

ASPECTOS CONTROVERSOS DO ACORDO DE LENIÊNCIA À LUZ DA LEI Nº 12.846/2013

Lorena Hana Faria de Oliveira Boechat¹

João Carlos Souto²

RESUMO: O acordo de leniência, previsto na lei 12.846/2013, Lei Anticorrupção, é um instrumento que objetiva combater a corrupção e práticas trustes contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, por meio da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. A LAC é fruto de diversas manifestações ocorridas no Brasil, surgiu como uma inovação ao ordenamento jurídico. O objeto deste trabalho é abordar sobre os principais aspectos da Lei nº 12.846/2013 e apresentar suas principais críticas e propostas para a sua reformulação.

Palavras-chave: Acordo de leniência. Lei 12.846/2013. Lei Anticorrupção. Improriedades.

INTRODUÇÃO

A Lei Anticorrupção nº 12.846/2013 é fruto de diversas manifestações ocorridas ao longo do Brasil e constitui um marco no combate à corrupção e na defesa da moralidade administrativa. A LAC segue a tendência internacional de reação contra práticas anticoncorrências e esquemas de cartéis.

O acordo de leniência e os crimes contra a Administração Pública na referida lei já eram previstos no ordenamento jurídico brasileiro, vide Lei nº 12.529/11, Lei nº 8.429/92, Lei nº 8.666/93 e o próprio Código Penal. Ocorre que a grande inovação da LAC foi consubstanciada na responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, bem como no aumento significativo do rol de entidades capazes de celebrar o acordo, sendo competente a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

Ademais, outra mudança foi o papel de destaque da Controladoria Geral da União – CGU, âmbito do Poder Executivo Federal, com função fiscalizadora podendo avocar os processos instaurados com fundamento na LAC, para exame de sua regularidade ou para corrigir lhes o andamento, competindo-lhe também instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas, bem como casos em que envolvam atos lesivos à administração pública estrangeira.

Importa ressaltar que, apesar de a Lei nº 12.846/2013 estabelecer que o acordo de leniência só possa ser celebrado com pessoas jurídicas, a Lei nº 12.529/2011 – Lei de Defesa da Concorrência (LDC) permite que as pessoas físicas, envolvidas em um cartel ou em outra prática anticoncorrencial coletiva, obtenham benefícios com a celebração do acordo, por meio Programa de Leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

¹ Aluna Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Brasília, DF. E-mail: lh.boechat@gmail.com

² Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário do Distrito Federal UDF, Doutorando e Mestre em Direito Público, Procurador da Fazenda Nacional, autor de Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais. E-mail: direitocomparado2@uol.com.br

Frisa-se ainda a diferença básica dos dois institutos, sendo o acordo de leniência celebrado por órgãos administrativos do poder executivo, e apesar da lei não dispor sobre geralmente tem a participação do Ministério Público, enquanto a delação premiada é homologada pelo Poder Judiciário e a participação do Ministério Público é obrigatória.

Uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos em lei, o acordo de leniência é obrigatório para a Administração Pública, para ser um instrumento eficaz, deve oferecer segurança jurídica aos lenientes. Trata-se, portanto, de ato administrativo vinculado.

1. DA CONSTITUCIONALIDADE

Antes de adentrarmos especificamente ao tema ora analisado, deve-se esclarecer que a análise normativa não é um exercício fácil, muitas vezes, o texto legal não abarca todas as situações fáticas ocorridas no âmbito social. Assim, os intérpretes do direito devem buscar não só a análise literária da norma, mas o seu espírito, a sua razão de ser, sua finalidade e o seu contexto histórico, com vistas a concluir sobre sua legitimidade ou não, uma vez que o próprio conteúdo normativo constantemente entra em conflito.

Os princípios constitucionais possuem a mesma hierarquia, porém, quando entram em coalisão, torna-se atrativa a ideia de solucioná-los a partir de uma classificação principiológica em graus de importância. Contudo, o estabelecimento de uma hierarquia entre normas constitucionais atinge a unidade constitucional, colocando-a seriamente em risco, conforme dispõem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Embora não possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes *pesos* numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição, como complexo normativo unitário e harmônico.³

A fim de solucionar o conflito de normas constitucionais, Jorge Miranda, na obra *Manual de Direito Constitucional*, apresenta uma solução simples, a qual se baseia em 03 (três) regras básicas:

- a contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou prioridade de certos princípio;
- deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil ao ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade;
- os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.⁴

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 236.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. Ed. Coimbra Editora. 1990

Dessa forma, é preciso uma análise de ponderação do bem, trata-se da lei da ponderação, defendida por Robert Alexy, segunda a qual “quanto mais intensa se revelar a intervenção de um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificativos dessa intervenção”⁵.

Em ambos conceitos, percebe-se que, diante do caso concreto deverá ser feita uma balança de valores, com finalidade de averiguar qual se adequa mais a unidade de ideias constitucionais, com objetivo de resolver o caso concreto. A análise da constitucionalidade do acordo de leniência deve ser feita sob a luz dessas ponderações.

1.1 ÂMBITO ADMINISTRATIVO X PODER JUDICIÁRIO

Primeiramente, é importante esclarecer que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, prevista na LAC, advém da impossibilidade de comprovar que esta agiu com dolo e/ou culpa, visto que sua vontade deriva de seus representantes. Na opinião da doutrina referenciada, seria sempre inexistente à pessoa jurídica o elemento subjetivo do crime.⁶

Diante da ausência do dolo/culpa, elemento constitutivo do conceito do crime, entende-se que a pessoa jurídica não comete crime e sim ato punível. Oportunamente, reporto-me aos dizeres de Gilson Dipp e Manoel L. Volkmer de Castilho:

[...] se o dolo está no tipo e só se o demonstra por prova, não há responsabilidade penal objetiva, em que a disciplina anticorrupção do ponto de vista penal deve observar o princípio da culpabilidade ou de regras legais especiais. Neste sentido a lei em exame se viu forçada a abandonar a disciplina penal como ferramenta de perseguição judicial aos ilícitos em questão. Quando for o caso de crime, haverá de respeitar-se a legislação penal comum e a teoria geral do crime e das penas em que, ademais, prevalece a garantia da inocência (art. 5º LVII da Constituição) ou da não culpabilidade antes da condenação definitiva substanciada no trânsito em julgado. Não há, porém, empecilho ao compartilhamento da prova produzida no processo civil ou administrativo como subsídio ao processo penal, desde que observada naqueles a ampla defesa, contraditório e o devido processo legal.⁷

O problema é que, em crimes anticorrenciais, é difícil atribuir à empresa a responsabilidade objetiva, sem trazer provas da responsabilidade subjetiva de seus representantes. Trata-se da mitigação indireta da responsabilidade objetiva, ao tratar sobre o tema:

[...] apesar da responsabilidade objetiva, que o processo administrativo instaurado para apurar os fatos, direta ou indiretamente, terá de produzir prova relativamente à autoria, materialidade, e culpa ou dolo até para viabilizar o processo de aplicação da sanção, ainda que não o preveja para o reconhecimento da responsabilidade. Na verdade, cuida-se de uma mitigação indireta da responsabilidade objetiva. O mesmo pode ser dito com relação à

5 ALEXY, 1993, apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 236.

6 SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo, maio 2004. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/5713/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

7 DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. Op cit. p. 18.

responsabilização do agente administrador da pessoa jurídica infratora, no caso com muito mais razão.⁸

Uma vez que a Administração Pública decide sobre questões importantes da pena, questiona-se se há usurpação de competência do Poder Judiciário, considerando que essa função é atribuída pela própria CF/88 ao mesmo. Porém, se considerarmos que a pessoa jurídica não comete crime, e sim ato punível, não há subtração da competência. Apesar da LAC não dispor sobre redução/isenção de pena criminal, existem outras disposições, como no caso da Lei nº 12.529/12, que permitem que o acordo de leniência trate de matéria penal.

Mesmo neste caso, entende-se pela sua legalidade, visto que mesmo que a lei não preveja a necessidade de participação do Ministério Público e do Poder Judiciário, usualmente, para evitar argumentos no sentido da inconstitucionalidade do acordo o CADE tem submetido o acordo ao acompanhamento e à homologação do Poder Judiciário, que entra no acordo como uma espécie de signatário, trazendo segurança jurídica ao instituto.

1.2 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

A Lei Anticorrupção estabelece, de forma sucinta, em seu art.8 e art. 14, que os princípios da ampla defesa e do contraditório devem ser respeitados ao longo do processo administrativo, para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica. Apesar de tímidos, os dispositivos da Lei nº 12.846/2013 asseguram os princípios constitucionais e ainda estabelecem o prazo de 30 dias para apresentação da defesa.

Mesmo se não houvesse disposição expressa na lei, os princípios do contraditório e da ampla defesa são aplicados a todos os processos administrativos, conforme art. 2º parágrafo único, inciso X, e art. 3º, inciso III da Lei de Procedimento Administrativo – LPA, Lei nº 9.784/99. Ressalta-se que as informações prestadas no acordo de leniência, não podem ser consideradas por si sós provas, constituem apenas elementos indiciários importantes, os quais norteiam a coleta de provas⁹.

1.3 PRINCÍPIO DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO

Outra crítica à legitimidade do acordo de leniência reside na exigência da confissão para a sua celebração. Neste ponto, alguns doutrinadores afirmam que tal condição violaria o princípio da não-autoincriminação.

De fato a pessoa jurídica tem que confessar a prática delitiva para gozar de dos benefícios judiciais, de modo a ter sua pena significativamente diminuída ou até mesmo extinta. Contudo, a empresa poderá optar pela celebração ou não do acordo, seguindo a linha moderna do direito consensualista.

Logo, a confissão é essencialmente voluntária, quem a pratica faz uma escolha balanceada, observando suas vantagens e desvantagens, não estando obrigada ao ato da confissão do crime.

⁸ Ibidem. p. 48.

⁹ MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **O acordo de leniência e a lei de improbidade administrativa: uma integração necessária.** Marília: UIIMAR, 2017.

Em contrapartida, isto permite ao Estado receber informações, indícios e provas relevantes, aumentando o nível de eficiência e celeridade nas investigações.

1.4 MORALIDADE ADMINISTRATIVA, RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA

Questiona-se ainda se o instituto é um favor legal ético, vez que se premia o participante da prática delitiva que trai e entrega seu comparsa, assim o direito gratifica aquele que é desleal. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, no que tange a delação premiada, instituto similar ao estudado, tem-se:

[...] proliferou em nossa legislação esparsa, atingindo níveis de vulgaridade. Enfim, iniciou-se a proliferação da “traição bonificada”, defendida pelas autoridades como um grande instrumento de combate à criminalização organizada.¹⁰

Contudo, em que se pese o aludido argumento, a lei não deve incentivar a lealdade dos autores de práticas criminosas, o acordo de leniência reafirma o princípio da supremacia do interesse público, frente ao privado, uma vez que importa à sociedade a cessação da prática corruptiva, a qual, sem um instrumento adequado para combatê-la, continuará a se propagar. Outrossim, o acordo de leniência protege a livre concorrência, ao coibir práticas antitrustes, passando a ser vista como a solução para conciliar a liberdades individuais com o interesse público.

Neste diapasão, a legitimidade não se funda somente na satisfação das necessidades sociais, pois também incentiva a moralidade e eficiência estatal. O princípio da eficiência “não tem seu significado observado mediante a contrariedade da lei, de modo que sua eficácia se situa principalmente nos limites onde a legalidade não mais alcança”.¹¹

O acordo de leniência é um mecanismo de combate à corrupção, defende a probidade administrativa, previne danos ao erário, concretiza o princípio da moralidade e torna real a finalidade do Estado e eficiente à lei. Sob um outro aspecto, a lei Anticorrupção também está em consonância com o princípio da razoabilidade, ao tornar possível “uma relação congruente entre a medida adotada (a multa) e o fim que ela pretende atingir a sobrevivência da pessoa jurídica”¹² já que o legislador não tem intenção de extinguir a empresa, deve-se avaliar a capacidade de pagamento da mesma.

1.5 DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DO *NON BIS IN IDEM*

É pelo princípio da intervenção mínima, que algumas condutas passíveis de despenalização vêm sendo transferidas ao âmbito administrativo, reforçando a ideia do direito de intervenção

10 SALES, Marlon Roberth, BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. **O Acordo de Leniência: Uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade.** Disponível em: < https://www.google.com.br/search?q=acordo+de+lenienc+ia+bittencourt+2014&rlz=1C1HLDY_pt-BRBR783BR783&oq=acordo+de+lenienc+ia+bittencourt+2014&aqs=chrome..69i57.10864j1j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Londrina, 2015. Acesso em 20 outubro 2018.

11 SOUZA, Afonso Borges de. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: instrumento compatível com o interesse público e de afirmação da consensualização da Administração Pública.** Uberlândia. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20222/3/AcordoLenienc+iaLei.pdf>>, p. 29.

12 LEC COMMUNITY. **O acordo de leniência firmado entre o ministério público federal e a holding J&F respeita a razoabilidade?** Disponível em: <<http://www.lecnews.com.br/blog/o-acordo-de-lenien+cia-firmado-entre-o-ministerio-publico-federal-e-a-holding-jf-respeita-a-razoabilidade/>>. Acessado: 14 maio 2018

e do direito administrativo sancionador. Ao vislumbrar-se a proximidade do direito penal e do administrativo, a quantidade de órgãos envolvidos e o número de normas sobre o tema, teme-se o desrespeito do princípio do *non bis in idem*. Na oportunidade, elucida-se:

No entanto, como a própria Lei Anticorrupção expressamente determina que a aplicação das sanções nela previstas não afasta aquelas contidas na Lei de Improbidade Administrativa, o argumento convence apenas em parte: quando se tratar de sanção prevista nas duas leis, apenas uma delas poderá ser aplicada, sob pena de *bis in idem*. No caso do particular, prevaleceria, pelo critério da especialidade, a sanção prevista na Lei Anticorrupção. Já quando se tratar de sanção prevista apenas na Lei de Improbidade Administrativa, não haverá *bis in idem* quando esta for aplicada, mesmo que o fato também seja tipificado pela Lei Anticorrupção.¹³

Dessa forma, não há de se falar em desrespeito do *non bis in idem* no acordo de leniência. Outro aspecto, parte da decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Regional que dispõe ser possível a dedução de valores já pagos em decorrência de outros processos, para não repetir a pena imposta, conforme:

É verdade que a União admite expressamente a possibilidade de serem considerados os «valores que eventualmente sejam devolvidos espontaneamente pela empresa no bojo do acordo de leniência», para evitar, segundo ela, «um injustificável *bis in idem*»(p.126 da inicial), o que pressupõe que eventuais valores pagos também em decorrência de outros processos judiciais - cíveis ou criminais - a título de ressarcimento do dano possam ser deduzidos da condenação que ora se busca na presente ação. (BRASIL, 2018)¹⁴

2. INCONGRUÊNCIAS DA LEI ANTICORRUPÇÃO

A intensificação do clamor público por políticas de combate à corrupção e a pressão externa sofrida pelo Brasil, para que cumprisse acordos internacionais, os quais se preocupavam com práticas antitrustes, fizeram com que o projeto da Lei 12.846/2013 fosse aprovado de forma mais rápida do que o normal, o que, grosso modo, significa dizer que pontos importantes da lei ficaram de fora da discussão.

Isso fez com que a lei apresentasse algumas inconsistências, as quais, provavelmente não existiriam se o projeto de lei tivesse sido aprovado noutra momento.

Observamos claramente um desses aspectos, ao percebermos que a LAC, só concede à empresa a redução de multa¹⁵ administrativa e a isenção da proibição de contratar com a

13 BERMAN, José Guilherme. **Direito Administrativo Consensual, Acordo de Leniência e Ação de Improbidade**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:D4DUZDbSac4J:www.bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/artigo_ibda_jgb.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 22 maio 2018.

14 BRASIL. **Tribunal Regional Federal 4ª Região**. Apelação/Remessa Necessária: Apl 5048535 (2018). Disponível em: <<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423200823/apelacao-remessa-necessaria-apl-50485350420164047100-rs-5048535-0420164047100/inteiro-teor-423200847>>. Acesso em: 24 maio 2018.>

15 A propósito, desde 1991 que a *United States Sentencing Commission* (Comissão de Sentença dos Estados Unidos) permite às empresas que possuam um programa eficaz de *compliance* reduzir em até 95 % de multas criminais aplicáveis.

Administração Pública, não conferindo, portanto a imunidade penal ao leniente. Na prática, isso faz com que haja uma busca maior do acordo de colaboração premiada, estabelecido com o Ministério Público, vide CADE. Este que, por sua vez, não prevê benefícios à pessoa jurídica, porém confere imunidade penal a pessoa física, atrativo bem maior quando comparado com benefícios de natureza empresarial. Os autores Valdir Moyses Simão e Marcelo Pontes Vianna acrescentam¹⁶:

[...] o dono da empresa – no atual ordenamento jurídico – terá diante de si duas opções: Na primeira alternativa, pode buscar a celebração de um acordo de leniência nos termos da LAC. Preenchido os requisitos legais pleiteia a redução da multa administrativa cabível e a isenção da proibição de continuar contratando com a Administração Pública. Por outro lado, uma vez que a LAC não confere imunidade penal, pode expor sua conduta como pessoa física, sujeitando-se à persecução penal, além de expor sua empresa a uma ação de improbidade por parte do Ministério Público.

Na segunda alternativa, o dono da empresa busca o Ministério Público para a proposição de um acordo de colaboração premiada. O agente pode, pessoalmente, gozar de perdão judicial ou ao menos da atenuação das sanções cabíveis. Entretanto, a legislação não previu a possibilidade de que os benefícios fossem estendidos à pessoa jurídica envolvida no que toca a esfera judicial. Assim, a empresa fica sem proteção nesse caso, além de estar sujeita as sanções administrativas que aqui já foram apresentadas.

A participação do Ministério Público, na celebração do acordo, é indispensável para trazer segurança jurídica aos seus signatários, uma vez que o MP é o titular da ação penal e que o acordo de leniência os expõe à persecução penal. Contudo, a Lei Anticorrupção é silente, neste sentido, o que demonstra desatenção do legislador sob um aspecto imprescindível da norma.

Além da LAC não dispor sobre a imunidade penal aos colaboradores, nota-se que tanto nos acordos celebrados pela CGU quanto nos do MP, as multas estabelecidas carecem de critério matemático-científico, apresentando valores, muitas vezes, aquém do dano, isso porque tanto o Ministério Público quanto à Controladoria Geral da União não possuem pessoal e aparatos para cálculos tão precisos quanto os de apuração de quantificação dos débitos que ultrapassaram os valores reais de contratação. Neste aspecto, Izabela Frota Melo, concluiu:

E um dos maiores prejuízos tangíveis verificados com a subversão das competências constitucionais atribuídas ao MPF, à AGU, à CGU e ao próprio TCU, localiza-se, precisamente, na apuração quantitativa do dano ao erário e sua correta destinação.

Sem adentrar-se nas críticas ainda existentes quanto a outros aspectos dos acordos celebrados, o fato é que o Ministério Público Federal não possui – além da legitimidade e competência – qualificação para apurar os danos causados ao erário.

16 SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes, op cit . p. 157

O ajuizamento de sucessivas ações de improbidade pela União, buscando o ressarcimento ao erário pelos mesmos fatos tratados nas leniências celebradas na Lava Jato, demonstra que de “Global” tais valores nada têm. Os importes apontados pelo MPF carecem de critério matemático-científico, bastando analisar que o somatório das ações de improbidade ajuizadas até o momento pela União aponta a cifra de R\$ 40 bilhões em danos (incluindo aí as multas legais), quando o acordo de leniência celebrado com a Odebrecht contemplou apenas R\$ 3,8 bilhões, parte dos quais destinados aos Estados Unidos e à Suíça. Vale dizer que os cálculos apresentados pela Advocacia-Geral da União consideram elementos técnicos fornecidos pelo Tribunal de Contas da União, baseados em estudo econométrico aplicado a partir da análise dos contratos fraudados, além de multas.¹⁷

Enfatiza-se ainda que decorre da CFRB/88, vide o art. 70 e 71, a competência do TCU, além de outras, a de apurar, fiscalizar e julgar as contas dos administradores públicos, que resultam em prejuízo ao erário, além de aplicar sanções. Diante disso, a LAC não tem força normativa de excluir a competência do TCU. Tampouco, seria plausível imaginar que eventual acordo de leniência firmado pela CGU com infratores produziria efeitos vinculantes em relação ao TCU.¹⁸

Oportuno frisar que a pessoa jurídica e a pessoa física são distintas, cabendo ações e acordos com cada uma delas separadamente. No que tange a pessoa jurídica, como as condutas da LAC são similares as da lei de improbidade administrativa, é importante que as autoridades administrativas atuem de forma conjunta, para estabilizar e estabelecer segurança jurídica aos lenientes.

Somente a presença do titular da ação penal e sua assinatura aposta no instrumento firmado trarão a tranquilidade merecida ao candidato e à tão prometida leniência.¹⁹ Dessa forma, seria possível conceder ao leniente e à sua empresa os benefícios penais os benefícios administrativos, sem usurpar a competência de nenhum órgão.

Observa-se ainda outro problema, embora a lei preveja expressamente que a teoria da responsabilidade objetiva é aplicada para fins de responsabilização da pessoa jurídica, essa afirmação é complexa quando se analisa a Lei Anticorrupção, isso porque a responsabilidade objetiva exige apenas a demonstração do fato, do resultado, da ilicitude e do nexo de causalidade, não se alude para fins de aplicação desta teoria o dolo e a culpa corporativa. E isso parece razoável, uma vez que, tornasse difícil imputar dolo e culpa a pessoas jurídicas, conforme supracitado. Porém, a Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, ao tipificar as condutas ilícitas imputáveis à empresa utiliza-se, reiteradamente, o verbo fraudar. Grosso

17 MELO, Izabel Frota. **Os acordos de leniência celebrados pelo Ministério Público no âmbito da Lava Jato e o dano ao erário**. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264488,41046-Os+acordos+de+licencia+celebrados+pelo+Ministerio+Publico+no+ambito>>. Acesso em: 15 maio 2018.

18 ROSINHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pela Tribunal de Contas da União**. São Paulo, 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/Paula%20Carina/Downloads/Andre_Rosilho_Controle_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRAL%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Paula%20Carina/Downloads/Andre_Rosilho_Controle_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRAL%20(2).pdf)> Acesso em: 24 maio 2018.

19 SALOMI, Maíra Beauchamp. **O Acordo de Leniência e seus reflexos penais**. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>>. Acesso em: 18 de outubro de 2018.

modo, o verbo fraudar significa uma ilicitude com dolo, uma vontade preordenada de causar o dano, de atingir o objetivo ilícito²⁰.

A teoria da responsabilidade objetiva tendo que analisar uma conduta que pressupõe fraude, supõe análise do elemento subjetivo da pessoa física, o que faz com que a lei estivesse fadada ao insucesso e a inúmeros recursos de advogados na esfera administrativa e na judicial. Porém, como o *leading case* da aplicação da Lei nº 12.846/2013 é a operação Lava Jato, as provas colhidas na operação estão sendo emprestadas aos processos administrativos. Contudo, sem essas provas, não tendo a administração pública força de investigação judicial para decretar quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, é quase impossível provar a fraude de licitações de empresas de grande porte, como a Petrobras, sendo possível apenas revelar erros grosseiros de empresas pequenas.²¹

Neste sentido, o Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, apresentou em relatório:

Segundo manifestação do próprio MPF, em comunicação oficial, os acordos devem somente ser firmados quando houver ‘reconhecimento de culpa; ressarcimento, ainda que parcial do dano; e indicação de fatos e provas novos’. Segundo a Procuradoria-Geral da República, faz-se necessária ‘a comunicação de fatos novos e a entrega de novas provas sobre crimes, e estando a investigação dos fatos criminosos sendo desenvolvida, em parte, sob sigilo, é possível que a CGU tome, como novos, fatos e provas apresentados pela empresa que já estejam informados e comprovados na investigação.’²²

Outra lacuna da Lei Anticorrupção, diz respeito à falta de destinação dos recursos a serem pagos pela empresa para órgãos públicos. A Lei nº 12.846/2013 dispõe de forma tímida que “a multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas”.

Dessa forma, “o legislador incluiu o adverbio preferencialmente, mas não deixou qualquer parâmetro de interpretação ao operador do direito, no caso de opção diversa da regra estabelecida.”²³ A sociedade como sendo a maior lesada neste ilícito merece saber com maior clareza aonde os recursos recuperados e a multa aplicada serão repassados.

CONCLUSÃO

Em síntese, o acordo de leniência não só é constitucional, como também é uma medida eficaz e indispensável no combate à corrupção e a práticas antitrustes. Fica evidente a imprescindibilidade do acordo de leniência com a análise dos dados apresentados pelo Ministério Público Federal que, em agosto de 2017, já havia firmado aproximadamente 16 acordos de leniência apenas no âmbito da operação Lava Jato²⁴.

²⁰ ZYMLER, Benjamin. **Acordo de Leniência**. #Programa Episteme. Palestra publicada em 11 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=88xQFnI6Udk&t=343s>>. Acesso em 25 maio 2018.

²¹ Idem.

²² BRASIL. Acórdão 824/2015. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cs2MOBH_gWoJ:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultarPagina%3DS%26item0%3D520849+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 25 maio 2018.

²³ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes, op cit.

²⁴ GARCIA, Gustavo; SALOMÃO, Lucas. Com Odebrecht, chegam a 16 os acordos de leniência motivados pela Lava Jato. **G1**, Brasília. 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/com-odebrecht-chegam-a-16-os-acordos-de-leniencia-motivados-pela-lava-jato.html>>. Acesso em: 15 maio 2018.

Dados do final de 2016, já davam a dimensão do alcance da medida, já que 71 acordos de colaboração haviam sido firmados com pessoas físicas e somados aos valores obtidos mediante acordos com as pessoas jurídicas, aproximavam-se do montante de R\$ 10,1 bilhões de reais recuperados. Ressalta-se que em torno de 307 pessoas foram denunciadas criminalmente.²⁵

Contudo, é necessário que a Lei nº 12.846/2013 seja alterada para especificar a competência de cada um dos órgãos envolvidos, promover articulações entre o Tribunal de Contas, o Ministério Público, a Controladoria Geral da União, o CADE, o Poder Judiciário, entre outros os órgãos do Poder Público, de forma a garantir a segurança jurídica aos colaboradores e a ampliar os benefícios do acordo de leniência, além trazer transparência e credibilidade nos acordos celebrados.

Recentemente o jornal O Estado de São Paulo publicou matéria pontuando as agências MullenLowe Brasil e FCB Publicidade e Comunicação Ltda celebraram um acordo de leniência que teve a participação de todos os órgãos de controle anticorrupção do país, dentre os quais, o Ministério da Transparência, a Controladoria-Geral da União, a AGU e o TCU, um marco histórico.²⁶ Em entrevista ao mesmo jornal, a então advogada-geral da União, Grace Mendonça pontua a importância deste acordo:

“O acordo mostra integração entre órgãos e que estamos no caminho correto, que é o da integração entre os órgãos envolvidos, tratando da leniência como uma política de Estado. Daí então a grande novidade desse dia de hoje. O acordo de leniência que passou por todos os 4 órgãos envolvidos. Estamos avançando em um contexto de fomento a economia e de combate à corrupção”.²⁷

Isso demonstra que o poder público tem se movimentado em busca da reparação efetiva dos danos causados pela prática corrupta de algumas empresas brasileiras, buscando melhorias e meios alternativos de aplicar a lei, seguindo os princípios constitucionais e ampliando a comunicação dos órgãos administrativos e judiciais, porém isso não exclui a necessidade de tornar a Lei Anticorrupção mais clara e mais delimitada na questão da competência e dos recursos recuperados.

REFERÊNCIAS

BERMAN, José Guilherme. **Direito Administrativo Consensual, Acordo de Leniência e Ação de Improbidade**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:D4DUZDbSac4J:www.bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/artigo_ibda_jgb.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 22 maio 2018.

²⁵ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. Op cit. p. 157

²⁶ PIRES. Breno. CGU, AGU e MPF assinam e enaltecem primeiro acordo ‘global’ de leniência. **O Estado de São Paulo**, publicado em 16 abril 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,cgu-agu-e-mpf-assinam-e-enaltecem-primeiro-acordo-global-de-leniencia,70002271113>>. Acesso em: 25 maio 2018.

²⁷ MENDONÇA 2018 apud PIRES. Breno. CGU, AGU e MPF assinam e enaltecem primeiro acordo ‘global’ de leniência. **O Estado de São Paulo**, publicado em 16 abril 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,cgu-agu-e-mpf-assinam-e-enaltecem-primeiro-acordo-global-de-leniencia,70002271113>>. Acesso em: 25 maio 2018.

BRASIL. Acórdão 824/2015. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cs2MOBH_gWoJ:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultaPagina%3DS%26item%3D520849+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 25 maio 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal 4ª Região**. Apelação/Remessa Necessária: Apl 5048535 (2018). Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423200823/apelacao-remessa-necessaria-apl-50485350420164047100-rs-5048535-0420164047100/inteiro-teor-423200847>>. Acesso em: 24 maio 2018.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo : Saraiva, 2016.

GARCIA, Gustavo; SALOMÃO, Lucas. Com Odebrecht, chegam a 16 os acordos de leniência motivados pela Lava Jato. **G1**, Brasília. 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/com-odebrecht-chegam-a-16-os-acordos-de-leniencia-motivados-pela-lava-jato.ghtml>>. Acesso em: 15 maio 2018.

LEC COMMUNITY. **O acordo de leniência firmado entre o ministério público federal e a holding J&F respeita a razoabilidade?** Disponível em: <<http://www.lecnews.com.br/blog/o-acordo-de-leniencia-firmado-entre-o-ministerio-publico-federal-e-a-holding-jf-respeita-a-razoabilidade/>>. Acessado: 14 maio 2018

MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **O acordo de leniência e a lei de improbidade administrativa: uma integração necessária**. Marília: UIIMAR, 2017.

MELO, Izabel Frota. **Os acordos de lenienciam celebrados pelo Ministério Público no âmbito da Lava Jato e o dano ao erário**. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264488,41046-Os+acordos+de+lenienciam+celebrados+pelo+Ministerio+Publico+no+ambito>>. Acesso em: 15 maio 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. Ed. Coimbra Editora. 1990.

PIRES. Breno. CGU, AGU e MPF assinam e enaltecem primeiro acordo ‘global’ de leniência. **O Estado de São Paulo**, publicado em 16 abril 2018b. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,cgu-agu-e-mpf-assinam-e-enaltecem-primeiro-acordo-global-de-leniencia,70002271113>>. Acesso em: 25 maio 2018.

ROSINHO, André Janjácomo. **Controle da Administração Pública pela Tribunal de Contas da União**. São Paulo, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Paula%20Carina/Downloads/Andre_Rosilho_Control_e_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRAL%20(2).pdf> Acesso em: 24 maio 2018.

SALES, Marlon Roberth; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade**. 2015. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:To82vv_0E3EJ:www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/23525/17601+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 16 maio 2018.

SALOMI, Máira Beauchamp. **O Acordo de Leniência e seus reflexos penais**. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>. Acesso em: 18 de outubro de 2018.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes, **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo, maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5713/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica>. Acesso em: 10 mai. 2018.

SOUZA, Afonso Borges de. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: instrumento compatível com o interesse público e de afirmação da consensualização da Administração Pública**. Uberlandia. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20222/3/AcordoLenienciaLei.pdf>

ZYMLER, Benjamin. **Acordo de Leniência**. #Programa Episteme. Palestra publicada em 11 abr. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=88xQFnI6Udk&t=343s>. Acesso em 25 maio 2018.