

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

**A competência como elemento fundamental para a consolidação do acordo de leniência
da Lei Anticorrupção**

Juliana Fonseca de Azevedo

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,
sob orientação do Prof. Luciano Godoy
Versão de 15.09.2018.

1. Tema, contexto, objetivos e delimitação de escopo

A sociedade brasileira vem sofrendo mudanças e também ditando mudanças nos rumos do país, especialmente após o paradigmático julgamento do caso do mensalão (Ação Penal nº 470) pelo Supremo Tribunal Federal, que ocorreu em fevereiro de 2007. Desde então, operações relevantes conduzidas pela Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público Federal vêm ganhando corpo com o apoio da sociedade, em especial a Operação Lava Jato, que teve início em março de 2014, quando já estava em vigor a Lei nº 12.846/2013.

A Lei nº 12.846/2013 entrou em vigor em janeiro de 2014 e passou a prever a responsabilização objetiva civil e administrativa de empresas por atos de corrupção, além de outros ilícitos praticados contra a Administração Pública brasileira e estrangeira. Nela, que ficou conhecida como a "Lei Anticorrupção", o acordo de leniência é previsto como instrumento que, a um só tempo, premia a empresa que se auto-denuncia às autoridades competentes indicando os fatos ilícitos sobre os quais tem conhecimento e participação e garante aos órgãos investigativos maior eficiência na obtenção de provas aptas a elucidar os ilícitos apontados.

A experiência já demonstra que os acordos de leniência celebrados com diversas empresas desde a entrada em vigor da Lei Anticorrupção se revelaram instrumentos essenciais para a obtenção de informações, evidências e provas para o avanço destas operações. Isso porque os acordos de colaboração premiada dos executivos envolvidos nos ilícitos investigados e os acordos de leniência das empresas onde esses executivos exerciam suas atividades são interdependentes.

Diante desse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar apenas um dos muitos aspectos relevantes dos acordos de leniência celebrados com base na Lei Anticorrupção: o da competência.

A escolha do tema se deve ao fato de que, muito embora não se discuta que a Lei Anticorrupção é um passo importante e internacionalmente reconhecido para o combate à corrupção no Brasil, um mal que afeta as instituições e as bases do próprio Estado Democrático de Direito, não se pode deixar de considerar o fato de que a mencionada Lei não regulou adequadamente todos os aspectos envolvendo os acordos de leniência.

A Lei Anticorrupção é muito aberta, sendo que, no que tange à fixação da competência para a condução e a celebração destes acordos, ela não atribuiu competência a um único órgão dotado de legitimidade e condições específicas necessárias para tanto, delegando a competência à “autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública” em face da qual foi praticado o ato lesivo

Em razão da amplitude da norma que atribui competência para celebração dos acordos de leniência, o ambiente de insegurança jurídica em relação aos acordos vem prosperando, seja porque há dúvidas quanto à possibilidade de haver o efetivo cumprimento dos compromissos que serão assumidos pelo Estado em troca da colaboração da empresa e de seus executivos, seja quanto à eficácia do acordo perante todos os entes envolvidos após a sua celebração. Isso vem tornando a decisão das empresas em celebrar tais acordos cada vez mais difícil e, por vezes, vem desestimulando o uso desse instrumento.

E não é só. As condutas ilícitas previstas na Lei Anticorrupção se assemelham aos tipos previstos nas Lei de Licitações, de Improbidade, de Defesa da Concorrência e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), com grandes possibilidades de haver *bis in idem* em razão da aplicação das sanções previstas nas distintas legislações de forma cumulativa, por diferentes autoridades competentes, ainda que haja a celebração do acordo de leniência pela empresa.

Por outro lado, a consolidação do instituto do acordo de leniência é importante para a manutenção das atividades e da função social das empresas brasileiras envolvidas em atos de corrupção e também para o país, uma vez que o Estado poderá contar com informações e provas relevantes para a identificação de outros envolvidos nestes atos, com a significativa redução dos custos de investigação destes crimes sofisticados e a efetiva aplicação de sanções a eles relacionadas.

Além disso, os acordos dispõem que haverá o monitoramento das empresas lenientes, assegurando a mudança de suas práticas a partir da respectiva formalização.

Com base no cenário posto, o objetivo que se pretende com este trabalho é o de analisar as questões práticas que vem sendo enfrentadas no âmbito dos acordos de leniência celebrados no Brasil com foco no tratamento da problemática da competência.

Pretende-se, ao final, propor uma solução para o problema, seja por meio de alteração legislativa, seja por meio de vertentes para uma interpretação dos textos legais existentes conforme à Constituição, de modo que a competência para a celebração dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção brasileira seja bem delimitada.

2. Justificativa da relevância prática e do potencial inovador

Por se tratar de instituto relativamente novo no Brasil, os acordos de leniência celebrados com base na Lei Anticorrupção resultaram em intensa discussão, através de artigos específicos, entrevistas publicadas nos principais jornais do país, editoriais e reportagens jornalísticas.

Diante deste cenário, a análise da competência para celebrar estes acordos merece estudo pela academia, uma vez que a solução dos impasses relacionados ao tema é de interesse de todas as partes envolvidas, como o Ministério Público, a Controladoria Geral da União (CGU), a Advocacia Geral da União (AGU), o Tribunal de Contas da União (TCU), as empresas e especialmente a sociedade.

A análise e a solução para os temas envolvendo os acordos de leniência interessam especialmente ao meio jurídico, uma vez que compete aos advogados trabalhar as soluções para que os mencionados órgãos e as empresas entrem em um consenso no que se refere à aplicação e à extensão dos benefícios objetos destes acordos.

3. Familiaridade com objeto da pesquisa e envolvimento pessoal

Ao trabalhar por mais de dez anos como advogada da Construtora Norberto Odebrecht, pude vivenciar de perto a crise institucional que se instalou na empresa com a revelação de ilícitos através da operação Lava Jato, assim como o início, o meio e o fim das tratativas que resultaram na celebração de um dos maiores acordos de leniência do mundo. Assim, me sinto legitimada e inspirada para aplicar os aprendizados adquiridos na prática com essa experiência no estudo e no endereçamento de questões relevantes para a consolidação do instituto da leniência no Brasil.

A escolha do tema também resulta desta minha particular experiência, que demonstrou que a solução de problemas que decorrem das questões controvertidas envolvendo a competência para celebração do acordo é, atualmente, um dos maiores desafios enfrentados em relação à eficácia plena do acordo.

4. Modelo de pesquisa

O modelo de pesquisa a ser adotado será o de pesquisa exploratória sobre práticas jurídicas, com o objetivo de produzir um texto doutrinário contendo as respostas às discussões tratadas em relação à competência para celebrar os acordos de leniência com base na Lei Anticorrupção.

5. Quesitos

O advento da Lei Anticorrupção tornou possível a celebração de acordos de leniência com a Administração Pública na hipótese de cometimento de atos de corrupção pelas empresas. Neste contexto, os quesitos que se apresentam são:

Quesito 1. A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) traz regulação suficiente para viabilizar a execução dos compromissos recíprocos assumidos pelo Estado e pelas empresas nos acordos de leniência no contexto brasileiro? Quais são os órgãos competentes para a celebrar acordos de leniência?

Quesito 2. Qual é o reflexo dos conflitos de competência entre os diversos órgãos com atribuição para aplicar sanções diante da apuração de atos de corrupção nos acordos de leniência celebrados com base na Lei Anticorrupção? Essas repercussões podem desestimular a celebração dos acordos de leniência? Quais sanções serão aplicadas às empresas pelos atos ilícitos confessados nos acordos de leniência?

Quesito 3. É possível haver a coordenação dos diversos órgãos de Estado que possuam atribuição para a condução dos temas envolvendo atos de corrupção e a celebração dos acordos de leniência? Existe uma espécie de “balcão único” para a negociação de tais acordos?

Quesito 4. Que critérios devem ser adotados para a fixação das multas a serem pagas pelas empresas lenientes? O parâmetro social deve ser aplicado para fixar estas multas? No que consiste a cláusula de “*ability to pay*”? O Ministério Público Federal ou o órgão competente

podem fazer juízo de valor acerca das informações e evidências obtidas através do acordo de leniência para a fixação do valor da multa prevista pela Lei Anticorrupção?

Quesito 5. Como deve ser fixada a competência para celebrar os acordos de leniência previstos pela Lei Anticorrupção, visando maior segurança jurídica? A participação e a atuação coordenada dos órgãos estatais competentes pode ser uma alternativa viável, nesta hipótese? Como essa coordenação poderia ser implementada?

6. Fontes de pesquisa

O presente trabalho terá como fonte de pesquisa a legislação, a jurisprudência brasileira relevante e a doutrina versando sobre acordos de leniência no Brasil, primeiramente em seu aspecto mais genérico, e, em seguida, com uma abordagem mais específica da Lei Anticorrupção.

Será utilizada também como fonte de pesquisa a doutrina estrangeira, em especial americana, uma vez que o instituto da leniência possui origem nos Estados Unidos, com a edição de programas de leniência corporativos pela divisão antitruste do Departamento de Justiça (DOJ).

A pesquisa se baseará, ainda, em teses e artigos específicos publicados em revistas especializadas tanto no Brasil como no exterior versando sobre acordos de leniência da Lei Anticorrupção.

7. Bibliografia preliminar

ALEXANDER, Cindy R.; ALEX LEE, Yoon-Ho. *Non prosecution of corporations: toward a model of cooperation and leniency*. Disponível em: <<https://home.heinonline.org>>. Acesso em 22.06.2018.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Princípios da administração pública e segurança jurídica*. In: (Coords.) OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal; VALIM, Rafael. *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ARAÚJO, Kleber Martins de. *Processo Administrativo de Responsabilização. Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, 2ª Ed.

ARLEN, Jenifer; KRAAKMAN, Reinier. *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*. *New York University Law Review*, v. 72, n. 4, October.1997.

BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas. Um contributo ao Estado do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária no contexto de uma Administração Pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. IDa p xdarsl

BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, Mar/Apr. 1968.

CANTAL, Ana Maria Borges Fontão. *A nova Lei Anticorrupção*. *Revista de Direito Empresarial*, v.12, p.301-308, São Paulo: RT, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DANTAS, Bruno. *Os acordos de leniência e os limites de atuação de cada órgão*. In: *Consultor Jurídico*, 28.12.2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-28/bruno-dantas-acordos-leniencia-limites-atuacao-orgaos>>. Acesso em 28.05.2018.

FERRAZ, Luciano. *Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas – Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção*. Revista Brasileira de Direito Público (RBDP), ano 12, n.47, p.33-43, Belo Horizonte, 2014.

GABAN, Eduardo Molan. *Acordos de Leniência no Brasil in Direito Empresarial – Questões contemporâneas em coletânea*. São Paulo: Ed. Singular, 2007.

GODOY, Luciano. *Acordo de leniência e preservação da empresa*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/luciano-godoy/acordo-de-leniencia-e-preservacao-da-empresa-26072016>>. Acesso em 22.06.2018.

GRILLO, Breno. *Ministério Público deve ser o titular dos acordos de leniência, diz juiz americano*. In: Revista Consultor Jurídico, 10.12.2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-10/mp-titular-acordos-leniencia-juiz-americano>>. Acesso em 28.05.2018.

JACKSON, Howell Edmund et al. *Analytical Methods for Lawyers*. 2nd ed. New York: Foundation, 2011.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *A corrupção em uma perspectiva internacional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 64. vol. 15. p. 29-56. 2007.

KLASS, Gregory; LETSAS, George & SAPRAI, Prince. *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LAMY, Anna Carolina. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. São Paulo: Editora FGV, 2017.

MELO, Débora Thaís de. *Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos coletivos*. In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícios Marques de. *Compliance – Concorrência e Combate à Corrupção*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MUDROSVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Leniência, uma história em construção: segurança jurídica e atuação do Estado*. In: Consultor Jurídico, 10.03.2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/observatorio-constitucional-acordo-leniencia-historia-construcao>>. Acesso em 21.05.2018.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability Horizontal e novas Poligarquias*. São Paulo: Lua Nova, n. 44, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-64451998000200003&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 08.09.2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *As novas ferramentas do direito administrativo para combater o velho problema da corrupção: perspectivas da Lei 12.846/2013. Crise econômica e soluções jurídicas*. v.76, 2016, DTR\2016\150. São Paulo: RT, 2016.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. *Law and Economics in the Civil Law World*. Tulane Law Review, v.90, n.2, 2015.

PIMENTA, Guilherme. *Empresa não pode sair de leniência pior do que entrou, diz Amanda Athayde*. In: Jota info. Disponível em: <<https://www.jota-info.cdn.ampproject.org/c/s/www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/empresa-leniencia-entrou-amanda-athayde-21062018/amp>>. Acesso em 28.06.2018.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís. *A corrupção – Reflexões a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência – sobre o seu regime jurídico criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra Editora, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. *A articulação dos acordos de leniência em um sistema de controle público*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/contas-vista-articulacao-acordos-leniencia-num-sistema-controle-publico>>. Acesso em 22.06.2018.

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

SOARES, Pedro Vasques. *Atribuições e cooperação em leniência: a busca do arranjo institucional*. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 23. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64573>>. Acesso em 08.09.2018.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. *Acordos de leniência e de colaboração premiada no Direito Brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados*. Revista Brasileira de Advocacia. Vol. 4. Ano 2. São Paulo: Ed RT, 2017.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; CARVALHO, Salo de. *Ambiente de Incertezas no Brasil criminaliza atividades econômicas*. In: Revista Consultor Jurídico, 03.02.2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-10/mp-titular-acordos-leniencia-juiz-americano>>. Acesso em 21.05.2018.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Silvia; MARRARA, Thiago (coord). *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

8. Cronograma de execução

Atividade	2018					2019												Horas
	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	
Aprofundamento da Pesquisa bibliográfica	■	■																[60h]
Revisão bibliográfica			■															[30h]
Análise do Material coletado				■														[30 h]
Estruturação do Sumário					■	■												[60h]
Redação da primeira parte do trabalho							■	■	■									[90h]
Redação da segunda parte do trabalho										■	■	■						[90h]
Entrevistas													■					[30h]
Redação da conclusão e recomendações práticas														■	■			[60h]
Revisão																■		[30h]
Depósito																	■	-