



Seção: Artigos Científicos

**Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro:
modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**

*Leniency programs in Brazilian administrative law: types, legal framework and
problems*

Thiago Marrara

Resumo: O presente artigo trata da definição do acordo de leniência e suas características centrais. Em seguida, examina e compara as três modalidades de leniência existentes no direito administrativo brasileiro. Em primeiro lugar, aborda-se a leniência no direito administrativo da concorrência. Em segundo, a leniência para infrações de corrupção e, em terceiro, a leniência para infrações licitatórias.

Palavras-chave: Acordo de leniência; defesa da concorrência; lei anticorrupção; infrações licitatórias.

Abstract: This essay presents a theoretical definition of leniency agreement and its main features. Following that, it points out and compares the only three existing types of leniency programs in the Brazilian administrative law. First, it analyses the leniency program in the antitrust policy. Secondly, it examines the leniency in the anti-corruption Law and, finally, the leniency program for infractions in the field of public procurements.

Keywords: Leniency program; antitrust Law; anticorruption Law; public procurements.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n2p509-527>

Artigo submetido em: junho de 2015

Aprovado em: junho de 2015

ACORDOS DE LENIÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: MODALIDADES, REGIME JURÍDICO E PROBLEMAS EMERGENTES

Thiago Marrara*

Sumário: 1 Introdução: a consensualização no processo sancionador; 2 Acordo de leniência: definição, conteúdo e características essenciais; 3 Comparativo das modalidades de leniência existentes no Brasil; 4 Leniência para infrações contra a ordem econômica; 5 Leniência para infrações de corrupção; 6 Leniência para infrações licitatórias; 7 Conclusão; 8 Referências bibliográficas.

1 Introdução: a consensualização no processo sancionador

Com elevada frequência, confunde-se consensualização com consenso ou com consensualidade. Misturam-se meios com fins, processos com resultados. A consensualização propriamente dita representa um fenômeno de construção teórico-normativa de canais jurídico-operacionais aptos a viabilizarem consenso no planejamento e na execução das funções administrativas. Esses canais assumem caráter orgânico (como a previsão de direito de voz e voto para alunos em colegiados de universidades públicas ou de representantes do povo em conselhos nacionais de políticas públicas), procedimental (como audiências realizadas no licenciamento ambiental) ou contratual (como os compromissos de cessação de prática infrativa e a própria leniência). Todos eles constituem meios para a busca do consenso nas relações entre Estado e Administração, nas relações entre entes públicos ou em relações entre órgãos de um mesmo ente. Como meios, sua existência por si só não garante consenso. É perfeitamente possível que eles estimulem até dissensos em certos casos. Por isso, consensualização, consenso e consensualidade jamais poderiam ser tomados como sinônimos. Consenso significa consentimento recíproco; consensualidade indica o grau, maior ou menor, de consenso na construção ou execução das políticas públicas. Os dois termos apontam para resultados. Consensualização, por sua vez, é movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos (MARRARA, 2014).

Essa diferenciação se mostra relevante para compreender o tema em debate. A leniência nada mais é que um exemplar dos vários instrumentos da administração consensual na modalidade contratual. Mas não é só isso. Sua maior peculiaridade – e talvez fragilidade – reside em sua relação essencial com os processos repressivos de polícia administrativa. Juntamente com os acordos de cessação de prática infrativa, os acordos de leniência representam o ponto mais delicado do movimento de consensualização e de horizontalização da Administração Pública, na medida em que

* Professor de direito administrativo da USP. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Livre-docente. Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Advogado consultor.

se inserem em uma atividade tradicionalmente verticalizada, em que o Estado costuma agir de modo unilateral, monológico e pouco cooperativo diante do cidadão.

Há certas décadas seria impensável imaginar que uma autoridade pública dialogaria com um infrator confesso, responsável por desvios bilionários de recursos financeiros ou infrações econômicas com altíssimo impacto lesivo a interesses públicos primários. Perante o suspeito, à Administração tradicional se abria um único caminho: inaugurar os devidos processos acusatórios e esforçar-se para levantar provas a fim de punir os reais infratores.

Ocorre que as infrações ficaram complexas, grandiosas, enormemente reticularizadas, virtualizadas e elaboradas. Além disso, como lembra Fábio Medina Osório (2005, p. 502-503), as atividades instrutórias se tornaram mais difíceis por força do respeito obrigatório ao princípio da presunção de inocência e da vedação de se obrigar alguém a produzir provas contra si mesmo. Tanto pela complexidade das infrações em si, quanto pelas essenciais garantias processuais que foram asseguradas ao cidadão ao longo das décadas, os custos operacionais das tarefas processuais do Estado aumentaram e, por reflexo, a improbabilidade de sucesso nos processos administrativos acusatórios se elevou tremendamente.

Em face da nova realidade, muitos Estados se viram jogados frente a um dilema: negociar e punir com base em processos administrativos fortemente instruídos ou não negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da fraqueza probatória de processos acusatórios baseados em técnicas tradicionais de instrução. Vários desses Estados (cf. ALBRECHT, 2008, p. 257), inclusive o Brasil, optaram pela via utilitarista: aceitaram negociar com um infrator com o objetivo de enriquecer o processo e lograr punir outros infratores! Diga-se bem: negociar não para beneficiar gratuitamente, não para dispor dos interesses públicos que lhe cabe zelar, não para se omitir na execução das funções públicas. Negociar sim, mas com o intuito de obter suporte à execução bem sucedida de processos acusatórios e atingir um grau satisfatório de repressão de práticas ilícitas altamente nocivas que sequer se descobririam pelos meios persecutórios e fiscalizatórios clássicos.

Está aí o fundamento tanto do acordo de leniência, quanto da popular delação premiada empregada no direito penal. Ambos os institutos não são senão medidas de um (aparentemente paradoxal) acordo entre infrator e acusador no processo administrativo! Por meio dele, ao infrator se concedem benefícios sancionatórios e, em certos casos, até imunidade em relação a determinadas sanções. Não por outra razão, esses acordos levantam dúvidas teóricas à luz do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos primários, da isonomia e até mesmo da legitimidade.

Seria por demasia pretensioso, em um mero artigo, visar examinar os acordos sob o arcabouço valorativo que guia a Administração Pública e o Estado brasileiro. Por

consequente, parte-se aqui da premissa geral de que a consensualização do poder sancionatório em si não viola qualquer princípio constitucional, sobretudo o da indisponibilidade dos interesses públicos primários. Com base nesse entendimento, buscar-se-á nas linhas seguintes tão somente apresentar o instituto do acordo de leniência e suas funções em mais detalhes, construir um comparativo das três modalidades identificadas no direito positivo brasileiro até o momento, apontando-se seus principais elementos processuais e materiais e, enfim, tecer alguns comentários pontuais sobre cada um deles. Ao longo desse exame, pretende-se destacar os problemas e as deficiências da legislação brasileira e demonstrar como a legislação mais recente, em vez de aprimorar os modelos de leniência, acabou por piorá-los.

2 Acordo de leniência: definição, conteúdo e características essenciais

Leniência indica brandura ou suavidade (SOBRAL, 2001, p. 133). No processo administrativo sancionador, o chamado “acordo de leniência” designa um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção. Trata-se de instrumento negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade pública e um particular, o qual assume os riscos e as contas de confessar uma infração e colaborar com o Estado no exercício de suas funções repressivas. Para Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p. 253), a leniência envolve uma efetiva transação entre “o Estado e o delator, que em troca de informações viabilizadoras da instauração, da celeridade e da melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal denunciada”. Por semelhante definição, manifesta-se igualmente Di Pietro (2015).

Em algumas áreas, como no direito concorrencial, costuma-se apontar o particular que celebra o acordo como “leniente”. A terminologia em questão mostra-se claramente inadequada. Na prática, o papel de leniente é exercido pela entidade pública. É ela que age com brandura no exercício de seu poder punitivo perante o infrator colaborador. Leniente é o Estado e apenas ele. O particular deve ser chamado de colaborador ou de beneficiário da leniência.

Em outros sistemas jurídicos, acordos ou programas análogos são também designados como sistema de bônus, de anistia ou da “testemunha da coroa” (cf. ZIMMERLI, 2007, p. 443 e ALBRECHT, 2008, p. 237). Esta última expressão, empregada no direito alemão, “simboliza a cena do infrator que confessava a prática, delatava os coautores e permanecia ao lado do trono em contraposição aos demais acusados pelo monarca. Seja qual for a terminologia preferida, a ideia central é única e consiste na colaboração que o infrator oferece ao Estado no desejo de obter o benefício da exclusão da punibilidade ou a redução da sanção” (MARRARA, 2015, p. 332).

A despeito dos problemas terminológicos verificados no Brasil, das nuances dos sistemas estrangeiros e das peculiaridades das diversas espécies de acordo que serão apresentadas neste artigo, a leniência apresenta algumas características essenciais, quais sejam:

- 1) Trata-se de *acordo administrativo integrativo*,¹ ou seja, de ajuste que se acopla a processo administrativo com a finalidade de facilitar sua instrução. É verdade que a leniência pode ser firmada antes da abertura do processo. Daí ser possível diferenciar a leniência concomitante da prévia, cujos efeitos podem ou não ser distintos conforme a legislação aplicável. Sem prejuízo, a natureza integrativa persiste, pois decorre da relação essencial do ajuste com o processo. Sem o processo sancionador, não há sentido ou fundamento para cooperação.
- 2) A leniência *não exclui a ação unilateral* do Estado. Como o acordo serve para que a autoridade pública obtenha provas que facilitem a instrução e a punição, é normal que o acordo conviva com o processo e com um ato administrativo final de natureza punitiva ou absolutória. Essa observação é relevante para evitar qualquer impressão de que os modelos de administração consensual e contratual venham a sepultar o estilo de administração unilateral. Qualquer impressão nesse sentido é falsa. Técnicas de administração consensual e unilateral podem conviver e a leniência comprova essa afirmação, na medida em que o acordo subsidia a formação de um ato administrativo final no processo punitivo.
- 3) Para o beneficiário ou colaborador, a leniência *gera a obrigação de cooperar* com a investigação e com a instrução do processo acusatório por sua conta e risco. O colaborador assume o risco de ser acusado por terceiro e até por outras entidades públicas com base em tipos de responsabilização não cobertos pela leniência. Ademais, arca com os custos financeiros de praticar os atos de cooperação com o Estado. A depender da lei, é preciso que o particular ainda se obrigue a suspender a prática infrativa de imediato. Todas essas obrigações se compensam por benefícios na redução das sanções ou mesmo na sua extinção. Os benefícios ora se restringem às sanções do processo administrativo, ora se estendem, por força de lei, para outras esferas, como a penal – efeito que gera inúmeros questionamentos, sobretudo pelo fato de que a decisão da autoridade administrativa ocasionará efeitos limitativos para o Ministério Público e o Judiciário. A despeito da abrangência, é importante que a lei defina o benefício mínimo e máximo pelo cumprimento do acordo,

¹ Sobre a diferença, proveniente do direito processual administrativo italiano, entre acordos integrativos e acordos substitutivos, cf. MENEZES DE ALMEIDA (2012, p. 300).

mas nem sempre isso ocorre no direito brasileiro, o que gera alta imprevisibilidade para os colaboradores.

- 4) Para o Estado, a leniência implica a *obrigação de reduzir as sanções* que seriam aplicadas ao infrator confesso caso houvesse cooperação. No processo acusatório, o Estado tem o dever de mensurar as sanções para então conceder os benefícios de redução ou extinção esperados em razão do cumprimento do acordo. Em certos casos, a legislação prevê a regra da menor pena, pela qual a sanção final do leniente em nenhuma hipótese poderá superar a sanção imposta a outros infratores não beneficiados pelo acordo. O cumprimento dessas obrigações pelo Estado supõe que se julgue positivamente a cooperação prestada pelo particular. Sem que veja satisfeito seu direito à obtenção de provas e à cooperação necessária para que o processo acusatório atinja um resultado útil, o Estado não deve conceder qualquer benefício. É discutível, todavia, se o resultado útil necessariamente terá que representar uma decisão administrativa condenatória. Defendo que a obrigação do colaborador é de meio e não de resultado. Isso significa que não importa o resultado do processo administrativo para que obtenha os benefícios da leniência. Importa, sim, seu comprometimento efetivo com a colaboração processual. Embora pareça desimportante, essa discussão é fundamental, porque os documentos obtidos pela leniência em um processo administrativo frustrado podem ser empregados em outros processos e também pelo fato de que algumas leniências não deflagram efeitos apenas no campo administrativo.²

3 Comparativo das modalidades de leniência existentes no Brasil

O reconhecimento das características teóricas gerais dos acordos de leniência se mostra insuficiente para revelar toda a complexidade prática desses ajustes que se acoplam aos processos administrativos sancionatórios. No Brasil, a primeira modalidade de leniência foi criada em 2000 (Lei n. 10.149) e até o momento existem três modalidades, cujos regimes jurídicos diferem de modo significativo, sobretudo no tocante aos efeitos para o infrator colaborador. Antes de se comentar cada uma delas, apresentam-se dois quadros comparativos e sintéticos dos principais elementos processuais e materiais de cada acordo, o que permite visualizar como e em que medida os regimes de cooperação entre Estado e infrator variam no ordenamento jurídico pátrio.

O quadro I resume aspectos referentes: 1) à entidade administrativa competente para a celebração do acordo; 2) à existência de vedação de leniência múltipla que, de modo geral, é indicada pela presença da regra “first come, first serve” em certas leis, ou seja,

² Para mais detalhes sobre os efeitos administrativos, penais, civis e internacionais do acordo de leniência, cf. MARRARA (2014, cap. 06).

pela determinação de que a Administração Pública somente celebre a leniência com o primeiro infrator a se qualificar para colaborar no processo sancionatório, restando proibidas leniências com outros coautores da conduta ilícita; 3) à necessidade ou não de obrigatoriedade de confissão da prática ilícita pelo infrator interessado em colaborar; 4) à previsão legal de sigilo na negociação e execução do acordo; 5) à existência de leniência oral, técnica utilizada em alguns países para evitar o risco de que documentos entregues na negociação do acordo venham a ser empregados pelo Estado ou por terceiros para iniciar processos administrativos, civis ou penais na hipótese de frustração da negociação da leniência; 6) à necessidade de suspensão da prática infrativa pelo colaborador na leniência, técnica que gera questionamentos pelo fato de poder suscitar desconfianças dentro da rede de infratores, ocasionando a destruição ou a ocultação de provas; 7) aos efeitos da negociação frustrada, aspecto relevante na medida em que algumas leniência não se concretizam, mas os documentos e informações gerados na negociação podem cair na mão de terceiros ou serem empregados pelo próprio Estado para iniciar outras medidas punitivas ou reparatórias; e 8) às consequências do inadimplemento do acordo, sobretudo para o colaborador.

Em relação a todos esses aspectos, o quadro I considera exclusivamente as informações e previsões normativas contidas na Lei de criação de cada acordo, deixando de lado normas estabelecidas em Decretos regulamentadores e em outros atos normativos internos. Observe-se, ainda, que muitas células do quadro contém um ponto de interrogação, o qual designa a lacuna da lei em relação ao tópico tratado. Isso se dá particularmente quanto ao acordo de leniência para infrações licitatórias, modalidade consagrada na Lei Anticorrupção, mas sem a designação de um regime jurídico minimamente estruturado, lacuna essa que necessita ser oportunamente discutida para que o acordo se torne viável.

QUADRO I. Comparação das leniências

| | Lei 12.846 (16) | Lei 12.529 | Lei 12.846 (17) |
|------------------------------|---|------------------------------------|------------------------|
| | ANTICORRUPÇÃO | CONCORRÊNCIA | LICITAÇÕES |
| Entidade competente | Entidade administrativa lesada / CGU / MP | CADE | ? |
| First come, first serve | SIM, APENAS PARA PESSOAS JURÍDICAS | SIM, APENAS PARA PESSOAS JURÍDICAS | ? |
| Obrigatoriedade da confissão | SIM | SIM | SIM |
| Uso do sigilo | SIM | SIM | ? |

| Leniência oral | NÃO PREVÊ | NÃO PREVÊ | NÃO PREVÊ |
|-------------------------------------|--------------------------|--------------------------|-----------|
| Necessidade de suspensão da prática | SIM | SIM | ? |
| Efeitos da negociação frustrada | AFASTAMENTO DA CONFISSÃO | AFASTAMENTO DA CONFISSÃO | NÃO PREVÊ |
| Consequências do inadimplemento | VEDAÇÃO DE 3 ANOS | VEDAÇÃO DE 3 ANOS | ? |

Fonte: elaboração própria

No tocante aos aspectos apontados até o momento, o quadro I demonstra muito claramente que o acordo de leniência para infrações por atos de corrupção empresarial se baseou no acordo de leniência previsto na legislação de defesa da concorrência. Todos os aspectos são idênticos, com a diferença de que, na lei anticorrupção, o Ministério Público pode atuar de maneira subsidiária em relação à autoridade administrativa, quando esta deixa de tomar as medidas de instauração do processo sancionador. Por conta dessa competência subsidiária, a legitimidade para celebração da leniência pode ser eventualmente transferida para o *parquet*, situação impossível de ocorrer no programa de leniência de defesa da concorrência. Ainda no que diz respeito à legitimidade ativa para celebração do acordo, a lei anticorrupção é mais abrangente, pois qualquer ente público está autorizado a aplicar suas sanções administrativas, diferentemente do que ocorre no sistema concorrencial, em que o CADE monopoliza o poder sancionatório na esfera administrativa. Fora isso, na lei anticorrupção se vislumbra a competência exclusiva de atuação da Controladoria Geral da União para celebrar leniências a respeito de práticas nacionais contra o Poder Executivo federal e práticas contra a Administração Pública estrangeira (art. 16, § 10).

Esses aspectos procedimentais não esgotam os elementos essenciais deste relevante acordo integrativo a processos administrativos sancionatórios. O quadro II traz elementos adicionais que mostram diferenças significativas entre as modalidades de leniência previstas no direito positivo brasileiro. Nesta segunda sistematização, são sumarizados: 1) as subespécies de leniência previstas em cada lei, separando-se a leniência prévia ao processo administrativo sancionador da leniência que lhe é concomitante, o que pode ter certos impactos em relação aos efeitos do ajuste para o colaborador; 2) a existência ou não de leniência *plus*, consistente em uma segunda leniência no mesmo processo administrativo acusatório, mas com base em uma infração diversa e desconhecida do Estado, o que gera para o infrator colaborador benefícios em dois processos administrativos com apenas um único acordo e mitiga a regra do “first come, first serve” aplicável às pessoas jurídicas; 3) os efeitos administrativos internos da leniência, isto é, os benefícios gerados no processo sancionatório no qual ela se integra; 4) a existência do benefício da menor multa, pela

qual não se permite punir o colaborador de maneira mais gravosa que outros coautores da infração; 5) os efeitos administrativos externos, isto é, em relação a esferas de responsabilidade administrativa adicionais à do processo em que a leniência é celebrada; 6) os efeitos penais; 7) os efeitos civis e 8) os efeitos internacionais. Novamente, a comparação foi baseada no exame da lei formal, sem considerações sobre decretos regulamentares e normas administrativas internas.

QUADRO II. Comparação das leniências (continuação)

| | Lei 12.846 (16) | Lei 12.529 | Lei 12.846 (17) |
|----------------------------------|--|---|------------------------------------|
| | ANTICORRUPÇÃO | CONCORRÊNCIA | LICITAÇÕES |
| Leniência prévia e concomitante | NÃO DIFERENCIA | SIM | ? |
| Leniência plus | NÃO PREVÊ | SIM | ? |
| Efeitos administrativos internos | MULTA: ATÉ 2/3 DE REDUÇÃO. MÍNIMO NÃO PREVISTO | MULTA: PODE SER ZERADA. MÍNIMO DE 1/3 DE REDUÇÃO. | ISENÇÃO OU REDUÇÃO. SEM PERCENTUAL |
| Benefício da menor multa | NÃO PREVÊ | SIM | ? |
| Efeitos administrativos externos | NÃO PREVÊ | NÃO PREVÊ | ? |
| Efeitos penais | NÃO PREVÊ | SIM. AMPLO PARA CARTEL. | ? |
| Efeitos civis | PARCIAL. APENAS PARA SANÇÃO DO ART. 19, IV. NÃO AFETA DEVER DE REPARAÇÃO (ART. 16, § 3º) | NÃO | ? |
| Efeitos internacionais | NÃO PREVÊ | NÃO PREVÊ | ? |

Fonte: elaboração própria

Em contraste com o primeiro, o quadro II revela mais intensa diferenciação dos modelos de leniência no tocante aos efeitos do ajuste celebrado pelo infrator com a entidade pública responsável pelo processo administrativo sancionador. É essa variação de efeitos que torna um programa mais ou menos atrativo para os infratores. Note-se, porém, que nenhum dos acordos gera efeitos protetivos para o colaborador em outros processos administrativos sancionadores. Para uma prática exemplificativa de cartel licitatório, a realização da leniência com o CADE não protege o infrator contra processos administrativos conduzidos pela entidade lesada com base na lei anticorrupção ou nas disposições da lei de licitações. Da mesma forma, pelo acordo assinado com base na Lei Anticorrupção, o colaborador não se imunizará contra sanções aplicadas pelo CADE. Daí a necessidade de que, para certas práticas, o infrator interessado em cooperar com o Estado busque inúmeros acordos de leniência para adquirir uma blindagem minimamente segura. Nada garante, porém, que o mesmo infrator logrará cumprir todos os requisitos de cada lei para celebrar os vários acordos previstos no direito positivo – e é esta imprevisibilidade que torna a negociação de um acordo extremamente arriscada na prática.

4 Leniência para infrações contra a ordem econômica

Inserido no ordenamento jurídico em 2000, o acordo de leniência previsto na legislação brasileira de defesa da concorrência não configura apenas o mais tradicional dos ajustes cooperativos do processo administrativo sancionador, mas também o mais bem disciplinado do ponto de vista normativo. Afirma-se isso com base nos dois quadros comparativos da legislação atual apresentados no item anterior.

A Lei 12.529/2011, Lei de Defesa da Concorrência, separa de maneira relativamente clara três subespécies de leniência, a prévia ao processo, a concomitante e a leniência *plus*. Em relação a cada uma delas, são definidos os efeitos ou benefícios do acordo. Apontam-se os benefícios mínimos e máximos, garante-se ao colaborador o benefício da menor sanção em relação a todos os condenados e preveem-se ainda efeitos penais bastante alargados. Apesar das diferenças, a competência de celebração é unificada, ou melhor, concentrada no CADE, o que também facilita o funcionamento do programa de cooperação.

No âmbito administrativo, os efeitos da leniência concorrencial limitam-se ao âmbito do poder sancionatório da entidade leniente. Eles valem apenas para beneficiar o colaborador diante das sanções administrativas previstas na lei de defesa da concorrência e, por consequência, não afastam a incidência de sanções constantes da lei de licitações, da lei anticorrupção ou de qualquer outro diploma administrativo cabível – daí porque, para se proteger contra tais sanções, o colaborador terá que buscar leniências simultâneas e múltiplas. Apesar dessas limitações, como as sanções concorrenciais demonstram grande severidade, os efeitos da leniência não são desprezíveis.

Quanto à multa administrativa, a redução mínima é de um 1/3 e a máxima, de 2/3 no caso de leniência concomitante ao processo. Para a leniência prévia ao processo, o benefício consiste na inaplicabilidade da multa. Não há dúvidas de que essa diferenciação de benefícios é proposital e criada exatamente para estimular as leniências prévias ou anteriores ao processo administrativo, momento em que o Estado ainda não tem conhecimento da infração. Já para a leniência *plus* (ou de duplo efeito), o benefício no primeiro processo consiste na redução da multa em 1/3 e, no segundo processo, aplicam-se os efeitos de leniência prévia. Nessa sistemática, resta evidente que a autoridade pública, diante do reconhecimento de cumprimento do acordo, detém discricionariedade para mensurar o benefício apenas na modalidade da leniência concomitante. Para a leniência prévia e a *plus*, a oferta do benefício é vinculada.

Todos esses benefícios valem no mesmo percentual para a pessoa física e para a pessoa jurídica, a depender de quem celebrou a leniência. A pessoa física, porém, não sofre a limitação do *“first come, first serve”*, de modo que está autorizada a celebrar leniência ainda que exista um ou mais acordos do gênero acoplados ao processo sancionador. Apesar dos percentuais idênticos para pessoas físicas e jurídicas, os efeitos práticos do benefício variam na prática, pois o direito concorrencial diferencia as sanções das pessoas jurídicas com finalidade econômica, das pessoas jurídicas não executoras de atividade empresarial, das pessoas físicas como infratoras e das pessoas físicas como administradoras de entidades empresariais ou não. Essas variações estão explicitadas no quadro a seguir:

QUADRO III. Sanções de multa administrativa na lei de defesa da concorrência.

| PESSOAS JURÍDICAS | LDC/2011 | PESSOAS FÍSICAS | LDC/2011 |
|--|----------------------------|---|--|
| Multa à empresa condenada | 0,1% a 20% do faturamento | Multa ao administrador | 1% a 20% da multa aplicada à pessoa jurídica |
| Multa à pessoa jurídica fora de atividade empresarial (e.g. associações) | R\$ 50 mil a R\$ 2 bilhões | Multa à pessoa física que não se enquadre na qualidade de administrador | R\$ 50 mil a R\$ 2 bilhões |

Fonte: elaboração própria

Comentário especial merece a previsão dos benefícios penais no programa de leniência concorrencial utilizado por pessoas físicas. A celebração do acordo e seu cumprimento, num caso ilustrativo de cartel licitatório, tornam o colaborador imune a ações penais das mais variadas ordens. Nesse aspecto, a Lei de 2011 evoluiu significativamente em comparação à Lei 8.884/1994, já que, no sistema anterior, o

benefício penal se limitava aos crimes contra a ordem econômica. O infrator que confessava a prática ganhava imunidade penal apenas relativa e, não raro, via-se apontado como réu de ação penal fundamentada no crime de quadrilha (cf. REALE JÚNIOR, 2006, p. 31).

Para solucionar o problema e afastar interferências do Ministério Público nos acordos de colaboração celebrados pelo CADE, a legislação atual expandiu os benefícios para todo e qualquer crime, modificação que recebeu expressivo apoio doutrinário (cf. BURINI, 2010, p. 248 e CHINAGLIA, 2012, p. XIII). Com isso, o benefício passou a atingir a esfera penal como um todo, mas apenas para infrações de cartel. Isso tornou, de um lado, o acordo de leniência muito mais atrativo para pessoas físicas. De outro, contudo, suscitou fortes críticas pelo fato de seu cumprimento obstar a ação de autoridades do Judiciário e do Ministério Público na esfera criminal.

5 Leniência para infrações de corrupção

A consagração definitiva do acordo de leniência como ajuste de consensualização nos processos administrativos sancionatórios ocorreu com a edição da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013). Até então, o acordo se restringia à esfera de defesa administrativa da concorrência. Com a nova lei, surgem duas modalidades adicionais de leniência: a relativa às infrações de corrupção e a relativa às infrações licitatórias.

Para se compreender o papel da leniência contra práticas de corrupção, há que se resgatar o conteúdo da Lei que a alberga. *Grosso modo*, trata-se de diploma que cria uma esfera de responsabilidade civil e administrativa de natureza objetiva contra pessoas jurídicas (art. 2º), permitindo inclusive a solidariedade do grupo econômico em relação à multa (art. 4º, § 2º) e a assunção da mesma pelo sucessor em caso de concentração econômica (art. 4º, § 1º). As infrações podem ser igualmente cometidas por pessoas físicas (dirigentes ou administradores), mas nesta hipótese a punição se dá de acordo com um modelo de responsabilização subjetiva, dependente de avaliação e prova de culpabilidade individualizada.

No âmbito da Administração Pública, as sanções dependem da realização prévia de processo administrativo da entidade lesada pela prática de corrupção empresarial. Deve correr, naturalmente, em conformidade com o devido processo legal e não impede outros processos acusatórios com base na Lei de Defesa da Concorrência, da Lei de Improbidade e da Lei de Licitações (art. 29 e 30). Do processo administrativo acusatório por corrupção, derivam no máximo duas sanções: 1) multa sancionatória que varia de 0,1 a 20% do faturamento (percentual idêntico ao da legislação concorrencial), descontados tributos e que jamais poderá ser inferior à vantagem auferida pelo infrator quando possível mensurá-la e não excludente de reparação civil e 2) publicação de decisão condenatória, aplicada isoladamente ou em conjunto com a multa, nos meios de comunicação, na entidade e na internet, com o intuito de expor o

infrator e submetê-lo a eventuais sanções sociais por parte de investidores, consumidores, concorrentes e outros agentes sociais e econômicos.

Na esfera administrativa, como visto, existem apenas duas sanções. Contudo, a lei prevê uma série de medidas de natureza civil, cuja aplicação depende da condução de processo judicial e de prolação de sentença condenatória. Essas medidas abrangem a reparação do dano, o perdimento de bens e valores, a suspensão de atividades econômicas, a dissolução da pessoa jurídica, a proibição de incentivos, doações, empréstimos públicos etc. Muitas delas também existem no âmbito da defesa da concorrência, mas são lá consideradas como sanções acessórias de natureza administrativa, razão pela qual podem ser impostas pelo próprio CADE ao final do processo administrativo sancionador. Na Lei Anticorrupção, a incidência das mesmas medidas pressupõe o processo judicial, o que mitiga os poderes punitivos da Administração.

É nesse contexto sancionatório que surge o programa de leniência da Lei Anticorrupção. Trata-se de um acordo de cooperação com o infrator confessor que venha a se qualificar em primeiro lugar perante o ente público competente. Isso mostra que a lei anticorrupção também adotou a sistemática do “first come, first serve” e a limitou às pessoas jurídicas, de modo que as físicas podem celebrar leniências mesmo que outras já existam no processo. No tocante aos benefícios, porém, as diferenças entre a lei concorrencial e a lei de combate à corrupção empresarial são gritantes. Muitas dessas diferenças, em verdade, representam falhas graves da legislação e que podem sepultar a atratividade da leniência nessa esfera.

Conforme a Lei Anticorrupção, no âmbito administrativo, a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções de publicação extraordinária da decisão administrativa condenatória e reduzirá em até 2/3 o valor da multa aplicável (art. 16, § 2º). Note-se bem: a lei não define o benefício mínimo em relação à multa, resumindo-se a prever o desconto máximo de 2/3. Nesse particular, fica a seguintes dúvida: a autoridade pública, diante da leniência cumprida, está autorizada a conferir um benefício insignificante??? Parece que não, sob pena de se frustrar a boa-fé em relação ao processo e ao acordo administrativo³ e o princípio maior da segunda jurídica. Na oportuna lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “a essência do Direito é firmar previamente os efeitos que associará aos comportamentos tais ou quais... a ordem jurídica constitui uma prévia rede de segurança para a conduta dos indivíduos, afastando liminarmente qualquer imprevisto ou surpresa que poderia lhes advir se não existisse essa preliminar notícia sobre o alcance de sua atuação futura”. E arremata: “a

³ Como ensina Romeu Felipe Bacellar Filho, “o cidadão, ao dar início às solenidades que antecedem o exercício de uma atividade lícita e ao empenhar-se moral e financeiramente com o projeto dela decorrente, tem, de acordo com o princípio da juridicidade, a certeza de um direito. A certeza do direito representa, pois, para o cidadão, uma visão confiante e antecipada do acolhimento de seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos...” (BACELLAR FILHO; MARTINS, 2014, p. 537).

própria possibilidade de o Direito se realizar depende, às completas, de que exista a certeza, a segurança de que um prévio comportamento ocorrerá na hipótese de uma conduta ser tal ou qual” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 41).

Não bastasse isso, a lei anticorrupção não prevê qualquer tipo de isenção de multa e, em nenhum momento, faz a importante diferenciação entre a leniência prévia e a leniência concomitante. Como foi dito, na defesa da concorrência, a leniência prévia é estimulada com benefícios maiores (isenção de multa), mas no combate à corrupção, não há qualquer variação. Certamente, essa lacuna apenas servirá para desestimular acordos anteriores ao processo administrativo.

Outro ponto interessante da leniência no combate à corrupção diz respeito aos efeitos penais e civis. Em regra, não existe nenhum efeito penal. Com isso, a legislação deixou de aproveitar todas as discussões teóricas travadas no direito administrativo concorrencial e acabou tornando o acordo de cooperação pouco atrativo. Que pessoa física se motivará a propor o ajuste sob o risco de ser processada criminalmente? Na medida em que as pessoas jurídicas são movidas por pessoas físicas, será que a falta de benefícios penais a administradores e dirigentes não breará acordos buscados pelas próprias pessoas jurídicas?

Já na esfera civil, a celebração da leniência não afasta qualquer pretensão de reparação, tal como consta de modo exposto da Lei Anticorrupção (art. 16, § 2º). Tampouco se evita, com o acordo, a possibilidade de determinação judicial de extinção da pessoa jurídica ou de suspensão das suas atividades. A leniência gera benefício no tocante apenas a um tipo determinado de medida civil que o Judiciário pode aplicar contra o infrator. Trata-se da sanção de “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos” (art. 19, IV).

Ora, a legislação padece aqui de um grave vício lógico. De que adianta conceder esse benefício ao infrator colaborador, se a leniência não impede que o juiz determine a sua extinção como pessoa jurídica? Para que os benefícios sejam reais e efetivos, portanto, é preciso reinterpretar a Lei Anticorrupção. Embora o art. 16 não o diga, a leniência impõe uma imunidade também contra a medida prevista no art. 19, inciso III. Se não for assim, de nada adiantará o benefício quanto ao inciso IV.

Em síntese, por força desse tímido e mal construído pacote de benefícios e do fato de que a leniência por ato de corrupção não produz efeitos em processos do CADE ou processos conduzidos com base na Lei de Licitações por outras entidades públicas,

para uma dúvida cruel: o instrumento de cooperação criado para o processo administrativo sancionador em debate é atrativo?⁴

6 Leniência para infrações licitatórias

De modo discreto e estranho, o legislador inseriu um segundo acordo de leniência dentro da Lei Anticorrupção, mas o qual não guarda qualquer relação com as práticas infrativas ali previstas, mas sim com as infrações licitatórias da Lei 8.666/1993. Vejamos o que diz o art. 17: “A administração pública poderá *também* celebrar acordo de leniência com a *pessoa jurídica* responsável pela prática de *ilícitos previstos na Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993, com vistas à *isenção* ou *atenuação* das *sanções administrativas* estabelecidas em seus arts. 86 a 88” (grifos nossos).

A curiosa redação suscita uma série de dúvidas e perplexidades que merecem amplo debate. Começamos pela interpretação literal do dispositivo legal transcrito.

Em primeiro lugar, afirma-se que a Administração, sem qualquer qualificativo, *também* poderá celebrar o acordo de leniência para infração licitatória. O “*também*” indica que o ente público competente para conduzir o processo anticorrupção e que negocia, dentro dele, um acordo para atos de corrupção empresarial poderá, caso a mesma conduta seja ilícita pela lei de licitações, fazer um segundo acordo com o mesmo leniente, mas para beneficiá-lo quanto às sanções dessa lei. Ora, em vez de possibilitar a celebração de um segundo acordo, seria mais fácil o legislador estender os benefícios da leniência anterior para o campo licitatório. Dizendo de outro modo: seria mais simples estender os benefícios administrativos externos da leniência por prática de corrupção que prever um segundo acordo. Diante da redação do artigo, surge inclusive a dúvida se a pessoa jurídica que celebrou o acordo inicial por ato de corrupção deterá prioridade para o segundo acordo, para ilícito licitatório, ou, em vez disso, se os dois acordos serão autônomos, de modo que a Administração estará livre para firmar a leniência por corrupção com uma pessoa jurídica e a leniência para infração licitatória com outra, embora ambas tenham participado da mesma prática ilícita.

Em segundo lugar, pela sua redação, a lei cria um acordo de leniência que está restrito a pessoas jurídicas. Na prática, contudo, as infrações administrativas licitatórias podem ser cometidas tanto por pessoas físicas quanto por jurídicas. Não bastasse isso, nas duas modalidades anteriormente apresentadas, tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física são contempladas pela possibilidade de colaboração premiada. Por que então o legislador desejou excluir aparentemente as pessoas físicas da leniência para infrações licitatórias? Não há qualquer motivo compreensível para a restrição legal. O artigo 17 deveria ter mencionado pessoas físicas e jurídicas sem qualquer distinção.

⁴ Na mesma linha de ceticismo se posiciona CAMPOS (2015, p. 179).

Em terceiro lugar, a leniência é prevista para ilícitos da Lei de Licitações, mas sem qualquer adjetivação. Ocorre que a referida lei contém ilícitos administrativos e ilícitos criminais. Isso poderia levar a confusões sobre a abrangência do acordo em debate. No entanto, como a legislação excluiu as pessoas físicas dessa modalidade de leniência, naturalmente não há que se falar de sua aplicabilidade para crimes licitatórios (incabíveis a pessoas jurídicas). Essa interpretação se reforça ainda pela parte final do art. 17 da Lei Anticorrupção, o qual deixa claro que os benefícios se restringem às sanções dos art. 86 a 88 da Lei de Licitações, que correspondem a sanções administrativas. Daí resulta que a leniência em questão não deflagra qualquer tipo de efeito penal.

Em quarto lugar, da restrição da leniência licitatória a pessoas jurídicas que cometam infrações administrativas pela Lei 8.666 decorre um outro e maior problema. Quando se examinam os art. 86 a 88, nota-se que as infrações administrativas em matéria de licitações em regra se confundem com ilícitos contratuais, como a omissão do vencedor da licitação quanto à assinatura do contrato, o atraso indevido no cumprimento das obrigações contratuais ou o inadimplemento culposo. Reitere-se: as infrações administrativas licitatórias guardam forte relação com o contrato. Já as condutas mais gravosas, como os cartéis, configuram crimes licitatórios (art. 90 da Lei 8.666). Ora, se um cartel ou outra prática grave é crime e a leniência licitatória não vale para crimes, qual utilidade terá o novo acordo? Fará sentido utilizá-lo para atrasos e inadimplementos contratuais? Parece que não! Sendo assim, uma forma de contornar o problema consistiria em interpretar a leniência do art. 17 da Lei Anticorrupção como um instrumento de cooperação para infrações previstas no art. 88 da Lei de Licitações.⁵ Isso significa que o acordo serviria tão somente para proteger uma pessoa jurídica acusada de prática de comportamento punível com base na Lei Anticorrupção e, ao mesmo tempo, punível com as sanções administrativas de suspensão para licitar ou declaração de inidoneidade por força do art. 88. Usar o acordo em questão para meros descumprimentos ou moras contratuais não faria qualquer sentido, mesmo porque aí não haveria, a princípio, relação com práticas de corrupção.

Em quinto lugar, o pequeno, mas infinitamente polêmico art. 17 ainda menciona as palavras “isenção” e “atenuação” de sanções administrativas. Mais algumas perplexidades. De uma parte, é preciso indagar o seguinte: por que, no acordo de leniência para prática de corrupção, o legislador ofereceu apenas redução de multa e, na leniência licitatória, oferece benefícios muitos maiores como a isenção? De outra, no tocante a atenuação, a dúvida que fica é: atenuação de que e como? Mesmo que

⁵ Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

fosse possível aplicar a tal leniência para sanção de multa licitatória, qual seria o benefício mínimo e máximo de redução? Não há nenhum parâmetro na lei, lacuna essa que nos leva a sugerir a importação do benefício máximo de 2/3 de redução previsto na Lei Anticorrupção (art. 16) e o benefício mínimo de redução de 1/3 da multa, por analogia com o regime da leniência concorrencial.

Essas poucas reflexões bastam para evidenciar que a criação de uma leniência licitatória na Lei Anticorrupção (fora da própria Lei de Licitações) e com base em um dispositivo legal cuja redação se revela confusa, questionável e incompleta parece ter levado a mais problemas do que soluções. Isso a torna um instrumento de cooperação obscuro, perigoso e desinteressante. Que infrator desejará celebrar uma leniência cujo regime jurídico não tem qualquer sustentação firme na lei, cujos benefícios se mostram duvidosos e que não se estende a pessoas físicas? E mais: um acordo que não gera benefícios civis e nem vantagens em processos administrativos conduzidos com supedâneo na Lei de Anticorrupção e na Lei de Defesa da Concorrência. Muitas são as dúvidas e as indagações que precisarão ser respondidas para que o mecanismo de consensualização constante do art. 17 efetivamente saia do papel.

7 Conclusão

Baseado no reconhecimento da complexidade das infrações na sociedade da informação e em rede e seguindo as tendências do processo civil e do processo penal e as experiências da Administração Pública estrangeira, o processo administrativo punitivo no Brasil abriu-se a um movimento de intensa consensualização nos últimos 15 anos. Compromissos de cessação de prática infrativa, medidas cautelares negociadas e acordos de leniência são a prova inegável desse fenômeno. O Estado que agia de modo isolado, monológico, verticalizado, passou a dialogar com a sociedade e, mais que isso, a negociar com infratores confessos antes ou durante processos administrativos acusatórios.

Até hoje, porém, o movimento de consensualização do processo punitivo não ganhou uma disciplina geral na Lei de Processo Administrativo, cujo texto ainda trata da temática sancionatória de maneira extremamente tímida e pouco efetiva, sequer mencionando formas de negociação, diálogo e consenso.⁶ Na verdade, os acordos de leniência foram ganhando espaço de modo lento e por aparições pontuais. Nasceram em 2000 no campo do controle repressivo de infrações administrativas contra a ordem econômica. Mais de uma década depois, expandiram-se por força da Lei Anticorrupção, a qual criou uma modalidade de leniência para infrações de corrupção e outra, bastante questionável e obscura, para infrações licitatórias da Lei 8.666/1993. Com isso, em 2015, o direito administrativo positivo conta com ao menos três

⁶ Criticamente sobre o tratamento das sanções na LPA federal, cf. NOHARA; MARRARA, 2009, p. 56 e seguintes.

possibilidades de cooperação do Estado com infratores confessos no processo administrativo punitivo.

Embora historicamente compreensível – afinal, a leniência está em “fase de testes” e seria extremamente arriscado consagrá-la na Lei de Processo Administrativo como norma geral –, a fragmentação e dispersão normativa que marca a disciplina deste acordo deflagra inúmeros problemas. De todas as suas modalidades existentes, a previsto na Lei de Defesa da Concorrência se mostra a mais completa, previsível e segura. Já as duas versões trazidas pela Lei Anticorrupção se caracterizam por inúmeras lacunas e enigmas, sobretudo no tocante aos benefícios a que o infrator terá direito por cooperar de modo pleno e efetivo com o Estado ao longo do processo administrativo. Dentre essas duas modalidades, é inegável que a mais problemática reside no art. 17 da Lei Anticorrupção, que constrói uma leniência licitatória restrita a pessoas jurídicas e que dificilmente se acopla à lógica da Lei de Licitações.

Quem dera o desafio posto à ciência do direito administrativo brasileiro se restringisse tão somente a esclarecer, por técnicas interpretativas várias, o regime jurídico de cada uma dessas modalidades. De que a superação desse desafio seja imprescindível, não se discorda. No entanto, mais relevante e difícil que isso será transformar esses interessantes mecanismos de cooperação do processo sancionador em instrumentos aptos a auxiliar o Estado na proteção e promoção dos interesses públicos primários sob sua guarda. Para isso, em uma perspectiva macroscópica e de longo prazo, um dos debates mais estratégicos consistirá em esclarecer a inter-relação dos processos administrativos punitivos e, por conseguinte, os impactos interadministrativos dos programas de leniência. Isso, porque a falta de uma vinculação das esferas de punição administrativa torna a celebração de uma leniência, por força da confissão obrigatória, altamente arriscada para o infrator colaborador. Enquanto não resolvido esse problema, os graus de atratividade do acordo permanecerão aquém do desejável e a grande modificação de concepção de gestão do processo administrativo certamente perderá seus efeitos reais.

8 Referências bibliográficas

ALBRECHT, Stephan. *Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle*. Baden-Baden: Nomos, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 (Tratado de Direito Administrativo, v. 5).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Estado de Direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (org.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BURINI, Bruno Correa, *Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: uma perspectiva instrumentalista*. São Paulo: USP (tese de doutorado), 2010.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 1, 2015. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdda

CHINAGLIA, Olavo Zago. Prefácio. In: *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9.784/1999 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Cartel e quadrilha ou bando: bis in idem. *Revista de Ciências Penais*, v. 5, 2006.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? *R-IBRAC*, v. 8, 2001.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (org.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ZIMMERLI, Daniel. *Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht*. Berna: Stämpfli, 2007.