

ACORDOS DE LENIÊNCIA E ADVOCACIA PÚBLICA NO NOVO CPC

Bruno Fernandes Dias*

Sumário – 1. Introdução; 2. Visão geral dos acordos de leniência; 2.1 Acordos de leniência como modelo jurídico; 2.2 Pontos controvertidos do instituto; 3. Acordos de leniência no quadro processual inaugurado pelo CPC de 2015; 4. Quatro vetores material-processuais nos acordos de leniência; 4.1. Extinção da punibilidade e prescrição; 4.2. Sigilo e utilização de provas; 4.3. Regularização e dissolução da pessoa jurídica; 4.4. Reparação integral do dano e inafastabilidade da jurisdição; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

1. Introdução

O direito positivo existente, no Brasil, sobre os acordos de leniência formalizados pela Administração Pública com pessoas jurídicas que tenham cometido ilícitos tipificados na Lei Federal nº 12.846, de 01 de agosto de 2013 (“Lei Anticorrupção”), dá margem a uma intrincada reflexão acadêmico-profissional. Regras de caráter procedimental e material, apenas recentemente editadas, exigem um cuidadoso esforço estruturante do ponto de vista normativo – um esforço que os escândalos de corrupção tornados públicos no país teimam em atropelar quase diariamente, apressando uma análise que deveria ser parcimoniosa. Isso faz com que o instituto vá sendo concebido, perigosamente, enquanto os fatos se desenrolam. Pode-se dizer que essa receita para a instabilidade tem sido seguida. A Lei Anticorrupção sofreu uma mudança sensível no regramento dos acordos de leniência por meio da Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015 (“Medida Provisória”), apenas para que o Congresso Nacional sequer chegasse a votar sua transformação em lei. No terceiro ato, depois de maio de 2016, o novo governo recua em qualquer plano de propor de maneira muito rápida uma outra formatação; e o que se tem é o retorno ao ponto inicial, com a tramitação de projetos legislativos no Congresso que podem subitamente mudar tudo mais uma vez.¹

Não bastasse tudo isso, existe, de um lado, o alargamento dos acordos para situações não regidas formalmente pela Lei Anticorrupção, como acontece, por força do art. 17, com os ilícitos previstos na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, muito embora se tenha deixado de fora as Leis Federais nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão) e nº 12.462, de 04 de agosto de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratação).² Por outro lado, outros diplomas, de forma autônoma,

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Os principais projetos são os PL 3.636/15 e PL 5.208/2016. As referências ao “Projeto” dirão respeito a este último. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083754>. Acesso em: 02 Jul. 2016.

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (org). Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014. p. 45.

trazem regras próprias, muito semelhantes, mas com diferenças sensíveis: é o caso da legislação anticoncorrencial aplicada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para não falar da colaboração premiada instituída pela Lei Federal nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (“Lei das Organizações Criminosas”).

O lugar-comum do combate à corrupção no Brasil,³ recortado para o tema dos acordos de leniência, é um domínio analiticamente complexo. Quase todas as facetas do problema se circunscvem, entretanto, direta ou indiretamente, na esfera de competências da Advocacia Pública brasileira. Daí o interesse em estudá-lo em perspectiva institucional e até com certo otimismo. A escala do problema sendo global, os avanços locais não devem ser perdidos de vista – devem mesmo ser compreendidos como um elemento estratégico para a solução. Antes de o instituto surgir no panorama brasileiro, empresas estrangeiras por vezes reportavam para autoridades estrangeiras ilícitos cometidos na esfera brasileira, e sequer contavam com um instrumento normativo para fazer o mesmo no Brasil. O resultado previsível era o de que os fatos não chegavam ao conhecimento das autoridades nacionais. A punição, se é que alguma, limitava-se ao que outras autoridades entendiam como adequado, geralmente sem qualquer reparação para o ente lesado. Isso deve mudar, tanto mais porque empresas com fortes laços nacionais, por vezes até familiares, estão no epicentro de uma série de irregularidades cometidas neste que é um dos terrenos mais típicos de corrupção no país: as obras públicas.⁴

O enquadramento dessa iniciativa, à luz do papel da Advocacia Pública e sob o influxo normativo do Código de Processo Civil de 2015, dentre os muitos enfoques que o assunto evoca, será selecionado e feito em alguns vetores material-processuais suscitados pelos acordos. Depois de serem apresentadas breves considerações, nos dois primeiros capítulos do trabalho, com uma visão geral dos acordos de leniência e uma perspectiva prática da dimensão processual do instituto, o terceiro capítulo trará uma análise dos seguintes vetores: (i) a extinção da punibilidade, associada ao tema das hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição; (ii) o sigilo em torno dos acordos, por sua vez ligado à utilização da prova por e contra terceiros; (iii) a regularização do status da pessoa jurídica, contraposta à dissolução da pessoa jurídica; e, por fim, (iv) a reparação integral do dano e a inafastabilidade da jurisdição.

2. Visão Geral dos Acordos de Leniência

Os acordos de leniência da Lei Anticorrupção, segundo o tratamento dado pelos arts. 16 e 17 da lei, têm como principal pressuposto normativo a colaboração das empresas com as investigações, relativamente aos fatos abarcados pelo respectivo processo administrativo de responsabilização. Quer-se, com tais acordos, atingir o objetivo específico de identificar os demais envolvidos e obter mais celeremente informações e documentos esclarecedores de ilicitudes que hajam sido cometidas – não muito diferentemente, portanto, do modo pelo qual o art. 7º da Lei enaltece as empresas que incentivem, internamente, as denúncias. A premissa situacional relevante é a de que um procedimento administrativo qualquer de investigação

³ BENEDETOO, Maria de. Corruption and Controls. *European Journal of Law Reform*. Vol. 17. 2015. p. 481.

⁴ SOUZA, Ricardo Inglez; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Lei Anticorrupção e a defesa da concorrência. *Revista dos Tribunais*. Vol. 947/2014. Set/2014. Versão digital. p. 2.

já esteja em curso ou seja inaugurado justamente mediante o acesso àquilo que a empresa colaboradora trará ao conhecimento das autoridades. A lei traz requisitos e consequências para a celebração do acordo, muitos dos quais, em meio a críticas de todas as espécies, sofreram alterações significativas com a edição da Medida Provisória e foram revistos, em bases inovadoras, pelo Projeto.

Tudo isso parece refletir mais do que um impasse. Chega-se mesmo a atribuir a uma particularidade cultural latina a resistência que o instituto enfrenta no Brasil, seja pela perspectiva da traição que o colaborador opera, seja pela injustiça de se recompensar quem haja cometido uma ilicitude.⁵ Não somente por aqui a discussão ganhou tais contornos. Interessantemente, nos Estados Unidos, na seara propriamente criminal, o início dos anos 2000 marcou uma discussão judicial e acadêmica sobre se programas dessa natureza não configurariam pagamento de propina da parte dos acusadores que, ao oferecerem leniência, conseguiam depoimentos de pessoas lateralmente envolvidas nos crimes.⁶ No caminho pavimentado pela mais autorizada doutrina nacional, de toda sorte, que tem propugnado uma ampliação do controle de juridicidade,⁷ a leniência irrompeu em matéria de responsabilização civil e administrativa das empresas por obra do próprio legislador, hoje já representando uma relevante e crescente fonte de renda.⁸

Um aspecto duramente criticado na sistemática de combate à corrupção no Brasil, como elemento de instabilidade e insegurança para as empresas em estágio de negociação de um acordo de leniência, é o da pulverização de autoridades competentes. Naturalmente, o argumento replica-se em escala internacional; e a doutrina não tem deixado de propor que as autoridades de diferentes países, depois de terem amplamente reconhecido os benefícios dessa política pública, sigam o passo lógico seguinte, qual seja, a coordenação do processo de definição de *markers*.⁹ Voltando à situação brasileira, o fato é que, à diversidade de órgãos existentes em uma única esfera federativa, não raro com sobreposição institucional, somam-se, ainda, seus desdobramentos, simétricos ou não, nos três entes federativos. Que isso dificulta o impulso nos acordos é inegável, mas uma reflexão mais detida talvez levará à conclusão de que, já na origem, o comportamento desviante, em matéria de corrupção, é permeado necessariamente por essa multiplicidade de agentes.

Nas próprias empresas isso é visível, pois se as iniciativas de compliance apenas se tornam eficazes quando saem do setor de *compliance* para serem incorporadas pela área de negócios da empresa, é apenas natural que a decisão sobre a adesão a um acordo de leniência seja, ela própria, uma decisão negocial que leva em conta diversos fatores e que potencialmente coloca em posições antagônicas alguns dos seus *stakeholders*.

⁵ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. Lei Anticorrupção. Origens, Comentários e Análise da Legislação Correlata. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 91-92.

⁶ GOWDY, Bryan S. Leniency Bribes: Justifying the Federal Practice of Offering Leniency for Testimony. Louisiana Law Review. Vol. 60. 1999-2000. pp. 447-479. FINKLEA, Jack A. Leniency in Exchange for Testimony: Bribery or Effective Prosecution? Indiana Law Review. Vol. 33. No. 3. 2000. pp. 957-989.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. pp. 138-139.

⁸ NÚMERO de pedidos de acordo de leniência aumenta 50%. O Globo. Rio de Janeiro. 18 Jul. 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/numero-de-pedidos-de-acordo-de-leniencia-aumenta-50-19737139>. Acesso em: 18 Jul. 2016.

⁹ TALADAY, John. M. Time for a Global “One-Stop Shop” for Leniency Markers. Antitrust. Vol 27. 2012-2013. p. 48.

Em suma, a tensão entre pessoa jurídica e seus agentes, muitos dos quais, nos casos que têm se tornado públicos, recebiam kickbacks dos valores pagos em propinas,¹⁰ duplamente expondo a pessoa jurídica, pode representar um conflito de interesses bem mais direto do que a mera diferença de entendimento que órgãos governamentais possam ter uns para com os outros. Normativamente, o mosaico de competências de autoridades públicas não é exclusividade brasileira. Esse mosaico decorre da própria concepção federalista. A esse respeito, vale observar que, nos Estados Unidos, enquanto os casos de corrupção externa de fato se circunscrevem a um número restrito de agências (*Department of Justice e o Federal Bureau of Investigation*), as situações de corrupção interna permanecem sendo uma questão administrativa de cada unidade da administração pública.

Não custa, por fim, pontuar que, qualquer que seja o entendimento dominante acerca da legitimidade, ou não, dos acordos de leniência, é fato que, do ponto de vista formal, a celebração de um acordo com uma determinada pessoa jurídica em nada afeta o devido processo legal e o contraditório que deverão ser forçosamente observados para a efetiva punição de terceiros cujo envolvimento no ato ilícito venha a ser mencionado. Mesmo dentro de um quadro em que o ônus probatório das autoridades sobrepasa a necessidade de demonstração da culpa, nos termos do art. 2º da Lei, a técnica da responsabilização objetiva, respaldada que seja por um acordo de leniência, continua a exigir a efetiva demonstração da conduta, do dano e do nexó causal. Mais do que isso, a responsabilização civil e administrativa de terceiros, ela própria, seguirá dependendo de uma manifestação conclusiva e autônoma, exarada em procedimento administrativo de responsabilização.¹¹

2.1 Acordos de Leniência como Modelo Jurídico

Doutrinariamente, os acordos de leniência têm sido enquadrados como uma manifestação do princípio da consensualidade administrativa, a qual exige do poder público uma atuação simultânea de mediador e garante, pautada no diálogo, com vistas “à eficiência, responsabilidade (...), gerando o que se pode denominar de boas práticas de boa governança”.¹² Mais especificamente, seriam uma “modalidade de transação administrativa, haja vista que consiste em uma negociação, mediante concessões recíprocas, que visa ao encerramento das atividades ilegais por meio das informações e provas fornecidas”.¹³ Alguns doutrinadores colocam ressalvas mitigadoras importantes a essa visão transacional, na medida em que o dever de reparação do dano civil permanece intocado pelo acordo, constituindo uma obrigação autônoma da pessoa jurídica sobre a qual o poder público não transige, segundo estatui o art. 16, § 3º da Lei Anticorrupção. Outra linha de raciocínio observa que a leniência não funcionaria como uma anistia

¹⁰ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. Informação verbal. Discurso proferido na 6ª Cúpula Brasileira Anticorrupção, em São Paulo, 23 de maio de 2016.

¹¹ GOWDY, Bryan S. Leniency Bribes: Justifying the Federal Practice of Offering Leniency for Testimony. *Louisiana Law Review*. Vol. 60. 1999-2000. pp. pp. 477-479

¹² MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 153-167, jan./mar. 2014. pp. 157-158

¹³ *Ibidem*. p. 165.

condicionada, senão como uma causa de diminuição¹⁴ e, dir-se-ia, de antecipação da pena.

A razão de ser dos acordos de leniência, no entanto, não está somente em promover a consensualidade; está também em permitir que seja modulada a assimetria de informações que, com frequência, separa a Administração e os agentes responsáveis, sobretudo por conta da natureza camuflada dos atos ilícitos. É que, “aquele que adota conduta contrária ao direito possui mais informações sobre o fato e não tem qualquer incentivo para fornecê-las àqueles que podem contrastar o ato por si praticado e, mesmo, responsabilizá-lo.”¹⁵ Daí a ligação natural que o tema encerra com as iniciativas de compliance: “uma vez detectado o ilícito, [pode ser feita] a denúncia à autoridade competente e celebr[ado] o respectivo acordo de leniência. É uma válvula de escape, que possibilita e incentiva o controle e a inibição.”¹⁶

Importante subproduto dessa sistemática, a continuidade das atividades da empresa de maneira expedita – em oposição a estar por anos envolvida em uma disputa com o poder público, com perda reputacional para com seus acionistas, parceiros comerciais, financiadores, e funcionários – é igualmente vista como um benefício que ultrapassa a esfera de interesses da própria pessoa jurídica. “Os acordos de leniência apenas se justificam em face do princípio constitucional da função social da empresa, para que muitos não sejam prejudicados por eventuais erros de poucos”.¹⁷ Argumentavelmente, a pessoa jurídica que procura a celebração de um acordo de leniência visa a repercutir não apenas em suas práticas internas, mas no mercado como um todo, diminuindo o nível geral de corrupção. No cenário específico das infrações à concorrência, em boa medida transponíveis para os casos de corrupção, os elementos de efetividade do programa de leniência dizem respeito à instabilidade produzida na relação subjacente do conluio, introduzindo-se um novo dado no juízo de custo-benefício que os agentes têm acerca da sua própria conduta. Por isso se fala em “(a) elementos de risco, que são (a.1) probabilidade de detecção pelas autoridades e (a.2) severidade da punição e (b) elementos de incentivo, que são (b.1) imunidade da punição e (b.2) transparência”.¹⁸

Com efeito, a análise econômica do direito administrativo,¹⁹ em geral, e a análise econômica da corrupção, em particular, fornecem subsídios que indicam como a atribuição de recompensas a indivíduos que denunciam ilicitudes pode ser

¹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. Revista dos Tribunais. Vol. 947/2014. Set/2014. Versão Digital. p. 6.

¹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014. p. 74.

¹⁶ Idem.

¹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Acordos de leniência – Evolução do instituto na legislação brasileira – Abrangência, legalidade e atualidade da MP no 703/2015. Parecer. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, ano 13, n. 1, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=240217>>. Acesso em: 20 jun. 2016. p. 15. TAVARES, Carolina de Castro; GIACAGLIA, Alessandro Pezzolo. Efeitos do cumprimento do acordo de leniência. Análise do inc. I do §4º do art. 35-B e do art. 35-C, ambos da Lei 8.884, de 11.06.1994. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 18/2010. Versão digital. p. 9.

¹⁸ FERREIRA NETO, Amadeu de Souza. Programa de leniência e a Lei 12.529/2011: avanços e desafios. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 22/2012. Jul-Dez/2012. Versão digital. pp. 3-4.

¹⁹ BENEDETOO, Maria de. Corruption and Controls. European Journal of Law Reform. Vol. 17. 2015. p. 480.

benéfica.²⁰ Isso, por sua vez, explica como a promoção da leniência tem sido erigida a princípio interpretativo mediante o qual as autoridades buscam encontrar maneiras de incluir as empresas, antes que as excluir do programa.²¹ Em outras palavras: o objetivo não é fundamentalmente o de punir a corrupção, mas, sim, o de que, mediante a cooperação com as próprias empresas – aquelas diretamente envolvidas e aquelas que estão em seu entorno –, a corrupção seja reduzida a seu grau mínimo. Os acordos de leniência, nesse sentido e pela estreita ligação que têm com os programas de integridade, representam um aspecto particular do que a doutrina tem classificado como *smart regulation*²² e *meta regulation*.²³

Em vista dessas características, pode-se indagar se, a exemplo da figura do direito público subjetivo do réu, em seus contornos penais,²⁴ seria possível conceber a celebração dos acordos de leniência como sendo obrigatório para a Administração, uma vez que os requisitos estejam preenchidos. A inclinação é pela negativa. Talvez pela dificuldade mesma de se traçar, objetivamente, parâmetros para verificar tal preenchimento, o que a doutrina tem feito é inverter a perspectiva da questão. Em vez de direito da empresa, estar-se-ia diante de uma prerrogativa condicionada do poder público que, para ser legítima, precisa garantir certos resultados. “O acordo não é, por evidente, um ato de liberalidade do Estado em favor dos infratores, mas uma solução pragmática voltada à obtenção dos melhores resultados práticos possíveis quanto ao desestímulo à prática de condutas infracionais em grupo ou em rede”.²⁵

Esse olhar para os resultados a serem alcançados pelo acordo, naturalmente, pode e deve ultrapassar a questão sobre a mera existência de um determinado ato administrativo, ou mesmo judicial, reconhecendo esta ou aquela faixa de responsabilidade para as empresas. Discorrendo sobre o panorama antitruste, a doutrina aponta um aspecto que subjaz à lógica de acordos em geral, e da sistemática de leniência, em particular. Isso porque aí se nota bem que “a preocupação com a judicialização das decisões tomadas pela autoridade antitruste está mais associada ao tempo de demora para sua definitividade que propriamente ao risco de revisão judicial do ato administrativo”.²⁶ Portanto, os acordos cumprem um papel não apenas de atribuição de responsabilidade, mas também de solução rápida, no mundo dos fatos, da falta de aderência regulatória que até então vinha sendo uma anomalia grave no desenvolvimento das atividades das pessoas jurídicas.

²⁰ Ver: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Corruption and optimal law enforcement. *Journal of Public Economics*. Vol. 81. 2001. Pág. 19 e ss.

²¹ HAMMOND, Scott. Dr. Cornerstones of an effective cartel leniency programme. *Competition Law International*. Vol 4. 2008. p. 10.

²² GUNNINGHAM, Neil. Enforcement and Compliance Strategies. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 131

²³ *Ibidem*. p. 135.

²⁴ PONTES, Evandro Fernandes de. Dissolução compulsória da pessoa jurídica: desafios sobre a Lei 12.846/2013 e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Empresarial*. Vol. 14/2016. Mar-Abr/2016. Versão digital. p. 9

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 113.

²⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi. Acordos substitutivos dão mais eficácia ao direito da concorrência? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 227.

Cabe, ainda, pontuar um importante *insight* sobre o mecanismo de operação dos acordos de leniência, obtido ao se aprofundar a noção desenvolvida por RICHARD POSNER de intervenção estatal no comportamento das pessoas e empresas. Desde uma base analítica econômica, as noções de regulação e contencioso poderiam ser aproximadas, quanto ao efeito dissuasivo da ameaça de responsabilização. Esse modelo pressupõe o descarte da função indenizatória, mais bem tratada por técnicas de seguro, para enfatizar que a regulação é o modo como os agentes administrativos endereçam questões de incentivos e desincentivos comportamentais; ao passo que o contencioso representa como tais incentivos e desincentivos são tratados pelos juízes. Aqui se leva em conta não apenas que as decisões contenciosas são produzidas por juízes, mas também o fato de que as doutrinas jurídicas que, em última análise, fundamentam tais decisões são, elas próprias, escolhidas pelos juízes.²⁷

Algumas diferenças estruturais na forma de atuação dos agentes administrativos e dos juízes – abstraídas peculiaridades na forma de nomeação desses indivíduos no cenário norteamericano – jogam luzes na particularidade dos acordos de leniência. A regulação tem um caráter preventivo e baseado em regras; é implementada por especialistas e se vale de mecanismos públicos (normativos) de execução. O contencioso é dotado de um caráter repressivo e baseado em standards; é implementada por generalistas e se vale de mecanismos particulares (patrimoniais) de execução.²⁸ Em que pese a impossibilidade de transplante rigoroso para a realidade brasileira, o modelo teórico de POSNER, deixando o observador em dúvidas sobre como enquadrar os acordos de leniência, acaba por revelar a particularidade do instituto. Afinal, acordos de leniência reprimem determinados atos cometidos por determinadas empresas, mas, ao mesmo tempo, previnem que um conjunto geralmente maior de agentes continue a perpetrar aquela ilicitude e possivelmente outras que lhe são correlatas; eles buscam remediar violações a regras explícitas do ordenamento, mas o fazem com uma abordagem extremamente flexível quanto à apuração dos danos; são negociados por especialistas, mas tendem a requerer a homologação de um generalista; e embora, quando violados, possam disparar punições de caráter público-normativo, como a proibição de contratar ou de receber verbas públicas, os acordos também suscitam punições de ordem privada diretamente ligada à persecução patrimonial das empresas.

Tantos dualismos e particularidades estando presentes no modo de atuação do instituto, é inevitável, como se verá na sequência, que controvérsias técnico-jurídicas também surjam de seu contraste com outros comandos normativos espalhados pelo ordenamento.

2.2 Pontos Controvertidos do Instituto

Dadas as flutuações legislativas em torno de vários pontos controvertidos dos acordos de leniência, passa-se a uma análise sucinta de algumas questões que, ou estão textualmente contidas em pelo menos uma das versões normativas, ou implicitamente representam pontos sensíveis de caráter prático que afetam a aplicação do instituto.

²⁷ POSNER, Richard. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts). An Analytical Framework. In: KESSLER, Daniel P. (ed.). Regulation versus Litigation. Perspectives from Economics and Law. Chicago-London: The University of Chicago Press, 2011. p. 11

²⁸ Ibidem. p. 13.

Por ora, serão vistos alguns elementos mais genéricos que necessariamente orbitam os estudos dos acordos de leniência, se bem que possam ser omitidos da legislação conforme a preferência do legislador. Reserva-se ao terceiro capítulo um comentário mais detalhado dos quatro vetores materiais-processuais mencionados na introdução.

A competência para a celebração dos acordos. Dificilmente bem equacionada em qualquer tema de direito público no Brasil, a competência para a celebração dos acordos tem sido marcada por variações legislativas e alguma controvérsia institucional. A Lei Anticorrupção, em seu art. 16, caput, resolve o ponto atribuindo essa competência “à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública”. O § 10º do art. 16, em complemento, especifica que, no âmbito federal, bem como “no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira”, a atuação compete à Controladoria-Geral da União. Já na Medida Provisória, buscou-se reafirmar a competência dos órgãos de controle interno das unidades federativas, abrindo-se margem, porém, para que, de forma conjunta, pudessem atuar o Ministério Público e a Advocacia Pública. O Projeto, por fim, trouxe, como regra, a atuação da Advocacia Pública, com a possibilidade de participação direta do Ministério Público, órgão que já tem se destacado nesse âmbito, inclusive mediante a participação de acordos celebrados pelo CADE.²⁹ Não exatamente polêmico, ao menos no que toca à interpretação de que os arts. 131 e 132 da CRFB/88 desde logo reservam à Advocacia Pública a representação judicial, extrajudicial e a consultoria jurídica da União e dos Estados, aí certamente englobando os acordos de leniência, o tema se desdobra em inúmeras outras questões. Basta ver que o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, ainda na vigência da Medida Provisória, em ação ajuizada pela Controladoria-Geral da União para o fim de só encaminhar ao Tribunal de Contas informações sobre os acordos que estivesse negociando uma vez que a negociação estivesse concluída.³⁰

Pelas repercussões práticas que a indefinição da competência gera, tanto para a Administração, como para as empresas, o tópico decerto merece a atenção do legislador e um estudo acadêmico em separado. Vale apontar que o desenho institucional da Advocacia Pública, encarecendo sua independência técnica na defesa jurídico-econômica do ente público, revigora a sistemática dos acordos de leniência por intermediar, entre Administração e administrado, os efeitos singulares e sistêmicos do ato administrativo; e por viabilizar a produção de efeitos normativos, em relação a terceiros, com base na fixação de parâmetros seguros. Ademais, a participação da Advocacia Pública nos acordos de leniência harmoniza-se juridicamente outros institutos da própria Lei Anticorrupção. O ente público, em qualquer desdobramento judicial que o assunto tiver, será defendido pela Advocacia Pública.³¹ O próprio acordo, como título executivo extrajudicial, ainda que não venha a ser inscrito em

²⁹ Acordo de leniência firmado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A, e alguns de seus diretores. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/camargo-correa-aponta-em-leniencia-novos-executivos-de-empresas-em-cartel-de-angra-3/>. Acesso em: 03 Jul. 2016.

³⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. STF - MC MS: 34031 DF - DISTRITO FEDERAL 0011477-72.2016.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 22/02/2016, Data de Publicação: DJe-036 26/02/2016.

³¹ Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL AC 5423 RS 2006.71.00.005423-4.

dívida ativa, encerra competência da Advocacia Pública. Nisso já estão pressupostos tanto o controle, pela Advocacia Pública, de liquidez e certeza do débito, como a competência privativa para a execução judicial. Multitemática, a atuação em semelhantes casos deve superar, inclusive, as noções individualistas e rigidamente hierarquizantes que possam eventualmente caracterizar os órgãos da Advocacia Pública, pois evidentemente se trata de trabalho a ser feito em equipes.³²

A *necessidade de a pessoa jurídica ser a primeira a se manifestar*. Segundo o art. 16, I, da Lei Anticorrupção, é requisito para a empresa que pretenda celebrar o acordo que ela seja “a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito”.³³ Removido pela Medida Provisória,³⁴ o aspecto cronológico da leniência foi modificado pelo Projeto para contemplar a pessoa jurídica que primeiro “se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação”. Muito mais técnico, ao se pautar pela efetiva qualificação, em vez de pela mera declaração de interesse, o Projeto tem o mérito de reintroduzir aquele mencionado elemento de instabilidade na relação subjacente do conluio – um elemento que cria um incentivo para que a prática ilícita seja interrompida, e que não envolve unicamente situações de cartéis, mas, sim, toda e qualquer prática ilícita que haja contado com a participação de mais de um agente. São com esses requintes, afinal, que têm sido feitos esquemas sofisticados de pagamento de propina mediante empresas de fechada e instituições financeiras oficiais.

A participação da pessoa jurídica no ilícito. O art. 16, III, da Lei Anticorrupção estabelece como requisito para a celebração do acordo que a pessoa jurídica “admita sua participação no ilícito”. A Medida Provisória, por sua vez, retirou a necessidade expressa dessa admissão, antes exigindo que a pessoa jurídica, “em face de sua responsabilidade objetiva”, coopere com as autoridades. O Projeto, reformulando diversos aspectos do art. 16, mantém como obrigatória a admissão. A vantagem de assim se fazer, mais até do que qualquer mera veiledade de ter o culpado reconhecendo sua culpa, é a da caracterização inequívoca da responsabilidade. Isso porque, mesmo que orientada pela técnica da objetivação, a responsabilidade da pessoa jurídica pelos ilícitos previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção é repleta de dificuldades probatórias, não de seu estado anímico, esse irrelevante, mas da extensão mesma dos atos praticados para a consecução do resultado ilícito. Portanto, nesse ponto, a Medida Provisória enfraquecia desnecessariamente o regime da leniência como técnica investigativa. Em termos de declarações veiculadas no acordo, aliás, a análise dos documentos que vieram a público demonstra a preocupação justificada dos representantes do Ministério Público em apor uma cláusula específica pela qual a signatária asseverasse ter ciência das consequências do acordo e de seu eventual descumprimento.³⁵ Vale

³² LIMA, Carlos Fernando dos Santos. Informação verbal. Discurso proferido na 6ª Cúpula Brasileira Anticorrupção, em São Paulo, 23 de maio de 2016.

³³ O Decreto Federal nº 8.420, de 18 de março de 2015, inseriu a regra de que tal manifestação, em primeiro lugar, só seria exigida “quando tal circunstância foi relevante”.

³⁴ A Medida Provisória estabelecia somente que “no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a redução poderá chegar até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo”.

³⁵ Art. 31 do Decreto Federal nº 8.420, de 8 de março de 2015.

lembrar que, em matéria de colaboração premiada, o art. 4, §14, da Lei das Organizações Criminosa é expresso no sentido de que “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

A necessidade de implantação de mecanismos de integridade. Não constando da Lei Anticorrupção, conquanto com previsão no art. 37, IV, do Decreto Federal nº 8.420/2015, a “adoção, aplicação ou aperfeiçoamento do programa de integridade” como requisito para o acordo de leniência foi positivada até de maneira mais larga pela Medida Provisória. Fez-se menção expressa à “auditoria, ao incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta.” O Projeto incorpora essa positiva tendência, pela qual as empresas são chamadas não apenas a denunciar e reparar irregularidades das quais hajam tomado conhecimento – são solicitadas a igualmente adotar medidas para que, no futuro, semelhantes desvios não voltem a acontecer. De fato, a observação das práticas de compliance das empresas revela que os seus efeitos podem se dar em rede, abrangendo, a um só tempo, seus parceiros comerciais e seus colaboradores internos, seus sócios e acionistas (não raro outras pessoas jurídicas), bem como as diversas autoridades reguladoras. O Ministério Público, aliás, tem detalhado em seus acordos que a implantação do programa deve se dar segundo os padrões internacionais da norma ISO 19600:2014, cabendo à empresa esclarecer e divulgar o respectivo cronograma de implantação.

3. Acordos de Leniência no Quadro Processual Inaugurado pelo CPC de 2015

Os acordos de leniência, por meio de suas cláusulas, podem fixar diversas questões materiais e processuais relacionadas a futuras ações judiciais previstas nas Lei Anticorrupção. Em linhas gerais, contudo, o maior impacto desses acordos na atuação em juízo da Fazenda Pública será justamente o de evitar o ajuizamento de ações voltadas para a responsabilização judicial (civil), nas quatro modalidades previstas pelo art. 19, incisos I a IV da Lei Anticorrupção, bem como naquelas que vierem a ser incorporadas pelo Projeto, a exemplo da alienação compulsória do controle societário. Na prática, isso significa que os acordos de leniência entram em cena justamente para a composição de uma disputa subjacente entre o poder público e a empresa colaboradora, ao mesmo tempo em que, por vezes, fornecem elementos às autoridades para identificar e formalizar procedimentos de responsabilização em face de terceiros. Os termos dessa composição se resolvem, de um lado, com a empresa munindo as autoridades de subsídios para sua própria punição; e com o poder público, de outro lado, abrindo mão da aplicação das penas mais gravosas que a Lei Anticorrupção positiva.

O equilíbrio abstrato que surge dessa situação pode ser extremamente benéfico – um caso, mesmo, de incidência direta do comando que o CPC de 2015 estabelece para o Estado no em seu art. 3º, §2º. Representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, aliás, têm feito essa associação de maneira pública.³⁶ Se o panorama geral parece positivo, e só pode sê-lo na medida em que seja respeitado o livre agir das

³⁶ LEI volta a proibir acordo em ação de improbidade, mas deve ser flexibilizada. Consultor Jurídico. São Paulo, 06 Jul. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-06/mesmo-proibicao-acordo-acao-improbidade-continuar>. Acesso em: 06 Jul. 2016.

partes,³⁷ apenas com a aplicação efetiva do instituto será possível controlar, desde fora e mediante uma análise isenta, se os resultados pretendidos estão sendo alcançados. Deve ser objeto de intensos estudos, nessa linha, o tratamento aos casos concretos que, aos poucos, vão surgindo; e que serão influenciados pelas características específicas que a legislação impõe no desenho da política pública referente a tais acordos. Por isso, a importância recíproca do CPC de 2015 para com os acordos de leniência, e vice-versa, dá-se na medida mesma em que ambos são inseridos na dimensão de política pública: proporcionando, os acordos, uma mais eficiente responsabilização de empresas envolvidas em ilicitudes; e estruturando, o Código, uma forma mais racional de se aplicar o direito e de condicionar o comportamento pré-processual das partes.

Aqui caberá perguntar, como no caso de qualquer outra política pública, qual será a postura do Executivo em face dos acordos de leniência, e qual será a postura do Judiciário em face dessa postura. Essa é uma espiral conceitual que vai se retroalimentando quase infinitamente e produzindo resultados distintos em cada passo. Desde o início, portanto, ela deve receber a devida atenção acadêmico-profissional. É fácil observar que os entendimentos do Executivo em relação a institutos de direito público são rápida e, por vezes, largamente revisados pelo Judiciário; e que, em um dado momento, a interferência do Judiciário na política pública em questão passa a ser um importante elemento da formatação mesma que o tema passará a ter, inclusive pelas características processuais da discussão. Em matéria de corrupção estruturada, do tipo que justifica se cogitar de um acordo de leniência, o que parece certo é muito ainda há a ser desenvolvido e incorporado nas práticas e orientações jurídicas tanto do Executivo, como do Judiciário; e que os acordos de leniência forçarão avanços nesse setor.

Em meio aos muitos debates atualmente ocorrendo no país sobre os impactos do CPC de 2015 na prestação jurisdicional em geral, e na atuação da Fazenda Pública em juízo, em particular, uma nota constantemente repetida é a da assunção da jurisprudência à categoria de fonte do direito, possivelmente em proeminência na comparação com as demais listadas no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nada indica que, com o tempo, isso não se manifestará também aqui. Apenas se passa que os acordos de leniência da Lei Anticorrupção ainda não foram maciçamente levados aos Tribunais para que se possa seguramente apontar parâmetros jurisprudenciais. Em verdade, a própria Lei Anticorrupção conta com poucos precedentes, se bem que de variada ordem. No Supremo Tribunal Federal, constam duas ações diretas de inconstitucionalidade: uma para discutir a constitucionalidade material dos arts. 1º e 2º, e do §1º do art. 3º, da Lei, no (Adi nº 5.261/DF), ainda pendente de julgamento; outra para questionar especificamente a Medida Provisória 703 (Adi 5.466/DF), esta última com o seu objeto prejudicado. Já se fez menção, por igual, à controvérsia entre a CGU e o TCU acerca do momento de encaminhando à Corte de Contas de informações sobre acordos negociados.³⁸ Além disso, foi levada a julgamento ao STF a possibilidade de a Administração desconsiderar a personalidade jurídica em situações abusivas ou fraudulentas, caso

³⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ - REsp: 802060 RS 2005/0201062-8, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/12/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2010.

³⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. STF - MC MS: 34031 DF - DISTRITO FEDERAL 0011477 72.2016.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 22/02/2016, Data de Publicação: DJe-036 26/02/2016.

em que a fundamentação da Corte fez menção à Lei Anticorrupção quando esta ainda estava em período de *vacatio*.³⁹

Outros Tribunais, em casos específicos, julgaram matéria correlata: no Rio Grande do Sul, controverteu-se sobre a possível retroatividade da lei no que diz respeito à inclusão de empresa no Cadastros de Empresas Inidôneas e Suspensas;⁴⁰ no Ceará, sobre os parâmetros para a definição dos montantes a terem a sua indisponibilidade decretada judicialmente como forma de garantir a efetividade da tutela;⁴¹ no Maranhão, sobre a competência para a declaração de inidoneidade para contratação com o poder público.⁴²

Em termos práticos, o acordo de leniência configura título executivo extrajudicial, podendo se enquadrar no art. 515, III, se houver homologação judicial, como, de resto, é a tendência apontada pelo Projeto. Na técnica processual, essa característica ostenta todo o aparato judiciário como garante suplementar de atos executivos que possam se tornar necessários, caso o acordo não seja cumprido. A rigor, portanto, poder público e empresas podem ter o interesse em acionar e em defender-se em juízo mediante a arguição de que determinada matéria foi definida no acordo de leniência.

4. Quatro Vetores Material-processuais nos Acordos de Leniência

4.1. Extinção da Punibilidade e Prescrição

A extinção da punibilidade é uma das principais metas de qualquer pessoa jurídica engajada em um acordo de leniência. O poder público, bem analisadas as coisas, compartilha desse interesse. Isso se dá à medida que as autoridades aplicam todo um conjunto de regras positivadas no ordenamento para tornar seguros e efetivos tais acordos, justamente em vista da cessação da conduta ilícita por parte da empresa e por parte dos demais agentes que ela possa vir a identificar. O problema da prescrição, como usualmente se passa, surge em matéria de leniência pelo transcurso de determinado lapso temporal a contar de certos marcos formais: nisso se consolidam situações jurídicas que, do contrário, ainda poderiam ser modificadas por um ou mais remédios colocados à disposição do(s) interessado(s)/legitimado(s). Compreender os regimes material e processual da prescrição é bastante relevante, aqui, pois se está falando de desdobramentos que podem afetar a reparação mesma pelo dano, a aplicação das sanções previstas pela Lei Anticorrupção, além dos direitos e obrigações previstos no acordo, de maneira expressa ou não, assim pela pessoa jurídica, como por outros agentes envolvidos nos fatos.

Inicialmente, por conseguinte, é relevante verificar a extensão em que tal punibilidade poderá ser extinta, matéria que sofreu alterações significativas na

³⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. STF - MS: 32494 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 11/11/2013, Data de Publicação: 13/11/2013.

⁴⁰ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. TJ-RS – A.I: 70064918303 – 01777208-39.2015.8.21.7000, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, 1ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 25/05/2015.

⁴¹ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. TJ-CE - AI: 06200130720158060000 CE 0620013 07.2015.8.06.0000, Relator: MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/06/2015.

⁴² Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. TJ-MA. M.S: 005161-50.2014.8.10.000 - 027953/2014. Relator: RAIMUNDO BARROS, Órgão Especial. Data de julgamento: 14.10.2015.

Medida Provisória e no Projeto. O ponto de partida é o da própria Lei Anticorrupção – melhor dizendo, as condutas que são puníveis pela própria Lei Anticorrupção ou, na forma utilizada pelo legislador, no art. 16, os “atos previstos nesta Lei”. Essa análise remete diretamente ao art. 5º da Lei, com sua estrutura morfossintática característica das normas penais, pela qual se utilizam orações simples e verbos no infinitivo para descrever condutas coibidas e sancionáveis. A doutrina assim classifica os tipos: i) práticas gerais de corrupção, abrangendo os incisos I a III; (ii) atos praticados em licitações e contratos, abrangendo o inciso IV e suas alíneas; (iii) atos praticados para dificultar as investigações, abrangendo o inciso V.⁴³ O art. 17 da lei, em complemento, estabelece que 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 e 88.” Logo, na sistemática originariamente adotada, a possibilidade de celebração de acordos de leniência subdivide-se principalmente nos casos genéricos de ilicitude e naqueles decorrentes especificamente de contratos públicos, nesse último caso tanto pela coincidência conceitual entre os tipos descritos no inciso IV com tipos previstos na legislação de contratos públicos, como pela disposição do art. 17.

A Medida Provisória alterou a redação dos dispositivos pertinentes em alguns aspectos. O caput do art. 16 passou a contemplar a possibilidade de celebração de acordos de leniência “pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei”. Já o art. 17, em vez de se restringir aos ilícitos previstos na Lei Federal nº 8.666/1993, fez menção aos “atos e fatos previstos em normas de licitações e contratos administrativos”, para esses últimos prevendo a possibilidade de isenção ou atenuação “das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar”. O Projeto adotou técnica distinta, contemplando a extinção da punibilidade em mais de uma esfera, mediante o preenchimento de alguns requisitos. O caput do art. 16 passou a não mais mencionar os “fatos e atos previstos na lei”. O §2º desse dispositivo passou a fazer uma diferenciação entre as situações de cartel e as situações de infrações não enquadradas no conceito de cartel. Outra novidade, trazida pelo §4º, é a positivação de uma regra sobre a necessidade de homologação judicial, “para produzir efeito sobre as sanções de natureza cível previstas nesta Lei e na Lei nº 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade)”. Já o § 15º estabelece regra sobre a hipótese em que haja “investigação criminal em curso que tenha relação com o mesmo ato ou fato previsto nesta Lei”, caso em que os acordos, devendo ser celebrados pelo Ministério Público, “sempre que possível, compatibilizarão seus termos e amplitude com o que dispuser o acordo de colaboração premiada previsto na lei penal específica”. Por sua vez, o art. 17 prevê que as autoridades previstas no art. 87, §3º da Lei de Licitações (Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal), em conjunto com a Advocacia Pública, podem celebrar acordo para “atenuar ou isentar as sanções administrativas restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar”.

A Medida Provisória e o Projeto, em orientação semelhante, alteraram o comando do art. 18 da Lei Anticorrupção, pelo qual “na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial”. Nos dois casos, a regra foi acrescida de uma exceção para

⁴³ HEINEN, Juliano. Comentários à Lei Anticorrupção. Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 116.

contemplar os casos em que o acordo de leniência expressamente traga tal previsão – sob a égide da Medida Provisória, bastaria a participação da Advocacia Pública ou do Ministério Público; no âmbito do Projeto, a participação desses órgãos já sendo obrigatória como regra, o efeito da cessação da responsabilidade civil será alcançado pela homologação judicial do acordo.

Como se vê, as inovações a serem feitas na Lei buscam ampliar os efeitos dos acordos de leniência, conferindo maior segurança aos signatários, seja sob a perspectiva da empresa, seja, tomada a expressão em sentido amplo, sob a perspectiva do poder público. Vale a pena observar que, na prática, algumas iniciativas voltadas para a produção desse efeito mais amplo dos acordos foram tomadas pelo Ministério Público ainda sob a vigência da atual redação da Lei. O Ministério Público, no caso da ANDRADE GUTIERREZ, por exemplo, comprometeu-se a adotar uma série de medidas para essa finalidade, como: levar o termo do acordo a outros órgãos e autoridades (CADE e CGU), inclusive propondo que a data da assinatura seja considerado o marker; participar de outros acordos que a empresa venha a celebrar, desde que não haja conflito com os atos já praticados; gestionar junto aos promotores naturais, competentes para outros desdobramentos do caso, a adesão ao acordo, não utilizando, contra a colaboradora, as provas produzidas, sem prejuízo da utilização em face de terceiros; postular apenas o reconhecimento declaratório dos atos de improbidade administrativa, sem a dedução de reparação cível.

Alcançar uma maior coesão sistêmica, sem dúvida, é uma preocupação que deve permear a construção do instituto. Uma das facetas processuais da extensão que se há de reconhecer à extinção da punibilidade se descobre, não por acaso, nas regras de prescrição que irão reger a matéria. A letra da legislação mostra como o regime da prescrição apresentou algumas mudanças em relação à versão original e a Medida Provisória. Originalmente, o §9º do art. 16 estipulou que “a celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta lei”. O art. 25, em complemento, determinou que “prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.” O § único do dispositivo, por fim, positivou que “na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.” Sob a Medida Provisória, o art. 16 previa que “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”. Dois parágrafos foram acrescentados ao art. 25. Pelo primeiro, “na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.” Pelo segundo, seria aplicável a mesma regra do caput e do § 1º aos ilícitos previstos em normas de licitações e contratos administrativos. O Projeto, por sua vez, mantém basicamente as mesmas regras introduzidas pela Medida Provisória, meramente alterando a designação de “responsabilização judicial” para a mais técnica nomenclatura “responsabilização civil”.

Em síntese, portanto, criou-se uma hipótese de suspensão do prazo prescricional, protegendo o interesse público de não se prejudicar uma eventual cobrança pelo período em que as negociações estiverem se desenrolando entre as partes. A medida resguardará o poder público em caso de temeridade da pessoa jurídica na apresentação

de proposta estapafúrdia, deixando para o marco da efetiva celebração do acordo o interromper-se do prazo prescricional.⁴⁴

4.2. Sigilo e Utilização de Provas

Qualquer modalidade de sigilo carrega consigo um ônus argumentativo especial em direito público. De ordinário, nos termos do art. 5º, XXXIII, bem como do art. 37, §2º, II, da CRFB/88, os atos administrativos são permeados pelo mais alto grau de publicidade,⁴⁵ o que se justifica não apenas pelo interesse público envolto no tratamento das questões públicas, como também pelo subproduto de incremento qualitativo no conteúdo final do respectivo ato. Saber da possibilidade de controle exercido por terceiros influencia o cuidado com o qual o agente público leva a cabo atos administrativos. Em se tratando de situações em que ilícitos foram cometidos por empresas no bojo, justamente, de relações travadas como o poder público, o peso dado à publicidade parece atingir o seu máximo grau no ordenamento. A sistemática dos acordos de leniência foge a esse modelo de maneira notável; e a boa compreensão do assunto repercute em uma importante seara processual: a utilização de elementos probatórios obtidos no curso das negociações entre empresa e poder público.

O art. 16, § 6º, da Lei Anticorrupção estatui que “a proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo”. A Medida Provisória e o Projeto não modificaram esse comando. A norma estabelece, portanto, que, de início, a apresentação mesma da proposta, bem como as circunstâncias a ela relacionadas, não deverão ser tornadas públicas. Mais do que isso, o legislador previu que, mesmo depois de aceita, a proposta poderá ser mantida em alguma espécie de regime sigiloso, se com isso se atender ao interesse das investigações e do processo administrativo. O Decreto Federal nº 8.420/2015, em seu art. 31, §1º, especifica alguns detalhes sobre o tema. Dentro do próprio poder público, naturalmente, há que se restringir o acesso ao conteúdo da proposta de acordo. Para tanto, servidores específicos deverão ser designados e medidas organizacionais próprias, implementadas. O art. 17-B do Projeto, por fim, impõe uma pertinente regra no sentido de que “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”.⁴⁶

A lógica por trás da restrição ao acesso a tais informações é de fácil inteligência. Se a Administração se pautasse pela regra geral da publicidade em tal situação, um

⁴⁴ PONTES, Evandro Fernandes de. Dissolução compulsória da pessoa jurídica: desafios sobre a Lei 12.846/2013 e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Empresarial*. Vol. 14/2016. Mar-Abr/2016. Versão digital. p. 26.

⁴⁵ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação*. Lei nº 12.527/2011. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2014. pp. 16-17.

⁴⁶ SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro. Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. Vol. 26/2014. Jul-Dez/2014. Versão digital. pp. 3-5. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1554986/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 05/04/2016; e: Brasil. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. TRF-3 - AC: 1564 SP 2006.61.00.001564-0, Relator: DESEM BARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, Data de Julgamento: 22/04/2010, SEXTA TURMA.

significativo desincentivo para a elaboração das propostas estaria a operar; e o resultado final poderia ser o da diminuição do quantitativo de acordos. Inteiramente fática, a discussão poderia se desdobrar em uma análise se seria possível a utilização dos dados pelas próprias autoridades, em procedimento para o qual houvesse um fundamento autônomo que, em si mesmo, não importasse a violação ao acordo. Tratando a questão como política pública, pode-se avançar o argumento de que a Administração deve buscar evitar que terceiros interessados, inclusive no seio do poder público, procurem se valer dos acordos de leniência para, agravando a situação das empresas, minarem o próprio sistema de incentivos por trás do instituto. De fato, é apenas intuitivo que pesará na análise de riscos realizada por potenciais colaboradores a postura do poder público, e especialmente do judiciário, em casos que utilizem os dados discutidos nos acordos de leniência para, de maneira autônoma, reconhecer deveres e obrigações suplementares dos colaboradores. A extensão que se irá reconhecer ao sigilo, nesses casos, e o sentido que se irá dar à cláusula geral de que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (prevista no art. 339 do CPC de 1973 e no art. 378 do CPC de 2015), devem ser cuidadosamente discutidos.

A temática das provas, por sua vez, surge diretamente da indagação sobre qual tipo de fato será abrangido pelo acordo. O conteúdo dos documentos e informações prestados pela pessoa jurídica, na literalidade da atual redação da lei, deve se prestar a comprovar o ilícito sob apuração. O ponto não chegou a ser alterado com a Medida Provisória, mas, no Projeto de Lei, uma mudança relevante pode vir à tona. Para ser aceita, a colaboração da empresa deveria se dar em relação a informações e documentos ainda não conhecidos pelos órgãos competentes e deveria representar fatos novos em matéria probatória, com efetiva contribuição para a investigação.

O giro conceitual parece se justificar como método para melhor deixar escrito na lei aquilo que sem dúvida sempre foi o seu espírito: o de que o acordo de leniência não pode ser um instrumento de atenuação da culpa de uma empresa contra a qual o poder público já detenha todos os elementos probatórios. O acordo de leniência, isto sim, deve ser encarado como um mecanismo de elucidação complementar e mais abrangente das circunstâncias ilícitas e da recuperação de ativos. A sintonia com a nova legislação processual, no ponto, é marcante. O art. 369 do CPC de 2015 deixou claro que o objetivo de qualquer prova não é simplesmente demonstrar a verdade dos fatos, mas, também, o de “influir eficazmente na convicção do juiz”. Substituindo-se o elemento da “convicção do juiz” pelo da “demonstração do ilícito”, equaciona-se bem o sistema da leniência como ferramenta de inovação quanto aos fatos capturados pelo ordenamento sancionador, em oposição a uma visão de mera chancela da forma como a pessoa jurídica será punida.

Inerente à celebração do acordo, portanto, é a entrega, pela pessoa jurídica, de documentos que comprovem os fatos, inclusive aqueles dos quais venha a ter conhecimento no curso de suas próprias investigações. Por meios próprios ou com auxílio de consultorias especializadas (escritórios de advocacia e empresas de auditoria, em geral, têm se notabilizado nesse mercado), o que se espera é que as empresas conduzam tais investigações e compartilhem com as autoridades os seus resultados. No âmbito do CADE, o compartilhamento das provas é acompanhado por uma contrapartida declaratória por parte das autoridades quanto à ausência prévia de elementos probatórios suficientes para a punição. Talvez com a aprovação do Projeto, essa tendência poderá se firmar também no âmbito da Lei Anticorrupção, com a

declaração de que os elementos trazidos pela empresa são novos – semelhante fórmula se prestaria, inclusive, como mecanismo de controle e de eventual responsabilização em face daqueles que venham a celebrar um acordo de leniência sem que os seus requisitos estejam presentes.

A discussão acima traz uma série de consequências. Se por um lado o sistema de leniência deve se preocupar em obter dados e informações novas, por igual há de se reconhecer a necessidade de uma estrita delimitação do âmbito de proteção da colaboradora àquele determinado conjunto de fatos. Dito de outro modo: a pessoa jurídica e as autoridades devem manter em perspectiva exatamente sobre o quê estão tratando, de tal maneira que a pessoa jurídica não seja forçada a colaborar com elementos que não digam respeito ao âmbito das investigações, convergentemente com a prerrogativa das autoridades de, em relação a tudo quanto esteja fora do âmbito da colaboração, aplicar à pessoa jurídica, em procedimento próprio, todas as sanções da Lei Anticorrupção.

É claro que uma controvérsia interpretativa pode surgir nessa matéria, se, posteriormente à celebração do acordo, ocorrer um debate sobre um conjunto determinado de fatos e sobre o suposto dever da pessoa jurídica de ter reportado. Não sendo possível resolver a questão de maneira satisfatória sem tecer considerações mínimas sobre o próprio mérito dos fatos, o que talvez possa ficar assentado é o parâmetro de ônus argumentativo de cada parte, na hipótese de se controverter sobre o descumprimento do acordo por falha na colaboração nas investigações. Pensando na representação por um círculo do conjunto de fatos investigados, ter-se ia, pelo lado da pessoa jurídica, a possibilidade de exercício de um juízo conceitual para eventualmente excluir da colaboração informações e dados sobre fatos outros que não aqueles enquadrados no círculo fático da investigação; e, pelo lado das autoridades, a necessidade de demonstrar a eventual correlação entre tais fatos, para fins de se concluir pela responsabilidade da pessoa jurídica pelo descumprimento.

É a solução que parece se harmonizar com a própria presunção de inocência que, a despeito do que se poderia pensar, em se tratando de responsabilidade objetiva, rege a relação Administração e administrado no âmbito da Lei Anticorrupção. Isso porque, havendo, ou não, qualquer acordo, é dever da Administração, para o exercício de qualquer pretensão punitiva, demonstrar os elementos da responsabilidade da pessoa jurídica quanto a um dado conjunto de fatos. Esse dever se manteria mesmo no caso de se tratar de um conjunto de fatos próximos àqueles que foram objeto de um anterior acordo de leniência. Assim, em termos práticos, a situação se desdobraria na edição de um ato administrativo motivado, com observância do contraditório, que culminaria com a rescisão do acordo de leniência e a retomada do procedimento administrativo de responsabilização, agora com o escopo alargado dos “fatos novos”.

4.3. Regularização e Dissolução da Pessoa Jurídica

Se, de um lado, o acordo de leniência permite a responsabilização da pessoa jurídica, com o conseqüente restabelecimento de uma situação de normalidade regulatória, os casos mais extremos de ilícitos previstos na Lei Anticorrupção podem desencadear um procedimento de dissolução. A primeira hipótese, mais corriqueira e, desde um ponto de vista político-normativo, muito mais desejável, decorre da estrutura mesma da Lei Anticorrupção. Previstos o alcance e a técnica de responsabilização

das pessoas jurídicas; descritos os atos considerados lesivos ao patrimônio público; discriminadas as diretrizes para a fixação das penalidades; e estabelecida a ordem para o processo administrativo de responsabilização, o acordo de leniência é tratado pela lei, topograficamente logo em seguida, ainda anteriormente à disciplina da responsabilização judicial. Essa é a marcha da lei e nenhuma alteração significativa quanto a essa ordem estrutural foi feita pela Medida Provisória ou pelo Projeto.

Por aí se vê que, atendidos os seus pressupostos, os acordos de leniência configuram instrumentos que, a cada caso concreto, servem para restabelecer a normalidade da relação entre poder público e empresa, independentemente de quão grave possa ter sido a conduta. Note-se, que, embora a lei traga, no art. 7º, alguns critérios para a definição da sanção que diretamente se relacionam com a conduta da pessoa jurídica no ato, essa linha de critério foi por completo colocada de lado quanto à elegibilidade para a participação do programa de leniência. O grau de participação de servidor público para a ocorrência do ato lesivo, é verdade, chegou a ser considerado como um dos fatores influentes na sanção, mas o que seria o inciso X, do art. 7º, foi objeto de veto presidencial.⁴⁷ No entanto, a lei não traz qualquer comando sobre o grau de participação da empresa no ilícito como aspecto de qualquer sorte influente no regime do acordo de leniência,⁴⁸ se bem que indique certos domínios de suas atividades que possam se submeter a um regime jurídico peculiar – um deles é o da possibilidade de a pessoa jurídica voltar a participar de licitações,⁴⁹ ponto que o Projeto resolveu disciplinar explicitamente.

Relevante para esse efeito de regularização, porém, é a conduta da pessoa jurídica ao longo da negociação para o acordo. O dever de cooperação aí teve suas condicionantes alteradas pela Medida Provisória. Do regime em que a empresa deve cooperar plena e permanentemente com as investigações, nos termos do art. 16, III, da Lei Anticorrupção, passou-se à regra de um regime em que a empresa deveria simplesmente cooperar. O Projeto seguiu uma orientação ligeiramente distinta: esmiuçou em diversos dispositivos os detalhes sobre as providências que a pessoa jurídica deverá efetivamente tomar para que a sua cooperação seja aceita, como o fornecimento de informações e documentos que já não sejam do conhecimento do Estado e que representem fatos novos em matéria probatória. Indiretamente, portanto, o Projeto pretende alargar o raio das obrigações de que a pessoa jurídica deverá se desincumbir para alcançar o objetivo final de regularização.

A colaboração efetiva de que fala a lei pressupõe o fino ponto de que a pessoa jurídica passa a efetivamente participar da investigação conduzida pelas autoridades.⁵⁰ Não se trata, portanto, de meramente entregar uma série de documentos e informações às autoridades, no suposto de que, dali em diante, uma espécie de impulso oficial administrativo exoneraria a empresa de continuar não somente a prestar toda ajuda

⁴⁷ LAMBSDORFF, Johann Graf; NELL, Mathias. Fighting Corruption with Asymmetric Penalties and Leniency. CeGe-Discussion Paper. No. 59. Georg-August-Universität Göttingen. 2007. Disponível em: http://www.icgg.org/downloads/59_Lambsdorff%20and%20Nell.pdf. Acesso em: 12 Jul. 2016. p. 12.

⁴⁸ Exceto de maneira negativa, no art. 19, §1º, ao tratar das hipóteses de dissolução, conforme comentário abaixo.

⁴⁹ Material divulgado pelo Ministério Público Federal sobre acordo fechado com a SBM Offshore. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/acordo-de-leniencia-sbm-offshore-view>. Acesso em: 18 Jul. 2016.

⁵⁰ DEMATTÉ, Flávio Rezende. Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção. A Lei nº 12.846/2013 segundo o Direito de Intervenção. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 126

necessária. Dela se espera engajamento na investigação. Os acordos que se teve a oportunidade de examinar possuem cláusulas expressas a respeito, bem demonstrando que a continuidade de investigações internas é um elemento crucial, mesmo porque novos fatos podem vir à tona. A uma, a pessoa jurídica – ou, como é mais provável, os indivíduos com representatividade dentro da organização para, em dado momento, manifestarem por ela a sua vontade – pode não conhecer a extensão das práticas ilícitas cometidas por outros diretores, etc. Além do mais, no momento da celebração tais indivíduos podem ignorar em qual medida outras pessoas jurídicas e indivíduos intermediários participaram do ilícito, ou que o esquema tenha sido repetido, em circunstâncias similares, perante outras entidades da Administração Pública.

A redação do art. 16 da Lei Anticorrupção traça, de maneira textual, que, do ponto de vista subjetivo, as pessoas jurídicas responsáveis pelos atos previstos pela lei é que poderão figurar no acordo de leniência. Os incisos I e II, por sua vez, especificam que para o acordo ocorrer, quando couber, sejam identificados os demais envolvidos na infração; e que a colaboração deverá se prestar a comprovar o ilícito sob apuração. Parece haver, assim, um círculo fechado em relação aos fatos que farão parte do acordo. Isso não obstante, é certo que a designação genérica de combate à corrupção, tecnicamente falando, é muito mais restrita do que o interesse prático que efetivamente existe de a ordem jurídica coibir certos comportamentos desviantes. Em torno do crime de corrupção propriamente dito, existem também a “improbidade administrativa e/ou infrações contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem econômica, concorrenciais, (...) peculato, lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e formação de organização criminosa, dentre outras”⁵¹. Mais uma vez cabe mencionar, assim, que o objetivo de regularização da pessoa jurídica, via acordo de leniência, tem um escopo regulatório extremamente amplo, o qual ultrapassa o teor do art. 5º da Lei Anticorrupção.

Para além da colaboração, todavia, é possível observar que existem aspectos laterais a esse efeito de regularização da pessoa da jurídica que merecem uma análise mais detida, principalmente no que diz respeito ao fluxo financeiro, entre empresa e poder público, que pode e, às vezes, deve se seguir à celebração do acordo. O pagamento da multa, na margem de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior à instauração do processo administrativo (art. 6º, I da Lei), pela dimensão que pode tomar, ganha diversos contornos específicos nos acordos que têm sido celebrados. A começar pela destinação parcial prevista pelo art. 7º, §1º, da Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998, e sua polêmica aplicação⁵², a dinâmica do pagamento da multa tem sido condicionada por variações destinadas a garantir a efetividade da regularização. Em caso de parcelamento, pontua-se a necessidade de formalização de um depósito a título de garantia e a restrição no pagamento de dividendos e juros sobre o capital próprio, só permitidos se valor equivalente à respectiva distribuição seja quitado. De outro lado, o acordo pode prever a possibilidade de compensação do valor pago em relação a outros valores que vierem a ser objeto de ação extrapenal ou administrativa, excetuadas eventuais repercussões tributárias.

⁵¹ Acordo de leniência firmado entre o Ministério Público Federal e a Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/acordo-com-andrade-gutierrez-garante-r-100-milhoes-para-lava-jato/>. Acesso em: 03 Jul. 2016.

⁵² Petição 5.210, de 16 de junho de 2016. Disponível aqui: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-22/teori-impede-mpf-cobrar-porcentagem-acordos-lava-jato>. Acesso em 19 Jul. 2016.

O outro extremo da circunstância da empresa perante Administração é a sua dissolução compulsória, quando, desde a origem, as características da conduta ilícita demonstram que a empresa não poderia reunir condições para a sua regularização⁵³. O tema suscita uma conexão direta entre a Lei Anticorrupção e o CPC de 2015, aliás. O art. 19, III, da Lei Anticorrupção, prevê a possibilidade, mediante chancela judicial, de aplicação dessa radical pena. Para tanto, o legislador estabeleceu duas hipóteses, uma conjuntural, outra circunstancial. A pena se dá no caso de “ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”. A repercussão processual no tema é bastante nítida, pois se as hipóteses de cabimento da medida são delineadas pela Lei Anticorrupção, o procedimento a ser seguido será o do Código de Processo Civil – não apenas porque essa medida não contraria, em si, a Lei das Ação Civil Pública, nos termos do seu art. 19, como porque sequer existe nessa última um procedimento específico para a dissolução da pessoa jurídica. Vale notar, pois, que, de acordo com o art. 1.218, VI, do CPC de 1973, a dissolução e liquidação de sociedades permaneceu sendo regida pelos arts. 655 a 674 do Código de Processo Civil de 1939; e que o CPC de 2015, por sua vez, regulou o tema nos arts. 599 a 609.

4.4. Reparação Integral do Dano e Inafastabilidade da Jurisdição

A dificuldade prática de apuração e dimensionamento do dano ocasionado pelas condutas ilícitas objeto da Lei Anticorrupção pode, com razão, levar a certo pragmatismo no momento de se entender o valor eventualmente pago pela pessoa jurídica no bojo de um acordo de leniência como apenas um adiantamento parcial da restituição final. Isso ressalta, de toda maneira, que, além de uma técnica investigativa, os acordos de leniência são também uma técnica de recuperação de ativos. É útil pensar, aqui, associando o acordo de leniência a uma sentença ilíquida. Ainda que não fosse aceito o princípio tradicional do direito público da indisponibilidade do interesse público, o fato é que o art. 6º, §3º, da Lei Anticorrupção estatui que “a aplicação das sanções previstas neste artigo [multa e publicação extraordinária da decisão condenatória] não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado”. Tem-se, aí, um comando direto para que a reparação integral seja perseguida, muito embora o conceito mesmo do que seja o dano integral permaneça sem uma definição normativa.

A mesma incompletude perpassa outros dispositivos da Lei, alguns com direta repercussão processual. Podem ser citados o art. 13 (“a instauração do processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei”); o art. 16, §3º (“o acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”); o art. 19, § 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

⁵³ PONTES, Evandro Fernandes de. Dissolução compulsória da pessoa jurídica: desafios sobre a Lei 12.846/2013 e o sistema financeiro nacional. Revista de Direito Empresarial. Vol. 14/2016. Mar-Abr/2016. Versão digital. pp. 27-28.

integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.”);o art. 21, § 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”).

Uma observação se impõe aqui. A Lei Anticorrupção não trazer o conceito de “reparação integral”, de fato, é bastante compreensível, uma vez que o dano não é um conceito propriamente jurídico, e, sim, econômico. Evidentemente, por força do art. 5º XXXV, da CRFB/88, a efetiva lesão ao patrimônio público poderá ser buscada, no Judiciário, por instrumentos outros que não o acordo de leniência. Em situações de fraudes prolongadas e de largo alcance, por mais colaborativa que seja a participação da pessoa jurídica no esclarecimento dos fatos, pode-se tornar inviável a apuração imediata de qual é a extensão integral do dano. Os exemplos poderiam se multiplicar: a fixação de preços, condições e vantagens associadas de numerosos componentes de uma obra pública; a divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo das licitações⁵⁴; o ilícito não oferecimento à tributação de múltiplas operações praticadas pela empresa; o sistemático pagamento de propinas a servidores públicos para a obtenção de licenciamentos ambientais. Mesmo que haja reflexos desses valores na contabilidade da empresa, e normalmente não há, o cálculo do prejuízo ao poder público é complexo. Essas situações são de difícil mensuração e exigem um considerável tempo para serem traduzidas em números, podendo-se conjecturar, inclusive, que o patamar inicialmente fixado no acordo de leniência seja maior do que aquele finalmente apurado em uma perícia.

Não faltaram críticas, porém, à sistemática adotada pelo legislador. A doutrina já se manifestou contrariamente à opção de se positivar a regra de que a reparação do dano possa suceder, temporalmente, a celebração do acordo. Seria recomendável, nessa linha, que tal reparação fosse estabelecida como condição prévia para que os benefícios do acordo se operassem⁵⁵. Tem-se por desnecessária tal medida, uma vez que o caso já estaria abarcado pela hipótese de descumprimento. Na prática, por exemplo, o acordo com a ANDRADE GUTIERREZ bem cuidou do parcelamento e das garantias para o cumprimento parcial do pagamento da multa, sendo certo que ficou em aberto a possibilidade de ser apurado, em uma maior extensão, o dano. Uma questão técnica para a qual literalidade da lei, de fato, dá margem a críticas é a de que a reponsabilidade de reparação do dano é integral, ainda que a participação da empresa tenha sido parcial. Outras empresas podendo estar envolvidas – e situações de cartel configuram um excelente exemplo –, seria correto se prever uma limitação da responsabilidade. No entanto, ponto mais espinhoso é o de pensar se o agente público que facilitou o cometimento do ilícito não deveria ser responsável por parte do dano,

Por isso, a atuação do poder público nos acordos de leniência deve se pautar, desde o início, pelo estabelecimento de estratégias, inclusive de caráter processual, que

⁵⁴ LAMBSDORFF, Johann Graf. Securing Investor Confidence or Fighting Corruption? How intergovernmental Organizations May Reconcile Two Opposing Goals. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; CARRINGTON, Paul (eds). *Anti-Corruption Policy. Can International Actors Play a Constructive Role?* Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 223.

⁵⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (org). *Lei Anticorrupção Empresarial*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014. p. 45.

posteriormente permitam o ajuizamento de ações judiciais de cobrança. O papel da Advocacia Pública nesse campo, com um olhar atento para o regramento processual, pode ser crucial. A depender do caso, pode ser conveniente, no acordo, convencionar-se a forma de liquidação de eventual sentença, nos moldes do art. 509, I, do CPC de 2015.

5. Conclusões

Os acordos de leniência representam um dos institutos mais importantes da Lei Anticorrupção, apontando para uma tendência que torna necessário revisar diversas categorias do direito público em geral, e do direito administrativo e processual, em particular. Como em qualquer temática afeta à Administração Pública, além das questões jurídicas que reclamam um tratamento técnico, o desenho institucional mesmo da Advocacia Pública se coloca como um ponto inicial de reflexão sobre o concerto de órgãos e competências conformados pela Constituição e pelas leis brasileiras. Tudo isso, por sua vez, pode e costuma ser impactado por circunstâncias que se apresentam previamente, ao longo de, e depois da eventual judicialização de disputas. Por isso se mostra necessário um olhar especialmente cuidadoso para o Código de Processo Civil de 2015⁵⁶.

Este escrito procurou coordenar problemas que circundam estas três figuras: (i) os acordos de leniência foram vistos, essencialmente, como mecanismos de elucidação complementar e mais abrangente das circunstâncias ilícitas, isto é, como técnica investigativa; (ii) a Advocacia Pública, como órgão constitucionalmente capacitado para formular as estratégias jurídicas que o poder público, como parte nos acordos, deve seguir em todos os passos relacionados à identificação e responsabilização de empresas que hajam incorridos nos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção; (iii) o Código de Processo Civil, como um diploma de grande influência no comportamento pré-processual das partes e de impacto sensível nas ações judiciais que serão ajuizadas como desdobramentos de acordos de leniência. A volubilidade da legislação brasileira sobre tais acordos, com o curso de propostas de ampla reformulação dogmática no Congresso, faz de qualquer trabalho acadêmico, nesse momento, um estudo em hesitação e perplexidade.

A primeira tese propositiva deste trabalho meramente visa a reconhecer esse estado de coisas e pode ser assim formulada. São pontos controvertidos, no direito brasileiro, a competência para a celebração dos acordos; a necessidade de a pessoa jurídica ser a primeira a se manifestar; a participação da pessoa jurídica no ilícito; e a necessidade de implantação de mecanismos de integridade. A segunda tese propositiva pretende somente demarcar aspectos materiais e processuais que, caso a caso, podem ser problematizados. Sua formulação é a de que a boa compreensão dos acordos de leniência deve fazer frente aos seguintes pontos: (i) a extinção da punibilidade, associada ao tema das hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição; (ii) o sigilo em torno dos acordos, por sua vez ligado à utilização da prova por e contra terceiros; (iii) a regularização do status da pessoa jurídica, contraposta à dissolução da pessoa jurídica; e, por fim, (iv) a reparação integral do dano e a inafastabilidade da jurisdição. A terceira tese propositiva, em meio ao desenvolvimento relativamente sólido da

⁵⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 527.

doutrina, é a de que os acordos de leniência representam uma manifestação de transação administrativa, ainda que mitigada em razão da necessidade de reparação integral do dano, e destinada a suprir uma assimetria de informações existente entre Administração e empresas quanto à prática de ilícitos; e a canalizar fatos que venham a se tornar conhecidos no âmbito de programas de compliance. Introduzindo um elemento de instabilidade em eventuais arranjos concluídos, a abertura da Administração para a celebração de acordos permite, por outro lado, e contanto que satisfeitos requisitos de colaboração, a continuidade das atividades da empresa envolvida em irregularidades. Daí se ter por princípio interpretativo o seu favorecimento, no terreno da defesa do pragmatismo de resultados antes que no da liberalidade administrativa.

6. Bibliografia

- BENEDETO, Maria de. Corruption and Controls. *European Journal of Law Reform*. Vol. 17. 2015. pp. 479-501.
- BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016
- DEMATTÉ, Flávio Rezende. Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção. A Lei nº 12.846/2013 segundo o Direito de Intervenção. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (org). Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.
- FERREIRA NETO, Amadeu de Souza. Programa de leniência e a Lei 12.529/2011: avanços e desafios. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. Vol. 22/2012. Jul-Dez/2012. Versão digital.
- FINKLEA, Jack A. Leniency in Exchange for Testimony: Bribery or Effective Prosecution? *Indiana Law Review*. Vol. 33. No. 3. 2000. pp. 957-989.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 6ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011
- GOWDY, Bryan S. Leniency Bribes: Justifying the Federal Practice of Offering Leniency for Testimony. *Louisiana Law Review*. Vol. 60. 1999-2000. pp. 447-479.
- GUNNINGHAM, Neil. Enforcement and Compliance Strategies. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

- HAMMOND, Scott. Dr. Cornerstones of an effective cartel leniency programme. *Competition Law International*. Vol 4. 2008. pp. 4-10.
- HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção*. Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- _____. *Comentários à Lei de Acesso à Informação*. Lei nº 12.527/2011. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.
- LAMBSDORFF, Johann Graf. Securing Investor Confidence or Fighting Corruption? How intergovernmental Organizations May Reconcile Two Opposing Goals. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; CARRINGTON, Paul (eds). *Anti-Corruption Policy. Can International Actors Play a Constructive Role?* Durham: Carolina Academic Press, 2013. pp. 215-228.
- _____. Johann Graf; NELL, Mathias. Fighting Corruption with Asymmetric Penalties and Leniency. *CeGe-Discussion Paper*. No. 59. Georg-August-Universität Göttingen. 2007. Disponível em: http://www.icgg.org/downloads/59_Lambsdorff%20and%20Nell.pdf. Acesso em: 12 Jul. 2016.
- LIMA, Carlos Fernando dos Santos. Informação verbal. Discurso proferido na 6ª Cúpula Brasileira Anticorrupção, em São Paulo, 23 de maio de 2016.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Acordos de leniência – Evolução do instituto na legislação brasileira – Abrangência, legalidade e atualidade da MP no 703/2015. Parecer. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 13, n. 1, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=240217>>. Acesso em: 20 jun. 2016.
- MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MAIOLI, Patrícia Lopes; ABATI, Leandro de Paula Assunção. O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 153-167, jan./mar. 2014.
- MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. pp. 138-139.

- OLIVEIRA, Fábio Júnior de; CHOQUE, Romina Diana Flores. Processo e procedimentos da responsabilização das pessoas jurídicas sob a égide da lei anticorrupção – Lei 12.846/2013 – correlacionada às inovações do novo CPC – Lei 13.105/2015. *Revista dos Tribunais*. Vol. 966/2016. Abr/2016. Versão Digital.
- PALMA, Juliana Bonacorsi. Acordos substitutivos dão mais eficácia ao direito da concorrência? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção. Origens, Comentários e Análise da Legislação Correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Corruption and optimal law enforcement. *Journal of Public Economics*. Vol. 81. 2001.
- PONTES, Evandro Fernandes de. Dissolução compulsória da pessoa jurídica: desafios sobre a Lei 12.846/2013 e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Empresarial*. Vol. 14/2016. Mar-Abr/2016. Versão digital.
- POSNER, Richard. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts). An Analytical Framework. In: KESSLER, Daniel P. (ed.). *Regulation versus Litigation. Perspectives from Economics and Law*. Chicago-London: The University of Chicago Press, 2011.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*. Vol. 947/2014. Set/2014. Versão Digital.
- SOUZA, Ricardo Inglez; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. Lei Anticorrupção e a defesa da concorrência. *Revista dos Tribunais*. Vol. 947/2014. Set/2014. Versão digital.
- SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro. Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. Vol. 26/2014. Jul-Dez/2014.. Versão digital.
- TALADAY, John. M. Time for a Global “One-Stop Shop” for Leniency Markers. *Antitrust*. Vol 27. 2012-2013. pp. 43-50.
- TAVARES, Carolina de Castro; GIACAGLIA, Alessandro Pezzolo. Efeitos do cumprimento do acordo de leniência. Análise do inc. I do §4º do art. 35-B e do art. 35-C, ambos da Lei 8.884, de 11.06.1994. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. Vol. 18/2010. Versão digital.