem seguidos à risca, assim como se as sabatinas tivessem realmente a capacidade e a intenção de filtrar os candidatos a esses postos nos Tribunais de Contas, tanto no da União quanto nos dos Estados.

Outro problema tem a ver com a independência do Ministério Público junto aos tribunais de contas, não só no Tribunal de Contas da União, como mais ainda nos tribunais nos Estados e até mesmo dos municípios essa falta de independência é um problema e me refiro à dependência orçamentária, à dependência até mesmo de técnica que as estruturas do Ministério Público junto aos tribunais de contas tem hoje em dia. Chega-se ao extremo de que haver Tribunal de Contas que nem Ministério Público tem, como no município de São Paulo, então esse é um problema de independência dos Ministérios públicos junto aos Tribunais de Contas. Por último, mas não menos importante, tem a ver com a independência do órgão de julgamento, também a independência de cada indivíduo. Quando existe essa subordinação da unidade de instrução à unidade de julgamento, alguns aspectos negativos surgem, sobretudo quando isso não é adequadamente balanceado, de modo que, em casos extremos, podem levar a que o processo de contas seja guiado por critérios não técnicos, porque critérios deturpados em relação ao seu propósito original, naturalmente quando houver alguma forma de má intenção do relator, seja ele ministro, conselheiro. Não faltam relatos de que isso teria acontecido em várias esferas, principalmente nos tribunais de contas dos Estados. Então essa pergunta não consegue ter uma resposta satisfatória dentro do modelo atual, nem mesmo o Tribunal de Contas da União, ao meu ver.

Hoje o sistema de controle externo de contas tem a sua atuação constitucional dentro dessa modelagem de direito negocial, eu obviamente aqui extrapolo a questão dos acordos de leniência, tem a ver com a participação do Ministério Público de contas já que eles têm, pelo menos do ponto de vista legal, em todos ou em quase todos os casos, a independência para atuar sem comprometer o princípio de que quem faz acordo não julga, quem transige não julga. Essa separação seria um modelo viável no Tribunal de Contas da União, mas ele dependeria que o Ministério Público de Contas não só tivesse mais autonomia, não só em relação ao Tribunal de Contas em si mesmo, quanto até mesmo em relação a sua estrutura normativa do Ministério Público junto ao TCU. Eu acho que um modelo viável poderia ser o Ministério Público junto ao TCU transigir nesses acordos ou ter alguma participação efetiva nisso de modo a resguardar os interesses constitucionais do TCU, sem isso que prejudicasse o julgamento do processo como um todo ou até mesmo esse cenário comentado de homologação desses acordos. Porém eu acho que o Ministério Público não está em condições disso, nem mesmo em relação aos normativos internos, algo que seria talvez mais fácil de resolver, mas fatalmente dependeria do respaldo técnico do órgão de instrução do TCU; e aí um órgão de instrução subordinado ao órgão de julgamento talvez não tenha a capacidade de resolver esse problema por completo, mas é um caminho. Então, assim, como é um caminho alternativo a esse que o órgão de instrução, apartado ao órgão de julgamento tenha atuação nisso, eu acho que esse modelo é o mais viável do ponto de vista do Tribunal de Contas da União, ao modelo que tenha a participação do órgão de instrução, me refiro aos auditores do TCU, que esse modelo conte com o acompanhamento e a fiscalização, a atuação do Ministério Público como fiscal da lei, no mínimo, e aí esse acordo venha a ser homologado pela corte, eu conseguiria vislumbrar até mesmo um modelo em que esse cenário aconteceria à parte de acordos com outros órgãos, mas talvez ele tivesse uma ousadia legislativa um pouco maior, mas dentro desse contexto do microsistema de combate à corrupção, acho que em qualquer escala, seja

estadual ou municipal, o corpo técnico do TCU é o que está em melhores condições de atuar tecnicamente em relação a esses casos.

Pergunta 8: – O PL 5208/2016 prevê a possibilidade da alienação compulsória do poder de controle. Qual é a avaliação do Sr. sobre essa previsão? Há resistências no meio jurídico e empresarial quanto a existência dessa possibilidade.

Auditor Nivaldo Dias Filho: – Considero que isso é algo fundamental para o contexto atual e eu diria fundamental por alguns componentes: em relação ao componente demagógico desse discurso, o que acontece é que existe uma confusão permanente entre o que é a função da empresa e a função da sociedade empresarial. A empresa exerce essa função social à parte da sociedade que a rege. Então se uma empresa estabelecida no mercado privado tem sua função social de gerar empregos e fazer com que a economia evolua, isso não está necessariamente ligado a quem está gerindo a empresa, então eu acho que a previsão de que aqueles que usarem das suas personalidades jurídicas para cometer ilícitos percam o controle sobre a empresa é algo que já tem paralelo em vários outros dispositivos legais. Assim, quando alguém se utiliza de algo para produzir um ilícito ele pode perder esse bem, por exemplo, tal qual acontece com quem se utiliza de um veículo ou de uma propriedade qualquer para produzir drogas, ele acaba perdendo a posse, perdendo aquele bem. Naturalmente é um caso extremo da nossa legislação é um contraponto importante a algo que eu reputo ser uma falácia, que já foi repetida mil vezes, mas que não se pode negar que encontra respaldo em boa parte da sociedade: punir empresas gera desemprego. Se isso tem um fundo forte de verdade na iniciativa privada, em que a empresa tem uma atividade empreendedora importante, ela por si, sem a dependência do estímulo do Estado gera mais valia, gera produto interno bruto. A empresa que atua no ramo público não tem exatamente essa característica, ela passa a ser extremamente dependente do recurso público para produzir os resultados típicos da atividade empresarial. Então, nos casos em que se está tratando de uma empresa que cometeu atos de corrupção contra o poder público, a punição dessas empresas não tem o potencial de gerar a perda de empregos que se divulga. Ao contrário, tem o efeito justamente oposto: na medida em que grandes empresas que têm nível tecnológico maior, portanto empregam menos pessoas para produzir o mesmo resultado (por causa do nível de industrialização e de mecanização maior), essas empresas, caso deixarem o mercado ou sejam adquiridas fracionadas por empresas menores, teriam o potencial justamente inverso de gerar mais empregos. Afora essa discussão que pode estar muito carregada de um cunho filosófico, do ponto de vista político e econômico, eu acho que essa previsão garante não só a efetividade das penas previstas na Lei Anticorrupção, me refiro não é só à questão punitiva, mas também à questão ressarcitória, de modo que evita que uma empresa seja utilizada como ferramenta para produzir atos de corrupção, como já falei, mas também como uma forma de blindar os seus proprietários de terem de se responsabilizar financeiramente não só pelas multas, mas também pelos ressarcimentos previstos na lei. Independente de alteração legislativa, já existe a possibilidade de que o estado aplique esse tipo de pena de uma forma, com efeitos similares, na medida em que pessoas físicas que tenham sido as responsáveis fáticas pelos atos de corrupção produzidos pelas pessoas jurídicas, que são em primeira instância o alvo da Lei Anticorrupção possam perder a propriedade sobre os seus ativos acionários. Então se existe a possibilidade de que para efetivar uma pena aplicada no âmbito da Lei Anticorrupção a uma empresa e isso avance sobre o patrimônio dos sócios dessa empresa, através da desconsideração da personalidade jurídica, existe a possibilidade de que não só os bens desses sócios sejam utilizados para executar as penas previstas na Lei Anticorrupção, como também as ações dos quais eles são donos; se alguém tem ações da empresa como sua propriedade, esse poderia ser inclusive um meio preferencial de execução no caso das penas previstas na Lei Anticorrupção, penas ou ressarcimentos. Isso faria com que o discurso, (verdadeiro ou não, não é preciso fazer o juízo disso), que a punição das empresas

pode vir a afetar a sociedade se tornasse inócuo porque o controle da sociedade empresarial que seria afetada e não a empresa, que apenas mudaria de dono ou de gestores, algo que me parece até essencial nos casos que tem inaugurado a lei anticorrupção: empresas corruptoras familiares. Logo, eu não só concordo, como acho que a alienação compulsória do poder de controle é benéfica e vislumbro a possibilidade de que ela seja aplicada independente de alteração legal.

ANEXO 2 – Projeto de Lei nº 5.208/2016

**PROJETO DE LEI N.º 5.208, DE 2016 (Do Sr.
Raul Jungmann e outros)**

Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei nº 8.429, de 2 de julho de 1992 para dispor sobre condições para celebração de acordos de leniência com pessoas físicas e pessoas jurídicas, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a instauração do processo administrativo, dará conhecimento de sua existência ao **Ministério Público** e ao **Tribunal de Contas** competente, observado o disposto no art. 74 da Constituição Federal, para apuração de eventuais delitos.

Art. 16. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio da **Advocacia Pública** prevista na Constituição Federal para exercer a **representação judicial e extrajudicial** da pessoa jurídica do ente da Federação, e o **Ministério Público** poderão celebrar, **isolada** ou **conjuntamente**, acordo de leniência com as pessoas jurídicas previstas no art. 1º desta Lei que colaborem, efetivamente, com as investigações e o processo judicial na esfera cível, desde que dessa colaboração resulte, cumulativamente:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando for o caso;

II - a obtenção célere de informações e documentos ainda não conhecidos pelos órgãos referidos no *caput*, que representem fatos novos em matéria probatória e efetiva contribuição para a investigação;

III - a cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva; e

IV - o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade.

§ 1º

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se **qualificar** com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação e que já não seja do conhecimento do Estado;

III – a pessoa jurídica:

a) admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o correspondente processo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento;

b) se comprometa implementar ou aperfeiçoar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta; e

IV – os documentos providos devem ser novos, com o que não poderão ter sido fornecidos anteriormente, por quaisquer pessoas, seja no âmbito de acordo de leniência, seja no contexto de **colaboração premiada** prevista na lei penal.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no art. 71 da Constituição Federal, o acordo de leniência celebrado no âmbito da **representação extrajudicial** do ente da Federação dependerá, **sob pena de nulidade**, de prévia e expressa autorização do representante da **Advocacia Pública** e da autoridade administrativa competente, observado o seguinte:

I - somente se aplicará à primeira pessoa jurídica a manifestar o interesse em cooperar, para as **situações de cartel**, podendo reduzir a multa prevista no inciso I do art.

6º em até 2/3 (dois terços), ou mesmo a sua completa remissão, isentará da sanção prevista no inciso II do art.

6º desta Lei e das sanções restritivas do direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e em outras normas referentes a licitações e contratos, ressalvada a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992;

II - para as situações não consideradas no conceito de cartel, poderá produzir os mesmos benefícios do inciso I para a primeira pessoa jurídica a manifestar seu interesse em cooperar, sendo que as demais pessoas jurídicas, caso venham celebrar o acordo, desde que apresentem fatos novos relevantes para investigação, poderão ter a redução da multa prevista no inciso I do art. 6º em até 2/3 (dois terços) e a isenção da sanção referida no inciso II do art. 6º desta Lei;

III - no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados na **esfera administrativa**, a redução poderá chegar até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica infratora, no âmbito da respectiva esfera de responsabilização, qualquer outra sanção de natureza pecuniária, decorrente das infrações especificadas no acordo.

.....

§ 4º Para fins de subsidiar as investigações, o acordo de leniência estipulará, formalmente, as condições necessárias para assegurar a

efetividade da colaboração e o resultado útil do processo no âmbito de cada esfera de responsabilização, observado o seguinte:

I – deverá ser **homologado, mediante procedimento específico, pela autoridade judicial** competente para produzir efeito sobre as sanções de natureza cível previstas nesta Lei e na Lei nº 8.429, de 1992;

II – a cláusula que fixar o **valor inicial** de reparação, que será considerado parcela incontroversa do dano, terá eficácia de título executivo nas hipóteses previstas no inciso anterior.

.....

§ 9º A formalização da proposta de acordo de leniência suspende o prazo prescricional em relação aos atos e fatos objetos de apuração previstos nesta Lei e sua celebração o interrompe.

§ 10. É o Ministério Público Federal o órgão competente para celebrar acordo de leniência no caso de ato lesivo praticado contra administração pública estrangeira por pessoa jurídica que tenha sede, filial ou representação no território brasileiro, o qual deverá ser submetido à homologação do Juízo competente, nos termos do art. 109, incisos II da Constituição Federal.

§ 11. Observado o disposto no § 4º deste artigo, o **cumprimento** do acordo de leniência celebrado pela pessoa jurídica do ente da Federação, devidamente representada pela **Advocacia Pública**, ou pelo **Ministério Público** produzirá os seguintes efeitos **restritos aos órgãos signatários do respectivo acordo**:

I - implicará a **suspensão condicional** da ação cível prevista no art. 19 desta Lei referente à pessoa jurídica infratora, até o cumprimento integral do acordo;

II – **afastará** a repercussão prevista na Lei nº 8.429, de 1992, para alcançar a pessoa jurídica infratora, **sem prejuízo do prosseguimento da ação de improbidade administrativa** para fins de responsabilização das pessoas físicas envolvidas na prática do ato;

III – **impedirá** a propositura, pelos órgãos signatários do acordo, de novas ações cíveis com base nesta Lei e na Lei nº 8.429, de 1992, em virtude dos mesmos fatos e em face das mesmas pessoas jurídicas que celebrarem o acordo de leniência.

§ 12. Os efeitos previstos no parágrafo anterior são condicionados à efetiva colaboração da pessoa jurídica infratora e desde que sejam preenchidas, cumulativamente, os seguintes **requisitos**:

I – fique assegurada a efetiva reparação do dano na esfera cível quando verificada essa circunstância, **sem prejuízo de reparação adicional ao erário público em montante fixado na forma do art. 71 da Constituição Federal**;

II – a pessoa jurídica infratora:

a) aceite se submeter a, pelo menos, uma das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992, de acordo com a espécie do ato de improbidade administrativa praticado, reduzindo, conforme o caso, as penas em até um terço, ou opte pela medida prevista no art. 19-B desta Lei;

b) não tenha sido beneficiada pelo mesmo instituto nos últimos cinco anos ou não haja descumprido acordo anterior no mesmo período.

§ 13. Na ausência de representante de carreira própria da Advocacia Pública do Município, organizada nos termos do art. 132 da Constituição Federal, o acordo de leniência previsto nesta Lei será celebrado na esfera cível, isoladamente, pelo Ministério Público e homologado judicialmente, observada a origem dos recursos envolvidos na investigação, produzindo os efeitos previstos no § 11 deste artigo.

§ 14. A pessoa jurídica infratora que não obtiver, no curso de inquérito ou processo específico, habilitação para celebração do acordo de que trata o *caput* deste artigo, poderá celebrar, no **prazo de 45** (quarenta e cinco) dias, prorrogado uma única vez por igual período, acordo de leniência relacionado a outra infração, da qual o órgão não tenha qualquer conhecimento prévio, ocasião em que será beneficiada com a redução de até 1/3 (um terço) da sanção que lhe for aplicável no processo correspondente.

§ 15. Observado o disposto no art. 129 da Constituição Federal, havendo **investigação criminal** em curso que tenha relação com o mesmo ato ou fato previsto nesta Lei, os acordos de leniência somente poderão ser celebrados na **esfera cível** pelo Ministério Público e, sempre que possível, compatibilizarão seus termos e amplitude com o que dispuser o **acordo de colaboração premiada** previsto na lei penal específica.

§ 16. Na hipótese de celebração de acordo de leniência nos termos do parágrafo anterior, os acordos firmados nas demais esferas de responsabilização ficam **dispensados** do cumprimento da condição prevista no art. 16, inciso II desta Lei.

§ 17. O Ministério Público oficiará na condição de **fiscal da lei** nos acordos de leniência celebrados, isoladamente, na **esfera cível** pela pessoa jurídica do ente da Federação representada pela respectiva **Advocacia Pública**.

§ 18. O Juiz fixará prazo para manifestação da pessoa jurídica do ente da Federação interessado nos acordos de leniência celebrados, isoladamente, pelo Ministério Público na esfera cível, preservado o sigilo das informações decorrentes de processo de natureza penal, sempre que a lei assim determinar.

§ 19. A Advocacia-Geral da União e os órgãos jurídicos incumbidos do exercício da Advocacia Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão solicitar, aos órgãos de controle interno dos Poderes interessados e demais órgãos de fiscalização ou de regulação, avaliação e controle que integram o Poder Executivo do respectivo ente da Federação, informações técnicas ou colaboração para subsidiar a celebração do acordo de leniência na esfera judicial e extrajudicial, cabendo ao titular da Advocacia Pública a decisão final quanto à sua celebração.

Art. 17. As autoridades administrativas previstas expressamente no art. 87, § 3º da Lei nº 8.666, de 1993, e demais legislação correlata, poderão, **em conjunto com a Advocacia Pública**, celebrar acordo de leniência no âmbito extrajudicial com a pessoa jurídica infratora, visando atenuar ou isentar as sanções administrativas restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar, observados os critérios fixados no § 2º do art. 16 desta Lei.

Parágrafo Único. Para fins do disposto no *caput* deste artigo:

I - aplicam-se, no âmbito da União, as disposições da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e legislação concernente nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, no que couber;

II - as repercussões dos acordos de leniência celebrados no âmbito da **representação extrajudicial** limitar-se-ão às sanções próprias da esfera administrativa de responsabilização, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas.

Art. 17-A. Os acordos de leniência com **repercussão restrita à esfera administrativa de responsabilização**, celebrados nas hipóteses previstas no § 2º do art. 16 e no art. 17 desta Lei, ficarão sujeitos ao controle externo do **Tribunal de Contas** competente, na **forma que dispuser a lei orgânica do respectivo Tribunal e do regulamento** estabelecido com base nos arts. 73 e 96, inciso I da Constituição Federal.

Art. 17-B. Os documentos porventura juntados durante o processo para elaboração do acordo de leniência deverão ser devolvidos à pessoa jurídica quando não ocorrer a celebração do acordo, não permanecendo cópias em poder dos órgãos celebrantes.

Art. 18. A responsabilização da pessoa jurídica na esfera administrativa não repercute ou afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera cível, exceto quando expressamente previsto no acordo de leniência homologado judicialmente, observado o disposto nos arts. 16 e 19-B desta Lei.

Parágrafo Único. Para fins de celebração dos acordos de leniência previstos no art. 16 desta Lei, o Ministério Público poderá levar em consideração as informações referentes a auditorias, inspeções e demais procedimentos de fiscalização na esfera de controle externo realizados pelo Tribunal de Contas competente, que serão compartilhadas independentemente de deliberação dos respectivos órgãos colegiados ou decisão monocrática, sem prejuízo do disposto no art. 21 da Lei nº 8.429, de 1992.

Art. 19.....

- **alienação compulsória do controle societário** para a pessoa jurídica ou física sem qualquer envolvimento, ainda que indiretamente, com os ilícitos praticados pela pessoa jurídica infratora;

VI - multa de natureza civil, no valor correspondente a **1%** (um por cento) a **20%** (vinte por cento) do faturamento bruto, excluídos os tributos, referente ao exercício anterior ao da instauração do procedimento

específico na esfera cível, cujo montante nunca será inferior à vantagem auferida quando for possível sua estimativa, observado, no que couber, o disposto no art. 7º desta Lei.

.....

Art. 19-A. A alienação compulsória do controle societário será aplicada **alternativamente** às sanções previstas nos incisos III e IV do art. 19 desta Lei, de forma a **reduzir o impacto imediato** sobre a continuidade do negócio, do contrato administrativo ou da prestação de serviço público, devidamente comprovada nos autos, sem prejuízo da condição de que trata o art. 5º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

§ 1º Dos valores obtidos com a alienação do controle societário será descontado o necessário para ressarcir os danos causados ao erário e liquidar as sanções previstas nesta Lei.

§ 2º O Juiz poderá, a requerimento do Ministério Público e com o fim de apurar o melhor resultado negocial, antecipar os efeitos da tutela para determinar a imediata alienação compulsória do controle acionário ou societário, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

§ 3º No caso de concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços públicos, será dispensada a anuência do poder concedente, devendo o Juiz aferir a presença das condições previstas no art. 27, § 1º, da Lei nº 8.897, de 27 de junho de 1994, ou outras previstas em leis especiais, ouvido o representante judicial da pessoa jurídica titular do serviço ou da entidade que, por força de lei, lhe faça as vezes.

§ 4º A alienação do controle, na forma deste artigo, não implicará rescisão de contratos administrativos, desde que o adquirente ou cessionário comprove, perante o Juízo, ouvido o representante judicial da pessoa jurídica contratante, estar habilitado para contratar com o Poder Público, na forma da legislação de licitações e contratos administrativos.

§ 5º A alienação do controle societário poderá ser realizada mediante oferta pública inicial de ações ou, se for o caso, por distribuição secundária, no mercado de capitais, de ações que componham o bloco de controle de companhia aberta, observado, em qualquer caso, o disposto na legislação societária.

§ 6º Aplicar-se à transferência do controle societário a legislação de defesa da concorrência e, quando cabível, a legislação setorial.

§ 7º A alienação do controle societário referida neste artigo será realizada segundo as regras do art. 880 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, no que não contrariar as disposições específicas desta Lei.

Art. 19-B. Nos casos em que a colaboração por meio do acordo de leniência celebrado com a pessoa jurídica infratora também **for considerada útil e relevante para ampliar a investigação criminal em**

curso sobre os mesmos ilícitos ou seja considerada substancial para iniciá-la, o Ministério Público poderá propor ao Juízo cível, **alternativamente às sanções previstas nos incisos II a V do art. 19 desta Lei,** a aplicação imediata de pena multa para pessoa jurídica, a ser especificada na proposta, sem prejuízo do ressarcimento integral do dano causado ao erário.

§ 1º Nas hipóteses de ser a multa a única sanção civil aplicável com base nesta Lei, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado que a pessoa jurídica infratora:

I –for reincidente na prática dos ilícitos de que trata esta Lei;

II –já tenha sido beneficiada anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de multa a título de sanção alternativa na esfera cível;

III - não comprovar a implantação efetiva de programa interno de integridade para prevenir e coibir infrações previstas nesta Lei.

§ 3º Aceita a proposta pelo representante da pessoa jurídica infratora, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo representante da pessoa jurídica infratora, o Juiz aplicará a pena de multa, que será registrada para impedir o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Expirado o prazo fixado para cumprimento do acordo de leniência sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

Art. 20.....

Parágrafo único. A proposta do acordo de leniência poderá ser apresentada ao Ministério Público após o ajuizamento das ações cabíveis.

Art. 25.....

§ 1º Na esfera administrativa ou cível de responsabilização, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

§ 2º Aplica-se o disposto no *caput* e no § 1º aos ilícitos previstos em normas gerais de licitações e contratos administrativos.

Art. 29.

§ 1º Os acordos de leniência celebrados pelos legitimados previstos no art. 16 desta Lei contarão com a colaboração dos órgãos a que se refere o *caput* deste artigo quando os atos e fatos apurados acarretarem simultaneamente a infração ali prevista.

§ 2º Se não houver concurso material entre a infração prevista no *caput* e os ilícitos contemplados por esta Lei, a competência e o procedimento para firmar acordos de leniência observarão o previsto na Lei nº 12.529,

de 30 de novembro de 2011, e a referida celebração contará com a participação do Ministério Público.

Art. 30. Ressalvadas as hipóteses expressamente definidas nesta Lei, a aplicação das sanções referidas nos arts. 6º e 19 não afeta os processos de responsabilização e aplicação das penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 1992;

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 1993, ou por outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no que se refere ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 2011; e

III - infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529, de 2011.

Parágrafo Único. Sem prejuízo da independência das esferas autônomas de responsabilização, tratando-se de ato ou fato previsto nesta Lei e que também configure improbidade administrativa e/ou ato definido em lei como crime, **o Juiz competente** em cada esfera e no âmbito do **procedimento judicial específico, a requerimento do Ministério Público**, poderá:

I - autorizar a inclusão no acordo de leniência de cláusula em relação às pessoas físicas abrangendo as sanções cíveis previstas na Lei nº 8.429, de 1992, decorrentes da prática do ato ou fato, observados os termos dos arts. 16 e 19 desta Lei;

II - conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos de representantes das pessoas jurídicas infratoras que tenham colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, observada a lei penal específica.

.....

Art. 30-A. O Juiz poderá autorizar a contratação de instituições financeiras, de consultorias especializadas e de assessoramento jurídico para operacionalizar a alienação compulsória do controle acionário de instituições financeiras, de companhias abertas, de sociedades empresárias de grande porte, nos termos da legislação societária, e de sociedades que, no caso concreto, estejam obrigadas ao controle de atos de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Parágrafo único. A Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central do Brasil regulamentarão os respectivos procedimentos previstos para a alienação de controle de companhias abertas no prazo de até 90 (noventa) dias da publicação desta Lei.

Art. 30-B. O Juiz decretará a intervenção na pessoa jurídica quando necessária para permitir investigação interna independente, colaboração externa com as autoridades públicas e restaurar a situação de legalidade,

nomeando o interventor, observado o disposto no Capítulo II, do Título VIII, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, no que couber.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no *caput*, o sócio, dirigente ou empregado da pessoa jurídica envolvida em atos lesivos à Administração Pública poderá ser afastado cautelarmente das suas funções ou ter seus poderes suspensos pelo Juiz, quando conveniente para o exercício de atividade de fiscalização, investigação ou instrução processual referentes aos ilícitos definidos nesta Lei.

Art. 30-C. Fica o Poder Executivo autorizado a instituir o Fundo Nacional de Combate à Corrupção - FNCC, de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte de recursos para desenvolvimento da Política Nacional de Combate à Corrupção – PNCC e social, na forma de programas e projetos previstos neste artigo.

§ 1º Constitui fonte de recurso do Fundo de que trata este artigo o total arrecadado em razão da aplicação das **multas** previstas nesta Lei, que serão destinadas às seguintes finalidades:

I -50% (cinquenta por cento) aos programas e projetos das áreas contempladas pelo Fundo Social criado pela Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, dos quais pelo menos:

a) 30% (trinta por cento) serão aplicados em ações de educação e pesquisa sobre ética, cidadania e combate à corrupção, mediante programas específicos conduzidos por instituições de ensino;

b) 30% (trinta por cento) serão destinados a ações de ciência e tecnologia, para financiamento de pesquisas e projetos específicos voltados para a eficiência da gestão pública nas áreas previstas no art. 47 da Lei nº 12.351, de 2010, assim como dos órgãos de controle, com a finalidade de prevenir e combater a corrupção;

II -20% (vinte por cento) a programas de capacitação de agentes públicos e aperfeiçoamento das ações essenciais ao funcionamento dos órgãos de controle incumbidos de funções referentes à fiscalização, avaliação e controle da gestão pública, prevenção e combate à corrupção, conforme critérios e prioridades estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, vedada a destinação dos recursos para pagamento de despesa com pessoal, inclusive os auxílios de caráter indenizatório, assim como despesas com juros e amortização de dívida;

III -20% (vinte por cento) ao financiamento de projetos desenvolvidos por entidades da sociedade civil especializadas em ações de controle social da gestão pública, educação e transparência fiscal, prevenção e combate à corrupção, assim como para premiação dessas entidades, vedada a destinação dos recursos para entidades sindicais e associações de classe de qualquer natureza;

IV - 10% (dez por cento) à publicidade com campanhas de combate à corrupção e programas educativos que incluam medidas de conscientização dos danos sociais e individuais causados pela corrupção.

§ 2º As ações e os programas de que trata este artigo deverão fomentar a ética e obedecer ao § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de modo que não configurem propaganda institucional de governo ou realizações de ordem pessoal de agentes públicos ou quaisquer órgãos e entidades da Administração Pública.

§ 3º Para fins da diretriz prevista no inciso V do art. 2º da Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, o Ministério da Educação priorizará programas e projetos voltados ao estudo e à pesquisa do fenômeno da corrupção, à conscientização dos danos provocados pela corrupção e à propagação de comportamentos éticos, ouvido previamente o Conselho Consultivo do FNCC.

§ 4º O FNCC contará com um Conselho Consultivo integrado de 9 (nove) membros que exercerão mandato de dois anos, permitida uma recondução, indicados:

I - dois pelo Poder Executivo da União;

II - um pelo Conselho Nacional de Justiça;

III - um pelo Conselho Nacional do Ministério Público; IV - um pelo Tribunal de Contas da União;

V - um pela Câmara dos Deputados; VI – um pelo Senado Federal;

VII - dois representantes da sociedade civil, selecionados segundo critérios definidos no regimento interno do Conselho Consultivo.

§ 5º Compete ao Conselho Consultivo:

I - aprovar seu regimento interno;

II - definir:

a) as diretrizes para aplicação dos recursos do FNCC; b) os critérios de seleção dos representantes da sociedade civil que integrarão o Conselho;

III - deliberar sobre projetos submetidos ao Conselho para fins de financiamento de ações e premiação;

IV - opinar sobre programas e projetos voltados ao estudo e à pesquisa do fenômeno da corrupção, à conscientização dos danos provocados pela corrupção e à propagação de comportamentos éticos formulados pelo Ministério da Educação;

V – demais competências previstas no regulamento.

§ 6º Os programas e projetos de que trata o *caput* observarão o plano plurianual - PPA, a lei de diretrizes orçamentárias - LDO e as respectivas dotações consignadas na lei orçamentária anual - LOA.

§ 7º As ações referentes à gestão administrativa e financeira do FNCC serão amplamente divulgadas em meios eletrônicos de acesso ao público,

de forma que garanta a máxima visibilidade do seu funcionamento, das decisões dos gestores e do Conselho Consultivo, das receitas auferidas e das despesas realizadas no período.

§ 8º No prazo de 90 (noventa) dias, contados da publicação desta Lei, o Poder Executivo da União regulamentará o funcionamento do FNCC.

§ 9º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir fundos específicos de combate à corrupção para destinação dos recursos das multas referidas nesta Lei, aos quais serão aplicadas, no que couber, as regras previstas neste artigo.” (NR)

Art. 2º O § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 17.....

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput* deste artigo, ressalvada a celebração de **acordo de leniência** com pessoas físicas e jurídicas que contribuam, efetivamente, com a investigação e o processo judicial na esfera cível e desde que sejam cumpridos os requisitos previstos nesta Lei.”
(NR)

Art. 3º A Lei nº 8.429, de 1992, passa a vigorar acrescida dos arts. 17-A e 17- B, com as seguintes redações:

“Art. 17-A. O Ministério Público e as pessoas jurídicas do ente da Federação interessadas, estas devidamente representadas pelas respectivas Advocacias Públicas, poderão celebrar acordo de leniência com as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos nesta Lei, desde que haja efetiva colaboração com as investigações e com o processo judicial e dessa colaboração resulte, cumulativamente:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração;

II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito apurado e que já não sejam do conhecimento do Estado.

§ 1º O acordo de que trata o *caput* somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – esteja assegurada a reparação do dano ou perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, quando verificada essa circunstância;

II – o interessado:

a) aceite ser submetido a, pelo menos, uma das sanções previstas no art. 12 desta Lei, reduzida em até 2/3 (dois terços), conforme a espécie do ato de improbidade administrativa praticado;

b) cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da celebração do acordo;

c) coopere plena e permanentemente com as investigações e com o processo judicial, inclusive compareça, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até seu encerramento;

d) não haja descumprido acordo anterior nos últimos cinco anos;

III – as características pessoais do interessado e as circunstâncias do ato ímprobo indiquem que a solução adotada é suficiente para a prevenção e para a repressão da improbidade administrativa.

§ 2º O acordo de leniência:

I -estipulará, por escrito, as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil da persecução;

II -não exime a pessoa física ou jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 3º A reparação parcial e espontânea do dano ao erário não impede a adoção de medidas ressarcitórias para reaver sua integral reparação.

§ 4º Na mesma hipótese do *caput* e do § 1º deste artigo, o Ministério Público poderá ajuizar a ação de improbidade administrativa e pedir a sua suspensão durante o cumprimento do acordo ou poderá requerer o perdão judicial no curso do processo, se o colaborador prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º A formalização da proposta de acordo de leniência suspende o prazo prescricional em relação aos atos e fatos objeto de apuração previstos nesta Lei, e sua celebração o interrompe.

§ 6º O descumprimento do acordo a que alude o *caput* deste artigo importará no ajuizamento da ação de improbidade administrativa ou sua continuidade, para a aplicação das sanções previstas nesta Lei, sem prejuízo da imediata execução do valor referente à reparação do dano causado ao patrimônio público e das demais cominações pecuniárias decorrentes de ordem judicial em razão do descumprimento da avença.

§ 7º As negociações e a celebração do acordo ocorrerão em sigilo, o qual será suspenso em caso de recebimento da ação civil de improbidade administrativa ou por anuência do colaborador, devidamente assistido por seu advogado.

§ 8º Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador.

§ 9º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 10. O cumprimento integral das cláusulas do acordo de leniência implicará a extinção da ação de improbidade administrativa ou o impedimento de sua propositura em virtude dos mesmos fatos e em face das mesmas pessoas que celebraram o acordo, não vinculando os legitimados que não foram signatários do acordo.

§ 11. As provas obtidas em decorrência do *caput* poderão ser aproveitadas em processos criminais, cíveis, de controle externo ou administrativos nos quais sejam apurados os fatos que deram origem às ações disciplinadas por esta Lei.

§ 12. Os documentos porventura juntados durante o processo para elaboração do acordo de leniência deverão ser devolvidos à pessoa jurídica quando não ocorrer a celebração do acordo.

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

§ 14. Presentes os requisitos dispostos neste artigo, o acordo de que trata esta Lei poderá ser celebrado em conjunto com outros instrumentos previstos em leis específicas aplicáveis aos mesmos fatos.

§ 15. O acordo de leniência celebrado no âmbito desta Lei deverá ser submetido à homologação judicial mediante procedimento específico.

§ 16. Será dada ciência prévia ao Ministério Público sobre o acordo de leniência celebrado pela pessoa jurídica do ente da Federação interessada, que oficiará no processo na condição de fiscal da lei.

Art. 17-B. Para viabilizar a investigação dos atos de improbidade, o Ministério Público poderá valer-se, independentemente de autorização judicial, de acesso aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.” (NR)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

ANEXO 3 – Versão em Inglês do Acordo de Leniência firmado entre autoridades brasileiras, Petrobras e SBM Offshore.

LENIENCY AGREEMENT SIGNED BETWEEN BRAZILIAN AUTHORITIES, PETROBRAS AND SBM OFFSHORE

15 July 2016

The Ministry of Transparency, Oversight and Control (Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle – “MTFC”), the Public Prosecutor’s Office (Ministério Público Federal – “MPF”), the General Counsel for the Republic (Advocacia Geral da União – “AGU”), Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras (“Petrobras”) and SBM Offshore, signed a settlement agreement (“Settlement Agreement”) today that closes out the inquiries of the MPF, the MTFC and Petrobras into the payment of undue advantages to employees of Petrobras. The MTFC investigation was suspended as a result of the execution of a Memorandum of Understanding between the MTFC and the SBM Offshore in March 2015. Following the execution of the Memorandum of Understanding, SBM Offshore, the MTFC, the MPF, the AGU and Petrobras engaged in negotiations which resulted in the signature today of the Settlement Agreement.

Under the terms of the Settlement Agreement, SBM Offshore is granted, by the MTFC, the MPF, the AGU and Petrobras, full discharge and exemption from legal actions for all matters related to or arising from any acts relating to its then main Brazilian agent and his companies over the period 1996 – 2012 and all related investigations conducted by Petrobras, the MPF and the MTFC.

The Settlement Agreement provides for Petrobras and SBM Offshore to resume normal business relationships and confirms that SBM Offshore will be invited to participate in Petrobras’ tenders, on an equal basis with other contenders.

The terms for final settlement negotiated between the Parties are made up as follows:

cash payment by SBM Offshore totalling US\$ 162.8 million, of which US\$ 149.2 million will go to Petrobras, US\$ 6.8 million to the MPF and US\$ 6.8 million to the Council of Control of Financial Activities (Conselho de Controle de Atividades Financeiras – “COAF”), for the implementation of units for massive electronic process of information and other instruments to be used in the prevention and combat against corruption by the MPF and the COAF. This amount will be paid in three instalments. The first instalment of US\$142.8 million will be payable as of the effective date of the Settlement Agreement. The two further instalments of US\$10 million each will be due respectively one and two years following the effective date of the Settlement Agreement; and a reduction of 95% in future performance bonus payments related to FPSOs Cidade de Anchieta and Capixaba lease and operate contracts, representing a nominal value of approximately US\$ 179 million over the period 2016 to 2030, or a present value for SBM Offshore of approximately US\$ 112 million.

SBM further remains under the obligation to cooperate with the procedures that may be conducted by the MTFC and the MPF against third parties, as developments of the case.

The implementation by SBM of improvements of its internal compliance program in relation to Brazil, in consultation with the MTFC, to whom SBM for three years following the effective date of the Settlement Agreement, will periodically report on matters addressed in the agreement. These arrangements do not affect the regular activities of the compliance departments of Petrobras and of SBM Offshore.

The Public Prosecutor’s Office shall submit the Settlement Agreement for approval of the Fifth Chamber for Coordination and Review and Anti-Corruption of the Federal Prosecutor Service, to the extent it is concerned.

The MTFC will additionally send the Settlement Agreement to the Federal Court of Accounts (Tribunal de Contas da União – “TCU”).

The Settlement Agreement constitutes the results of the institutional collaboration efforts between the MTFC, the AGU and the Federal Prosecutor Service of the State of Rio de Janeiro, which jointly conducted the negotiations, with a view to reaching the best solution for the case.

ANEXO 4 – Modelo de Acordo de Leniência do CADE

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

ACORDO DE LENIÊNCIA**LENIENCY AGREEMENT**

Nº XX/ 2016

No XX/ 2016

As partes adiante qualificadas e assinadas, a saber:

The parties below qualified and undersigned, namely:

de um lado, na qualidade de aceitante,

on the one side, as the accepting party:

- O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) por intermédio de sua Superintendência-Geral, neste ato representada pelo [Superintendente-Geral Interino, Eduardo Frade Rodrigues], com sede funcional na Capital Federal, na SEP/ 515, Conjunto D, lote 4, Edifício Carlos Taurisano, CEP 70770-504 ("SG/Cade").

- The Administrative Council for Economic Defense (CADE) through its General Superintendence, hereby represented by the [Acting General Superintendent, Eduardo Frade Rodrigues], with its headquarters in the Federal Capital, at SEP/ 515, Conjunto D, lote 4, Edifício Carlos Taurisano, CEP 70770-504 ("SG/CADE").

de outro lado, na qualidade de signatários do Acordo de Leniência:

on the other side, as signatories parties of the Leniency Agreement:

Página 1 de 23

Standard Model Leniency Agreement.
Requests for amendments by the leniency applicant should be exceptional and duly grounded in light of circumstances of the case at hand. The SG/Cade also reserves the right to make changes to the standard model when specific circumstances so require.

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

Empresa	CNPJ	Endereço/Telefone/ Website	Representante Legal

Company	CNPJ	Address/Telep hone/Website	Legal Representative

Nome	Cargos Ocupados (por período) e cargo atual	Nº Passaporte/CPF	E- mail/Endereço

Name	Positions held (per term) and current position)	Passport/CPF	E-mail/Address

- (ADVOGADO), brasileiro, (ESTADO CIVIL), advogado, inscrito no CPF/MF sob o nº XXX, e na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de (UF) (OAB/UF), sob o nº XXX, e (OUTRO ADVOGADO) (QUALIFICAÇÃO), ambos advogados do escritório (NOME DO ESCRITÓRIO), que representam (NOME DAS EMPRESAS) e os Individuos Participantes doravante referidos em conjunto como os "Signatários" e, cada um, individualmente, "Signatário";
- (ATTORNEY), Brazilian, (MARITAL STATUS), attorney, enrolled in the Taxpayers Registry (CPF/MF) under number XXXXXX and in the Brazilian Bar Association, Section of (STATE) (OAB/XX), under number XXXXX and (OTHER ATTORNEY) (QUALIFICATION), both of them attorneys of (NAME OF THE LAW FIRM), that represent (NAMES OF THE COMPANIES) and the Participant Individuals henceforth, jointly referred to as "Signatories" and individually as "Signatory";

Standard Model Leniency Agreement.

Requests for amendments by the leniency applicant should be exceptional and duly grounded in light of circumstances of the case at hand. The SG/Cade also reserves the right to make changes to the standard model when specific circumstances so require.

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

e como partes intervenientes para manifestar seu consentimento: and as intervening parties to manifest their consent:

- **Ministério Público Federal**, representado pelo d. membro do Ministério Público Federal do (esclarecer a qual procuradoria pertence e endereço) ("MPF"); e/ou
- **Ministério Público Estadual de** (especificar Estado da Federação), representado pelo d. membro do Ministério Público Estadual (esclarecer cidade ou grupo a que pertence e endereço ("MPE");
- **Federal Prosecution Service**, represented by the distinguished member of the Federal Prosecution Service of (STATE) ("MPF"), located at XXXXX, CEP XXXXX; and/or
- **The (STATE)'s Prosecution Service**, represented by the distinguished member of the States' ("MPE"), located at XXXXX, CEP XXXXX;

têm entre si justo e acertado o seguinte acordo de leniência (o "Acordo de Leniência"), firmado nos termos dos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, regulamentada pela Resolução nº 01 (Regimento Interno do Cade), nos termos e condições que se seguem.

fairly agree upon, the following Leniency Agreement (the "Leniency Agreement"), based on the established by Articles 86 and 87 of the Law No. 12529, of November 30th, 2011, regulated by the Resolution No. 1 (CADE's Internal Statute), under the following terms and conditions.

I. Exposição dos Fatos Relativos à Infração Relatada e do Objeto da Investigação

I. Facts' Background on the Reported Violation and the Object of Investigation

1. Os Signatários concordam em trazer ao conhecimento da SG/Cade todos os fatos e provas relevantes e auxiliá-la na investigação da infração à ordem econômica, com efeitos no território brasileiro, relativa à conduta envolvendo (**PRODUTO**), com o objetivo de obter os benefícios estabelecidos nos artigos 86, §4º, I, e 87, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

1. The Signatories agree to bring to SG/CADE's attention all relevant facts and evidence, and to support it in the investigation of the violation of the economic order, with effects in the Brazilian territory, related to the conduct involving (**PRODUCT**), with the purpose of obtaining the benefits set forth in Articles 86, Paragraph 4, Item I, and 87, of Law No. 12529, of November 30th, 2011.

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

1.1. Especificamente, tais violações consistiram em (FORMA DE COMUNICAÇÃO/REALIZAÇÃO DA CONDUTA) com o objetivo de (i) (DESCRIÇÃO DA CONDUTA, ex: fixação de preços, etc.), conforme descrito de maneira detalhada no "Histórico da Conduta", elaborado pela SG/Cade com base nas informações e nos documentos apresentados pelos Signatários, anexada a este Acordo de Leniência (em conjunto, a "Infração Relatada").

1.1. Specifically, such violations consisted in (FORM OF COMMUNICATION /PERFORMANCE OF THE VIOLATION) with the purpose to (i) (DESCRIPTION OF THE VIOLATION) as described in details in the "History of Conduct", drafted by the SG/CADE according to the information and documents provided by the Signatories, attached to this Leniency Agreement (jointly, the "Reported Violation").

1.2. As outras empresas envolvidas na Infração Relatada são:

Empresa	CNPJ	Endereço/Teléfono/Website	Representante Legal

1.2. The other companies involved in the Reported Violation are:

Company	CNPJ	Address/Telephone/Website	Legal Representative

1.3. Os indivíduos associados às empresas listadas no Item 1.2 acima que estiveram envolvidos na Infração Relatada são:

Empresa X	
Nomes	Cargo durante a conduta, CPF/Passaporte/E-mail e Dados de Contato

1.3. The individuals related to the companies mentioned in item 1.2 above who were involved in the Reported Violation are:

Company X	
Names	Position held during the violation, CPF/Passport/E-mail and Contact Info

2. A exposição completa dos fatos relativos à Infração Relatada, incluindo detalhamento do envolvimento das várias empresas e indivíduos listados nos itens 1.2 e 1.3 acima está contida no

2. The comprehensive facts' background on the Reported Violation, including details about the involvement of the companies and individuals above mentioned in items 1.2 and 1.3, is in the

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

"Histórico da Conduta", elaborado pela SG/Cade. O "Histórico da Conduta" poderá ser complementado por fatos, informações e provas adicionais que venham a ser localizados pelos Signatários, bem como pelas investigações conjuntas ou independentes a serem conduzidas pela SG/Cade, pelo MPF e pelo MPE.

"History of Conduct", drafted by the SG/Cade. The "History of Conduct" may be complemented by additional facts, information and evidence that may be uncovered by the Signatories, as well as by the investigations conducted jointly or independently by the SG/CADE, the MPF and the MPE.

II. Disposições Legais Aplicáveis

3. A Infração Relatada, descrita pela SG/Cade de forma completa no "Histórico da Conduta", é prevista como infração à ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

II. Applicable Legal Provisions

3. The Reported Violation, described by the SG/Cade in full in the "History of Conduct", is considered as being a violation to the economic order, under the terms of Law No. 12529, of November 30th, 2011.

III. Confissão de Participação na Conduta Reportada

4. Cada Signatário confessa ter participado da Infração Relatada conforme descrito no "Histórico da Conduta".

III. Confession of Involvement in the Reported Conduct

4. Each of the Signatories confesses the participation in the Reported Violation as described in the "History of Conduct".

IV. Obrigações dos Signatários

5. Para fazer jus aos benefícios enumerados nos artigos 86, §4º, I, e 87, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, os Signatários concordam em estar vinculados e cumprir com as seguintes obrigações:

IV. Signatories' Obligations

5. In order to obtain the benefits established by Article 86, Paragraph 4, Item I, and Article 87, of Law No. 12.529, of November 30th, 2011, the Signatories agree to be bound by and to fulfill the following obligations:

5.1. Apresentar à SG/Cade, ao MPF e ao MPE, informações detalhada dos fatos relacionados à Infração Relatada, identificando, em particular, os participantes da Infração Relatada (inclusive

5.1. Submit to the SG/CADE, to the MPF and to the MPE, detailed information of the facts related to the Reported Violation, identifying

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

sócios, diretores e funcionários de outras empresas que estiveram envolvidos na Infração Relatada), bem como a participação de cada parte e o envolvimento dos Signatários na Infração Relatada;

5.2. Apresentar à **SG/Cade**, ao **MPF** e ao **MPE** documentos, informações e outros materiais com relação aos quais os Signatários detenham a posse, custódia ou controle, que constatem os fatos narrados pela SG/Cade no "Histórico da Conduta";

5.3. Apresentar à **SG/Cade**, ao **MPF** e ao **MPE** documentos, informações e outros materiais relevantes de que os Signatários venham a ter conhecimento no curso da investigação e que constatem os fatos narrados pela SG/Cade no "Histórico da Conduta";

5.4. Apresentar quaisquer outras informações, documentos ou materiais relevantes relacionados à Infração Relatada com relação aos quais os Signatários detenham a posse, custódia ou controle, sempre que solicitado pela **SG/Cade**, o **MPF** e o **MPE**, no curso da investigação;

5.5. Cessar completamente seu envolvimento na Infração Relatada;

5.6. Cooperar plena e permanentemente com a **SG/Cade** em todos os aspectos da investigação da Infração Relatada, assim como com o **MPF** e o **MPE** nos procedimentos que poderão ser instaurados ou propostos por estes órgãos;

especially, the participants in the Reported Violation (including partners, directors and employees of other companies who were involved in the Reported Violation), informing the role of each party and the involvement of the Signatories in the Reported Violation;

5.2. Submit to the **SG/CADE**, to the **MPF** and to the **MPE** documents, information and other materials of which the Signatories have possession, custody or control, that evidence the facts described by the SG/Cade in the "History of Conduct";

5.3. Submit to the **SG/CADE**, to the **MPF** and to the **MPE** documents, information and other relevant materials that come to the knowledge of the Signatories in the course of the investigation and that determine the facts described by the SG/Cade in the "History of Conduct";

5.4. Submit any other information, documents or relevant materials related to the Reported Violation of which the Signatories have possession, custody or control, whenever required by the **SG/CADE**, the **MPF** or the **MPE**, in the course of the investigation;

5.5. Cease completely their involvement in the Reported Violation;

5.6. Cooperate fully and permanently with the **SG/CADE** in all aspects of the investigation of the Reported Violation, as well as with the **MPF** and the **MPE** in the proceedings that may be initiated or proposed by those bodies;

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

5.6.1. O dever de cooperar plena e permanentemente inclui o auxílio ao CADE na notificação inicial das pessoas físicas e jurídicas Representadas contra os quais for eventualmente instaurado o Processo Administrativo, a apresentação de traduções juramentadas, do vernáculo para qualquer idioma e vice-versa, dos documentos que a SG/Cade considerar necessários à notificação das pessoas físicas e jurídicas Representadas, bem como a apresentação por escrito e devidamente certificada, em vernáculo, de eventuais oitivas realizadas com as pessoas físicas Signatárias.

5.7. Sempre que solicitado pela SG/Cade, pelo MPF e pelo MPE, comparecer, sob as expensas da (EMPRESA), a todos os atos processuais, até a decisão final do Cade sobre a infração noticiada;

5.8. Comunicar à SG/Cade, ao MPF e ao MPE toda e qualquer alteração dos dados constantes deste instrumento; e

5.9. Portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé durante o cumprimento dessas obrigações.

V. Documentos e Provas Apresentados pelos Signatários

6. Em cumprimento ao disposto no Item 5 acima, os Signatários, mediante assinatura do presente Acordo de Leniência, apresentam, nesta data, as seguintes informações, documentos e outros materiais que se encontram sob sua posse, custódia ou controle:

5.6.1. The duty of cooperating fully and permanently includes the assistance in the initial notification of individuals and companies Represented in the administrative process, the submission of certified translations from Portuguese to other languages and vice-versa, of the documents that SG/CADE considers necessary to the notification of individuals and companies Represented, as well as the written and certified submission, in Portuguese, of eventual hearings held with the signatory individuals.

5.7. Whenever requested by the SG/CADE, the MPF and the MPE, attend, at (COMPANY'S) expense, to every procedure until CADE's final ruling regarding the Reported Violation;

5.8. Inform the SG/CADE, the MPF and the MPE about each and every modification on the data contained in this document; and

5.9. Behave with honesty, loyalty and good faith in the fulfilling of these obligations.

V. Documents and Evidence Presented by the Signatories

6. In compliance with the provision of Item 5 above, the Signatories, through the signing of this Leniency Agreement, present, on this date, the following information, documents and other materials which are under their possession, custody or control:

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

<p>6.1. Cópias autenticadas dos documentos societários que demonstram o cumprimento das exigências legais e contratuais para assinatura deste Acordo de Leniência pela (NOME DAS EMPRESAS);</p>	<p>6.1. Authenticated copies of the corporate documents that demonstrate the fulfillment of the legal and contractual requirements for the signing of this Leniency Agreement by (COMPANIES);</p>
<p>6.2. Cópias autenticadas dos documentos de identificação pessoal dos Indivíduos Participantes (RG, CPF, passaporte, conforme aplicável);</p>	<p>6.2. Authenticated copies of the personal identification documents of the Participant Individuals (RG, CPF, passport, as applicable);</p>
<p>6.3. Procurações outorgadas pelos Indivíduos Participantes a seus advogados;</p>	<p>6.3. Power of Attorney granted by the Participant Individuals to their attorneys;</p>
<p>6.4. Informações sobre os fatos relevantes da Infração Reportada conforme apresentado pela SG/Cade no "Histórico da Conduta"; e</p>	<p>6.4. Information on the relevant facts regarding the Reported Violation as presented by the SG/Cade in the "History of Conduct"; and</p>
<p>6.5. Todos os documentos anexados, conforme "Apêndice de Prova Documental da Conduta", totalizando (ESPECIFICAR o nº) anexos.</p>	<p>6.5. All documents attached, as stated in the "Appendix of Documental Evidence of the Conduct", in a total of (NUMBER) attachments.</p>
<p>VI. Declarações dos Signatários</p>	
<p>7. Os Signatários declaram, sob as penas da lei, que:</p>	<p>VI. Signatories' Declarations 7. The Signatories state, under the penalties of the Law, that:</p>
<p>7.1. As informações prestadas por eles à SG/Cade, ao MPF e ao MPE com relação a este Acordo de Leniência são verdadeiras e precisas;</p>	<p>7.1. The information presented by them to the SG/CADE, to the MPF and to the MPE in relation to this Leniency Agreement is true and accurate;</p>
<p>7.2. Cessaram seu envolvimento na Infração Relatada;</p>	<p>7.2. They have ceased their involvement in the Reported Violation;</p>
<p>7.3. Estão cientes de que o descumprimento de qualquer das obrigações previstas neste Acordo de Leniência poderá resultar na perda dos benefícios</p>	<p>7.3. They are cognizant that the noncompliance with any of the obligations established by this</p>

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

<p>de imunidade com relação a multas e outras sanções;</p> <p>7.4. Estão cientes de que a prestação de quaisquer declarações ou informações falsas poderá ser considerada descumprimento do presente Acordo de Leniência;</p> <p>7.5. Estão cientes de que os benefícios decorrentes deste Acordo de Leniência são aplicáveis apenas à Infração Relatada descrita pela SG/Cade no "Histórico da Conduta" e compreendida no âmbito desse Acordo;</p> <p>7.6. Estão cientes de que caso desistam, unilateralmente, no todo ou em parte, do presente Acordo de Leniência, não farão jus aos benefícios enumerados nos artigos 86, §4º, I, e 87, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011; e</p> <p>7.7. Estão cientes de que somente farão jus aos benefícios enumerados nos artigos 86, §4º, I, e 87, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, se, quando do julgamento do processo administrativo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") verificar o integral cumprimento do presente Acordo de Leniência, nos termos do artigo 86, §4º, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.</p> <p>7.7.1. Este reconhecimento do integral cumprimento pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") quando do</p>	<p>Leniency Agreement may lead to the loss of the benefits of immunity regarding fines and other penalties;</p> <p>7.4. They are cognizant that presenting any false declarations or information may be considered as noncompliance with the present Leniency Agreement;</p> <p>7.5. They are cognizant that the benefits granted by means of this Leniency Agreement are applicable only to the Reported Violation described by the SG/Cade in the "History of Conduct", and comprehended in the scope of this Agreement;</p> <p>7.6. They are cognizant that, in case they withdraw, unilaterally, partially or entirely, from the present Leniency Agreement, they shall not have the right to the benefits listed in Article 86, Paragraph 4, Item I, Article and 87, of Law No. 12.529, of November 30th, 2011; and</p> <p>7.7. They are cognizant that they will only have the right to the benefits listed in Article 86, Paragraph 4, Item I, and Article 87, of Law No. 12.529, of November 30th, 2011, if, at the time of the judgment of the administrative proceeding, the Administrative Council for Economic Defense ("CADE") attests the full compliance with the Leniency Agreement, as set forth in Article 86, Paragraph 4, of Law No. 12.529, of November 30th, 2011.</p> <p>7.7.1. The recognition of the Administrative Council for Economic Defense ("CADE") of the</p>
--	--

Standard Model Leniency Agreement.

Requests for amendments by the leniency applicant should be exceptional and duly grounded in light of circumstances of the case at hand. The SG/Cade also reserves the right to make changes to the standard model when specific circumstances so require.

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

juízo de julgamento do processo administrativo não isenta os Signatários das obrigações previstas na Cláusula V em eventual processo administrativo desmembrado e/ou que venha a sucedê-lo.

7.8. Estão cientes de que, em caso de desistência ou descumprimento do Acordo de Leniência, as informações e documentos apresentados relativos à Infração Relatada poderão ser utilizados em procedimentos que poderão ser instaurados ou propostos pela SG/Cade, MPF ou MPE.

VII. Certificações e Garantias da SG/Cade, MPF e MPE

8. O Cade, por intermédio da SG/Cade, assim como o MPF e o MPE, certificam que:

8.1. Os Signatários foram os primeiros a se qualificar para o Programa de Leniência com respeito à Infração Relatada;

8.2. Não dispunham de provas suficientes para assegurar a condenação dos Signatários ou de outros participantes na Infração Relatada com relação à Infração Relatada antes da informação voluntariamente apresentada pelos Signatários;

8.3. Antes das informações prestadas espontaneamente pelos Signatários, a SG/Cade não tinha conhecimento prévio da Infração Relatada, nos termos do art. 86, §4º, I da Lei nº

total compliance with the Leniency Agreement by the Signatories by the end of the judgment of the administrative process do not free the signatories from the obligations on the Clause V of the Leniency Agreement, even if eventually another administrative process is generated by parts out of the original process and/or for a process that follows it.

7.8. They are cognizant that, in case they withdraw or do not fully comply with the Leniency Agreement, the information and documents presented pertaining to the Reported Violation may be used in proceedings that may be opened or requested by the SG/CADE, the MPF or the MPE.

VII. Certifications and Warranties of the SG/CADE, the MPF and the MPE

8. CADE, through the SG/CADE, as well as the MPF and the MPE, certify that:

8.1. The Signatories were the first to qualify for the Leniency Program with respect to the Reported Violation;

8.2. They did not have enough evidence to ensure the conviction of the Signatories or of other participants in the Reported Violation with relation to the Reported Violation before the information was voluntarily presented by the Signatories;

8.3. Before the information was spontaneously provided by the Signatories, the SG/CADE did not

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

12.529, de 30 de novembro de 2011.

8.4. As informações prestadas e os documentos fornecidos pelos Signatários são indispensáveis para a apuração dos fatos objeto Infração Relatada;

8.5. Receberam os documentos e informações listados no Item V supra; e

8.6. Adicionalmente a este Acordo de Leniência, o MPF e o MPE reconhecem, com a aprovação expressa do Cade, por meio da SG, que o MPF e o MPE foram os primeiros a tomar conhecimento dos fatos revelados neste Acordo de Leniência e, portanto, têm competência para proceder às investigações criminais e alcançar decisões em matérias relacionadas aos fatos descritos neste Acordo de Leniência.

8.7. Em razão do Acordo de Leniência, o MPF e o MPE reconhecem que o art. 87 da Lei 12.529/12 determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia em relação aos Signatários quanto aos crimes contra a ordem econômica da Lei n. 8.137/1990 e aos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal.

8.8. Cumprido o Acordo de Leniência, o MPF e o MPE reconhecem que extingue-se automaticamente a punibilidade dos ilícitos mencionados no caput do art. 87 da Lei

have previous knowledge of the Reported Violation, under the terms of Article 86, Paragraph 4 Item I, of Law No. 12.529, of November 30th, 2011.

8.4. The information presented and the documents provided by the Signatories are essential for the investigation of the facts object of the Reported Violation;

8.5. They have received the documents and information listed in Item V abovementioned; and

8.6. In addition to this Leniency Agreement, the MPF and the MPE acknowledge, with the explicit approval by CADE, through the SG, that the MPF and the MPE were the first to obtain knowledge of the facts disclosed in this Leniency Agreement and, therefore, have legal competence to proceed with the criminal investigations and to reach the decisions in matters related to the facts described in this Leniency Agreement.

8.7. Because of the Leniency Agreement, the MPF and the MPE acknowledge that art. 87 of Law n. 12.529/12 suspend the proceeding statute of limitation and prevent bring changes against the Signatories in regard to crimes against the economic order included in Law n. 8.137/1990 and to crimes directly related to the cartel, such as those included in Law n. 8.666/1993 and art. 288 of the Criminal Code.

8.8. Upon the compliance with the Leniency Agreement, the MPF and the MPE acknowledge

Página 11 de 23

Standard Model Leniency Agreement.

Requests for amendments by the leniency applicant should be exceptional and duly grounded in light of circumstances of the case at hand. The SG/Cade also reserves the right to make changes to the standard model when specific circumstances so require.

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

12.529/12.

8.9. Quanto aos demais ilícitos não diretamente relacionados à prática de cartel, eventualmente cometidos pelos Signatários, a atuação do MPF e do MPE poderá ser regida com base nos eventuais Acordos/Termos de Delação/Colaboração Premiada assinados ou a serem assinados entre o MPF e o MPE com os Signatários.

VIII. Disposições Adicionais

9. Tendo em vista que a Infração Relatada permanece sujeita a uma investigação interna contínua dos Signatários, eles poderão identificar funcionários ou ex-funcionários adicionais que estiveram envolvidos na Infração Relatada e que possam querer tornar-se signatários deste Acordo de Leniência. Tais indivíduos poderão ser adicionados como Signatários deste Acordo de Leniência, mediante aprovação da SG/Cade, do MPF e do MPE, desde que as exigências legais estabelecidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e no artigo 198 do Regimento Interno do Cade, sejam atendidas. O procedimento para inclusão de tais novos Signatários a este Acordo de Leniência deverá ser o seguinte:

9.1. (NOME DA EMPRESA) deverá apresentar os nomes de quaisquer indivíduos adicionais a serem incluídos como Signatários do Acordo de Leniência para a SG/CADE, o MPF e o MPE;

9.2. Tais empregados adicionais (ou seus

that the punishable offence dies out for those violations provided in art. 87 *caput* of Law n. 12.529/12.

8.9. Regarding the other violations not directly related to cartel eventually committed by the Signatories, the role of MPF and of MPE shall be guided by eventual Plea Agreements signed or to be signed by the MPF and the MPE with the Signatories.

VIII. Additional Provisions

9. Considering that the Reported Violation remains subject to continuing internal investigation of the Signatories, they may identify additional employees or former employees that were involved in the Reported Violation and that may want to become Signatories in this Leniency Agreement. Such individuals may be added as Signatories of the Leniency Agreement, upon approval of the SG/CADE, the MPF and the MPE, as long as the legal requirements established by Law No. 12.529, of November 30th, 2011, and in Article 198 of CADE's Internal Statute are fulfilled. The proceeding for the inclusion of the new Signatories of the Leniency Agreement must be the following:

9.1. (NAME OF THE COMPANY) shall present the names of any additional individuals to be included as Signatories of the Leniency Agreement to the SG/CADE, the MPF and the MPE;

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

advogados) deverão demonstrar oralmente para a SG/Cade que eles são elegíveis a receber a leniência com relação à Infração Relatada e que eles concordam em prestar a cooperação exigida de acordo com a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e com o artigo 198 do Regimento Interno do Cade, em confessar a sua co-participação na Infração Relatada e em respeitar as disposições deste Acordo de Leniência;

9.3. A SG/Cade, o MPF e o MPE deverão avaliar se as exigências legais acima indicadas foram atendidas;

9.4. Mediante a confirmação de que as exigências legais acima foram atendidas, os indivíduos adicionais deverão assinar e submeter à SG/CADE, ao MPF e ao MPE uma carta por meio da qual declarem conhecer e aceitar os termos deste Acordo de Leniência, inclusive quanto à confissão prevista na Seção III do Acordo, e a SG/Cade, o MPF e o MPE devem confirmar, por meio de suas assinaturas, a inteira aceitação da inclusão dos indivíduos adicionais como beneficiários deste Acordo de Leniência. Uma minuta desta carta é anexada a este instrumento como Anexo I; e

9.5. Se a SG/Cade, o MPF e o MPE concluírem que as exigências legais acima não foram atendidas, eles deverão comunicar verbalmente aos indivíduos adicionais (ou seus advogados), e não deverão manter registro ou cópias de quaisquer informações e/ou documentos

9.2. Such additional employees (or their attorneys) shall demonstrate orally to the SG/CADE that they are eligible to receive the leniency in regard to the Reported Violation and that they agree to cooperate as required by Law No. 12.529, of November 30th, 2011, and by Article 198 of CADE's Internal Statute, to confess his/her co-participation in the Reported Violation and to respect the provisions of this Leniency Agreement;

9.3. The SG/CADE, the MPF and the MPE shall evaluate if the legal requirements indicated above were fulfilled;

9.4. After confirming that the abovementioned legal requirements have been fulfilled, the additional individuals shall sign and submit to the SG/CADE, the MPF and the MPE a letter by means of which they declare to acknowledge and to accept the provisions of this Leniency Agreement, including in regarding the confession established in Section III of the Agreement, and the SG/CADE, the MPF and the MPE shall confirm, through their signatures, the full acceptance of the additional individuals as beneficiaries of this Leniency Agreement. A draft of this letter is attached to this instrument as Annex I; and

9.5. If the SG/CADE, the MPF and the MPE conclude that the legal requirements above have not been fulfilled, they shall communicate orally to the additional individuals (or their attorneys), and shall not keep records or copies of any

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

- | | |
|--|---|
| <p>que tais indivíduos possam ter fornecido de forma a permitir à SG/Cade, ao MPF e ao MPE concluir a sua avaliação.</p> <p>10. Os Signatários são individualmente responsáveis pelas obrigações assumidas e pelas declarações feitas com relação ao Acordo de Leniência. Uma falha em cumprir qualquer de tais obrigações, a desistência voluntária e/ou qualquer declaração falsa por parte de qualquer um dos Signatários não deverá implicar responsabilidade ou descumprimento pelos demais Signatários, nem de qualquer modo afetar os direitos dos demais Signatários do Acordo de Leniência.</p> <p>11. Os Signatários serão intimados com relação a este Acordo de Leniência, pessoalmente ou na pessoa de seus advogados, por qualquer um dos seguintes meios: publicação no Diário Oficial da União, carta, fax, e-mail, carta oficial ou notificação emitida pela SG/Cade, pelo MPF ou pelo MPE, ou intimação policial, no endereço, número de fax e endereço de e-mail indicados no Item 21 abaixo.</p> <p>12. O conteúdo deste Acordo de Leniência e do "Histórico da Conduta" elaborado pela SG/Cade e todos os documentos e outros materiais anexados são de acesso restrito e não serão divulgados ao público, mesmo após a eventual instauração de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica ou processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica pelas autoridades concorrenciais brasileiras e/ou instauração de</p> | <p>information and/or documents that such individuals may have provided in order for the SG/CADE, the MPF and the MPE to conclude their evaluation.</p> <p>10. The Signatories are individually liable for the obligations undertaken and for the declarations made in relation to the Leniency Agreement. Failure to comply with any of these obligations, the voluntary withdrawal and/or any false statements by any of the Signatories shall not result in liability or non-compliance by the other Signatories, nor in any way affect the rights of the remaining Signatories of the Leniency Agreement.</p> <p>11. The Signatories will be notified about in this Leniency Agreement, personally or through their attorneys, by any of these means: publication in the Federal Official Gazette, letter, fax, email, official letter or notification issued by the SG/CADE, the MPF or the MPE, or a police subpoena at the address, fax number and e-mail address specified in Item 21 below.</p> <p>12. The content of this Leniency Agreement and of the "History of Conduct" by the SG/Cade and of all documents and other materials attached are of restricted access and will not be disclosed to the public, even after an eventual initiation of administrative inquiry to investigate violations to the economic order or of administrative proceedings for the imposition of administrative penalties for violations to the economic order by the Brazilian competition authorities and/or the initiation of a criminal proceeding by the MPF and</p> |
|--|---|

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

um procedimento criminal pelo MPF e o MPE, ressalvado o exercício de contraditório e da ampla defesa dos demais envolvidos na conduta, ordem judicial ou autorização expressa dos Signatários. Estes documentos e informações também não serão compartilhados com terceiros, inclusive em processos judiciais em outras jurisdições, salvo na hipótese de ordem judicial brasileira ou autorização expressa dos Signatários. A identidade dos Signatários será tratada como de acesso restrito perante o público até o julgamento final pelo CADE de eventual processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, relativo à Infração Relatada, ocasião em que, se cabível, serão reconhecidos os benefícios enumerados no artigo 86, §4º, inciso I, e artigo 87 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Caso haja necessidade de divulgação ou compartilhamento por determinação judicial ou qualquer outra obrigação legal indisponível, os Signatários deverão ser informados previamente da necessidade de publicidade do conteúdo e o acesso será concedido exclusivamente para o destinatário da ordem judicial e/ou para o detentor da prerrogativa legal indisponível, preservando-se o acesso restrito ao público em geral.

13. O Acordo de Leniência, o "Histórico da Conduta" elaborado pela SG/Cade e as informações contidas nos documentos e outros materiais anexados poderão servir para subsidiar, por solicitação da SG/Cade e/ou das autoridades criminais competentes, requerimento perante o

the MPE, except when to preserve the right of the due process and legal defense of any other co-perpetrators of the conduct, judicial order or upon express permission of the Signatories. Those documents and information shall not be disclosed to third parties, including in judicial proceedings in other jurisdictions, except under a court order or under the permission of the Signatories. The identity of the Signatories will be treated as of restricted access to the public until the final judgment by CADE of an eventual administrative proceeding for the imposition of administrative penalties for violations to the economic order, related to the Reported Violation, when, if appropriate, the benefits listed in Article 86, Paragraph 4, Item I, and Article 87, of Law No. 12.529, of November 30th, 2011 will be granted. In case it is required disclose or file sharing due to judicial order or any other legal obligation undisponible, the Signatories shall be previously informed about the need of publicity of the content and the access will be granted exclusively to the addressee of the judicial order and/or the owner of the undisponible legal prerogative, preserving the restricted access to the general public.

13. The Leniency Agreement, the "History of Conduct" drafted by the SG/Cade and the information contained in the documents and other materials attached may be used to support, upon request of the SG/CADE and/or other competent criminal authorities, a petition to the Judiciary for a search and seizure order, as well as other procedures, as provided for by the Brazilian

Standard Model Leniency Agreement.

Requests for amendments by the leniency applicant should be exceptional and duly grounded in light of circumstances of the case at hand. The SG/Cade also reserves the right to make changes to the standard model when specific circumstances so require.

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

Poder Judiciário de mandado de busca e apreensão, assim como outras diligências, de acordo com a legislação concorrencial brasileira. competition legislation.

13.1. Quando apresentarem requerimento perante o Poder Judiciário de mandado de busca e apreensão, assim como outras diligências, de acordo com a legislação concorrencial brasileira, SG/Cade e/ou das autoridades criminais competentes irão requerer acesso restrito a informações e documentos de acesso restrito apresentados pelos Signatários e empregarão seus melhores esforços para assegurar o sigilo dos autos de acesso restrito no âmbito do Poder Judiciário.

13.1. When filing its petition to the Judiciary for a search and seizure order, as well as other procedures as provided for by the Brazilian competition legislation, the SG/CADE and/or the criminal authorities will request that restricted access is granted to any confidential documents and information provided by the Signatories and shall make their best efforts to secure restricted access to the confidential files in the Judiciary.

14. Após o início de um inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica ou de um processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, quaisquer informações e documentos e outros materiais adicionais apresentados pelos Signatários nos termos do Acordo de Leniência deverão ser tratados pela SG/Cade como de acesso restrito, desde que tais informações e documentos satisfaçam as exigências de acesso restrito estabelecidas no artigo 53 do Regimento Interno do Cade, ou se a divulgação de tais informações ou documentos puder permitir a identificação dos Signatários pelo público em geral antes da decisão final do CADE com relação ao caso. Da mesma forma, o MPF e o MPE deverão tratar tais informações e documentos adicionais apresentados pelos Signatários como de acesso restrito e deverão solicitar o mesmo tratamento e

14. After the initiation of an administrative inquiry for the investigation of violations to the economic order or of administrative proceedings for the imposition of administrative penalties for violations to the economic order, any information and documents and other additional materials provided by the Signatories under the terms of the Leniency Agreement shall be treated by SG/CADE as of restricted access, as long as such information and documents fulfill the requirements for restricted access set forth in Article 53 of CADE's Internal Statute, or if the disclosure of such information or documents may reveal the identities of the Signatories to the general public before CADE's final ruling on the matter. Similarly, the MPF and the MPE shall grant restricted access treatment to any additional documents and information provided by the Signatories and shall request the same treatment

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

empregar seus melhores esforços para assegurar a todo tempo o sigilo de tais informações e documentos adicionais se uma ação criminal e/ou cível for iniciada com relação aos fatos sob investigação.

15. A SG/Cade deverá informar a todos os investigados ou representados em qualquer investigação preliminar, inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica ou processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, relacionado com a Infração Relatada, que: (i) o acesso ao Acordo de Leniência, ao "Histórico da Conduta" elaborado pela SG/Cade e a todos os documentos ou outros materiais anexados ou aos quais a SG/Cade defira tratamento de acesso restrito, deverá ser dado aos investigados ou representados com o propósito único de apresentar sua defesa e assegurar o exercício do direito ao devido processo legal no inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica ou de um processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, relacionado à Infração Relatada, perante as autoridades antitruste brasileiras; e (ii) é proibida a divulgação ou o compartilhamento do Acordo de Leniência, a ou com quaisquer terceiros, incluindo outras pessoas ou empresas localizadas em outras jurisdições, do "Histórico da Conduta" elaborado pela SG/Cade e de todos os documentos e outros materiais anexados, assim como de qualquer outra informação apresentada pelos Signatários que seja considerada de acesso restrito pela SG/Cade, seja no todo ou em parte.

and make their best efforts to secure the confidentiality of such additional information and documents at all times if a criminal and/or civil lawsuit is initiated in relation to the facts under investigation.

15. The SG/CADE shall inform all investigated or represented parties in any preliminary investigation, administrative inquiry for the investigation of violations to the economic order or administrative proceedings for the imposition of administrative penalties for violations to the economic order, related to the Reported Violation, that: (i) the access to the Leniency Agreement, to the "History of Conduct" drafted by the SG/Cade and to all documents or other materials attached or to which the SG/CADE grants restricted access treatment, shall be given to the investigated parties or to the defendants with the sole purpose of presenting their defense and ensuring the right to a due process of law in the administrative inquiry to investigate violations to the economic order or in an administrative proceeding for the imposition of administrative penalties for violations to the economic order, related to the Reported Violation, before the Brazilian competition authorities; and (ii) they are forbidden to disclose or share the Leniency Agreement, the "History of Conduct" drafted by the SG/Cade and all documents and other materials attached to or with any third parties, including people or companies located in other jurisdictions, as well as any other information presented by the Signatories which is considered to be of restricted access by the SG/CADE.

Página 17 de 23

Standard Model Leniency Agreement.

Requests for amendments by the leniency applicant should be exceptional and duly grounded in light of circumstances of the case at hand. The SG/Cade also reserves the right to make changes to the standard model when specific circumstances so require.

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

Qualquer um que descumpra essas obrigações de sigilo no Brasil ou no exterior estará sujeito às penalidades administrativas, civis e criminais previstas na legislação brasileira. partially or as a whole. Anyone who breaches the confidentiality obligation in Brazil or abroad will be subject to administrative, criminal and civil penalties established by the Brazilian Law.

16. A qualquer tempo da investigação da Infração Relatada, a SG/Cade, em despacho fundamentado, manifestar-se-á a respeito do cumprimento do Acordo de Leniência e da conduta dos Signatários. 16. At any time in the course of the investigation of the Reported Violation, the SG/CADE, in a justified decision, will express its decision about the compliance with the Leniency Agreement and about the conduct of the Signatories.

17. Simultaneamente à conclusão da investigação relativa à Infração Relatada, a SG/Cade emitirá um relatório circunstanciado a respeito do cumprimento das obrigações do Acordo de Leniência pelo Signatário, endereçado ao Tribunal do Cade. Tal relatório deverá apresentar ao Tribunal uma descrição completa do comportamento dos Signatários durante a investigação. 17. Simultaneously to the conclusion of the investigation regarding the Reported Violation, the SG/CADE will issue a detailed report about the compliance with the obligations established in the Leniency Agreement by the Signatories, addressed to CADE's Tribunal. Such report shall present to the Tribunal a complete description of the Signatories' behavior during the investigation.

18. Os Signatários poderão cooperar com alguma investigação complementar em relação a fatos não enquadrados no art. 87 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011 que decorra ou se relacione aos fatos descritos no presente Acordo e que seja ou venha a ser realizada pelo MPF e pelo MP/SP, bem como auxiliar na identificação dos outros envolvidos nestas eventuais violações e condutas, podendo, inclusive e para tanto, negociar com as autoridades competentes os benefícios dos artigos 13 e 14 da Lei n. 9.807 de 13 de julho de 1999. 18. The Signatories may cooperate with some complementary investigation in regard to facts not listed in Article art. 87 of Law 12.529 of November 30th, 2011, stemming from or related to the facts described in this Agreement and which it is carried out or to be carried out by the MPF and by MP/SP, as well as to assist in the identification of other people involved in eventual violations and conducts, and may, as so, negotiate with the competent authorities the benefits from Articles 13 and 14 of Law n. 9.807 of July 13th, 1999.

19. A eventual declaração de nulidade de uma ou mais cláusulas desse Acordo não invalidará as

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

demais, que permanecerão em vigor.

20. Este Acordo de Leniência é celebrado em Português e Inglês. Em caso de dúvida, a versão em Português prevalecerá sobre a versão em Inglês.

21. Todas as notificações endereçadas aos Signatários com relação a este Acordo de Leniência deverão ser endereçadas aos advogados abaixo:

(ESCRITÓRIO)
(ADVOGADO)
(ENDEREÇO)
(E-MAIL)
(TELEFONE)
(FAX)

19. The eventual declaration of nullity of one or more clauses of this Agreement shall not invalidate the others, which shall remain in full force and effect.

20. This Leniency Agreement is signed in Portuguese and in English. In case of doubt, the Portuguese version shall prevail.

21. All notifications to the Signatories regarding this Leniency Agreement shall be sent to the attorneys listed below:

(LAW FIRM)
(ATTORNEY)
(ADDRESS)
(E-MAIL)
(TELEPHONE)
(FAX)

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

E por estarem assim acordadas, as partes subscrevem este Acordo de Leniência em [x] vias de igual teor e para um só efeito.

Data de celebração deste Acordo de Leniência por SG/Cade, MPF e MPE: XX de XX de 2016.

And for having thus agreed, the parties hereto subscribe to this Leniency Agreement in [x] identical copies for a single effect.

Date of execution of this Leniency Agreement by the SG/CADE, the MPF and the MPE: Month, XX 2016.

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE
DEFESA ECONÔMICA**
Superintendente-Geral
NOME

**ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC
DEFENCE**
General Superintendent
NAME

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procurador da República
NOME

FEDERAL PROSECUTOR'S OFFICE
Federal Prosecutor
NAME

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
Promotor de Justiça
NOME

STATE PROSECUTOR'S OFFICE
States' Prosecutor
NAME

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

Data de celebração deste Acordo de Leniência
pelos Signatários: **XX de XX de 2016.**

Date of execution of this Leniency Agreement by
the Signatories: **Month, XX 2016.**

Advogado dos Signatários
(ADVOGADO)
OAB/XX n° **XXXX**

Signatories' Attorney
(ATTORNEY)
OAB/XX n° **XXX**

Advogado dos Signatários
(ADVOGADO)
OAB/XX n° **XXXX**

Signatories' Attorney
(ATTORNEY)
OAB/XX n° **XXXX**

EMPRESA 1

COMPANY 1

EMPRESA 2

COMPANY 2

FULANO DE TAL 1

INDIVIDUAL 1

FULANO DE TAL 2

INDIVIDUAL 2

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

Acordo de Leniência n.º XX/2016. Anexo I**XX de XX de 2016.**

Conselho Administrativo de Defesa Econômica -
Superintendência-Geral (SG/Cade)
SEPN 515, Conjunto D, lote 4, Edifício Carlos
Taurisano, CEP 70770-504, Brasília/Distrito
Federal - Brasil

Ministério Público Federal ("MPF")
(ENDEREÇO)
Brasil

Ministério Público Estadual ("MPE")
(ENDEREÇO)
Brasil

Ref.: Acordo de Leniência

Prezados Senhores:

Eu, _____,
nacionalidade _____, CPF n.º _____,
com escritório/residência na _____,
município de _____,
estado de _____,
declaro e reconheço que li e entendi os termos do
Acordo de Leniência n.º XX/2016, assinado pela
_____ com a SG/Cade, o MPF e o
MPE, relacionado a (PRODUTO) (o "Acordo de
Leniência").

Por meio desta carta, eu aceito e concordo em
estar vinculado a todos os termos e condições
estabelecidos no Acordo de Leniência e confesso
ter participado da Infração Relatada, conforme
descrito no "Histórico da Conduta" pela SG/Cade.

Leniency Agreement n.º XX/2016, Annex I**XX de XX de 2016.**

Administrative Council for Economic Defense
(CADE) - General Superintendence (SG/CADE)
SEPN 515, Conjunto D, lote 4, Edifício Carlos
Taurisano, CEP 70770-504, Brasília/Distrito
Federal - Brazil

Federal Prosecution Service ("MPF")
(ADDRESS)
Brazil

State Prosecution Service ("MPE")
(ADDRESS)
Brazil

Ref.: Leniency Agreement

Dear Sir/Madam:

I, _____, nationality
_____, with
CPF/Passport n.º _____, office/domicile at _____, City of _____,
State of _____, hereby declare and acknowledge
that I have read and understood the terms of the
Leniency Agreement n.º XX/2016, signed by
_____ with SG/CADE, MPF and MPE, related
to (PRODUCT) (the "Leniency Agreement").

By this letter, I accept and agree to be bound by
all terms and conditions set forth in the Leniency
Agreement and confess having taken part in the

Modelo Padrão de Acordo de Leniência.

Pedidos de alteração pelo proponente devem ser excepcionais e devidamente fundamentados em vista de circunstâncias do caso concreto. A SG/Cade também se reserva o direito de fazer alterações e atualizações no modelo padrão conforme as circunstâncias do caso concreto.



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
SUPERINTENDÊNCIA-GERAL
GABINETE**

Em cumprimento das disposições do Acordo de Leniência, e como anexos a esta carta, apresento:

(i) cópia autenticada dos meus documentos pessoais de identificação; e (ii) procuração outorgada ao meu advogado.

Mediante assinatura desta carta, a SG/Cade, o MPF e o MPE reconhecem que eu me tornei parte do Acordo de Leniência e que serão a mim estendidos os benefícios e as obrigações previstas no referido Acordo.

Atenciosamente,

[XX de XX de 2016]

Recebido em [XX de XX de 2016]

Pela SG/Cade: _____

Pelo MPF: _____

Pelo MPE: _____

Offense Reported as described in the "History of Conduct" by the SG/Cade.

In compliance with the terms of the Leniency Agreement, I submit the following documents as attachments to this letter: (i) a certified copy of my personal identification documents; and (ii) power of attorney granted to my Lawyer.

By signing this letter, the SG/CADE, the MPF and the MPE acknowledge that I became part of the leniency agreement, so that all benefits and obligations set forth in the agreement will be extended to me.

Regards,

[Month XX 2016]

Received on [Month XX 2016]

For the SG/CADE: _____

For the MPF: _____

For the MPE: _____

ANEXO 5 – Modelo de Acordo de Leniência para pessoas jurídicas do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (*Corporate Conditional Leniency Letter*).



U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE
Antitrust Division

[NAME]
Assistant Attorney General

RFK Main Justice Building
950 Pennsylvania Avenue, N.W.
Washington, D.C. 20530-0001
(202)514-2401 / (202)616-2645 (Fax)

[Name and address]

Dear [Name]:

This letter sets forth the terms and conditions of an agreement between the Antitrust Division of the United States Department of Justice and [ABC, Inc.¹ (“Applicant”)], in connection with [insert description of conduct: e.g., price fixing, bid rigging, market allocation] or other conduct constituting a criminal violation of Section 1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. § 1, in the [insert generic description of industry: e.g., widget] industry [insert geographic scope: e.g., in the United States and elsewhere]. This Agreement is conditional and depends upon Applicant (1) establishing that it is eligible for leniency as it represents in paragraph 1 of this Agreement, and (2) cooperating in the Antitrust Division’s investigation as required by paragraph 2 of this Agreement. After Applicant establishes that it is eligible to receive leniency and provides the required cooperation, the Antitrust Division will notify Applicant in writing that it has been granted unconditional leniency. It is further agreed that disclosures made by counsel for Applicant in furtherance of the leniency application will not constitute a waiver of the attorney-client privilege or the protections of the work-product doctrine. Applicant represents that it is fully familiar with the Antitrust Division’s Corporate Leniency Policy dated August 10, 1993 (attached), which is incorporated by reference herein.² The “date of this letter” as used herein means the date that the Antitrust Division executes this letter.

¹ *If subsidiaries are included in the scope of the conditional leniency letter, either name the included subsidiaries or if they are too numerous to name, identify them as “entities that [ABC, Inc.] had a greater than 50% ownership interest in as of the date of this letter.” If other types of related entities are included in the scope of the conditional leniency letter, name them. When subsidiaries or other related entities are included, the parenthetical reference to Applicant will change to “(collectively “Applicant”).”*

² For a further explanation of the Antitrust Division’s Corporate Leniency Policy and how the Division interprets the policy, see Frequently Asked Questions About the Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters (Jan. 26, 2017), <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>.

1. **Eligibility:** Applicant desires to report to the Antitrust Division [e.g., price-fixing, bid-rigging, market-allocation] activity or other conduct constituting a criminal violation of Section 1 of the Sherman Act in the [insert] industry [insert geographic scope: e.g., in the United States and elsewhere] ("the anticompetitive activity being reported"). Applicant represents to the Antitrust Division that it is eligible to receive leniency in that, in connection with the anticompetitive activity being reported, it:

- (a) took prompt and effective action to terminate its participation in the anticompetitive activity being reported upon discovery of the activity;³ and
- (b) did not coerce any other party to participate in the anticompetitive activity being reported and was not the leader in, or the originator of, the activity.

Applicant agrees that it bears the burden of proving its eligibility to receive leniency, including the accuracy of the representations made in this paragraph and that it fully understands the consequences that might result from a revocation of leniency as explained in paragraph 3 of this Agreement. As used in this Agreement, discovery of the anticompetitive activity being reported means discovery by the authoritative representatives of Applicant for legal matters, either the board of directors or counsel representing Applicant.

2. **Cooperation:** Applicant agrees to provide truthful, full, continuing, and complete cooperation to the Antitrust Division in connection with the anticompetitive activity being reported, including, but not limited to, the following:

- (a) providing a full exposition of all facts known to Applicant relating to the anticompetitive activity being reported;
- (b) providing promptly, and without requirement of subpoena, all documents, information, or other materials in its possession, custody, or control, wherever located, not protected under the attorney-client privilege or work-product doctrine, requested by the Antitrust Division in connection with the anticompetitive activity being reported, to the extent not already produced;
- (c) using its best efforts to secure the truthful, full, continuing, and complete cooperation of [[insert name(s) of any specific former director, officer, or

³ *If there is a significant lapse in time between the date the Applicant discovered the anticompetitive activity being reported and the date Applicant reported the activity to the Antitrust Division, the Division reserves the right to require the Applicant to also represent in the eligibility paragraph that it "discovered the anticompetitive activity being reported in or about [month/year] and terminated its participation in the activity in or about [month/year]."*

employee “carved in,” i.e., included in the scope of, the conditional leniency letter] and]⁴ the current⁵ directors, officers, and employees of Applicant[, but excluding [insert name(s) of any specific current director, officer, or employee or specific individual of ambiguous employment status who is excluded from the scope of the conditional leniency letter],⁶

⁴ *The Corporate Leniency Policy does not refer to former directors, officers, and employees and thus they are presumptively excluded from grants of corporate leniency. The Division may, however, in its sole discretion include specific named former directors, officers, or employees in the negotiated scope of a corporate conditional leniency letter or a separate nonprosecution agreement in appropriate cases when they provide substantial, noncumulative cooperation against remaining potential targets, or when their cooperation is necessary for the Applicant to make a confession of criminal antitrust activity sufficient to be eligible for conditional leniency. The decision of whether the Antitrust Division includes specific former directors, officers, or employees in a corporate conditional leniency letter will depend on a number of factors, including whether the Applicant is interested in protecting them and whether it has the ability to help secure the cooperation of key former directors, officers, or employees. The Division will make an individualized, case-by-case decision on whether to include specific former personnel, consistent with the Principles of Federal Prosecution. U.S. Attorneys’ Manual 9-27.000, <https://www.justice.gov/usam/usam-9-27000-principles-federal-prosecution>. Before the Division decides whether to include specific former personnel in the scope of a corporate conditional leniency letter, those individuals must submit to an interview with Division attorneys and company counsel must make a commitment that the company will continue to assist in securing the cooperation of those individuals, including that the former personnel will continue to be made available for interviews and testimony.*

⁵ *Under the Corporate Leniency Policy, current directors, officers, and employees of applicants for Type A Leniency will receive leniency if the corporate applicant qualifies for leniency and they admit their involvement in the illegal antitrust activity with candor and completeness as part of the corporate confession and continue to assist the Division. In addition, current directors, officers, and employees who did not participate in the conspiracy but who had knowledge of the conspiracy and cooperate with the Division are also included in the scope of the conditional leniency letter. Under the Corporate Leniency Policy, current directors, officers, and employees who come forward with applicants for Type B Leniency will be considered for immunity from criminal prosecution on the same basis as if they approached the Division individually. The Division often chooses, however, to include protection for current directors, officers, and employees of Type B applicants in a corporate conditional leniency letter, but the Division may exercise its discretion to exclude from the protections offered by a corporate conditional leniency letter those current directors, officers, and employees of Type B applicants who are determined to be highly culpable.*

⁶ *If a current director, officer, or employee of an applicant does not fully cooperate with the Division’s investigation, he or she will be excluded from, or “carved out” of, the conditional leniency letter. Also, as detailed in paragraph 4, if a current director, officer, or employee who*

employee “carved in,” i.e., included in the scope of, the conditional leniency letter] and]⁴ the current⁵ directors, officers, and employees of Applicant[, but excluding [insert name(s) of any specific current director, officer, or employee or specific individual of ambiguous employment status who is excluded from the scope of the conditional leniency letter],⁶

⁴ *The Corporate Leniency Policy does not refer to former directors, officers, and employees and thus they are presumptively excluded from grants of corporate leniency. The Division may, however, in its sole discretion include specific named former directors, officers, or employees in the negotiated scope of a corporate conditional leniency letter or a separate nonprosecution agreement in appropriate cases when they provide substantial, noncumulative cooperation against remaining potential targets, or when their cooperation is necessary for the Applicant to make a confession of criminal antitrust activity sufficient to be eligible for conditional leniency. The decision of whether the Antitrust Division includes specific former directors, officers, or employees in a corporate conditional leniency letter will depend on a number of factors, including whether the Applicant is interested in protecting them and whether it has the ability to help secure the cooperation of key former directors, officers, or employees. The Division will make an individualized, case-by-case decision on whether to include specific former personnel, consistent with the Principles of Federal Prosecution. U.S. Attorneys’ Manual 9-27.000, <https://www.justice.gov/usam/usam-9-27000-principles-federal-prosecution>. Before the Division decides whether to include specific former personnel in the scope of a corporate conditional leniency letter, those individuals must submit to an interview with Division attorneys and company counsel must make a commitment that the company will continue to assist in securing the cooperation of those individuals, including that the former personnel will continue to be made available for interviews and testimony.*

⁵ *Under the Corporate Leniency Policy, current directors, officers, and employees of applicants for Type A Leniency will receive leniency if the corporate applicant qualifies for leniency and they admit their involvement in the illegal antitrust activity with candor and completeness as part of the corporate confession and continue to assist the Division. In addition, current directors, officers, and employees who did not participate in the conspiracy but who had knowledge of the conspiracy and cooperate with the Division are also included in the scope of the conditional leniency letter. Under the Corporate Leniency Policy, current directors, officers, and employees who come forward with applicants for Type B Leniency will be considered for immunity from criminal prosecution on the same basis as if they approached the Division individually. The Division often chooses, however, to include protection for current directors, officers, and employees of Type B applicants in a corporate conditional leniency letter, but the Division may exercise its discretion to exclude from the protections offered by a corporate conditional leniency letter those current directors, officers, and employees of Type B applicants who are determined to be highly culpable.*

⁶ *If a current director, officer, or employee of an applicant does not fully cooperate with the Division’s investigation, he or she will be excluded from, or “carved out” of, the conditional leniency letter. Also, as detailed in paragraph 4, if a current director, officer, or employee who*

regardless of [his][her][their] employment status.] (collectively “covered employees”), and encouraging such persons voluntarily to provide the Antitrust Division with any information they may have relevant to the anticompetitive activity being reported;

- (d) facilitating the ability of covered employees to appear for such interviews or testimony in connection with the anticompetitive activity being reported as the Antitrust Division may require at the times and places designated by the Division;
- (e) using its best efforts to ensure that covered employees who provide information to the Antitrust Division relevant to the anticompetitive activity being reported respond completely, candidly, and truthfully to all questions asked in interviews and grand jury appearances and at trial;
- (f) using its best efforts to ensure that covered employees who provide information to the Antitrust Division relevant to the anticompetitive activity being reported make no attempt either falsely to protect or falsely to implicate any person or entity; and
- (g) making all reasonable efforts, to the satisfaction of the Antitrust Division, to pay restitution to any person or entity injured as a result of the anticompetitive activity being reported, in which Applicant was a participant. However, Applicant is not required to pay restitution to victims whose antitrust injuries are independent of, and not proximately caused by, any effect on (i) trade or commerce within the United States, (ii) import trade or commerce, or (iii) the export trade or commerce of a person engaged in such trade or commerce in the United States, which effect was proximately caused by the anticompetitive activity being reported.

Current directors, officers, and employees are defined for purposes of this Agreement as individuals who are directors, officers, or employees of the Applicant as of the date of this letter. [The cooperation requirements in subparagraphs (c) through (f) of paragraph 2 [do not apply to former directors, officers, or employees of Applicant who are not covered employees]⁷[[and]do not apply to [insert name(s) of any specific current personnel or specific individuals of

is originally included in the scope of the conditional leniency letter stops fully cooperating after the conditional leniency letter is issued, the letter as it pertains to that individual will be void, and the Division may revoke any protection conditionally granted to that individual under the letter.

⁷ *Insert this bracketed language if specific named former personnel are carved into the definition of covered employees.*

ambiguous employment status who are excluded from the scope of the conditional leniency letter], regardless of [his][her][their] employment status.]]

3. Corporate Leniency: Subject to verification of Applicant's representations in paragraph 1 above, and subject to its truthful, full, continuing, and complete cooperation, as described in paragraph 2 above, the Antitrust Division agrees conditionally to accept Applicant into [Part A/Part B] of the Corporate Leniency Program, as explained in the attached Corporate Leniency Policy. Pursuant to that policy, the Antitrust Division agrees not to bring any criminal prosecution against Applicant for any act or offense it may have committed prior to the date of this letter⁸ in furtherance of the anticompetitive activity being reported. The commitments in this paragraph are binding only upon the Antitrust Division, although, upon request of Applicant, the Division will bring this Agreement to the attention of other prosecuting offices or administrative agencies. If at any time before Applicant is granted unconditional leniency the Antitrust Division determines that Applicant (1) contrary to its representations in paragraph 1 of this Agreement, is not eligible for leniency or (2) has not provided the cooperation required by paragraph 2 of this Agreement, this Agreement shall be void, and the Antitrust Division may revoke the conditional acceptance of Applicant into the Corporate Leniency Program. Before the Antitrust Division makes a final determination to revoke Applicant's conditional leniency, the Division will notify counsel for Applicant in writing of the recommendation of Division staff to revoke the conditional acceptance of Applicant into the Corporate Leniency Program and will provide counsel an opportunity to meet with the Division regarding the potential revocation. Should the Antitrust Division revoke the conditional acceptance of Applicant into the Corporate Leniency Program, the Antitrust Division may thereafter initiate a criminal prosecution against Applicant, without limitation. Should such a prosecution be initiated, the Antitrust Division may use against Applicant in any such prosecution any documents, statements, or other information provided to the Division at any time pursuant to this Agreement by Applicant or by any of its current or former directors, officers, or employees. Applicant understands that the Antitrust Division's Leniency Program is an exercise of the Division's prosecutorial discretion, and Applicant agrees that it may not, and will not, seek judicial review of any Division decision to revoke its conditional leniency unless and until it has been charged by indictment or information for engaging in the anticompetitive activity being reported.

4. Nonprosecution Protection For Covered Employees: Subject to verification of Applicant's representations in paragraph 1 above, and subject to Applicant's truthful, full, continuing, and complete cooperation as described in paragraph 2 above, the Antitrust Division

⁸ *If there is a significant lapse in time between the date the Applicant discovered the anticompetitive activity being reported and the date Applicant reported the activity to the Antitrust Division, and hence a significant lapse in time between the date the Applicant was required to take prompt and effective action to terminate its participation in the activity and the date the Applicant reported the activity to the Division, the Division reserves the right to grant conditional leniency only up to the date the Applicant represents it terminated its participation in the activity.*

agrees that covered employees who admit to the Division their knowledge of, or participation in, and provide truthful, full, continuing, and complete cooperation with the Division in its investigation of, the anticompetitive activity being reported shall not be prosecuted criminally by the Antitrust Division for any act or offense committed during their period of employment at Applicant prior to the date of this letter⁹ in furtherance of the anticompetitive activity being reported. [The conditional leniency, immunity, or nonprosecution (hereinafter “conditional nonprosecution protection”) granted to individuals under this Agreement [does not apply to former directors, officers, or employees of Applicant who are not covered employees]¹⁰[[and] does not apply to [insert name(s) of any specific current personnel or specific individuals of ambiguous employment status who are excluded from the scope of the conditional leniency letter],¹¹ regardless of [his][her][their] employment status].]Such truthful, full, continuing, and complete cooperation shall include, but not be limited to:

- (a) producing in the United States all documents and records, including personal documents and records, and other materials, wherever located, not protected under the attorney-client privilege or work-product doctrine, requested by attorneys and agents of the United States in connection with the anticompetitive activity being reported;
- (b) making himself or herself available for interviews in the United States upon the request of attorneys and agents of the United States in connection with the anticompetitive activity being reported;
- (c) responding fully and truthfully to all inquiries of the United States in connection with the anticompetitive activity being reported, without falsely implicating any person or intentionally withholding any information, subject to the penalties of making false statements (18 U.S.C. § 1001) and obstruction of justice (18 U.S.C. § 1503 *et seq.*);
- (d) otherwise voluntarily providing the United States with any materials or information, not requested in (a) - (c) of this paragraph and not protected

⁹ *If there is a significant lapse in time between the date the Applicant discovered the anticompetitive activity being reported and the date Applicant reported the activity to the Antitrust Division, and hence a significant lapse in time between the date the Applicant was required to take prompt and effective action to terminate its participation in the activity and the date the Applicant reported the activity to the Division, the Division reserves the right to grant conditional leniency, immunity, or nonprosecution to individuals under this Agreement only up to the date the Applicant represents it terminated its participation in the activity.*

¹⁰ *Insert this bracketed language if specific named former personnel are carved into the definition of covered employees.*

¹¹ *See supra note 6.*

under the attorney-client privilege or work-product doctrine, that he or she may have relevant to the anticompetitive activity being reported; and

- (e) when called upon to do so by the United States, testifying in trial and grand jury or other proceedings in the United States, fully, truthfully, and under oath, subject to the penalties of perjury (18 U.S.C. § 1621), making false statements or declarations in grand jury or court proceedings (18 U.S.C. § 1623), contempt (18 U.S.C. §§ 401-402), and obstruction of justice (18 U.S.C. § 1503 *et seq.*), in connection with the anticompetitive activity being reported.

The commitments in this paragraph are binding only upon the Antitrust Division, although, upon the request of Applicant, the Division will bring this Agreement to the attention of other prosecuting offices or administrative agencies. In the event a covered employee fails to comply fully with his or her obligations hereunder, this Agreement as it pertains to such individual shall be void, and any conditional leniency, immunity, or nonprosecution (hereinafter "conditional nonprosecution protection")¹² granted to such individual under this Agreement may be revoked by the Antitrust Division. The Antitrust Division also reserves the right to revoke the conditional nonprosecution protection of this Agreement with respect to any covered employee who the Division determines caused Applicant to be ineligible for leniency under paragraph 1 of this Agreement, who continued to participate in the anticompetitive activity being reported after Applicant took action to terminate its participation in the activity and notified the individual to cease his or her participation in the activity, or who obstructed or attempted to obstruct an investigation of the anticompetitive activity being reported at any time, whether the obstruction occurred before or after the date of this letter. Absent exigent circumstances, before the Antitrust Division makes a final determination to revoke an individual's conditional nonprosecution protection, the Division will notify such individual (or his or her counsel, if represented) and Applicant's counsel in writing of the recommendation of Division staff to revoke the conditional nonprosecution protection granted to the individual under this Agreement and will provide an opportunity to meet with the Division regarding the potential revocation. Should any conditional nonprosecution protection granted to an individual under this Agreement be revoked, the Antitrust Division may thereafter prosecute such individual criminally, without limitation, and may use against such individual in such prosecution any documents, statements, or other information which was provided to the Division at any time pursuant to this Agreement by Applicant or by any of its current or former directors, officers, or employees, including such individual. Judicial review of any Antitrust Division decision to revoke any conditional nonprosecution protection granted to an individual under this Agreement is not available unless and until the individual has been charged by indictment or information for engaging in the anticompetitive activity being reported.

¹² *If the optional bracketed carve-out sentence is included earlier in this paragraph, only the phrase "conditional nonprosecution protection" will be used here rather than repeating "conditional leniency, immunity, or nonprosecution (hereinafter "conditional nonprosecution protection")." See bracketed sentence associated with notes 10 and 11.*

5. **Entire Agreement:** This letter constitutes the entire agreement between the Antitrust Division and Applicant, and supersedes all prior understandings, if any, whether oral or written, relating to the subject matter herein. This Agreement cannot be modified except in writing, signed by the Antitrust Division and Applicant.

6. **Authority And Capacity:** The Antitrust Division and Applicant represent and warrant each to the other that the signatories to this Agreement on behalf of each party hereto have all the authority and capacity necessary to execute this Agreement and to bind the respective parties hereto.

The signatories below acknowledge acceptance of the foregoing terms and conditions.

Sincerely,

Date: _____ [Name]
Assistant Attorney General
Antitrust Division

[Name]
[Position]
[ABC, Inc.] Date: _____

[Counsel Name]
Counsel for [ABC, Inc.] Date: _____

ANEXO 6 – Modelo de Acordo de Leniência para pessoas físicas do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (*Individual Conditional Leniency Letter*).



U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE
Antitrust Division

[NAME]
Assistant Attorney General

RFK Main Justice Building
950 Pennsylvania Avenue, N.W.
Washington, D.C. 20530-0001
(202)514-2401 / (202)616-2645 (Fax)

[Name and address]

Dear [Name]:

This letter sets forth the terms and conditions of an agreement between the Antitrust Division of the United States Department of Justice and [you/your client [Name]] ("Applicant"), in connection with [insert description of conduct: e.g., price fixing, bid rigging, market allocation] or other conduct constituting a criminal violation of Section 1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. § 1, in the [insert generic description of industry: e.g., widget] industry [insert geographic scope: e.g., in the United States and elsewhere]. This Agreement is conditional and depends upon Applicant (1) establishing that [he/she] is eligible for leniency as [he/she] represents in paragraph 1 of this Agreement, and (2) cooperating in the Antitrust Division's investigation as required by paragraph 2 of this Agreement. After Applicant establishes that [he/she] is eligible to receive leniency and provides the required cooperation, the Antitrust Division will notify Applicant in writing that [he/she] has been granted unconditional leniency. It is further agreed that disclosures made by counsel for Applicant in furtherance of the leniency application will not constitute a waiver of the attorney-client privilege or the protections of the work-product doctrine. Applicant represents that [he/she] is fully familiar with the Antitrust Division's Leniency Policy for Individuals dated August 10, 1994 (attached), which is incorporated by reference herein.¹ The "date of this letter" as used herein means the date that the Antitrust Division executes this letter.

1. **Eligibility:** Applicant desires to report to the Antitrust Division [e.g., price-fixing, bid-rigging, market-allocation] activity or other conduct constituting a criminal violation of Section 1 of the Sherman Act in the [insert] industry [insert geographic scope: e.g., in the United States and elsewhere] ("the anticompetitive activity being reported"). Applicant represents to the Antitrust Division that [he/she] is eligible to receive leniency in that, in connection with the anticompetitive activity being reported, [he/she] did not coerce any other party to participate in

¹ For a further explanation of the Antitrust Division's Leniency Policy for Individuals and how the Division interprets the policy, see *Frequently Asked Questions About the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters* (Jan. 26, 2017), <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>.

the activity and was not the leader in, or the originator of, the activity. Applicant agrees that [he/she] bears the burden of proving [his/her] eligibility to receive leniency, including the accuracy of the representations made in this paragraph, and that [he/she] fully understands the consequences that might result from a revocation of leniency as explained in paragraph 3 of this Agreement.

2. **Cooperation:** Applicant agrees to provide truthful, full, continuing, and complete cooperation to the Antitrust Division in connection with the anticompetitive activity being reported, including, but not limited to, the following:

- (a) producing in the United States all documents and records, including personal documents and records, and other materials in [his/her] possession, custody, or control, wherever located, not protected under the attorney-client privilege or work-product doctrine, requested by attorneys and agents of the United States;
- (b) making [himself/herself] available for interviews in the United States upon the request of attorneys and agents of the United States;
- (c) responding fully and truthfully to all inquiries of the United States in connection with the anticompetitive activity being reported, without falsely implicating any person or intentionally withholding any information, subject to the penalties of making false statements (18 U.S.C. § 1001) and obstruction of justice (18 U.S.C. § 1503 *et seq.*);
- (d) otherwise voluntarily providing the United States with any materials or information, not requested in (a) - (c) of this paragraph and not protected under the attorney-client privilege or work-product doctrine, that [he/she] may have relevant to the anticompetitive activity being reported; and
- (e) when called upon to do so by the United States, testifying in trial and grand jury or other proceedings in the United States, fully, truthfully, and under oath, subject to the penalties of perjury (18 U.S.C. § 1621), making false statements or declarations in grand jury or court proceedings (18 U.S.C. § 1623), contempt (18 U.S.C. §§ 401-402), and obstruction of justice (18 U.S.C. § 1503 *et seq.*), in connection with the anticompetitive activity being reported.

3. **Individual Leniency:** Subject to verification of Applicant's representations in paragraph 1 above, and subject to Applicant's truthful, full, continuing, and complete cooperation, as described in paragraph 2 above, the Antitrust Division agrees conditionally to accept Applicant into the Individual Leniency Program, as explained in the attached Leniency Policy for Individuals. Pursuant to that policy, the Antitrust Division agrees not to bring any criminal prosecution against Applicant for any act or offense [he/she] may have committed prior

to the date of this letter² in furtherance of the anticompetitive activity being reported. The commitments in this paragraph are binding only upon the Antitrust Division, although, upon request of Applicant, the Division will bring this Agreement to the attention of other prosecuting offices or administrative agencies. If at any time before Applicant is granted unconditional leniency the Antitrust Division determines that Applicant (1) contrary to [his/her] representations in paragraph 1 of this Agreement, is not eligible for leniency or (2) has not provided the cooperation required by paragraph 2 of this Agreement, this Agreement shall be void, and the Antitrust Division may revoke the conditional acceptance of Applicant into the Individual Leniency Program. Absent exigent circumstances, before the Antitrust Division makes a final determination to revoke Applicant's conditional leniency, the Division will notify counsel for Applicant in writing of the recommendation of Division staff to revoke the conditional acceptance of Applicant into the Individual Leniency Program and will provide counsel an opportunity to meet with the Division regarding the potential revocation. Should the Antitrust Division revoke the conditional acceptance of Applicant into the Individual Leniency Program, the Antitrust Division may thereafter initiate a criminal prosecution against Applicant, without limitation. Should such a prosecution be initiated, the Antitrust Division may use against Applicant in any such prosecution any documents, statements, or other information provided by Applicant to the Division at any time pursuant to this Agreement. Applicant understands that the Antitrust Division's Leniency Program is an exercise of the Division's prosecutorial discretion, and [he/she] agrees that [he/she] may not, and will not, seek judicial review of any Division decision to revoke [his/ her] conditional leniency unless and until [he/she] has been charged by indictment or information for engaging in the anticompetitive activity being reported.

4. **Entire Agreement:** This letter constitutes the entire agreement between the Antitrust Division and Applicant, and supersedes all prior understandings, if any, whether oral or written, relating to the subject matter herein. This Agreement cannot be modified except in writing, signed by the Antitrust Division and Applicant.

The signatories below acknowledge acceptance of the foregoing terms and conditions.

Sincerely,

Date: _____ [Name]
Assistant Attorney General
Antitrust Division

² *If there is a significant lapse in time between the date the Applicant terminated his or her participation in the anticompetitive activity being reported and the date the Applicant reported the activity to the Antitrust Division, the Division reserves the right to grant conditional leniency only up to the date the Applicant terminated his or her participation in the activity.*

_____ Date: _____
[Applicant Name]

_____ Date: _____
[Counsel Name]
Counsel for [Applicant Name]

ANEXO 7 – Modelo de Acordo de Leniência para pessoas jurídicas do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (*Dual Investigations Conditional Leniency Letter*).



U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE
Antitrust Division

[NAME]
Assistant Attorney General

RFK Main Justice Building
950 Pennsylvania Avenue, N.W.
Washington, D.C. 20530-0001
(202)514-2401 / (202)616-2645 (Fax)

[Name and address]

Dear [Name]:

This letter sets forth the terms and conditions of an agreement between the Antitrust Division of the United States Department of Justice and [Generic Company, Ltd.¹ (“Applicant”)], in connection with [insert description of conduct: e.g., price fixing, bid rigging, market allocation] or other conduct constituting a criminal violation of Section 1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. § 1, in the widget industry [insert geographic scope: e.g., in the United States and elsewhere]. This Agreement is conditional and depends upon Applicant (1) establishing that it is eligible for leniency as it represents in paragraph 1 of this Agreement, and (2) cooperating in the Antitrust Division’s investigation as required by paragraph 2 of this Agreement. After Applicant establishes that it is eligible to receive leniency and provides the required cooperation, the Antitrust Division will notify Applicant in writing that it has been granted unconditional leniency. It is further agreed that disclosures made by counsel for Applicant in furtherance of the leniency application will not constitute a waiver of the attorney-client privilege or the protections of the work-product doctrine. Applicant represents that it is fully familiar with the Antitrust Division’s Corporate Leniency Policy dated August 10, 1993 (attached), which is incorporated by reference herein.² The “date of this letter” as used herein means the date that the Antitrust Division executes this letter.

¹ *If subsidiaries are included in the scope of the conditional leniency letter, either name the included subsidiaries or if they are too numerous to name, identify them as “entities that [Generic Company, Ltd.] had a greater than 50% ownership interest in as of the date of this letter.” If other types of related entities are included in the scope of the conditional leniency letter, name them. When subsidiaries or other related entities are included, the parenthetical reference to Applicant will change to “(collectively “Applicant”).”*

² For a further explanation of the Antitrust Division’s Corporate Leniency Policy and how the Division interprets the policy, see *Frequently Asked Questions About the Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters* (Jan. 26, 2017), <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>.

1. **Eligibility:** Applicant desires to report to the Antitrust Division [e.g., price-fixing, bid-rigging, market-allocation] activity or other conduct constituting a criminal violation of Section 1 of the Sherman Act in the widget industry [insert geographic scope: e.g., in the United States and elsewhere] (“the anticompetitive activity being reported”). Applicant represents to the Antitrust Division that it is eligible to receive leniency in that, in connection with the anticompetitive activity being reported, it:

- (a) took prompt and effective action to terminate its participation in the anticompetitive activity being reported upon discovery of the activity;³ and
- (b) did not coerce any other party to participate in the anticompetitive activity being reported and was not the leader in, or the originator of, the activity.

Applicant agrees that it bears the burden of proving its eligibility to receive leniency, including the accuracy of the representations made in this paragraph and that it fully understands the consequences that might result from a revocation of leniency as explained in paragraph 3 of this Agreement. As used in this Agreement, discovery of the anticompetitive activity being reported means discovery by the authoritative representatives of Applicant for legal matters, either the board of directors or counsel representing Applicant.

2. **Cooperation:** Applicant agrees to provide truthful, full, continuing, and complete cooperation to the Antitrust Division in connection with the anticompetitive activity being reported, including, but not limited to, the following:

- (a) providing a full exposition of all facts known to Applicant relating to the anticompetitive activity being reported;
- (b) providing promptly, and without requirement of subpoena, all documents, information, or other materials in its possession, custody, or control, wherever located, not protected under the attorney-client privilege or work-product doctrine, requested by the Antitrust Division in connection with the anticompetitive activity being reported, to the extent not already produced;
- (c) using its best efforts to secure the truthful, full, continuing, and complete cooperation of [[insert name(s) of any specific former director, officer, or employee “carved in,” i.e., included in the scope of, the conditional

³ *If there is a significant lapse in time between the date the Applicant discovered the anticompetitive activity being reported and the date Applicant reported the activity to the Antitrust Division, the Division reserves the right to require the Applicant to also represent in the eligibility paragraph that it “discovered the anticompetitive activity being reported in or about [month/year] and terminated its participation in the activity in or about [month/year].”*

leniency letter] and]⁴the current⁵ directors, officers, and employees of Applicant[, but excluding [insert name(s) of any specific current director, officer, or employee or specific individual of ambiguous employment status who is excluded from the scope of the conditional leniency letter],⁶

⁴ *The Corporate Leniency Policy does not refer to former directors, officers, and employees and thus they are presumptively excluded from grants of corporate leniency. The Division may, however, in its sole discretion include specific named former directors, officers, or employees in the negotiated scope of a corporate conditional leniency letter or a separate nonprosecution agreement in appropriate cases when they provide substantial, noncumulative cooperation against remaining potential targets, or when their cooperation is necessary for the Applicant to make a confession of criminal antitrust activity sufficient to be eligible for conditional leniency. The decision of whether the Antitrust Division includes specific former directors, officers, or employees in a corporate conditional leniency letter will depend on a number of factors, including whether the Applicant is interested in protecting them and whether it has the ability to help secure the cooperation of key former directors, officers, or employees. The Division will make an individualized, case-by-case decision on whether to include specific former personnel, consistent with the Principles of Federal Prosecution. U.S. Attorneys' Manual 9-27.000, <https://www.justice.gov/usam/usam-9-27000-principles-federal-prosecution>. Before the Division decides whether to include specific former personnel in the scope of a corporate conditional leniency letter, those individuals must submit to an interview with Division attorneys and company counsel must make a commitment that the company will continue to assist in securing the cooperation of those individuals, including that the former personnel will continue to be made available for interviews and testimony.*

⁵ *Under the Corporate Leniency Policy, current directors, officers, and employees of applicants for Type A Leniency will receive leniency if the corporate applicant qualifies for leniency and they admit their involvement in the illegal antitrust activity with candor and completeness as part of the corporate confession and continue to assist the Division. In addition, current directors, officers, and employees who did not participate in the conspiracy but who had knowledge of the conspiracy and cooperate with the Division are also included in the scope of the conditional leniency letter. Under the Corporate Leniency Policy, current directors, officers, and employees who come forward with applicants for Type B Leniency will be considered for immunity from criminal prosecution on the same basis as if they approached the Division individually. The Division often chooses, however, to include protection for current directors, officers, and employees of Type B applicants in a corporate conditional leniency letter, but the Division may exercise its discretion to exclude from the protections offered by a corporate conditional leniency letter those current directors, officers, and employees of Type B applicants who are determined to be highly culpable.*

⁶ *If a current director, officer, or employee of an applicant does not fully cooperate with the Division's investigation, he or she will be excluded from, or "carved out" of, the conditional leniency letter. Also, as detailed in paragraph 4, if a current director, officer, or employee who is originally included in the scope of the conditional leniency letter stops fully cooperating after the conditional leniency letter is issued, the letter as it pertains to that individual will be void, and the Division may revoke any protection conditionally granted to that individual under the letter.*

regardless of [his][her][their] employment status,] (collectively “covered employees”), and encouraging such persons voluntarily to provide the Antitrust Division with any information they may have relevant to the anticompetitive activity being reported;

- (d) facilitating the ability of covered employees to appear for such interviews or testimony in connection with the anticompetitive activity being reported as the Antitrust Division may require at the times and places designated by the Division;
- (e) using its best efforts to ensure that covered employees who provide information to the Antitrust Division relevant to the anticompetitive activity being reported respond completely, candidly, and truthfully to all questions asked in interviews and grand jury appearances and at trial;
- (f) using its best efforts to ensure that covered employees who provide information to the Antitrust Division relevant to the anticompetitive activity being reported make no attempt either falsely to protect or falsely to implicate any person or entity; and
- (g) making all reasonable efforts, to the satisfaction of the Antitrust Division, to pay restitution to any person or entity injured as a result of the anticompetitive activity being reported, in which Applicant was a participant. However, Applicant is not required to pay restitution to victims whose antitrust injuries are independent of, and not proximately caused by, any effect on (i) trade or commerce within the United States, (ii) import trade or commerce, or (iii) the export trade or commerce of a person engaged in such trade or commerce in the United States, which effect was proximately caused by the anticompetitive activity being reported.

Current directors, officers, and employees are defined for purposes of this Agreement as individuals who are directors, officers, or employees of the Applicant as of the date of this letter. [The cooperation requirements in subparagraphs (c) through (f) of paragraph 2 [do not apply to former directors, officers, or employees of Applicant who are not covered employees]⁷[and]do not apply to [insert name(s) of any specific current personnel or specific individuals of ambiguous employment status who are excluded from the scope of the conditional leniency letter], regardless of [his][her][their] employment status.]]

3. Corporate Leniency: Subject to verification of Applicant’s representations in paragraph 1 above, and subject to its truthful, full, continuing, and complete cooperation, as described in paragraph 2 above, the Antitrust Division agrees conditionally to accept Applicant into [Part A/Part B] of the Corporate Leniency Program, as explained in the attached Corporate

⁷ Insert this bracketed language if specific named former personnel are carved into the definition of covered employees.

Leniency Policy. Pursuant to that policy, the Antitrust Division agrees not to bring any criminal prosecution against Applicant for any act or offense it may have committed prior to the date of this letter⁸ in furtherance of the anticompetitive activity being reported. The commitments in this paragraph are binding only upon the Antitrust Division, although, upon request of Applicant, the Division will bring this Agreement to the attention of other prosecuting offices or administrative agencies. If at any time before Applicant is granted unconditional leniency the Antitrust Division determines that Applicant (1) contrary to its representations in paragraph 1 of this Agreement, is not eligible for leniency or (2) has not provided the cooperation required by paragraph 2 of this Agreement, this Agreement shall be void, and the Antitrust Division may revoke the conditional acceptance of Applicant into the Corporate Leniency Program. Before the Antitrust Division makes a final determination to revoke Applicant's conditional leniency, the Division will notify counsel for Applicant in writing of the recommendation of Division staff to revoke the conditional acceptance of Applicant into the Corporate Leniency Program and will provide counsel an opportunity to meet with the Division regarding the potential revocation. Should the Antitrust Division revoke the conditional acceptance of Applicant into the Corporate Leniency Program, the Antitrust Division may thereafter initiate a criminal prosecution against Applicant in connection with the anticompetitive activity being reported, without limitation. Should such a prosecution be initiated, the Antitrust Division may use against Applicant in any such prosecution any documents, statements, or other information provided to the Division at any time pursuant to this Agreement by Applicant or by any of its current or former directors, officers, or employees. Applicant understands that the Antitrust Division's Leniency Program is an exercise of the Division's prosecutorial discretion, and Applicant agrees that it may not, and will not, seek judicial review of any Division decision to revoke its conditional leniency unless and until it has been charged by indictment or information for engaging in the anticompetitive activity being reported.

4. Nonprosecution Protection For Covered Employees: Subject to verification of Applicant's representations in paragraph 1 above, and subject to Applicant's truthful, full, continuing, and complete cooperation as described in paragraph 2 above, the Antitrust Division agrees that covered employees who admit to the Division their knowledge of, or participation in, and provide truthful, full, continuing, and complete cooperation with the Division in its investigation of, the anticompetitive activity being reported shall not be prosecuted criminally by the Antitrust Division for any act or offense committed during their period of employment at Applicant prior to the date of this letter⁹ in furtherance of the anticompetitive activity being

⁸ *If there is a significant lapse in time between the date the Applicant discovered the anticompetitive activity being reported and the date Applicant reported the activity to the Antitrust Division, and hence a significant lapse in time between the date the Applicant was required to take prompt and effective action to terminate its participation in the activity and the date the Applicant reported the activity to the Division, the Division reserves the right to grant conditional leniency only up to the date the Applicant represents it terminated its participation in the activity.*

⁹ *If there is a significant lapse in time between the date the Applicant discovered the anticompetitive activity being reported and the date Applicant reported the activity to the Antitrust Division, and hence a significant lapse in time between the date the Applicant was required to take prompt and effective action to terminate its participation in the activity and the*

reported. [The conditional leniency, immunity, or nonprosecution (hereinafter “conditional nonprosecution protection”) granted to individuals under this Agreement [does not apply to former directors, officers, or employees of Applicant who are not covered employees]¹⁰[[and] does not apply to [insert name(s) of any specific current personnel or specific individuals of ambiguous employment status who are excluded from the scope of the conditional leniency letter],¹¹ regardless of [his][her][their] employment status].]Such truthful, full, continuing, and complete cooperation shall include, but not be limited to:

- (a) producing in the United States all documents and records, including personal documents and records, and other materials, wherever located, not protected under the attorney-client privilege or work-product doctrine, requested by attorneys and agents of the United States in connection with the anticompetitive activity being reported;
- (b) making himself or herself available for interviews in the United States upon the request of attorneys and agents of the United States in connection with the anticompetitive activity being reported;
- (c) responding fully and truthfully to all inquiries of the United States in connection with the anticompetitive activity being reported, without falsely implicating any person or intentionally withholding any information, subject to the penalties of making false statements (18 U.S.C. § 1001) and obstruction of justice (18 U.S.C. § 1503 *et seq.*);
- (d) otherwise voluntarily providing the United States with any materials or information, not requested in (a) - (c) of this paragraph and not protected under the attorney-client privilege or work-product doctrine, that he or she may have relevant to the anticompetitive activity being reported; and
- (e) when called upon to do so by the United States, testifying in trial and grand jury or other proceedings in the United States, fully, truthfully, and under oath, subject to the penalties of perjury (18 U.S.C. § 1621), making false statements or declarations in grand jury or court proceedings (18 U.S.C. § 1623), contempt (18 U.S.C. §§ 401-402), and obstruction of justice (18 U.S.C. § 1503 *et seq.*), in connection with the anticompetitive activity being reported.

date the Applicant reported the activity to the Division, the Division reserves the right to grant conditional leniency, immunity, or nonprosecution to individuals under this Agreement only up to the date the Applicant represents it terminated its participation in the activity.

¹⁰ *Insert this bracketed language if specific named former personnel are carved into the definition of covered employees.*

¹¹ *See supra note 6.*

The commitments in this paragraph are binding only upon the Antitrust Division, although, upon the request of Applicant, the Division will bring this Agreement to the attention of other prosecuting offices or administrative agencies. In the event a covered employee fails to comply fully with his or her obligations hereunder, this Agreement as it pertains to such individual shall be void, and any conditional leniency, immunity, or nonprosecution (hereinafter "conditional nonprosecution protection")¹² granted to such individual under this Agreement may be revoked by the Antitrust Division. The Antitrust Division also reserves the right to revoke the conditional nonprosecution protection of this Agreement with respect to any covered employee who the Division determines caused Applicant to be ineligible for leniency under paragraph 1 of this Agreement, who continued to participate in the anticompetitive activity being reported after Applicant took action to terminate its participation in the activity and notified the individual to cease his or her participation in the activity, or who obstructed or attempted to obstruct an investigation of the anticompetitive activity being reported at any time, whether the obstruction occurred before or after the date of this letter. Absent exigent circumstances, before the Antitrust Division makes a final determination to revoke an individual's conditional nonprosecution protection, the Division will notify such individual (or his or her counsel, if represented) and Applicant's counsel in writing of the recommendation of Division staff to revoke the conditional nonprosecution protection granted to the individual under this Agreement and will provide an opportunity to meet with the Division regarding the potential revocation. Should any conditional nonprosecution protection granted to an individual under this Agreement be revoked, the Antitrust Division may thereafter prosecute such individual criminally in connection with the anticompetitive activity being reported, without limitation, and may use against such individual in such prosecution any documents, statements, or other information which was provided to the Division at any time pursuant to this Agreement by Applicant or by any of its current or former directors, officers, or employees, including such individual. Judicial review of any Antitrust Division decision to revoke any conditional nonprosecution protection granted to an individual under this Agreement is not available unless and until the individual has been charged by indictment or information for engaging in the anticompetitive activity being reported.

5. **Gadget Investigation:** Applicant acknowledges that it is a [subject/target of] [defendant in] a separate investigation into [price-fixing, bid-rigging, and market-allocation] activity, or other conduct constituting a criminal violation of Section 1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. § 1, [and related statutes,] in the gadget industry [insert geographic scope--e.g., in the United States and elsewhere] and that some of its current and former directors, officers, or employees are, or may become, subjects, targets, or defendants in that separate investigation. Nothing in this Agreement limits the United States from criminally prosecuting Applicant or any of its current or former directors, officers, or employees in connection with the gadget investigation. The status of Applicant or any of its current or former directors, officers, or employees as a subject, target, or defendant in the gadget investigation does not abrogate, limit, or otherwise affect Applicant's cooperation obligations under paragraph 2 above, including its obligation to use its best efforts to secure the truthful, full, continuing, and complete cooperation

¹² *If the optional bracketed carve-out sentence is included earlier in this paragraph, only the phrase "conditional nonprosecution protection" will be used here rather than repeating "conditional leniency, immunity, or nonprosecution (hereinafter "conditional nonprosecution protection")." See bracketed sentence associated with notes 10 and 11.*

of covered employees, or the cooperation obligations of covered employees under paragraph 4 above. A failure of a covered employee to comply fully with his or her obligations described in paragraph 4 above includes, but is not limited to, regardless of any past or proposed cooperation, not making himself or herself available in the United States for interviews and testimony in trials, grand jury, or other proceedings upon the request of attorneys and agents of the United States in connection with the anticompetitive activity being reported because he or she has been, or anticipates being, charged, indicted, or arrested in the United States for violations of federal antitrust law [and related statutes] involving the gadget industry. Such a failure also includes, but is not limited to, not responding fully and truthfully to all inquiries of the United States in connection with the anticompetitive activity being reported because his or her responses may also relate to, or tend to incriminate him or her in, the gadget investigation. Failure to comply fully with his or her cooperation obligations further includes, but is not limited to, not producing in the United States all documents, including personal documents and records, and other materials requested by attorneys and agents of the United States in connection with the anticompetitive activity being reported because those documents may also relate to, or tend to incriminate him or her in, the gadget investigation. The cooperation obligations of paragraph 4 above do not apply to requests by attorneys and agents of the United States directed at [price-fixing, bid-rigging, or market-allocation] activity in the gadget industry if such requests are not, in whole or in part, made in connection with the anticompetitive activity being reported. The Antitrust Division may use any documents, statements, or other information provided by Applicant or by any of its current or former directors, officers, or employees to the Division at any time pursuant to this Agreement against Applicant or any of its current or former directors, officers, or employees in any prosecution arising out of the gadget investigation, as well as in any other prosecution.

6. **Entire Agreement:** This letter constitutes the entire agreement between the Antitrust Division and Applicant, and supersedes all prior understandings, if any, whether oral or written, relating to the subject matter herein. This Agreement cannot be modified except in writing, signed by the Antitrust Division and Applicant.

7. **Authority And Capacity:** The Antitrust Division and Applicant represent and warrant each to the other that the signatories to this Agreement on behalf of each party hereto have all the authority and capacity necessary to execute this Agreement and to bind the respective parties hereto.

The signatories below acknowledge acceptance of the foregoing terms and conditions.

Sincerely,

Date: _____

[Name]
Assistant Attorney General
Antitrust Division

[Name]
[Position]
[Generic Company, Ltd.]

Date: _____

[Counsel Name]
Counsel for [Generic Company, Ltd.]

Date: _____

ANEXO 8 – Modelo de Acordo de Leniência do Departamento de Justiça dos Estados Unidos para funcionários (*Dual Investigations Acknowledgment Letter for Employees*).



U.S. Department of Justice

Antitrust Division

[section address]

[Name and address]

Re: Widget and Gadget Investigations

Dear [Name]:

On ____ __, 20XX the Antitrust Division of the United States Department of Justice and [Generic Company, Ltd. (“Applicant”)] entered into an agreement granting Applicant conditional leniency for its participation in [price fixing, bid rigging, and market allocation] or other conduct constituting a criminal violation of Section 1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. § 1, in the widget industry [insert geographic scope: e.g., in the United States and elsewhere] (“Applicant Agreement”). A copy of the Applicant Agreement is attached. You are a “covered employee” as defined in paragraph 2(c) of the Applicant Agreement. You are also a [subject/target of] [defendant in] the Antitrust Division’s gadget investigation as referenced in paragraph 5 of the Applicant Agreement.

The Applicant Agreement governs the terms and conditions of your eligibility for leniency protection in the widget investigation. Your signature below signifies that you have read, understood, and will comply with the terms and conditions of the Applicant Agreement. Please sign, and have your attorney sign, below in acknowledgment.

Sincerely yours,

Date: _____

Attorney
Antitrust Division

Individual

Date

Counsel for Individual

Date