

Vol. 3

Nº 2

2015 - Novembro

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

 **CADE**
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O Acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção diante da atual conjuntura da Petrobras

André Gustavo Veras de Oliveira¹

RESUMO

A recente descoberta de um possível esquema criminoso envolvendo as maiores empreiteiras do país, que juntas formavam um suposto cartel visando maximizar seus lucros mediante fraudes em procedimentos licitatórios da Petrobras, pôs o acordo de leniência em destaque na mídia. O presente estudo buscará analisar os contornos do instituto na Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11), cuja celebração se dá pelo CADE. Far-se-á, posteriormente, uma análise do acordo de leniência previsto na recente Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), demonstrando a atual polêmica que envolve a aplicação do instituto com base nesse diploma legal. Nesse intuito, serão abordados especificamente o conflito de atribuições entre a CGU e o MPF para celebração do acordo de leniência, bem como a possível extensão de seus benefícios a todos os envolvidos no ilícito investigado, tomando como base a experiência adquirida pelo CADE em sua aplicação no âmbito da defesa da concorrência.

Palavras-Chave: acordo de leniência; cartéis; Petrobras; Operação Lava Jato; Lei de Defesa da Concorrência; Lei Anticorrupção.

ABSTRACT

The recently uncovering of a possible criminal scheme involving the largest contractors in the country, which together formed a supposed cartel to maximize their profits by fraud in bidding procedures of Petrobras, highlighted the leniency agreement in the media. This study analyzes the contours of the tool in the Antitrust Act (Law n. 12.529/11), whose celebration is subjected in the CADE. Subsequently there will be analyzed the leniency agreement at the recent Anti-Corruption Act (Law n. 12.846/13), demonstrating the current controversy involving the application of the tool based on this law. To that end, will be specifically discussed the conflict of jurisdiction between the CGU and the MPF to conclude the leniency agreement, as well as the possible extension of its benefits to everyone involved in investigating illicit, based on the experience acquired by CADE in its application to aim the protection of competition.

Keywords: leniency agreement; cartels; Petrobras; Operation Car Wash; Antitrust Act; Anti-Corruption Act.

Classificação JEL: K21 - K42; L41 - L44 - L53.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Público. Advogado público do município de Jaboatão dos Guararapes. E-mail: andregvoliveira@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Acordo de Leniência no Âmbito da Lei de Defesa da Concorrência; 3. O Acordo de Leniência no Âmbito da Lei Anticorrupção; 3.1. Do Conflito de Atribuições para Celebrar o Acordo de Leniência; 3.2. Da Possibilidade de Extensão dos Benefícios do Acordo de Leniência a Todos os Envolvidos; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

“Não se constrói uma sociedade baseada na virtude dos homens, e sim na solidez das instituições”. MONTESQUIEU

1. Introdução

A formação de cartéis atualmente situa-se como um dos maiores entraves ao desenvolvimento econômico, problema este que afeta indistintamente quase todos os países. O cartel consiste num acordo entre concorrentes visando ao estabelecimento de preços iguais ou semelhantes, bem como a fixação de cotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação, no intuito de reduzir a concorrência com a consequente maximização dos lucros.

Os efeitos de um cartel são extremamente nocivos à economia de determinada região, pois eles acarretam um aumento considerável nos preços dos produtos e serviços, diminuindo a oferta e reduzindo o estímulo à inovação, que é corolário da livre concorrência – princípio este consagrado no art. 170, IV da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Estudos da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) calculam que um mercado cartelizado possui cerca de 10 a 20% de sobrepreço nos produtos comparado a um mercado competitivo². Em 2002 a OCDE divulgou estudo com as seguintes conclusões:

A Comissão de Competição da OCDE efetuou uma sondagem sobre os casos de cartéis conduzidos pelos seus Membros entre 1996 e 2000, em uma tentativa de aprender mais sobre os prejuízos dos cartéis. Os países respondentes descreveram um total de 119 casos, mas em muitos destes não foi possível estabelecer os prejuízos. Ainda assim, o volume do comércio afetado pelos apenas 16 maiores casos relatados na sondagem da OCDE, excedeu a quantia de US\$ 55 bilhões em todo o mundo. Desta forma, fica claro que a magnitude dos prejuízos dos cartéis é de muitos bilhões de dólares anualmente.³

Com o intuito de combater os cartéis e outras práticas anticoncorrenciais foi criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que atualmente encontra esboço legal na Lei n. 12.529/11, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Este

² CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* (2009). 3. ed. p. 6.

³ OCDE. *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Cartéis, seus danos e punições efetivas*. p. 3. Disponível em: < <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>>. Acesso em 25/08/15.

diploma normativo prevê como um de seus principais instrumentos de combate a tais práticas o acordo de leniência, o qual desde sua instituição vem ajudando o CADE a dismantelar uma série de cartéis pelo país.

O acordo de leniência também é previsto em outros diplomas legislativos, cuja competência para firmá-lo é de outros órgãos como o Ministério Público Federal (MPF) e a Controladoria-Geral da União (CGU). A mais recente previsão deste acordo encontra-se na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13). A previsão de um mesmo instituto inserido em diferentes diplomas normativos poderia ocasionar conflito de atribuições entre os entes responsáveis por aplicá-lo e, conforme se verá mais à frente, é exatamente o que vem ocorrendo durante a Operação Lava Jato.

Em março de 2014 foi deflagrada a Operação Lava Jato, que teve como objetivo a investigação de um suposto esquema de práticas ilícitas envolvendo a Petrobras, grandes empreiteiras e políticos de diversos partidos. A Operação Lava Jato já se tornou um caso paradigmático de combate às práticas ilícitas contra a Administração Pública.

No curso das investigações descobriu-se um suposto grupo criminoso que praticava sistematicamente crimes contra a ordem econômica e lavagem de dinheiro, formando um poderoso cartel entre as maiores empreiteiras do país, que atuou durante os anos de 2004 a 2014. Esse grupo visava à prática de crimes em relação aos procedimentos licitatórios da maior petrolífera do país, gerando a maximização de seus lucros com o respectivo prejuízo da ordem de bilhões de reais à companhia. Para a manutenção do cartel essas empreiteiras praticavam a corrupção de vários empregados públicos do alto escalão da Petrobras e de políticos que indicavam e mantinham estes empregados em seus respectivos cargos.

Diante dos vários crimes praticados e da multiplicidade normativa envolvida, este caso atraiu a competência de vários entes como o MPF, CADE e CGU. Dentre todas as divergências surgidas talvez a que venha causando maior polêmica é a competência para celebração do acordo de leniência, se seria exclusiva de cada ente público ou se dependente de ratificação dos demais envolvidos, vez que o acordo celebrado por um ente pode ter implicações nas investigações realizadas por outro. Também polêmica é a possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência a todos os envolvidos.

Em que pese a Operação Lava Jato ainda se encontre em andamento, diversas implicações jurídicas já estão em curso, de modo que seus desdobramentos irão moldar a interpretação de diversos institutos jurídicos, mormente o acordo de leniência. Ademais, não é

exagero afirmar que este tipo de acordo ditará o rumo da Operação e, conseqüentemente, contribuirá com o aprimoramento institucional que o país necessita para o combate à corrupção.

De um lado tem-se o MPF buscando promover a responsabilização civil e criminal de todos os responsáveis, independentemente das conseqüências de ordem econômica que isto possa causar. Isso implicaria a imputação de pesadas sanções às pessoas físicas e, principalmente, às pessoas jurídicas envolvidas, mesmo que significando o colapso de algumas das maiores empreiteiras do país, responsáveis pela condução de expressivo número de obras públicas de infraestrutura – inclusive obras do PAC, das Olimpíadas etc. –, com a conseqüente demissão em massa de funcionários e agravamento da crise econômica ora em curso no país.

De outro lado tem-se o Governo Federal buscando contornar a situação e, para tanto, encontrou no acordo de leniência um instrumento de redenção a estas empresas, no que vem sendo interpretado por muitos como uma completa deturpação do instituto. A fim de evitar a quebra generalizada de tais empresas e, por conseguinte, a paralisação de obras consideradas essenciais para o desenvolvimento do país, o Governo Federal, através da Advocacia-Geral da União (AGU) e CGU, vem buscando dar uma interpretação mais ampla ao acordo de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção, contrariando como até então o instituto vinha sendo aplicado com base em outras leis como a Lei de Defesa da Concorrência, de modo a poder abranger todas as empresas envolvidas que preencham os requisitos, com a conseqüente diminuição das sanções imputadas.

O CADE apresenta-se também como um dos personagens envolvidos, vez que dentre os diversos ilícitos praticados há a formação de cartel e outras práticas anticoncorrenciais envolvendo algumas das maiores empreiteiras do país. Somente foi possível a descoberta dos detalhes da atuação de tais empreiteiras através do acordo de leniência firmado pelo CADE com a Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e pessoas físicas funcionárias do grupo Setal/SOG, em março de 2015.

O momento atual é de suma importância porque ditará o rumo que se dará a um dos mais promissores instrumentos de combate a toda ordem de práticas ilícitas – o acordo de leniência. Diversas obras estão sendo produzidas na seara acadêmica e diversos congressos estão sendo promovidos no país buscando debater o assunto.

O presente estudo buscará contribuir com tais discussões que definirão o rumo do instituto. Nesse contexto, far-se-á análise de uma das legislações de maior efetividade na qual se vem aplicando o acordo de leniência, que é a Lei de Defesa da Concorrência, a qual serviu de base para o acordo já firmado com o grupo Setal/SOG. Será proposto que a aplicação do

acordo de leniência pelo CADE, com base na Lei de Defesa da Concorrência, sirva como modelo para sua aplicação pela CGU com base na Lei Anticorrupção.

Em seguida, analisar-se-á o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção, identificando-se o contexto no qual vem ocorrendo os debates sobre os dispositivos da nova legislação no âmbito dos diversos entes envolvidos (AGU, CGU, MPF, CADE, TCU, Congresso Nacional etc.).

Dentre as várias polêmicas que envolvem a recente Lei Anticorrupção, o presente estudo focará no conflito de atribuições entre os entes públicos durante as investigações dos ilícitos contra a petrolífera brasileira.

Outro ponto a ser destacado será quanto à possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência a todas as empresas envolvidas no ilícito que desejarem reparar os danos e cooperar com as investigações, possibilidade esta que vem sendo defendida pelo Governo Federal através da CGU e AGU, mas que vem sofrendo resistência pelo Ministério Público e outros entes.

2. O Acordo de Leniência no Âmbito da Lei de Defesa da Concorrência

Visando ao combate dos cartéis e outras práticas anticoncorrenciais foi criado o CADE pela Lei n. 4.137/1962, na época órgão do Ministério da Justiça. Durante o período de sua criação até o advento da Lei n. 8.884/94, sua atuação era deveras diminuta, de modo que, diante da precariedade dos recursos de que dispunha, não logrou êxito em seu desiderato de combate ao abuso do poder econômico. Apenas com a Lei n. 8.884/94 é que o CADE passou a se estruturar na forma de autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e a legislação passou a prever instrumentos mais eficazes que permitissem a tutela mais efetiva da livre concorrência no Brasil.

Dentre os vários instrumentos criados para o combate ao abuso do poder econômico, há de se destacar o acordo de leniência, instituído pela Lei n. 10.149/00, que acabou por incluir os arts. 35-B e 35-C na Lei n. 8.884/94. Tal acordo consiste na possibilidade de pessoas físicas ou jurídicas negociarem com o Poder Público para, em troca de benefícios como a extinção da punibilidade ou redução de pena por infrações cometidas, prestarem informações que auxiliem nas investigações para dismantelar organizações que praticam ilícitos concorrenciais.

Atualmente a legislação que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, no qual está inserido o CADE, é a Lei n. 12.529/11, tendo este novo diploma

legislativo revogado o anterior (Lei n. 8.884/94). O CADE, por sua vez, é formado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

O acordo de leniência aplicado pelo CADE para promover a defesa da concorrência é disciplinado pelos arts. 86 e 87 da Lei n. 12.529/11. Tal acordo consiste na possibilidade de extinção da ação punitiva da administração pública ou redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, a ser celebrado com pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração contra a ordem econômica, que efetivamente colaborem com as investigações e o processo administrativo, de modo que dessa colaboração resulte: a) a identificação dos demais envolvidos na infração; b) a obtenção de documentos e informações que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Ademais, conforme referida legislação, para que se possa celebrar o acordo de leniência é necessário preencher cumulativamente os seguintes requisitos: 1º) a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; 2º) a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; 3º) a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; 4º) a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo sempre que solicitada a todos os atos processuais, sob suas expensas, até seu encerramento.

O órgão do CADE responsável pela celebração do acordo de leniência é a Superintendência-Geral e, uma vez celebrado, será posteriormente aferido o cumprimento de seus requisitos pelo Tribunal Administrativo, o qual declarará extinta a punibilidade ou reduzida a penalidade a ser imposta ao agente leniente.

Caso a proposta de leniência feita pelo agente infrator não seja aceita pelo CADE ou no curso da celebração do acordo haja a desistência por parte do infrator, as informações passadas não implicarão confissão quanto à matéria alegada, nem reconhecimento da ilicitude da conduta. Qualquer documento porventura entregue será devolvido, vedado qualquer tipo de divulgação.

Tal instrumento vem se mostrando como um dos mais efetivos no combate às práticas anticoncorrenciais, pois se apresenta de baixo custo à Administração Pública e permite a colheita de provas contra o cartel, que é um ilícito de difícil descoberta e, conseqüentemente,

de difícil condenação dos envolvidos. Somente de 2003 até 2015 foram assinados mais de 40 (quarenta) acordos de leniência, número este que cresce a cada ano⁴.

O acordo de leniência se apresenta muito benéfico também para as pessoas físicas e jurídicas envolvidas na prática de cartel, pois é garantida a imunidade administrativa de forma total ou parcial, a depender do grau de cooperação efetivamente prestado nas investigações, culminando de qualquer modo com a responsabilização dos demais envolvidos.

Ademais, também é garantida ao agente leniente a imunidade criminal quanto às condutas ilícitas tipificadas na Lei n. 8.137/90 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Econômica), na Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) e no art. 288 do Código Penal (delito de associação criminosa). Isso significa que, uma vez celebrado o acordo de leniência com a Superintendência-Geral e, verificado o cumprimento de seus requisitos pelo Tribunal Administrativo, ficará suspenso o curso do prazo prescricional e impedido o oferecimento de denúncia em face do agente leniente.

Em decorrência destes benefícios, durante a Operação Lava Jato foi realizado pelo CADE, em conjunto com o MPF, o acordo de leniência⁵ com o grupo Setal/SOG Óleo e Gás e as pessoas físicas funcionárias da empresa. Segundo a versão pública⁶ deste acordo, foi revelado que:

Os contatos e acordos entre concorrentes se iniciaram de forma preliminar no final dos anos 90/início dos anos 2000, tornaram-se mais frequentes e estáveis a partir de 2003/04, e duraram até, pelo menos, final de 2011 /início de 2012.

As condutas anticompetitivas consistiram em acordos de (i) fixação de preços, condições, vantagens e abstenção de participação, e (ii) divisão de mercado entre concorrentes, em licitações públicas de obras de montagem industrial "onshore"⁷ da Petrobras no Brasil. Estas condutas foram viabilizadas, principalmente, por meio de reuniões presenciais, contatos telefônicos e SMSs entre os representantes das empresas, voltados à supressão/redução de competitividade nas licitações/contratações realizadas pela Petrobras nas obras de montagem industrial "onshore", com prévio acerto do vencedor, preços apresentados, condições, divisões de lotes, abstenções, propostas de cobertura, dentre outros.

⁴ CADE. *Programa de Leniência*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ae8e8e929e7dbf9ba9aa81>>. Acesso em 05/08/2015.

⁵ CADE. Notícias. *Cade celebra acordo de leniência no âmbito da "Operação Lava Jato"*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?cf63b345dc32c64cde6cff53e668>>. Acesso em 05/08/2015.

⁶ CADE. *Versão pública do histórico da conduta do acordo de leniência celebrado entre o grupo Setal/SOG Óleo e Gás com a SG/CADE e com o Ministério Público Federal (MPF)*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/HC%20Vers%C3%A3o_P%C3%BAblica.pdf>. Acesso em 20/08/15.

⁷ Segundo os Signatários, os serviços "onshore" são aqueles realizados em indústrias localizadas em terra, ao passo que os serviços de "offshore" são prestados em alto mar como plataformas petroleiras e navios. Os serviços afetados pela conduta consistem, portanto, naqueles "onshore", consistentes na montagem e construção de plantas industriais em qualquer segmento (refinarias, petroquímicas, indústrias em geral, etc), exceto aquelas relativas às unidades necessárias para plataformas submarinas (que são classificadas como "offshore").

Continua o acordo de leniência a com o grupo Setal/SOG Óleo e Gás revelando a estrutura do cartel, que se autodenominava “Clube das 9”, com posterior ampliação para o “Clube das 16”:

As empresas participantes da conduta anticompetitiva, durante o chamado "**Clube⁸ das 9**", foram: (i) Camargo Corrêa S/A, (ii) Construtora Andrade Gutierrez S/A, (iii) Construtora Norberto Odebrecht S/A, (iv) Mendes Junior Trading Engenharia, (v) MPE Montagens e Projetos Especiais S/A, (vi) Promon S/A, (vii) Setal/SOG Óleo e Gás, (viii) Techint Engenharia e Construção S/A e (ix) UTC Engenharia S/A. Em seguida, com a ampliação do grupo e a criação do chamado "**Clube das 16**", as empresas que também passaram a ser participantes da conduta anticompetitiva foram: (x) Construtora OAS S/A, (xi) Engevix Engenharia, (xii) Galvão Engenharia S/A, (xiii) GDK S/A, (xiv) Iesa Óleo e Gás, (xv) Queiroz Galvão Óleo e Gás e (xvi) Skanska Brasil Ltda. Ademais, outras empresas que participaram **esporadicamente** das combinações entre os concorrentes para licitações específicas foram: (xvii) Alusa Engenharia (atualmente denominada Alumini Engenharia S/A), (xviii) Carioca Engenharia, (xix) Construcap CCPS Engenharia, (xx) Fidens Engenharia S/A, (xxi) Jaraguá Engenharia e Instalações Industriais Ltda., (xxii) Schahin Engenharia S/A e (xxiii) Tomé Engenharia.

Os benefícios do acordo de leniência realizado com o grupo Setal/ SOG Óleo e Gás já podem ser observados: recentemente, em 31/07/15, foi firmado o acordo de leniência *plus*, com fulcro no art. 86, §§7º e 8º da Lei n. 12.529/11⁹, com uma das empreiteiras envolvidas no suposto cartel da Petrobras, a Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A – CCCC.¹⁰

A leniência *plus* consiste na possibilidade de uma empresa que foi delatada, via acordo de leniência, por um dos membros do cartel da qual era integrante, fornecer dados sobre a existência de outro cartel e neste obter todos os benefícios do acordo de leniência, bem como a redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável em decorrência do cartel anterior.

Foi através desta leniência *plus* que veio à tona mais um cartel envolvendo uma sociedade de economia mista, desta vez um suposto cartel em licitações da Eletrobras Termonuclear S/A – Eletronuclear, relacionado ao mercado de obras de montagem eletromecânica da usina nuclear de Angra 3¹¹.

⁸ O termo “Clube” era utilizado para se referir às empresas participantes da conduta anticompetitiva descrita neste Histórico da Conduta, assim como os termos “Grupo” e “Mesa”.

⁹ Art. 86. (...)

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

¹⁰ CADE. Destaques. *Cade celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobras*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?340717e232e73cc752ff53ee4509>>. Acesso em 20/08/15.

¹¹ CADE. Destaques. *Cade celebra acordo de leniência em investigação de cartel em licitação da usina Angra 3*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?340717e232e73cc752ff53ee4509>>. Acesso em 20/08/15.

Ademais, com o intuito de ampliar os benefícios obtidos através da leniência *plus*, logo em seguida (19/08/15) foi homologado com a Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), com fulcro no art. 85 da Lei n. 12.529/11.

O TCC é um instrumento que permite às demais empresas que não foram a primeira a se habilitar ao acordo de leniência, mas que desejam cessar as atividades ilícitas e colaborar com as investigações, obter benefícios nas esferas cível e administrativa, em que pese persista a responsabilização penal. Através deste TCC foi fixada uma contribuição pecuniária de mais de R\$ 104 milhões – maior valor já pago no âmbito de um TCC firmado com o CADE¹² –, valor este que será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos¹³.

Este caso da Petrobras é emblemático porque demonstra como o acordo de leniência, quando bem empregado, pode servir como um profícuo instrumento de recomposição do patrimônio público e de desestímulo à formação de outros cartéis.

3. O Acordo de Leniência no Âmbito da Lei Anticorrupção

A Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), o mais recente diploma legislativo a prever o acordo de leniência, dispõe sobre a responsabilização objetiva nas searas administrativa e cível de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, não abrangendo, todavia, a seara penal.

Os atos lesivos à Administração Pública a que se refere a lei estão descritos no art. 5º da mesma¹⁴. Conforme se observa, muitas das condutas nela previstas também são consideradas

¹² CADE. Destaques. *Cade celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobras.* Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?340717e232e73cc752ff53ee4509>>. Acesso em 20/08/15.

¹³ CADE. *Versão pública do histórico da conduta que acompanha o TCC em sede do Requerimento 08700.007402/2015-44.* Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Hist%C3%B3rico%20da%20conduta.pdf>>. Acesso em 20/08/15.

¹⁴ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

ilícitas por outras leis, que também prevêem sanções pela sua prática. É o caso, por exemplo, da fraude em licitações públicas, que é criminalizada pela Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93), ou dos atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92).

A complexidade que envolve a Operação Lava Jato se dá em grande parte porque os ilícitos praticados pelas empresas envolvidas se amoldam às condutas previstas em diversos diplomas legais. Dentre as várias polêmicas jurídicas que envolvem a operação, o acordo de leniência aparece como um dos mais controversos, tanto pela sua potencial capacidade de revelar o esquema de corrupção que envolveu a Petrobras, quanto pelo potencial uso deturpado do instituto para beneficiar os acusados.

A celeuma que se instaurou quanto ao acordo de leniência na Operação Lava Jato foi motivada por um aparente conflito de atribuições que poderia haver em sua celebração, com possível interferência nas atribuições de um ente em outro.

É o que se verifica no caso de a CGU firmar acordo de leniência com acusado que apresente provas – que deveriam ser desconhecidas pela Administração Pública segundo a Lei Anticorrupção –, mas que na verdade já eram conhecidas pelo MPF, embora não tivessem sido divulgadas em decorrência do sigilo das investigações. Nesse caso sustenta o MPF ser necessária sua participação para que o acordo seja válido, enquanto a CGU sustenta ser de sua competência exclusiva.

Ademais, outro imbróglio instaurado é quanto à possível extensão dos benefícios do acordo de leniência da Lei Anticorrupção a todas as empresas investigadas na Operação Lava Jato, tese esta capitaneada pelo Governo Federal, representado pela AGU e CGU.

Tal entendimento, segundo sustenta o MPF, deturparia o instituto do acordo de leniência, contrariando a forma como atualmente vem sendo aplicado pelo CADE com base na Lei de Defesa da Concorrência e pelo *Parquet* federal com base em legislação esparsa.

-
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
 - d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
 - e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
 - f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
 - g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
- V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Isso porque o acordo de leniência tem como escopo a colheita de provas que permitam a condenação dos demais envolvidos, com a respectiva concessão de benefícios apenas ao primeiro integrante que denuncie a organização criminosa da qual participe.

Tais questões serão abordadas nos tópicos a seguir, pautando-se por uma análise comparativa entre o acordo de leniência na Lei Anticorrupção e na Lei de Defesa da Concorrência, aproveitando-se da experiência exitosa de aplicação do instituto com base nesta última (cuja existência remonta ao ano de 2000 e já serviu de base para o dismantelamento de vários cartéis pelo CADE) com o escopo de guiar os rumos a serem tomados pelo instituto.

3.1 Do Conflito de Atribuições para Celebrar o Acordo de Leniência

O conflito de atribuições ocorre quando duas ou mais autoridades (judiciais ou administrativas) praticam atos administrativos¹⁵ (e não jurisdicionais) que são colidentes, ou seja, ambas se julgam competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo) para a prática do ato.

O curso da Operação Lava Jato revelou a prática de diversos ilícitos penais, administrativos e cíveis, o que atraiu a competência de diversos órgãos para sua investigação e aplicação de sanções. A recente Lei Anticorrupção trouxe a CGU como mais um dos personagens para conduzir as investigações, bem como estipulou ser ela o órgão competente para celebrar o acordo de leniência (art. 16, §10, Lei n. 12.846/13) na Administração Pública Federal.

Assim sendo, no âmbito federal passaram a existir três tipos de acordos de leniência: os realizados pela CGU com base na Lei n. 12.846/13, os pactuados pelo CADE com base na Lei n. 12.529/11 e os firmados pelo MPF. Os acordos com o *Parquet* federal possuem lastro em diversos dispositivos, dentre os quais: a) artigos 13 a 15 da Lei n. 9.807/1999 (dispõe sobre o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas); b) art. 1º, §5º, da Lei n. 9.613/1998 (dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores); c) art. 26 da Convenção de Palermo; d) art. 37 da Convenção de Mérida; e) artigos 4º a 8º da Lei n. 12.850/2013 (define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal); f)

¹⁵ Caso sejam duas ou mais autoridades judiciais praticando atos jurisdicionais colidentes, ou seja, ambas se considerando competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo) para a prática do referido ato, seria o caso de conflito de competências. Em suma, a diferença entre conflito de competências e conflito de atribuições se dá pela natureza do ato jurídico.

artigos 655 e 674 do Código de Processo Civil de 1939; g) artigos 840 e 932, inciso III, do Código Civil; h) artigos 16 a 21 da Lei n. 12.846/2013¹⁶.

A atribuição conferida à CGU vem sendo muito criticada pela doutrina, sob o argumento de que ela será o órgão responsável pela celebração dos acordos de leniência envolvendo toda a Administração Pública Federal, apesar de não ter experiência com este tipo de instrumento, bem como não ser um órgão dotado de autonomia, sendo subordinado diretamente ao Presidente da República, o qual pode destituir a qualquer momento seus dirigentes.

Percebe-se, portanto, que o acordo de leniência celebrado pela CGU seria dotado de menor confiabilidade se comparado com os celebrados pelo MPF ou pelo CADE – ambos, por essência, já autônomos em relação à Administração Pública direta.

O CADE, desde 2003, já vem consolidando sua experiência na celebração deste tipo de acordo¹⁷, sempre em parceria com o MPF. Apesar de a Lei n. 12.529/11 não prever qual o papel do *Parquet*, na prática as instituições vêm atuando de forma harmônica e complementar, tanto na fase de investigação com a troca de documentos, quanto no procedimento de celebração do acordo de leniência, em que o MPF também atua como signatário do acordo.

O CADE assim procede porque o acordo de leniência celebrado com base na Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11) apenas impede a propositura de denúncia pelo MPF em decorrência dos crimes tipificados na Lei n. 8.137/90 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Econômica), crimes diretamente relacionados à prática de cartel previstos na Lei n. 8.666/93 e do art. 288, Código Penal (delito de associação criminosa).

Cite-se, ademais, que há dúvida quanto à possibilidade de a Lei n. 12.529/11 conceder anistia penal a esses crimes, vez que o titular da ação penal é tão somente o Ministério Público, competência esta conferida pela própria CF/88.

Há certa dúvida, entre os operadores do direito da concorrência, surgida na vigência da Lei 8.884/1990, sobre a possibilidade de a autoridade administrativa conceder a anistia penal, sendo o Ministério Público o titular da ação penal. Para evitar qualquer discussão futura que possa comprometer o programa de leniência (sendo certo que a insegurança sobre este ponto seria um senão à celebração de leniências), o Ministério Público é frequentemente chamado a assinar acordos.¹⁸

¹⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 003.166/2015-5. Natureza: Representação. Unidade: Controladoria-Geral da União (CGU). Interessados: Procuradoria Geral da República (PGR); Advocacia-Geral da União (AGU); e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.doc>. Acesso em 05/08/2015.

¹⁷ CADE. *Programa de Leniência*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9393959b60be41192f1027>>. Acesso em 05/08/2015.

¹⁸ CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 193.

Quanto aos demais crimes porventura praticados, a lei não confere imunidade penal, de modo que o leniente, mesmo tendo colaborado com as investigações e auxiliado no desmantelamento do cartel do qual outrora integrante, ainda assim poderá se ver réu num processo penal por acusação com base em outros tipos penais.

Observa-se, portanto, que é interessante que se diminua a insegurança a quem deseja firmar o acordo de leniência, o que, conseqüentemente, geraria um aumento na quantidade de potenciais interessados e na instabilidade na manutenção de cartéis. Um programa de leniência consolidado e com regras claras é sempre um atrativo para qualquer integrante de organização criminosa que se arrependa de suas práticas e queira repará-las.

Visando atingir esse desiderato, na prática o que se observa na defesa concorrencial é a atuação conjunta do CADE e do MPF, ambos atuando como signatários do acordo de leniência. É deveras louvável essa harmonia institucional no combate às práticas anticoncorrenciais, o que acarreta a consolidação do programa de leniência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Tal harmonia, no entanto, não é o que se observa entre as instituições envolvidas nas investigações da Petrobras. Essa desarmonia tornou-se explícita com a representação feita ao Tribunal de Contas da União (TCU), com pedido cautelar, proposta pelo Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU), julgada nos autos do acórdão TC 003.166/2015-5, visando que seja determinado à CGU que se abstenha de celebrar quaisquer acordos de leniência com empresas envolvidas na Operação Lava Jato que ainda não tenham celebrado acordos de leniência com o MPF.

Argumentou o MP/TCU que tais acordos poderiam atrapalhar o curso das investigações da Polícia Federal e do MPF, bem como ser celebrados com empresas que trouxessem informações que em nada contribuíssem com as investigações, pois já de conhecimento dos órgãos investigadores, mas que não foram divulgadas por estarem sob sigilo. Este acordo contrariaria, portanto, o art. 16 da Lei n. 12.846/2013¹⁹, que exige a colaboração efetiva com as investigações.

Não teria a CGU como aferir a efetividade da colaboração sem a participação conjunta do MPF. O dispositivo não tem por finalidade apenas a assunção de culpa pelo envolvido, mas sim – e principalmente – o fornecimento de provas que possibilitem a condenação dos demais

¹⁹ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

integrantes da organização criminosa. A existência de efetivos benefícios às investigações é pressuposto para a celebração do acordo de leniência, e só quem poderia ratificar a existência destes benefícios seria o MPF, que possui acesso amplo ao lastro probatório até então formado.

O eventual prejuízo que poderia ocasionar o acordo de leniência celebrado exclusivamente pela CGU seria sanado se este órgão oferecesse a oportunidade de o MPF se manifestar previamente, tal como vem ocorrendo na atuação conjunta do *Parquet* federal com o CADE no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência. Desta forma seria possível aferir se as informações prestadas pelo leniente efetivamente colaboram com as investigações, para que este merecidamente faça jus aos benefícios trazidos pela Lei Anticorrupção.

A CGU, todavia, opõe-se a tal pretensão do MPF. Ela defende que o acordo de leniência por ela eventualmente celebrado em nada interferiria nas investigações promovidas pelo MPF e pela Polícia Federal, vez que a Lei n. 12.846/2013 somente traz repercussões cíveis e administrativas, não adentrando na esfera penal de competência do MPF. A Lei Anticorrupção atribui à CGU a competência para a responsabilização administrativa, enquanto ao MPF a competência para promover a responsabilização judicial tanto por ela, quanto por outras leis (Lei de Improbidade, Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica etc.).

Assim sendo, conclui a CGU que seria sua a competência para celebrar o acordo de leniência com base na Lei n. 12.846/2013 no âmbito de sua investigação, enquanto o MPF teria competência para firmar o acordo com base em outras leis. Em suma, a competência legal para a celebração do acordo de leniência no âmbito administrativo seria da CGU, não havendo previsão na Lei n. 12.846/2013 de participação do MPF.

O TCU pacificou a questão através do acórdão TC 003.166/2015-5²⁰, buscando um meio termo entre as posições defendidas pela CGU e pelo MPF.

De um lado, entendeu como correta a posição do MPF em defender que o acordo de leniência celebrado pela CGU deveria buscar a colaboração deste, vez que apenas ele teria conhecimento do lastro probatório até então colhido para aferir se as informações oferecidas pelo leniente de fato contribuem com as investigações. Nesse sentido:

Em análise da questão, opõe-se que não se trata, quando se defende a troca de informações com outros órgãos da República, de ‘submeter’ um à vontade de outro. Trata-se, na realidade, do desejável benefício comum do Estado em, independentemente da divisão de poderes e instâncias, alavancar seus resultados de

²⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 003.166/2015-5. Natureza: Representação. Unidade: Controladoria-Geral da União (CGU). Interessados: Procuradoria Geral da República (PGR); Advocacia-Geral da União (AGU); e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.doc>. Acesso em 05/08/2015.

comum interesse. Em outras palavras, aos olhos da CGU, diante do reconhecimento de maior conhecimento investigatório por parte do MPF, seria intuitivo buscar a certeza de que, em verdade, inexistia a omissão de informações (ou novidades) fulcrais para a identificação da vantagem na prolação do acordo. Não se trata, portanto, de submissão de instância administrativa às vontades do Ministério Público; mas, sim, de uma potencialização da ‘verdade real’ necessária para se tomar a melhor decisão possível no âmbito administrativo. Existe, portanto, a desvirtuação da dita ‘independência das instâncias’, porquanto ser inescusável a desejável sincronia entre os diversos atores – independentes, diga-se – envolvidos na apuração das irregularidades objeto da operação Lava Jato (ou outra persecução qualquer).

Não obstante, reconheceu o TCU ser de competência da CGU a celebração do acordo de leniência, ainda que sem a participação do MPF, por mais criticável que isso seja, vez que esta foi a opção do legislador consubstanciada na Lei n. 12.846/2013. *In verbis*:

Objetivamente, e em fechamento do raciocínio, embora recomendável a participação integrada do MPF na negociação conjunta de acordos administrativos – inclusive para a segurança da própria delatora –, não se pode taxar como contra legis absoluta eventual tratativa específica em que essa boa prática não tenha sido objetivamente empreendida. Esse não é o extrato legislativo delineado pela Lei 12.846/2013, em suas especificidades, por mais criticáveis que sejam. Reduzir tal raciocínio a termo significa inferir que a negativa de inclusão do MPF nos termos de confidencialidade iniciais das negociações, embora desejável, não seja uma disposição coercitiva absoluta.

Ocorre que os acordos de leniência firmados pela CGU devem ser submetidos à fiscalização do TCU, já que se trata de ato administrativo do Executivo que por determinação constitucional deve se submeter à fiscalização do Legislativo. A fim de normatizar este procedimento foi editada a IN-TCU 74/2015, cujo art. 5º garante a participação do MPF na aferição da legalidade do referido acordo²¹, momento no qual o MPF poderá analisar se as provas trazidas pelo leniente foram novas e efetivamente colaboraram com as investigações.

Assim sendo, garantiu-se ao MPF, ainda que indiretamente, através da fiscalização promovida pelo TCU nos acordos de leniência firmados pela CGU, a análise sobre a utilidade das informações oferecidas, de modo a se premiar com o acordo de leniência apenas as empresas que cumpram os requisitos da lei.

Em que pese o brilhante entendimento do TCU que conseguiu dar uma saída ao imbróglio até então instaurado, ainda assim é pertinente que a atuação de cada um dos entes

²¹ Art. 5º O disciplinamento dos procedimentos técnico-operacionais a serem observados na apreciação dos acordos de leniência submetidos ao Tribunal de Contas da União, nos termos desta Instrução Normativa, será estabelecido em normativo específico, **assegurada a participação do Ministério Público.**

Parágrafo único. Os documentos e as informações relativos aos acordos de leniência submetidos ao Tribunal antes da vigência do normativo estabelecido no caput observarão os procedimentos a serem definidos pelo respectivo Relator, com a devida salvaguarda do sigilo documental”. (Grifo nosso)

seja disciplinada em lei, a fim de evitar insegurança jurídica e otimizar a fiscalização dos requisitos que permitam a concessão dos benefícios.

Visando suprir esta lacuna existente na Lei Anticorrupção, está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n. 105/2015, que propugna pela inclusão obrigatória do MPF no procedimento de homologação dos acordos de leniência celebrados pela CGU. Dispõe o referido projeto de lei que:

Art. 1º O art. 16 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:
"Art.16.....§ 11 – A celebração do acordo de leniência ficará condicionada à apreciação do Ministério Público que procederá ao exame de legalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade de seus termos, homologando-o ou não"(NR).

De grande relevância seria a aprovação do PLS n. 105/2015, pois, desta forma, a atribuição de cada um dos entes envolvidos nas investigações ficaria bem delimitada, evitando-se que o acordo de leniência proposto por um possa interferir nas investigações do outro, ou que o lastro probatório oferecido pela empresa leniente já fosse de conhecimento de algum ente público.

Aumentar-se-ia a segurança jurídica quanto à aplicação da legislação que envolve o acordo de leniência e, conseqüentemente, o número de potenciais interessados em celebrar o acordo.

3.2 Da Possibilidade de Extensão dos Benefícios do Acordo de Leniência a Todos os Envolvidos

O acordo de leniência, em todas as legislações nas quais foi disciplinado, tem como regra básica a possibilidade de ser celebrado apenas com o primeiro dos integrantes de uma organização criminosa que ofereça provas para incriminar os demais e que repare seus danos. Isso porque, em sua essência, ele não é um instrumento para beneficiar o leniente, mas sim para possibilitar ao Poder Público tomar conhecimento destas organizações e obter provas para condenação dos demais envolvidos, as quais sem o acordo dificilmente seriam obtidas.

Dentre as vantagens de se permitir que apenas o primeiro a apresentar informações efetivamente úteis ao Poder Público possa se beneficiar da leniência, está principalmente a instabilidade que se cria na manutenção da associação criminosa. Sempre os envolvidos ficarão

receosos que algum deles delate os demais para se valer da leniência, recaindo pesadas sanções sobre os demais.

Assim também a princípio procedeu a Lei Anticorrupção que, em seu art. 16, §1º, I, previu como requisito para a celebração do acordo ser a primeira pessoa jurídica a manifestar interesse em colaborar com a apuração do ato ilícito.

Ocorre que este caso da Petrobras, conforme explicitado ao longo deste trabalho, tem peculiaridades que o tornam sem precedentes na história do país. Seu desdobramento terá implicações em diversos institutos jurídicos, mormente no acordo de leniência. O fato é que, uma vez aplicadas as sanções previstas em lei às empreiteiras envolvidas – as quais são as maiores do país, responsáveis por boa parte das obras públicas no Brasil –, corre-se o risco de vê-las entrar em processo de falência, com a consequente demissão em massa de milhares de pessoas e agravamento da crise econômica ora em curso no país.

No intuito de evitar esta situação é que o Governo Federal encontrou no acordo de leniência uma possível via para a redenção destas empresas. Recentemente foi editado o Decreto n. 8.420/15, que visa regulamentar a Lei n. 12.846/13, e dispõe, dentre outras medidas, sobre o acordo de leniência. Em seu art. 30 são previstos os requisitos para a celebração de tal acordo, dentre os quais seu inc. I prevê o de a empresa ser a primeira a manifestar interesse em cooperar com a apuração de ato lesivo específico, “quando tal circunstância for relevante”. *In verbis*:

Lei n. 12.846/2013	Decreto n. 8.420/2015
Art. 16 [..] § 1º - O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente , os seguintes requisitos : I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do <i>ato ilícito</i> ;	Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de <i>ato lesivo específico</i> , quando tal circunstância for relevante ; ²²

Percebe-se que o Decreto Regulamentar, ao mencionar que este requisito apenas será necessário quando for considerado relevante, acaba por flexibilizar sua obrigatoriedade,

²² Quadro comparativo extraído do voto do Ministro do TCU Augusto Sherman no acórdão TC 003.166/2015-5. Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.doc>. Acesso em 05/08/2015.

trazendo, portanto, uma brecha para que o acordo de leniência possa ser celebrado com várias pessoas jurídicas.

Nesse sentido também é o entendimento do Ministro do TCU Augusto Sherman, exposto no TC 003.166/2015-5²³:

De se ver que a Lei estabeleceu como requisito que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar, ao passo que o Decreto põe tal condição sob um exame de avaliação da relevância dessa circunstância, por parte da autoridade responsável pela celebração do acordo. Ou seja, não apenas o decreto disse mais do que a Lei, como também feriu frontalmente, a meu ver, condição imposta para a celebração de acordo, ao trazer disposição mitigadora do requisito, a qual pode ser interpretada como a possibilidade de que haja celebração de acordos de leniência não apenas com a primeira a manifestar o interesse na apuração do “ato lesivo específico”, indicado no decreto, ou “ato ilícito”, indicado na lei, mas também com outras empresas, e quem sabe com todas elas, se essa circunstância de ser a primeira não for considerada relevante.

Em minha visão, o regulamento parece não apenas extrapolar do limite do poder regulamentar próprio do decreto em relação à lei, mas também parece ferir frontalmente dispositivo de lei, colocando em segundo plano requisito previsto em lei ordinária para a celebração do acordo. Não se pode abrir exceções, no decreto, que a lei não prevê. Não se pode modificar requisito previsto em lei para a celebração desses acordos, criando condições para que a lei não seja cumprida em suas estritas disposições. Até mesmo para um decreto vige o princípio da legalidade estrita, e a lei deve ser a maior de todas as disposições normativas, abaixo da Constituição.

Observa-se, portanto, que o que se busca com o decreto regulamentar é a extensão dos benefícios do acordo de leniência a todas as empresas envolvidas nos ilícitos contra a Petrobras, mesmo que isso signifique uma completa deturpação do instituto, destituindo-o de sua principal característica que é criar um ambiente de instabilidade na manutenção de organizações criminosas.

Se a todos for permitida a celebração do acordo, diminui-se a preocupação se algum dos integrantes irá delatar o grupo, vez que, caso isso ocorra, os demais envolvidos poderão pleitear os benefícios do acordo para reduzir suas sanções. A relação custo/benefício na manutenção da organização será mais vantajosa: na eventual hipótese de o cartel ser descoberto, o acordo de leniência será uma via para minimizar as sanções.

²³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 003.166/2015-5. Natureza: Representação. Unidade: Controladoria-Geral da União (CGU). Interessados: Procuradoria Geral da República (PGR); Advocacia-Geral da União (AGU); e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.doc>. Acesso em 05/08/2015.

A CGU expressamente já se manifestou favorável à possibilidade de extensão do acordo de leniência às várias empresas envolvidas, e não só à primeira que celebrar o acordo. Nesse sentido, em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados²⁴, assim se posicionou:

O secretário executivo da Controladoria-Geral da União, Carlos Higino Ribeiro de Alencar, defendeu os acordos de leniência. Segundo ele, o mecanismo permite que o poder público seja ressarcido por eventuais desvios de recursos praticados por estas empresas. (...)

Higino disse que a CGU não concorda com a posição do Ministério Público. “No âmbito da Lei Anticorrupção, defendemos que mais de uma empresa do cartel possa celebrar acordos de leniência”, disse. Ele defendeu ainda que a lei não condiciona expressamente os acordos a supostas novidades levadas pelas empresas à investigação. “O requisito da novidade não está presente nos acordos. É uma interpretação doutrinária dos membros do MP. Mas a lei não fala desse requisito”, disse.

O perigo de prevalecer esse entendimento é que ele possa deturpar completamente o instituto, contrariando o exitoso exemplo de aplicação pelo CADE com base na Lei n. 12.529/11, que estabelece como requisito a celebração do acordo de leniência apenas com a primeira empresa que efetivamente colaborar com as investigações, o qual vem sendo rigorosamente cumprido pela autarquia antitruste.

Compartilha desta mesma preocupação o deputado Nilson Leitão (PSDB/MT), que propôs o Projeto de Decreto Legislativo n. 28/2015²⁵ visando sustar os efeitos do art. 30, I, Decreto n. 8.420/2015, no tocante à expressão “*quando tal circunstância for relevante*”, por entender exorbitar os limites do poder regulamentar que a CF/88 confere ao Poder Executivo. O parlamentar apresenta a seguinte justificativa à referida medida legislativa:

Como se nota, a Lei não autoriza a abertura de nenhuma exceção para que a CGU desconsidere, a seu critério ou de qualquer outra pessoa, o requisito de que a pessoa jurídica que propõe o acordo de leniência seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar com a apuração do ilícito.

Portanto, o inciso I, do art. 30, do Decreto 8.420/2015 foi além do poder regulamentar concedido pela Constituição Federal ao Presidente da República, ao criar uma exceção à disposição legal, razão pela qual deve ter seus efeitos suspensos.

Além disso, o instrumento do acordo de leniência seria desmoralizado, caso a CGU efetivamente pudesse fazer acordos de leniência com todos os culpados pelos atos de corrupção.

É que o acordo de leniência não é um mecanismo de perdão de atos ilícitos. Ela é um mecanismo facilitador da investigação, uma espécie de atalho por meio do qual a investigação pode progredir mais rapidamente, facilitando a responsabilização dos culpados e a recuperação dos recursos subtraídos do Patrimônio Público. (...)

²⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Audiência Pública convocada pela deputada Moema Gramacho (PT-BA), realizada em 15/04/2015*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/485983-CGU-DEFENDE-ACORDOS-DE-LENIENCIA.html>>. Acesso em 28/06/2015.

²⁵ Art. 1º Sustar os efeitos do inciso I, do art. 30, do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 que dá à Controladoria-Geral da União – CGU, autorização para firmar acordo de leniência com mais de uma empresa participante de atos de corrupção lesivos ao Patrimônio Público previstos na Lei 12.846, de 2013.

Portanto, não existe acordo de leniência sem o requisito de que ele beneficie apenas e tão somente a primeira empresa a propô-lo.

Observa-se que o momento atual definirá os rumos que o acordo de leniência irá tomar. Corre-se o risco de que toda a experiência que se adquiriu na última década de aplicação exitosa do instituto pelo CADE seja desperdiçada.

O fato é que o Poder Executivo vem dando um uso inadequado ao instituto ao regulamentá-lo de forma casuística para atender a seus interesses neste caso da Petrobras, mesmo que isso comprometa um dos instrumentos mais efetivos de combate à corrupção.

O presente estudo defende a possibilidade de celebração do acordo de leniência apenas com a primeira empresa que manifeste interesse e efetivamente colabore com as investigações, fornecendo informações que possam levar a condenação de todos os demais envolvidos, nos moldes em que atualmente é feito pelo CADE com base na Lei n. 12.529/11. Para garantir tal aplicação, é pertinente a aprovação do PDL n. 28/2015, de autoria do deputado Nilson Leitão, visando sustar no Decreto n. 8.420/2015 o permissivo de extensão dos benefícios do acordo de leniência além do primeiro leniente.

4. Conclusão

Em que pese sejam inúmeras as divergências que permeiam este caso da Petrobras, um ponto é consenso entre todos os que se debruçam sobre o tema: ele será um divisor de águas no combate à corrupção. Pela primeira vez o Poder Público afrontou o Poder Econômico a ponto de encarcerar os líderes das maiores corporações do país – financiadoras da maioria das campanhas eleitorais –, arrastando ainda vários políticos e membros da cúpula dos partidos.

A atuação dos órgãos independentes de fiscalização como a Polícia Federal, MPF e CADE, bem como pela posição efetivamente imparcial do Judiciário, sem se subjazer a influências externas que ainda interferem na atuação do Executivo e do Legislativo, demonstra a maturidade que vêm adquirindo tais instituições.

A Lei Anticorrupção surge nesse contexto como mais um instrumento normativo de combate às práticas ilícitas que corroem o patrimônio público. A ampla divulgação na mídia que ela vem tendo por conta da Operação Lava Jato já vem induzindo as grandes empresas a repensar sua forma de se relacionar com o Poder Público.

Conforme foi analisado, o acordo de leniência se apresenta como um dos instrumentos mais promissores no combate à corrupção. O acordo já firmado pelo CADE com o grupo Setal/SOG Óleo e Gás, por exemplo, serviu para a obtenção de provas que fundamentaram a

prisão cautelar de diversos investigados na Operação Lava Jato. Serviu também para em seguida firmar acordo de leniência *plus* com uma das empresas delatadas, que permitiu a descoberta de outro cartel – agora envolvendo licitações da Eletrobras –, bem como realizar TCC que possibilitou o retorno de mais R\$ 104 milhões aos cofres públicos.

A experiência que o CADE veio obtendo em mais de uma década de aplicação do acordo de leniência com base na Lei n. 12.529/11 deve servir de exemplo agora para nortear os rumos que o instituto tomará com base na Lei n. 12.846/13.

Nesse intuito, o presente estudo tratou especificamente da relação que devem manter a CGU e o MPF na condução das investigações e celebração do acordo, tendo como modelo a relação que vêm mantendo o CADE e o MPF no âmbito da defesa concorrencial. Ao contrário, atualmente o *Parquet* federal e a CGU vêm atuando de forma desarmônica, sem compartilhamento de dados e disputando a competência para celebração do acordo. Ressalte-se que a falta de autonomia da CGU diante do Governo Federal torna menos favorável o ambiente para a celebração do acordo.

Faz-se interessante, portanto, o disciplinamento legal da competência de cada ente. Para tanto foi defendida a aprovação do PLS n. 105/2015, visando à inclusão obrigatória do MPF no procedimento de homologação dos acordos de leniência celebrados com base na Lei Anticorrupção.

Tratou ainda o presente estudo da possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência além do primeiro leniente, explicando que tal medida ocasionaria a perda de sua principal característica que é promover a instabilidade na manutenção das organizações criminosas. Novamente foi usado o exemplo do CADE que, aplicando o instituto apenas ao primeiro leniente, vem acabando com diversos cartéis pelo país e cada vez mais desestimulando a formação de tantos outros.

Desta forma, apresenta-se pertinente a aprovação do PDL n. 28/2015, que visa sustar os efeitos do Decreto n. 8.420/2015 no tocante à expressão “*quando tal circunstância for relevante*”. Garantir-se-ia, desta maneira, a celebração do acordo de leniência apenas com o primeiro leniente que efetivamente colabore com as investigações.

O fato é que este caso da Petrobras entrará para história como um caso paradigmático de combate à corrupção, e o acordo de leniência como o principal instrumento que possibilitou seu deslinde. Inegavelmente o acordo já mostrou seu potencial para que o Brasil atinja seu objetivo de combater as práticas ilícitas que corroem o patrimônio público.

O momento atual definirá o rumo que tomará o instituto. Espera-se que, tomando como exemplo sua aplicação pelo CADE, seja o melhor possível.

5. Referências Bibliográficas

CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* (2009). 3. ed. Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf> . Acesso em 05/08/15.

———. Destaques. *Cade celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobras.* Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?340717e232e73cc752ff53ee4509>>. Acesso em 20/08/15.

———. Destaques. *Cade celebra acordo de leniência em investigação de cartel em licitação da usina Angra 3.* Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?340717e232e73cc752ff53ee4509>>. Acesso em 20/08/15.

———. *Versão pública do histórico da conduta do acordo de leniência celebrado entre o grupo Setal/SOG Oléo e Gás com a SG/CADE e com o Ministério Público Federal (MPF).* Disponível em: < http://www.cade.gov.br/upload/HC%20Vers%C3%A3o_P%C3%BAblica.pdf>. Acesso em 20/08/15.

———. *Versão pública do histórico da conduta que acompanha o TCC em sede do Requerimento 08700.007402/2015-44.* Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Hist%C3%B3rico%20da%20conduta.pdf>>. Acesso em 20/08/15.

———. Notícias. *Cade celebra acordo de leniência no âmbito da “Operação Lava Jato”.* Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?cf63b345dc32c64cde6cff53e668>>. Acesso em 05/08/2015.

———. *Programa de leniência.* Disponível em < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?50d053dd22e023075dfe54>>. Acesso em 05/08/15.

———. *Regimento interno.* Disponível em < http://www.cade.gov.br/upload/RICADE%20com%20emendas_19_fev_2014_final.pdf>. Acesso em 05/08/15.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Audiência Pública convocada pela deputada Moema Gramacho (PT-BA), realizada em 15/04/2015.* Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/485983-CGU-DEFENDE-ACORDOS-DE-LENIENCIA.html>>. Acesso em 28/06/2015.

CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA JR, DIRLEY. *Curso de Direito Administrativo.* 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2004.

DRAGO, Bruno de Luca. *Acordos de leniência – breve estudo comparativo*. Revista do IBRAC. São Paulo, vol.14, n. 06.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

NETO, Amadeu de Souza Ferreira. *Programa de Leniência e a Lei 12.529/11: Avanços e desafios*. Revista do IBRAC. São Paulo, ano.19, vol. 22, p. 145-162.

OCDE. *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Cartéis, seus danos e punições efetivas*. Disponível em:

< <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>>. Acesso em 25/08/15.

RIBEIRO, Amadeu; NOVIS Maria Eugênia. *Programa brasileiro de leniência: evolução, efetividade e possíveis aperfeiçoamentos*. Revista do IBRAC. São Paulo, n. 17, 2010, p. 147-168.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 003.166/2015-5. Natureza: Representação. Unidade: Controladoria-Geral da União (CGU). Interessados: Procuradoria Geral da República (PGR); Advocacia-Geral da União (AGU); e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.doc>. Acesso em 05/08/2015.