

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL
CURSO DE DIREITO**

JOSEANNY SOARES REGES

**ACORDO DE LENIÊNCIA NO COMBATE AOS CRIMES CONTRA A ORDEM
ECONÔMICA**

NATAL/RN

2016

JOSEANNY SOARES REGES

**ACORDO DE LENIÊNCIA NO COMBATE AOS CRIMES CONTRA A ORDEM
ECONÔMICA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte-UERN como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada com conceito ().

Orientador: Prof. Mestre. José Hidemburgo de Castro Nogueira Filho.

Prof. Mestre. José Hidemburgo de Castro Nogueira Filho
Orientador

Prof^a Especialista. Carla Maria Fernandes Brito
Membro da Banca Examinadora

Prof. Mestre. Paulo E. de Figueiredo Chacon
Membro da Banca Examinadora

**NATAL/RN
2016**

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho primeiramente a Deus que me proporcionou esta conquista e a meu querido pai, João Bezerra Reges, (*in memoriam*) que em vida foi meu maior incentivador, sempre que chegava do colégio, meu pai me recebia com alegria e sempre me falou para eu estudar e ser doutora, pai, nosso sonho está sendo concretizado, sei que o senhor olha por mim e me guia pelos caminhos corretos e justos, muito obrigada por todo carinho e amor que teve por mim e por ter sido meu maior incentivador. Agradeço a minha mãe, Maria de Fátima Soares pela confiança e pelas noites de orações para que eu conseguisse estudar longe de casa e agradeço aos meus dois irmãos que acreditaram no meu potencial.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”. Eduardo Juan Couture.

LISTA DE SIGLAS

SDE- SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

CADE- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

SEAE- SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO

BACEN- BANCO CENTRAL DO BRASIL

MP- MINISTÉRIO PÚBLICO.

RESUMO

O presente trabalho trata do acordo de leniência no combate aos crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei nº 12.529/11 originária das Leis nº 8.884/94 e 8.137/90. Este combate consiste em evitar novas infrações econômicas. O acordo ao ser celebrado poderá levar a descoberta dos líderes de organizações criminosas que praticam crimes econômicos. Com a ajuda do acordo de leniência feito com os demais coautores dos crimes, com exceção dos líderes, chega-se a elucidação do crime econômico e são aplicadas redução de pena, regime prisional mais ameno e o perdão judicial aos colaboradores. Sendo o acordo de leniência um meio de prova e difere da delação premiada, pois aquele é celebrado no âmbito da administração pública e nos crimes contra a ordem econômica, aplicando os benefícios de redução de pena e até a extinção da punibilidade, ou seja, o processo acabaria no âmbito administrativo, pois é possível o CADE que tem função judicante aplicar a extinção da punibilidade do coautor do crime econômico na seara administrativa, enquanto a delação premiada que consiste em um acordo feito pelo delator de um crime no âmbito penal ou da lei de organização criminosa, podendo este ser beneficiado com a redução de pena de um a dois terços e até receber o perdão judicial, cabe ressaltar que o acordo de leniência se aplica também aos crimes contra a ordem tributária, porém este trabalho tem como foco o acordo de leniência aplicados aos crimes contra a ordem econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Leniência. Combate. Delação Premiada. CADE. Secretaria de Desenvolvimento Econômico.

ABSTRACT

The present work deals with the agreement of leniency in combating crimes against the economic order, provided for in Law No 12.529/11, the origin in Law 8.884/94 in 8.137/90. This fight is to prevent further violations. The agreement to be concluded could lead to discovery of the leaders of companies that engage in economic crime and tributaries. With the help of the leniency done with the other coauthors of crimes, with the exception of the leaders, one comes to the elucidation of economic crime and is applied reduction of death, prison regime more amenable and forgiveness to judicial employees. Being the leniency agreement a means of proof and differs from the snitch, for he is celebrated in the framework of the public administration and in crimes against the economic order and tax, applying the benefits of reduced sentence and until the extinction of the punishable, in the process would end under administrative law, because it is possible the CADE who has judicial function apply the extinction of punishable, in the process would end under administrative law, because it is possible the CADE who has judicial function apply the extinction of the co-author of the economic crime punishable in seara while administrative deletion that consists of an agreement made by the informer of a crime under criminal law or the law of criminal organization, and the informer be benefited with the reduction while administrative deletion that consists of an agreement made by the informer of a crime under criminal law or the law of criminal organization, and the organization, and the informer be benefited with the reduction a penalty to two thirds and even get to forgiveness.

KEY- WORDS: Leniency Agreement. Combat. Delation Premiun. Cade. Secretary Development Economic.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	O ACORDO DE LENIÊNCIA.....	11
	2.1 ORIGEM DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO COMPARADO.....	11
	2.2 INGRESSO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO...	17
3	AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE O ACORDO DE LENIÊNCIA E A DELAÇÃO PREMIADA.....	27
	3.1 EM QUE CONSISTE O ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA.....	27
	3.2 PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS DOIS INSTITUTOS.....	32
4	O PAPEL DO ACORDO DE LENIÊNCIA PARA DESARTICULAR AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO ÂMBITO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.....	35
	4.1 O PAPEL DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO COMBATE AOS CRIMES ECONÔMICOS.....	35
	4.2 O ACORDO DE LENIÊNCIA NO COMBATE A CORRUPÇÃO.....	40
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
	REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo principal tratar do acordo de leniência no combate aos crimes contra a ordem econômica, tendo como finalidade apresentar um mecanismo utilizado pelo poder público para se chegar aos líderes de organizações criminosas que cometem crimes contra a ordem econômica. Os co-autores e partícipes dos crimes contra a ordem econômica fazem o acordo para reduzir a pena imposta, podendo até alcançar o perdão judicial. O acordo de leniência deve ser eficaz para desbaratar o esquema criminoso das empresas que fraudam o sistema financeiro.

A relevância da pesquisa se assenta na necessidade de explicar a importância do acordo de leniência no combate aos crimes econômicos, diante da discutível ideia de que os acordos de leniência contribuem para a impunidade dos beneficiados. E também explicar as diferenças entre acordo de leniência e delação premiada. O acordo de leniência tem previsão nos artigos 86 e seguintes da Lei nº 12.529/11 que revogou os artigos 35-B e 35-C da Lei nº 8.884/94 e também alterou parte da Lei nº 8.137/90 que tem como objetivo facilitar a apuração de infrações contra a ordem econômica. O acordo de leniência surgiu no direito norte americano em 1978, e passou a ser tratado como programa de acordo de leniência corporativo.

O acordo de leniência tem importância para o direito porque é um mecanismo de combate aos crimes contra a ordem econômica, ou seja, faz com que os líderes de empresas que são na verdade organizações criminosas possam ser descobertos, dessa forma, são evitadas novas infrações econômicas, sejam as previstas na lei dos crimes contra a ordem econômica sejam os crimes previstos no código penal.

A relevância social é informar a sociedade acerca dos benefícios do acordo de leniência no combate aos crimes contra a ordem econômica, pois a sociedade acredita que o acordo serve apenas para aumentar a impunidade, quando na verdade o acordo combate novos crimes contra a ordem econômica coibindo novas práticas a partir da punição dos líderes das pessoas jurídicas que cometem crimes econômicos.

Há uma enorme relevância na atualidade do tema, pois a mídia tem exposto vários acordos de leniência que foram feitos por envolvidos em crimes contra a ordem econômica, a exemplo da “operação lava jato” que muitos envolvidos no

esquema de fraudes e crimes contra a ordem econômica para reduzirem a pena a cumprir fizeram acordos de leniência com o Ministério Público Federal que conseguiu descobrir os líderes das pessoas jurídicas que cometeram diversos crimes contra a ordem econômica e somente foi possível se chegar aos chefes dessas verdadeiras organizações criminosas através dos acordos de leniência feitos pelos partícipes nestes crimes.

O acordo de leniência é celebrado pelo CADE através da Superintendência Geral, com pessoas físicas ou jurídicas que forem autoras de crimes contra a ordem econômica. Para que haja benefícios aos infratores que prestarem informações acerca da infração à ordem econômica é necessário que a colaboração resulte em identificação dos demais co-autores da infração e obtenção de informações e documentos que comprovem a infração sob investigação.

Para que o acordo de leniência seja celebrado, o artigo 86 da Lei 12.529/11 impõe o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito a infração noticiada ou sob investigação; a empresa ou pessoa jurídica cesse completamente sua participação na infração a partir do acordo celebrado; o CADE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e a pessoa física ou jurídica confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo.

A celebração de acordo de leniência se sujeita à aprovação do CADE, lhe cabendo a análise a respeito da validade, cabimento e oportunidade acerca da celebração do acordo de leniência. O CADE por intermédio da Superintendência Geral é a única e a última instância para celebrar acordo de leniência.

Ao CADE compete ainda quando do julgamento do processo administrativo, verificando o cumprimento do acordo de leniência: decretar a extinção da ação punitiva administrativa pública em favor do infrator nas hipóteses que a proposta de acordo tenha sido apresentada a Superintendência Geral do CADE sem que esse tivesse conhecimento prévio da ação noticiada ou nas demais hipóteses reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, devendo considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

Na hipótese de a Superintendência Geral informar que o acordo não foi cumprido, a pessoa física ou jurídica pode sofrer as penalidades da Lei 12.529/11. Quanto aos demais infratores, que não tenham celebrado o acordo de leniência, o CADE, ao apreciar as provas, proferirá sua decisão de condenação ou não, como ocorre em todos os processos administrativos.

O acordo de leniência, nos termos do artigo 86 da Lei 12.529/11, repercute nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90, pois a sua celebração determina a suspensão do curso do prazo prescricional da pretensão punitiva, impede o oferecimento da denúncia e, cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes.

Registre-se que quando o artigo 86 da lei nº 12.529/11 determina que, cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica, isso significa que compete ao CADE impor a extinção da punibilidade, pois tem esta competência legal, cabendo ao judiciário ao ser provocado avaliar a legalidade de tal ato administrativo, em razão dos princípios da reserva de jurisdição e do juízo natural, que assegura ao poder judiciário decidir questões criminais.

Importante ressaltar que o acordo de leniência não se aplica às empresas ou pessoas físicas que sejam os líderes ou comandantes de crimes contra a ordem econômica.

Em síntese, o Estado oferece isenção ou redução de sanções em troca de confissão e de colaboração de agentes infratores. O acordo também é conhecido pelas expressões “delação premiada antitruste”, “imunidade antitruste” e “isenção antitruste”, devido aos benefícios propostos ao delator do cartel, infração ao qual é especificamente dirigido.

O método de abordagem da pesquisa será feito com o método dialético que consiste na exposição de ideias entre os autores dos textos que embasam a pesquisa e com base em casos particulares a exemplo do acordo de leniência aplicado as empresas da Lava Jato conforme o G1 reportagem - Atualizado em 31/07/2015 18h34 que trata que a empresa Camargo Corrêa fechou acordo de leniência. E o método dedutivo utilizado consiste em dedução lógica, alguns autores explicam de forma lógica o que consiste o acordo de leniência.

Técnicas que serão utilizadas para a coleta de dados e para a análise destes são: revisão dos tribunais; coleta de jurisprudência, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e a análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais.

Os livros dos autores relacionados ao tema de acordo de leniência pesquisados são os de direito econômico e direito penal. Além das pesquisas sobre o tema de acordo de leniência na internet, em sites que abordam acordo de leniência e os casos que já foram aplicados. A exemplo das empresas envolvidas em crimes contra a ordem econômica, como os cartéis realizados por empresas que se associam para lesar a iniciativa e a concorrência no mercado.

O acordo de leniência foi pesquisado na Lei nº 12.529/2011 que trata da prevenção e repressão aos crimes contra a ordem tributária e prevê a possibilidade de aplicação do acordo de leniência para os sócios de empresas que cooperarem para o desbaratamento de organizações criminosas que cometem crimes econômicos.

Também foram feitas pesquisas na Constituição Federal de 1988, bem como, nos livros de direito econômico e na jurisprudência atual dos tribunais.

Cabe enfatizar que o trabalho se atém ao acordo de leniência aplicado aos crimes contra a ordem econômica, embora este possa ser aplicado aos crimes contra a ordem tributária.

Para alcançar os objetivos através da metodologia utilizada os capítulos serão desenvolvidos da seguinte forma: O capítulo 2 trata da origem do acordo de leniência no direito comparado e seu ingresso no direito brasileiro. O capítulo 3 trata das principais diferenças entre acordo de leniência e delação premiada e já o capítulo 4 trata do papel do acordo de leniência no combate efetivo à corrupção. Ao fim, serão expressas as considerações finais do trabalho que ora se apresenta.

2 O ACORDO DE LENIÊNCIA

2.1 ORIGEM DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

O acordo de leniência com origem no direito norte americano em 1978, pelo departamento de justiça. É um mecanismo de manutenção da concorrência e visa coibir as infrações contra a ordem econômica. De início, o acordo de leniência americano funcionava do seguinte modo: antes das investigações a empresa que celebrasse o acordo com a autoridade antitruste dos Estados Unidos da América do Norte (EUA) e fosse a primeira do cartel a delatar, poderia ser beneficiada com a anistia das multas e do processo criminal. Porém, o departamento de justiça americano agia de forma discricionária e decidia se concedia ou não a anistia. Em razão da subjetividade no cumprimento do acordo de leniência pelo departamento de justiça americano ele foi pouco aceito. Em 1993, os requisitos do acordo de leniência americano foram alterados retirando a discricionariedade e sendo um ato vinculado à lei e com exigências, como ser a empresa a primeira a delatar para a anistia ser concedida. Com as alterações do acordo de leniência norte americano houve um maior numero de casos descobertos de cartéis nos EUA.

Em 1996, a União Europeia adotou o acordo de leniência e, diferente dos EUA, que concede anistia apenas as primeiras empresas que delatam a autoridade o esquema de cartel, o programa de leniência europeu permite um esquema escalonado de multas. Assim, se a comissão européia não tiver iniciado as investigações para desvendar o cartel e a empresa for a primeira a delatá-lo, garante para a empresa a redução da multa de 75% para 100%, se as investigações já estiverem sido iniciadas a redução será de 50% para 75%, se a empresa não delatar o cartel e apenas colaborar com as investigações e não contestar as alegações imputadas terá uma redução de 10% para 50%. Em 2002, a União Europeia adotou o modelo de acordo de leniência americano e passou a dar imunidade total as empresas que delatassem o cartel e ainda como requisito a empresa não pode ser a líder do cartel.¹

¹ ARTIGO: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10837/1/2015_EdmilsonMachadodeAlmeidaNeto.pdf

No Brasil, a Lei nº 8.884/94, no seu artigo 35-B, trata que a União por intermédio da Secretaria de Desenvolvimento Econômico celebrará acordo de leniência com extinção da punibilidade ou redução de um a dois terço da pena aplicada com pessoas físicas ou jurídicas que cometerem crimes contra a ordem econômica, desde que resulte na identificação dos líderes, e novas provas para a investigação que somente podem ser produzidas através do acordo de leniência, sendo este artigo ora mencionado revogado pela Lei nº 12.529/11, ao tratar no seu artigo 86 que compete ao CADE celebrar acordo de leniência por intermédio da Superintendência Geral com a extinção da punibilidade ou redução de um a dois terços da pena aplicada às pessoas físicas ou jurídicas que cometerem crimes contra a ordem econômica, desde que o acordo seja eficaz para cessar a prática delituosa.

Leniência, do latim *lenitare*, significa brandura, suavidade, doçura, representa a brandura nas penas dos envolvidos nos crimes contra a ordem econômica².

O acordo de leniência é indicado para as infrações econômicas assim como a delação premiada é celebrada pelo Ministério Público e o acusado de fazer parte de organização criminosa prevista na Lei nº 12.850/13.

A Lei nº 12.529/11, que trata da defesa da concorrência, no seu art. 86, assinala que o CADE pode celebrar acordo de leniência por intermédio da Superintendência Geral, com pessoas físicas ou jurídicas que cometem crimes contra a ordem econômica. A empresa que celebrar o acordo de leniência terá que cessar o envolvimento na prática da infração econômica desde que seja a primeira a se qualificar nas investigações. Trata ainda a Lei nº 12.529/11 que cabe ao judiciário aplicar os benefícios do acordo de leniência, como redução da pena ou extinção da punibilidade.

Já a Lei nº 12.846/13, a chamada lei anticorrupção, no seu art. 16, dispõe que o acordo de leniência poderá ser celebrado pela administração pública com empresas que praticam infrações contra a ordem econômica, desde que preenchidos os requisitos de que a pessoa jurídica seja a primeira a confessar a infração investigada, cesse imediatamente a infração e trata ainda que o acordo de

² SANTIAGO, Luciano Sotero, **Direito de Concorrência**, Bahia: JusPodvm, 2008, p. 247

leniência não exige a pessoa jurídica de reparar o dano causado à ordem econômica.

O acordo de leniência pode ser celebrado com pessoas jurídicas que cometem ilícitos na celebração de licitações e contratos, com previsão na Lei nº 8.666/93, pois a administração pública poderá firmar acordo de leniência com empresas que fraudam as licitações desde que preencham os requisitos de que a empresa seja a primeira a noticiar a prática criminosa, cesse imediatamente a infração contra as licitações e contratos e repare o dano causado ao erário.

Nos crimes contra a ordem tributária previsto na Lei nº 8.137/90 o acordo de leniência é celebrado com a administração pública e as pessoas jurídicas que cometem crimes tributários, como sonegação fiscal, ao celebrar o acordo a pessoa jurídica terá a redução de pena imposta de um a dois terços.

A celebração de acordo de leniência se sujeita à aprovação do CADE, lhe cabendo a análise a respeito da validade, cabimento e oportunidade acerca da celebração do acordo de leniência. O CADE, por intermédio da Superintendência Geral, é a única e a última instância para celebrar acordo de leniência.

Ao CADE compete ainda, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo de leniência, decretar a extinção da ação punitiva administrativa pública em favor do infrator nas hipóteses que a proposta de acordo tenha sido apresentado à Superintendência Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da ação noticiada ou nas demais hipóteses reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, devendo considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

Na hipótese de a Superintendência Geral informar que o acordo não foi cumprido, a pessoa física ou jurídica pode sofrer as penalidades da Lei nº 12.529/11, acaso juízo do CADE referente às provas imponha essa perspectiva. Quanto aos demais infratores, que não tenham celebrado o acordo de leniência, o CADE, ao apreciar as provas, proferirá sua decisão de condenação ou não, como ocorre em todos os processos administrativos.

O acordo de leniência, nos termos do artigo 87, repercute nos crimes contra à ordem econômica, tipificados na Lei nº 12.529/11, pois a sua celebração determina a suspensão do curso do prazo prescricional da pretensão punitiva, impede o

oferecimento da denúncia e, cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes.

Registre-se que quando o artigo 87, da Lei nº 12.529/11 determina que, cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica, isso significa que compete ao CADE, que tem competência legal para tal decisão. Contudo, tal decisão pode ser apreciada pelo poder judiciário, em razão dos princípios da reserva de jurisdição e do juízo natural, que assegura a esse poder decidir questões criminais.

A chamada lei de proteção da concorrência, Lei nº 8.137/90, trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

O órgão encarregado de dar cumprimento às normas relativas à eliminação do abuso do poder econômico foi criado pelo artigo 19, do Decreto-Lei nº 7.666 de 22 de junho de 1945, como a Comissão Administrativa de Defesa Econômica - CADE, na qualidade de órgão autônomo, com personalidade jurídica própria diretamente subordinado ao presidente da república sendo o decreto posteriormente revogado. A Lei nº 4.137 de setembro de 1962, no seu artigo 8º, cria novamente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado a presidência do conselho de ministros e incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico. A Lei nº 8.884/90 vem transformar o CADE em autarquia, com a finalidade de lhe conferir maior autonomia. A vinculação ao Ministério se prende à exigência legal.

A lei, ao qualificar o CADE, o diz órgão judicante, o que significa que lhe estão sendo atribuídas competências específicas. Resta indagar se a lei poderia outorgar esse poder. A Constituição Federal, no art. 92, enumera os órgãos do poder judiciário que, esses sim pela tradição brasileira têm função judicante. O fato de se conceder ao CADE função judicante é sem dúvida uma abertura para a criação de órgãos capazes de exercer a mesma função similar ao poder judiciário, mas com maior proficuidade em razão da especialidade na matéria. A lei lhe confere jurisdição em todo o território nacional, exatamente porque a adoção de políticas

econômicas com a finalidade de preservar a livre concorrência é matéria de competência precípua da União Federal e há necessidade de uma política de concorrência coerentemente uniforme em todo o território nacional. As decisões do CADE estão sujeitas ao crivo do judiciário.

O acordo de leniência, no Brasil, é firmado entre o CADE – intermediado pela Superintendência Geral – e uma pessoa física ou jurídica coautora de uma infração à ordem econômica. Por meio deste pacto, a União oferece a extinção da ação punitiva da Administração ou a redução da pena a ser aplicada pelo CADE, bem como a extinção da punibilidade quando a infração também constituir crime contra a ordem econômica, em troca da confissão da interessada e de sua colaboração no fornecimento de provas capazes de condenar os demais coautores.

Em síntese, o Estado oferece isenção ou redução de sanções em troca de confissão e de colaboração de agentes infratores. O acordo também é conhecido pelas expressões “delação premiada antitruste”, “imunidade antitruste” e “isenção antitruste”, devido aos benefícios propostos ao delator do cartel, infração ao qual é especificamente dirigido.³

A expressão “Programa de Leniência”, por sua vez, significa um conjunto de iniciativas que visa conscientizar agentes econômicos e órgãos públicos acerca do acordo de leniência como instrumento de repressão a cartéis, bem como a apoiar, orientar e incentivar os proponentes à celebração do acordo. O Programa de Leniência é considerado pilar fundamental da Política Nacional de Proteção da Ordem Econômica.

O acordo de leniência é um mecanismo utilizado pela administração pública para combater a prática de infrações econômicas, pois possibilita que pessoas jurídicas obtenham redução de pena se colaborarem com as investigações e cessem a prática delituosa que causa dano a ordem econômica, seja através de cartel, que é um acordo de empresas para monopolizar preços no mercado, seja nas infrações licitatórias, ou na sonegação fiscal empresarial. Este acordo beneficia os colaboradores, pois terão penas reduzidas e contribuirá para coibir novas infrações à ordem econômica.

³ SANTIAGO, Luciano Sotero, **Direito de Concorrência**, Bahia: JusPodvm, 2008, p. 248.

O tema do acordo de leniência na atualidade permanece bastante divulgado, pois empresas envolvidas em esquemas de corrupção celebraram acordo de leniência para abrandar a pena imposta e, desta forma, esquemas fraudulentos de licitações foram descobertos e cessou a atuação destas pessoas jurídicas envolvidas em crimes econômicos.

Segundo o site da Câmara Legislativa na Austrália, o programa de leniência é aplicado desde 2004 às empresas que cometem cartel e gera a imunidade criminal e cível do primeiro integrante a desvendar o esquema. O ministério público da Austrália é o encarregado de celebrar o programa de leniência.

Na Áustria em 2006, foi introduzido o programa de leniência aplicado às empresas que praticam cartel.

Na Bulgária, há uma comissão de proteção da competição que adotou regras sobre o programa de leniência e, desde 2011, é aplicado aos integrantes das empresas que praticam cartel.

No Canadá, a agência de concorrência é encarregada da elaboração das regras aplicadas no programa de leniência oficializado em 2000 e é um instrumento de combate aos cartéis.

No Chile, existe o Estatuto Chileno de Competição que viabiliza a concessão de benefícios totais ou parciais de imunidade em relação as multas aplicadas às empresas que praticam cartel devendo o requerente do programa de leniência reconhecer a conduta ilícita e oferecer evidências que contribuam para as investigações e para descobrir os demais envolvidos no esquema de cartel.⁴

Acordo de leniência tem uma atuação restrita, pois é aplicado apenas nos crimes contra a ordem econômica, desta forma diferindo da delação premiada que se aplica aos crimes do Direito Penal e da chamada lei de organizações criminosas, a Lei nº 12850/13. O acordo de leniência se aplica às pessoas físicas ou jurídicas e a delação premiada somente abrange às pessoas físicas. No acordo de leniência há redução de um terço a dois terços na pena imposta, e na delação premiada poderá haver a redução de pena ou o perdão judicial, causa de extinção da punibilidade. No

⁴ CÂMARA Legislativa, Programa de acordo de leniência no direito comparado. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema1/2015_4880_Magno_ProgramasLeninciaOCDE.pdf> Acesso em: 06 out. 2016.

acordo de leniência se busca conter a atuação das infrações econômicas por parte das empresas e a reparação do dano ao erário, já a delação premiada visa a colaboração para desarticular e prender os chefes de organizações criminosas.

2.2 INGRESSO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Proveniente da experiência de outras jurisdições, como é o caso dos Estados Unidos da América do Norte (EUA), como também sugerido pelas organizações internacionais que se ocupam do tema da defesa da concorrência, como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o acordo de leniência foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro no ano 2000, por meio da Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, oriunda da Medida Provisória nº 2.055-4.

Considerando os motivos de tal inovação no sistema jurídico brasileiro, vale observar que decorreu de propostas escritas e discussões orais entre os representantes das agências dos diversos países-membros da OCDE, em que vários aspectos importantes no que concerne às sugestões de técnicas para aprimorar os meios de investigação e combate aos cartéis foram objeto de debates. Nesse plano, buscava-se encontrar um meio de adentrar em sua naturalmente secreta cúpula de controle. Assim, como a experiência instrutória vinha demonstrando que eram remotas, ou quase nulas, as chances de uma persecução usual adentrar no bloco de controle dos cartéis a fim de coletar as provas necessárias e suficientes à sua condenação, sugeriu-se encorajar um de seus participantes a confessar e indicar os demais autores, oferecendo evidências contundentes sobre as reuniões e comunicações clandestinas.

Nesse sentido, o acordo de leniência apresentou-se com a melhor opção para incentivar o agente infrator a se auto denunciar e a denunciar seus comparsas a fim de obter das autoridades uma multa menor, uma pena mais branda, ou o perdão completo. Importa destacar que o acordo de leniência deve ser visto como um elemento adicional à tradicional lógica funcional da sanção, no prisma do sistema jurídico, a qual caracteriza um incentivo negativo à ação ilícita (ou avessa à norma dispositiva) por parte dos agentes privados. Portanto, levando em consideração o enfoque bidimensional da prática de cartéis no Brasil (criminal e

administrativo), a leniência poderá inclusive adquirir a forma de concessão de imunidade criminal. A leniência perante os órgãos de defesa da concorrência também, em geral, promove a redução, e até a isenção, das multas no âmbito dos processos administrativos. O acordo de leniência consiste que ele somente é celebrado se obedecer a alguns requisitos dentre os quais, que a pessoa jurídica deve ser a primeira a noticiar a prática da infração econômica e cessar imediatamente o cometimento da prática criminosa⁵. O acordo de leniência tem eficácia no combate a novos ilícitos econômicos, pois com o acordo as infrações são descobertas e seus autores são punidos.

O cartel, que consiste em um acordo entre empresas concorrentes para fixar preços iguais e desta forma acabar com a livre concorrência e o truste, fusão de empresas para monopolizar a oferta de produtos e serviços, as duas são práticas contra a ordem econômica, e é através do acordo de leniência que esses esquemas são descobertos.

As empresas que fraudam as licitações para conseguirem ganhar a concorrência e firmarem contrato com a administração pública, são descobertas através dos acordos de leniência.

E as empresas que sonegam tributos são também descobertas através dos acordos de leniência firmados com os demais envolvidos que em troca de redução da pena celebram o acordo de leniência.

A chamada lei anticorrupção prevê a celebração do acordo de leniência como forma de combater a corrupção entre empresas e a administração pública, pois os envolvidos nos esquemas de corrupção para reduzirem a pena imposta fazem o acordo e conseguem os benefícios da celebração do acordo desde que seja o meio útil para se chegar aos líderes das pessoas jurídicas que cometem crimes contra a ordem econômica.

A Constituição Federal, no seu art.170, trata da ordem econômica e da livre iniciativa, ou seja, a Constituição assegura proteção à ordem econômica, por isso a prática de cartel e truste são vedadas no Brasil, pois esses esquemas violam a proteção à livre iniciativa.

⁵ Artigo originalmente publicado na obra Direito Empresarial, de José Inácio Gonzaga Francheschini e Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, São Paulo, Editora Singular, 2007.

O acordo de leniência é utilizado como um benefício às pessoas jurídicas que colaborarem com as investigações e cessarem as práticas delituosas contra a ordem econômica.

A Lei nº 12.529/11, no seu art. 36, trata das infrações à ordem econômica, como limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência e livre iniciativa, dominar mercado de bens e serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante. As penas aplicadas serão multa às pessoas jurídicas e físicas. O art. 86 da lei 12.529/11, trata do programa de acordo de leniência proposto pelo CADE.

Para Leonardo Vizeu Figueiredo (2010), o abuso do poder econômico não é um ato ilícito de fácil identificação. Ao contrário do que ocorre na relação de consumo, onde as manobras engendradas são mais perceptíveis pelo cidadão comum, a prática econômica abusiva exige, para ser diagnosticada e configurada, altos conhecimentos técnicos, bem como especialização e prática profissional.⁶

As condutas que se traduzem em infrações à ordem econômica são mais variadas possíveis, bastando, para sua caracterização, a existência de potencial efeito danoso ao mercado, sendo independentes de quaisquer manifestações volitivas por parte dos agentes. Logo, sua tipificação legal deverá ser aberta, com enumeração normativa meramente exemplificativa, sendo, sempre, infração administrativa de caráter objetivo. Em outras palavras, o rol legal se traduz em mera apresentação de condutas que poderão ser caracterizadas como infração à ordem econômica (ilícito de natureza administrativa), sem prejuízo de quaisquer outras que venham a ser praticadas, independentemente de estarem ou não arroladas em lei.

Por abuso do poder econômico podemos entender todo ato de agente econômico que, valendo-se de sua condição de superioridade econômica, atua prejudicando a concorrência, o funcionamento do mercado ou, ainda, aumentando arbitrariamente seus lucros. Tal conduta se perfaz nas hipóteses em que o agente, que detém substancial parcela do mercado, atua em desconformidade com sua finalidade social colimada pela legislação, cerceando a liberdade de mercado ou a livre iniciativa. Observe-se que consumidores, sendo proibida pelo ordenamento

⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**, Rio de Janeiro, 2010, p. 213-214.

jurídico brasileiro, configurando, em verdade, exercício abusivo do direito de livre-iniciativa e de propriedade.

Assim, na análise de eventual infração anticompetitiva, necessário se faz que as autoridades de defesa da concorrência não se atenham apenas à verificação da conduta *per se*, fazendo-se mister a verificação do dano ou eventual efeito danoso da mesma para o processo competitivo do respectivo nicho econômico mercadológico, estabelecendo-se, ainda, nexos de causalidade entre a conduta e a ameaça ou a lesão à ordem econômica para a devida manifestação da materialidade do fato *sub judice*. Fácil perceber que a verificação da infração é efetuada com base na regra da razão, não bastando comprovar que houve, tão-somente, uma conduta desleal. Para tanto, é necessário averiguar se houve dano, efetivo ou potencial, ao mercado, bem como se tal prejuízo foi oriundo da infração sob investigação⁷.

Ainda de acordo com Leonardo Vizeu Figueiredo (2010), no que se refere à sujeito passivo, a Lei nº 8.884/94, revogada pela Lei nº 12.529/11 aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legalmente consentido.

Outrossim, as diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente. Serão, ainda, solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

A Lei nº 8.884/94⁸, dentre outros atos legislativos, positiva a teoria da descon sideração da personalidade jurídica, também denominada teoria da penetração patrimonial, uma vez que a personalidade jurídica da entidade responsável por infração da ordem econômica poderá ser descon siderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**, Rio de Janeiro, 2010, p. 215-216

⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**, Rio de Janeiro, 2010, p. 253-254

A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei. Ressalte-se que o rol dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/90 são meramente exemplificativos⁹.

Para Leonardo Vizeu Figueiredo (2010), ao detectar indícios da existência de infração à ordem econômica, após ou não a conclusão das averiguações preliminares, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico-SDE instaura processo administrativo. A Secretaria de Acompanhamento Econômico-SAE é informada do processo e pode emitir parecer econômico sobre caso, que deve ser apresentado à Secretaria de Direito Econômico antes do encerramento da instrução. Concluída a instrução processual, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico encaminha os autos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE para julgamento, ou determina o arquivamento do processo, recorrendo de ofício àquele órgão.

O procedimento administrativo para apuração de infração a ordem econômica poderá ser iniciado mediante averiguação preliminar da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, que terá 60 (sessenta) dias para encerrar a sindicância, com fito de verificar se há indício suficiente de autoria e materialidade quanto à infração. A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo. Nas averiguações preliminares, o Superintendente Geral do CADE poderá adotar quaisquer das providências previstas nos arts. 66 e seguintes da Lei nº 12.529/11, inclusive requerer esclarecimentos do representado ou de terceiros, por escrito ou pessoalmente.

A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de averiguações preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo. As averiguações preliminares poderão correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério do Superintendente Geral.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 462

Concluídas dentro de 30 (trinta) dias as averiguações preliminares, o Superintendente Geral do CADE determinará a instauração do processo administrativo ou o seu arquivamento, recorrendo de ofício ao CADE neste último caso.

O processo administrativo será instaurado em prazo não superior a 30 (trinta) dias, contado do conhecimento do fato, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares, por despacho fundamentado do Superintendente Geral, que especificará os fatos a serem apurados. O representado será notificado para apresentar defesa no prazo de 30 (trinta) dias.

O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por advogado legalmente habilitado, assegurando-se-lhes amplo acesso ao processo no CADE. Considerar-se-á revel o representado que, notificado, não apresentar defesa no prazo legal, incorrendo em confissão quanto a matéria de fato, contra ele correndo os demais prazos, independentemente de notificação. Qualquer que seja a fase em que se encontre o processo, nele poderá intervir o revel, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado ou precluso.

Decorrido o prazo de apresentação da defesa, o Superintendente Geral do CADE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse do CADE, a serem apresentadas no prazo de 30 (trinta) dias, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos na lei antitruste, mantendo-se o sigilo legal quando for o caso. As diligências e provas determinadas pelo Superintendente Geral, inclusive inquirição de testemunhas, serão concluídas no prazo de 15 (quinze) dias úteis contados da data de recebimento das alegações finais e o conselheiro relator do CADE colocará em pauta para julgamento pelo tribunal do CADE que poderá aplicar pena de multa aos infratores à ordem econômica, segundo previsto no artigo 79, da Lei nº 12.529/11.

Respeitado o objeto de averiguação preliminar, de procedimento ou de processo administrativo, compete ao superintendente geral autorizar, mediante despacho fundamentado, a realização de inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, notificando-se a inspecionada com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência, não podendo a diligência ter início antes das seis e após as dezoito horas. Na hipótese anterior poderão ser

inspecionados estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos.

O procurador federal, por solicitação da Superintendência Geral do CADE, poderá requerer ao poder judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se no que couber, o disposto nos arts. 839 e seguintes do Código de Processo Civil – CPC, sendo exigível a propositura de ação principal.

Concluída a instrução e recebido o processo, o presidente do CADE o distribuirá, mediante sorteio, ao conselheiro-relator, que abrirá vistas à Procuradoria para manifestar-se no prazo de 20 (vinte) dias. O conselheiro-relator poderá determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas provas, quando entender insuficientes para a formação de sua convicção os elementos existentes nos autos. A convite do presidente, por indicação do relator, qualquer pessoa poderá apresentar esclarecimentos ao CADE, a propósito de assuntos que estejam em pauta.

No ato do julgamento em plenário, de cuja data serão intimadas as partes com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, o Procurador-Geral e o representado ou seu advogado terão, respectivamente, direito à palavra por 15 (quinze) minutos cada um. As decisões do CADE serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros, tendo natureza jurídica de título executivo extrajudicial.

A decisão do CADE, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterà a especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar, prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências previstas, multa estipulada e multa diária em caso de continuidade da infração.

A decisão será publicada dentro de 5 (cinco) dias no Diário Oficial da União, devendo o ente fiscalizar o cumprimento de suas decisões. Descumprida a decisão,

no todo ou em parte, será o fato comunicado ao presidente do CADE, que determinará ao Procurador- Geral que providencie sua execução judicial¹⁰.

Podemos resumir exemplificadamente o comportamento que perfaz o tipo infrator nas quatro condutas básicas (infrações à ordem econômica em sentido lato), delineadas nos incisos do art. 20 da Lei nº 8.884/94, revogado pelo artigo 36, da Lei nº 12.529/11. Trata-se de infração administrativa de tipificação aberta, trazendo a lei de proteção à concorrência, em seu art. 36, rol exemplificativo de condutas que poderão caracterizar-se como infração à ordem econômica, independente de outras. Para tanto, basta que toda e qualquer conduta praticada por agente econômico, independente da vontade destes, redunde na produção dos efeitos previstos no art. 26. Assim, resta claro que se trata de infração de caráter objetivo.

Observe-se que tais condutas são dotadas de alto grau de maleabilidade, permitindo uma maior abrangência de seu campo de incidência normativo. Destarte, permite-se que a subsunção da norma se perfeça de forma ampla e aberta, maximizando sua abrangência e aplicação.

Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, traduz-se em toda e qualquer prática que impeça ou dificulte a entrada ou permanência de agentes econômicos em seus respectivos mercados. Pode ser caracterizada das mais diversas formas possíveis, bastando que reste provada a materialidade de qualquer conduta que se traduza em empeco à disputa saudável de espaço em determinado nicho mercadológico de nossa economia. Em outras palavras, é toda e qualquer conduta praticada que represente violação ou atentado ao devido processo competitivo em determinado nicho de nossa ordem econômica.

Dominar mercado relevante de bens ou serviços, por mercado relevante entende-se o território no qual os agentes privados, participantes de um mesmo ciclo econômico, concorrentes entre si, realizam suas trocas comerciais. Destarte, a presente conduta se perfaz mediante imposição arbitrária da vontade de um agente econômico aos demais que atuam no mesmo ramo, por meio de atuação monopolística, ou tendente a esta, objetivando a exclusão dos demais agentes competidores.

¹⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico do Direito Nacional ao Direito Supranacional**, 2 ed. São Paulo: Alhas, 2009, p. 266

Aumentar arbitrariamente os lucros, ocorre quando o agente econômico experimenta aumento de seus lucros (remuneração pelo fator de produção empresa), sem que haja uma causa lícita ou justificável para tanto, se dando, via de regra, em detrimento dos demais agente do mercado.

Observa-se que a busca pelo lucro não é vedada pelo direito pátrio, isto porque a finalidade maior da atividade empresarial é a obtenção de lucro, sem a qual a empresa perde sua finalidade maior. Coíbe-se tão somente consubstanciado em um princípio maior de direito, que a persecução e a realização o lucro resultante da atividade empresarial ocorra em detrimento do devido processo competitivo, sendo oriundas de infrações à ordem econômica. Isto porque, ao aumentar arbitrariamente seus lucros, os agentes econômicos promovem, extração indevida de renda dos respectivos consumidores, o que implica no desequilíbrio econômico financeiro da aquisição de bens, produtos e serviços, fato que serve para gerar o empobrecimento destes, em virtude da gradual perda de seu poder aquisitivo, com a consequente redução do consumo a médio e longo prazo.

Exercer de forma abusiva posição dominante significa a concentração de parcela significativa do ciclo econômico do respectivo mercado (produção, circulação e consumo) sob o controle de um ou poucos agentes, colocando-se em posição injustificadamente vantajosa em relação aos demais competidores, fato que lhe permite imposição arbitrária de vontade a estes.

É de se ressaltar que há dominação presumida quando o agente detém pelo menos 20% (vinte por cento) do mercado em que atua, podendo tal percentual ser modificado a critério da autoridade concorrencial. Outrossim, a conquista natural decorrente de aumento de eficiência e maximização de resultados, não perfaz infração a ordem econômica.

Para Aguillar (2009), o controle da concorrência se subdivide em estrutural (controle dos atos de concentração) e de conduta (repressão dos atos anticoncorrenciais). O acesso ao mercado, ou seja, a possibilidade de um novo concorrente ingressar num dado segmento econômico, pode ser regulado por restrições (normas de polícia econômica) ou estímulos (normas instrumentais de controle econômico, de caráter indutivo) estatais, ou então por restrições privadas.

As restrições privadas de acesso ao mercado podem constituir condutas anticoncorrenciais, como, por exemplo, a prática de dificultar o acesso de

concorrente à matéria-prima. Nesses casos, elas podem ser objeto de contencioso perante os órgãos de controle de concorrência. Pode haver também restrições privadas de acesso ao mercado que não firam a legislação concorrencial, como, por exemplo, aquelas contratadas dentro dos limites legais. Um exemplo interessante é o da Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, que permite a montadoras de veículos automotores estabelecerem acordos com a rede de distribuidores (as chamadas Convenção das Categorias Econômicas e Convenção de Marca) para fixar regras que limitem a liberdade de concorrência no setor.

Já as restrições estatais de acesso ao mercado podem adquirir as mais variadas feições, atendendo a esse ou àquele imperativo público. O BACEN, como órgão do Executivo encarregado da administração do Sistema Financeiro Nacional, é o órgão que se incumba dessa política de acesso ao mercado das instituições financeiras, seja no âmbito das empresas nacionais, seja das estrangeiras. Exercitará essa importante função de controle ao pôr em prática seus conceitos sobre segurança dos mercados, grau de concentração, risco sistêmico, entre outros.

O BACEN tem definidas competências legais genéricas para controlar a concentração das instituições financeiras, ainda que seja difícil testemunhar ações concretas do BACEN nesse sentido. Deve levar em consideração para tais decisões os aspectos técnicos de sua competência. Contudo, como veiculador de políticas públicas do governo federal na área financeira, o Banco Central pode deixar de considerar outros aspectos concorrenciais que somente um órgão minimamente dotado de independência, instrumental de trabalho e profissionais especializados pode suscitar e proclamar¹¹.

¹¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**, Rio de Janeiro, 2010, p. 220-224

3 PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE O ACORDO DE LENIÊNCIA E A DELAÇÃO PREMIADA

3.1 EM QUE CONSISTE O ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada encontra-se prevista na Lei nº 12.850/13, a chamada lei das organizações criminosas, que consiste na colaboração eficaz do membro da organização criminosa para se chegar aos líderes das organizações criminosas, e como benefício é aplicado redução de pena ao delator.

Segundo Renato Brasileiro (2014), há diferença entre colaboração premiada e delação premiada. Na colaboração, o criminoso assume a culpa sem incriminar os comparsas, apenas fornece informações sobre localização do produto do crime, é um mero colaborador. Já na delação premiada, o criminoso assume a culpa e delata terceiros envolvidos no crime. A colaboração premiada é gênero e a delação espécie. A primeira lei a tratar da colaboração premiada foi a chamada lei dos crimes hediondos, Lei nº 8.072/90, que prevê no seu art. 8º que o participante e o associado que denunciar à autoridade policial os demais envolvidos da quadrilha ou bando terá uma redução da pena de um a dois terços¹².

A Lei nº 7.492/86, conhecida por lei do sistema financeiro nacional, no seu art. 25, § 2º, prevê que nos crimes previstos nesta lei cometidos em quadrilha ou em coautoria, o coautor ou partícipe que, através de confissão espontânea, revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá redução de pena de um a dois terços.

A Lei nº 9.613/98, lei da lavagem de capitais, prevê a possibilidade de colaboração premiada para identificação dos autores e partícipes do crime e do produto do crime. Na Lei nº 11.343/06, a lei de drogas também dispõe sobre a possibilidade de colaboração premiada nos crimes nela previstos. A colaboração premiada que é gênero também comporta como espécie o acordo de leniência, com previsão na Lei nº 12.529/11, lei do sistema brasileiro de defesa da concorrência, que trata nos seus arts. 86 e 87, do acordo de leniência que poderá ser celebrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com pessoas físicas ou jurídicas que forem autores de crimes contra a ordem econômica, desde que

¹² BRASILEIRO, Renato, Manual de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2014, p.746

colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos no crime e a obtenção de documentos que comprovem a infração sob investigação.

As consequências do cumprimento do acordo de leniência serão a suspensão do prazo prescricional, impedimento do oferecimento de denúncia contra o agente beneficiário, e de acordo com o art. 87, da Lei nº 12.529/11, cumprido o acordo, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica.

Na lei das organizações criminosas, Lei nº 12.850/13, no seu art. 4º, são assinalados os benefícios aplicados ao agente colaborador, como perdão judicial, redução da pena de um a dois terços ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, desde que a colaboração resulte em identificação dos demais envolvidos na organização criminosa, a revelação da estrutura hierárquica da organização criminosa, prevenção de novas infrações pela organização criminosa, recuperação total ou parcial do produto do crime, e a localização de vítima.

É necessário especificar que a colaboração deve ser voluntária e não necessariamente espontânea, quer dizer não precisa ser intenção espontânea do agente colaborador, pode ser convencido por terceiro a ser colaborador desde que seja voluntária a colaboração e não por coação. A legitimidade para celebração da colaboração premiada será do delegado de polícia no curso do inquérito policial, e do Ministério Público durante as investigações e do processo criminal, não pode o magistrado celebrar o acordo de colaboração premiada, por força do sistema acusatório, cabe ao juiz homologar o acordo de colaboração premiada.

Para Renato Brasileiro (2014), a colaboração premiada que é plenamente compatível com o princípio do *Nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo). É fato que os benefícios legais oferecidos ao colaborador servem como estímulo para a colaboração, que comporta, invariavelmente, a autoincriminação. Porém, desde que não haja nenhuma espécie de coação para obrigá-lo a cooperar, com prévia advertência quanto ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), não há violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Afinal, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, cabe

ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se colabora (ou não) com os órgãos responsáveis pela persecução penal¹³.

Para Fernando Capez (2014), delação consiste na afirmativa feita pelo acusado ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia. Além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribuir a terceiro a participação como seu comparsa. O delator, no caso, preenchidos os requisitos legais é contemplado com o benefício da redução obrigatória de pena, conforme lei 8072/90, 12.850/13 a 9.807/99 e 11.343/06.

Ainda Segundo Fernando Capez (2014), delação significa acusar, denunciar ou revelar. Processualmente, somente tem sentido falarmos em delação, quando alguém admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma¹⁴.

No Código Penal, encontramos a delação premiada no art. 159, § 4º, onde fala que, “se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado terá sua pena reduzida de um a dois terços”. Nas Leis nº 9.807/99, no seu art. 13, e Lei nº 11.343/06, em seu art. 41, trata do poder do juiz, que poderá, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado, que atender aos seus requisitos, com a consequente redução da penalidade.

Na Lei nº 7.492/96, no art. 25, § 2º há previsão de redução da pena nos delitos cometidos em quadrilha ou em coautoria, quando houver colaboração de um dos participantes. Na Lei nº 8.072/90 art. 8º parágrafo único, a previsão de diminuição da pena de um a dois terços, bem como na Lei nº 9.613/98, art. 1º, § 5º, onde, além da redução, poderá o delator iniciar o cumprimento da pena em regime aberto ou tê-la substituída por pena restritiva de direitos.

Segundo Renato Brasileiro (2014), no momento preliminar de apuração de prática delituosa, nada impede que uma colaboração premiada, isoladamente considerada, sirva como fundamento para a instauração de um inquérito policial ou até mesmo para o oferecimento de uma peça acusatória. Afinal de contas, para que

¹³ BRASILEIRO, Renato, **Manual de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2014, p. 756

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 473

se dê início a uma investigação criminal ou a um processo penal, não se faz necessário um juízo de certeza acerca da prática delituosa.¹⁵

Em sede de sentença condenatória, todavia, se nem mesmo a confissão do acusado, auto incriminando-se, é dotada de valor absoluto, não mais sendo considerada a chamada “rainha entre as provas”, como previsto no Código de Processo penal – CPP, no art. 197, o que dizer, então, da colaboração premiada?

Ante a possibilidade de mendacidade intrínseca à colaboração premiada, a jurisprudência firmou-se no sentido de que, isoladamente considera, esta técnica especial de investigação não pode respaldar uma condenação, devendo estar corroborada por outros elementos probantes. Se, porém, a colaboração estiver em consonância com as demais provas produzidas ao longo da instrução processual, adquire força probante suficiente para fundamentar um decreto condenatório.

Daí a importância daquilo que a doutrina chama de regra de corroboração, ou seja, que o colaborador traga elementos de informação e de prova capazes de confirmar suas declarações com a indicação do produto do crime, de contas bancárias, localização do produto direto ou indireto da infração penal, auxílio para a identificação de números de telefone a serem grampeados ou na realização de interceptação ambiental, entre outros.

Esse entendimento jurisprudencial acabou sendo positivado pela Lei nº 12.850/13, cujo art. 4º, § 16, dispõe que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador”.

Com o fito de prevenir delações falsas, deve o magistrado ter extrema cautela no momento da valoração da colaboração premiada, devendo se perquirir acerca da personalidade do colaborador, das relações precedentes entre ele e o (s) acusado (s) delatado (s), dos móveis da colaboração, da verossimilhança das alegações e do seu contexto circunstancial. Como se sabe, é cada vez mais comum que haja disputas internas pela gerência de organizações criminosas, o que pode, de certa forma, servir como móvel para a delação de antigos parceiros, ou até mesmo de pessoas inocentes. Tais situações espúrias, denominadas pela doutrina estrangeira de móveis turvos ou inconfessáveis da delação, devem ser devidamente

¹⁵ BRASILEIRO, Renato, **Manual de Processo Penal**, ed. Jus Podivm, 3. ed. São Paulo, 2014, p. 735-736.

valoradas pelo magistrado, de modo a se evitar que a delação seja utilizada para deturpar a realidade¹⁶.

Só se pode falar em acordo quando há convergência de vontades. No caso da colaboração premiada, o Estado tem interesse em informações que só podem ser fornecidas por um dos coautores ou partícipes do fato delituoso. O acusado, por sua vez, deseja ser beneficiado com um acordo pela autoridade judiciária competente, é perfeitamente possível que as partes resolvam se retratar da proposta, nos termos do art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13, hipótese em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Como este dispositivo não faz qualquer restrição em relação ao responsável pela retratação, “as partes podem retratar-se da proposta (...)”, tanto o Ministério Público quanto o acusado podem se arrepender da proposta formulada. À evidência, esta retratação só pode ocorrer até a homologação judicial do acordo. Fosse possível a retratação após a homologação judicial, o Ministério Público poderia celebrar um falso acordo de colaboração premiada, obtendo, por consequência da homologação judicial, todas as informações necessárias para a consecução de um dos objetivos listados nos incisos do art. 4º, da Lei nº 12.850/13 para, na sequência, retratar-se do acordo, privando o colaborador da concessão do prêmio legal acordado¹⁷.

Como se trata a colaboração premiada de espécie de meio de obtenção de provas, à primeira vista, poder-se-ia concluir que o benefício somente seria aplicável até o encerramento da instrução probatória em juízo. Ligada que está à descoberta de fontes de prova, é intuitivo que sua utilização será muito mais comum na fase investigatória ou durante o curso da instrução processual.

Porém, não se pode afastar a possibilidade de celebração do acordo mesmo após o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. De fato, a partir de uma interpretação teleológica das normas instituidoras da colaboração premiada, cujo objetivo pode subsistir para o Estado mesmo após a condenação irrecorrível daquele que deseja colaborar, deve-se admitir a incidência do instituto após o

¹⁶ BRASILEIRO, Renato, **Manual de Processo Penal**, ed. Jus Podivm, 3. ed. São Paulo, 2014, p. 737-753

¹⁷BRASILEIRO, Renato, **Manual de Processo Penal**, ed. Jus Podivm, 3. ed. São Paulo, 2014, p. 753-754

trânsito em julgado de sentença condenatória, desde que ela ainda seja objetivamente eficaz.

3.2. PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS DOIS INSTITUTOS

O acordo de leniência tem origem no direito norte-americano, o instituto já existe desde 1978, utilizado no direito norte americano com a finalidade de que as empresas delatassem condutas criminosas e colaborassem com as investigações em troca de diminuição da pena aplicável ou até mesmo a extinção da ação punitiva. Por certo que o objetivo maior do Estado ao criar e propor o acordo de leniência consiste na busca por uma eficiente repressão ao abuso do poder econômico, especialmente no tocante à repressão aos cartéis.

No Brasil, o acordo de leniência foi criado pela Medida Provisória nº 2.055 de 2000 (posteriormente convertida na lei nº 10.149/00) que além de alterar acabou por criar novos dispositivos a já existente lei antitruste – lei nº 8.884/94, revogada pela Lei nº 12.529/1, estabelecendo-se então um novo instrumento disponível aos órgãos de controle do sistema brasileiro de defesa da concorrência na repressão às infrações à ordem econômica.

O acordo de leniência, portanto, é um instrumento de política criminal que amplia os poderes de investigação dos órgãos responsáveis pela fiscalização do sistema brasileiro de defesa da concorrência (especialmente da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, pois é a autoridade competente para a celebração do acordo de leniência) a fim de que se permita ao agente infrator (pessoa física e / ou pessoa jurídica) auxiliar na investigação de maneira a prevenir ou reparar o dano causado por determinada conduta lesiva à ordem econômica, e, assim, ter a penalidade atenuada ou até mesmo obter a extinção da ação punitiva (no âmbito administrativo) e ainda obter a decretação da extinção da punibilidade de crime contra a ordem econômica (no âmbito penal).

Embora em muito o acordo de leniência se assemelhe ao instituto da delação premiada (regido de acordo com os artigos 13º, 14º e 15º da lei nº 9.807/99), ambos os institutos não se confundem. A diferença encontra-se no fato de que a delação é, na maioria das vezes, apenas causa redutora da penalidade, enquanto em se tratando de acordo de leniência além de reduzir a penalidade é

também causa de extinção da ação punitiva (no âmbito administrativo) e de extinção automática da punibilidade (no âmbito penal).¹⁸

A efetividade do acordo de leniência contra os crimes econômicos consiste na descobertas das pessoas físicas e jurídicas que cometem os crimes contra a ordem econômica a exemplo da empresa que praticam cartel que ao fazer o acordo de leniência contribui para a cessação da conduta criminosa e poderá ter benefícios de redução de pena e podendo ter a extinção da punibilidade.

No artigo 36 da Lei nº 12.529/11 trata das infrações a ordem econômica cuja responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa, realizado pela pessoa física ou jurídica que limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercados, aumentar arbitrariamente os preços ou exercer de forma abusiva a posição dominante no mercado financeiro, tendo como penas as previstas no artigo 37 da lei 12.529/11, entre elas multas as pessoas jurídicas que variam entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) até dois bilhões de reais.

Já a lei 8.137/90 trata dos demais crimes econômicos que permite o acordo de leniência como meio de obtenção de prova e eficaz para descobertas dos autores dos crimes contra a ordem econômica. A lei 12.846/13 no seu artigo 16 prevê que a administração pública pode firmar acordo de leniência com pessoas jurídicas que praticam crimes contra a administração pública, dentre eles os crimes contra a ordem tributária.

Cabe enfatizar que o acordo de leniência no âmbito dos crimes contra a ordem econômica é muito utilizado e um instituto pouco utilizado nos crimes contra a ordem tributária, pois o contribuinte pode utilizar a denúncia espontânea, o parcelamento ou o pagamento integral do tributo sonegado o que contribui para extinção da punibilidade do contribuinte, o acordo de leniência somente é utilizado nos crimes contra a ordem tributária quando não for feita a denúncia espontânea, e não for feito o pagamento ou parcelamento do tributo sonegado. Contudo o acordo de leniência se aplica aos crimes tributários, pois consiste em um meio de obtenção de provas.

¹⁸ BRASILEIRO, Renato, **Manual de Processo Penal**, ed. Jus Podivm, 3. ed. São Paulo, 2014, p. 735

Resta clara a diferença entre o acordo de leniência e a delação premiada, ambos são espécie do gênero colaboração premiada, são meios de obtenção de provas seja no processo criminal como a delação premiada ou no processo administrativo como o acordo de leniência. A principal diferença é que o acordo de leniência se aplica aos crimes contra a ordem econômica sendo firmado com pessoas físicas ou jurídicas e é causa de extinção da punibilidade e do não oferecimento de denúncia podendo ser celebrado pelo CADE, enquanto a delação premiada é firmado apenas com pessoas físicas, nos crimes do código penal e na lei das organizações criminosas, são aplicados redução de pena e não extinção da punibilidade e é celebrado apenas pelo delegado de polícia ou Ministério Público e homologado pelo juiz.

4 O PAPEL DO ACORDO DE LENIÊNCIA PARA DESARTICULAR AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO ÂMBITO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

4.1 PAPEL DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO COMBATE AOS CRIMES ECONÔMICOS

O acordo de leniência tem um papel importante no combate aos crimes contra a ordem econômica entre eles o cartel e o truste, pois permite a descoberta de provas pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e as empresas que celebram o acordo com o CADE poderão ter redução de pena e até a extinção da punibilidade no âmbito administrativo, sem haver a instauração de processo judicial.

As empresas Setal Engenharia e Construções e a Setal Óleo e Gás envolvidas no esquema de fraude nas licitações da Petrobrás, cuja operação foi denominada “Lava Jato” firmaram acordo de leniência com o CADE para reduzir a pena aplicada de um a dois terços, o acordo de leniência teve a participação do Ministério Público Federal.

A lei 8.176/91 trata dos crimes contra a ordem econômica, que envolve combustíveis, há outros crimes previstos na lei 8.137/90 entre eles o cartel e o truste modalidades de fraudes que prejudicam a livre concorrência e iniciativa no mercado.

O CADE, por intermédio da Superintendência Geral, poderá celebrar acordo de leniência (abrandamento, suavização), com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos definidos em lei, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: a identificação dos demais coautores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Outrossim, o acordo de leniência não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infratora.

Trata-se de programa de redução de penas das infrações à ordem econômica, caso se constituam em crime de ação penal pública.

O acordo de leniência somente poderá ser celebrado se preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: a empresa ou pessoa física seja a primeira

a se qualificar com respeito a infração noticiada ou sob investigação, a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data da propositura do acordo, a Superintendência Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo e a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo sempre que solicitado a todos os atos processuais até seu encerramento.

O acordo de leniência firmado com o CADE, por intermédio da Superintendência Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. A celebração de acordo de leniência se sujeita a aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto quando do julgamento do processo administrativo verificar o cumprimento do acordo e decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicadas, observado o disposto no art. 27 da lei 8.884/94, revogado pelo artigo 86 da Lei 12.529/11, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

Nos crimes contra a ordem econômica tipificada na lei 8.137/90 a celebração de acordo de leniência, nos termos da lei 8.884/94, revogada pela Lei nº 12.529/11 determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

A Constituição da República no art. 173, § 4º exige da lei a repressão ao abuso do poder econômico. Trata-se de peça importante para a livre concorrência, capaz de trazer salutarese conseqüências para a produção, a circulação e o consumo.

Assim, a fim de dar efetividade às previsões legais sobre a ordem econômica do Estado, mormente no que tange a defesa da livre concorrência e da liberdade de mercado, foi criado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com a seguinte estrutura: Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, que é uma entidade judicante, Secretaria de Acompanhamento Econômico-SEAE, órgão consultivo de caráter técnico financeiro, vinculado ao Ministério da Fazenda, e Secretaria de Direito Econômico-SDE, órgão de caráter investigativo integrante do Ministério da Justiça. Observe-se que a defesa da concorrência é tema afeto não só

a economia nacional, mas matéria de interesse coletivo, afeta a toda a sociedade. Isto porque a manutenção salutar da ordem econômica e conseqüentemente do próprio Estado, dentro das políticas estabelecidas pelo poder público, está intimamente relacionada a garantia de competição harmônica dos agentes econômicos que nele atuam.

A defesa da concorrência e a proteção do mercado interno encontram-se positivados em diversos dispositivos da nossa Carta Magna, conforme a seguir citado: “art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social observados os seguintes princípios: (...) IV- livre concorrência; (...)”

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) §4º a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Por poder econômico entende-se a detenção dos meios de produção, concentrando-os nas mãos dos agentes de mercado. Observe-se que a constituição federal reprime, tão somente, o abuso do poder econômico, isto é, o seu uso voltado para a dominação de mercado (monopólio), para impedir a liberdade de iniciativa de todos os demais agentes que nele queiram ingressar, bem como para ser usado como fato para aumento abusivo de lucros, em detrimento do consumidor.

Atualmente, a defesa da concorrência no Brasil é realizada por um aparato formado por um ente judicante e dois órgãos auxiliares, encarregados da defesa da concorrência no país, a saber: a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, a Secretaria de Direito Econômico-SDE e o Conselho Administrativo de Defesa Econômico-CADE.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico vinculada ao Ministério da Fazenda, integra juntamente com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, bem como com o CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça o Sistema Brasileiro de Concorrência. A SEAE e a SDE possuem função analítica e investigativa, sendo responsáveis pela instrução dos processos, ao passo que o CADE, sendo um tribunal administrativo, é a instância judicante do sistema. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do poder executivo, podendo

ser revistas apenas pelo poder judiciário. O objetivo principal desse sistema é a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência, com base na lei de proteção à concorrência lei 8.884/94, revogada pela Lei 12.529/11.¹⁹

As denúncias de condutas infratoras à ordem econômica serão, inicialmente encaminhadas à Superintendência Geral do CADE, que iniciará as averiguações preliminares ou, conforme for o caso, a um procedimento administrativo. Nesta fase objetiva-se a produção de provas, por meio da coleta de elementos fáticos, bem como da realização de pesquisas e da descrição das condutas narradas. Caso se faça necessário a análise e verificação das conseqüências econômicas que podem vir a ocorrer, remeter-se-á o feito para a SEAE, que emitirá parecer de cunho técnico.

Encerrados os trâmites procedimentais acima, deverão os autos ser remetidos ao CADE, que tem competência legal para, com base nos elementos levantados, julgar o potencial lesivo da ocorrência *sub judice*. Assim, deverá manifestar-se conclusivamente, sobre a abusividade ou não da conduta, em face dos princípios constitucionais norteadores da ordem econômica, observando-se, ainda, as previsões contidas na lei 8.884/94, revogada pela lei 12.529/11. Em caso de configuração de conduta abusiva, deverá ainda determinar providências cabíveis para coibi-la ou repará-la.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE é uma entidade julgante, criado pela lei 4.137/62, o CADE foi transformado pela lei 8.884/94 em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, sob regime especial, que lhe confere autonomia, com sede e foro no Distrito Federal.

Entre outras atribuições, ao CADE cabe zelar pela livre concorrência, por meio de esclarecimentos ao público sobre formas de infração à ordem econômica, bem como decidir questões relativas as mesmas infrações. As atribuições da autarquia estende-se a todo o território nacional.

Infrações a ordem econômica: formação de cartel: acordo abusivo de agentes econômicos representando combinação de preços, a fim de restringir a variedade de produtos e dividir os mercados para manter suas receitas sempre

¹⁹ Figueiredo, Leonardo Vizeu, Lições de Direito Econômico, Rio de Janeiro, ed. Forense, 2010, pg.215-216.

estáveis. Tal conduta traduz-se para o consumidor em imposição de preços abusivos, muito mais elevados em se comparando ao valor que o produto realmente custa. Outrossim, para os demais agentes econômicos concorrentes significa cerceamento do direito de concorrência e de permanência no mercado.

Venda casada: ocorre quando para aquisição de bem ou serviço, o agente econômico a condiciona e a subordina à aquisição de outro. Observa-se que tal prática implica em estabelecer barreira à entrada de outros agentes econômicos concorrentes no mercado, bem como empecilhos à expansão dos concorrentes já presentes. Sistema seletivo de distribuição: são barreiras restritivas impostas, sem causa justa, pelos produtos ao distribuidor dentro do respectivo ciclo econômico. São utilizados como instrumento de discriminação em relação aos distribuidores, vendedores e consumidores traduzindo-se em práticas prejudiciais à livre concorrência. Preços predatórios: ocorrem quando os agentes econômicos aplicam estratégias de mercado, baixando propositadamente os preços de seus produtos a valores inferiores aos seus concorrentes, desta forma objetivam eliminar concorrentes.

O compromisso de cessação da prática de infração contra a ordem econômica, previsto no art. 53 da lei nº 8.884, revogado pelo artigo 85 da lei 12.529/11 se destina a obter a suspensão de práticas violadoras dos preceitos que tutelam a liberdade de concorrência. A assinatura de termo de compromisso de cessação-TCC pelo representado é uma faculdade que se atribui ao CADE, que deve deliberar em plenário a respeito de autorizá-lo ou não²⁰.

O controle estrutural exercido pelo CADE, significa que o órgão desempenha não apenas a função de repressão, mas também a de prevenção na área concorrencial. Trata-se de inovação da lei 8.884 em relação ao sistema que vigia nas leis anteriores. O art. 54 da lei 8.884, revogado pelo artigo 84 da lei 12.529/11 exige que quaisquer atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, devem ser submetidos à apreciação do CADE.

²⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico do Direito Nacional ao Direito Supranacional**, 2 ed. São Paulo: Alhas, 2009, p. 271

4.2. O ACORDO DE LENIÊNCIA NO COMBATE A CORRUPÇÃO

O acordo de leniência é um mecanismo de combate a corrupção, pois através dele a administração pública pode obter provas dos ilícitos contra a ordem econômica e novas práticas delituosas são coibidas e cessadas pois os líderes de empresas criminosas são descobertos e punidos.

A lei 12.846/13(lei anticorrupção) trata da responsabilização de pessoas físicas e jurídicas que cometem crime contra a administração pública e nos seu art. 16 trata do acordo de leniência celebrado pela autoridade máxima de cada órgão do poder público com pessoas físicas ou jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações administrativas e que o acordo resulte em identificações dos demais envolvidos nos atos de corrupção e seja um meio de prova para as investigações, e ainda há requisitos de que a pessoa jurídica seja a primeira a denunciar a prática de corrupção, cesse imediatamente a atividade criminosa e colabore para a descoberta dos demais envolvidos e de novas provas para o processo e admita estar envolvida na prática criminosa.

O § 2º e 3º do artigo 16 da lei 12.846/13 tratam da redução de pena de um a dois terços aplicados a pessoa jurídica e que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica de reparar o dano acusado ao erário.

Em caso de descumprimento do acordo de leniência a pessoa jurídica fica impedida de celebrar novo acordo no prazo de 3 (três) anos, conforme §8º do art. 16.

Já o §10º da Lei 12.846/13 trata que a Controladoria Geral da União é o órgão responsável para celebrar acordo de leniência no âmbito federal.

A Lei 12.846/13 dispõe ainda que o acordo de leniência pode ser firmado entre a administração pública e a pessoa jurídica que praticar crimes contra a administração pública previstos na lei 8.666/93.

A corrupção no Brasil consiste em sua maior parte no desvio de dinheiro público que seria destinado a educação, saúde e segurança e vai direito para conta dos corruptos, os maiores escândalos de corrupção do país envolve empreiteiras que fraudaram contratos licitatórios com a Petrobras e através do acordo de leniência que os envolvidos dessas empresas firmaram com o Ministério Público Federal a corrupção foi descoberta e será ressarcido o desvio do dinheiro público que causou um enorme dano ao erário.

O acordo de leniência contribui para combater a corrupção pois as empresas que praticam corrupção são descobertas e a conduta delituosa cessa, pois é exigência para celebração do acordo de leniência que a conduta criminosa cesse e seja a empresa a primeira a noticiar o cometimento da infração ao poder público. Como mostra as recentes notícias, o acordo de leniência feito com as empresas envolvidas na corrupção envolvendo a Petrobras contribuiu para as investigações, pois os líderes das empresas infratoras foram desvendados e foram descobertos nomes de políticos envolvidos no esquema de corrupção.

Resta claro que o acordo de leniência é um instrumento de obtenção de provas no âmbito administrativo e no âmbito judicial, pois ele pode ser celebrado durante a ação judicial, como exemplo recente vemos o acordo de leniência celebrado pelas empreiteiras envolvidas na operação denominada “lava jato”, durante a ação criminal.

A corrupção ativa consiste no crime em que o agente oferece vantagem ao ente público, com previsão no artigo 333 do Código penal, esta dentro dos crimes cometidos por particulares contra a administração pública, já o crime de corrupção passiva encontra-se no art. 317 do código penal, consiste na prática de solicitar pelo agente público vantagem indevida, no caso tanto o funcionário público que solicita vantagem indevida, quanto o particular que oferece a vantagem indevida praticam corrupção.

A corrupção é um mal que assola o Brasil, tornou-se algo banal, pois são inúmeras práticas que levam a corrupção, a cultura do “jeitinho brasileiro” é o início das pequenas corrupções é só o primeiro passo para chegar ao cometimento das grandes corrupções como a da operação “lava jato” que foi o maior caso de corrupção no país, pois envolveu uma empresa de sociedade de economia mista e empresas de empreiteiras e também políticos.

O Brasil vive uma crise desencadeada pela corrupção, o brasileiro passou a desacreditar na lisura do poder público e do poder judiciário, pois a lei é branda com políticos corruptos, ou seja, o STF é um órgão que os membros foram instituídos por indicação política e desta forma quando os processos chegam até a corte suprema, a pena imposta a grandes empresários e a políticos são suavizadas e desta forma, a população desacredita na efetividade do judiciário. Resta enfatizar o papel do Ministério Público como fiscal da lei e das investigações que descobriu o maior esquema de corrupção realizado no Brasil.

O acordo de leniência foi o mecanismo encontrado pelo Ministério Público Federal para a obtenção de provas nas investigações da operação “lava jato”, eficaz meio que através dele o poder judiciário conseguiu o nome de líderes de empresas que são verdadeiras organizações criminosas que conseguiram causar o maior desvio de dinheiro público advindo da empresa de economia mista, Petrobras.

Segundo Leonardo Vizeu, em qualquer fase do processo administrativo poderá o superintendente geral do CADE ou o conselheiro-relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do procurador-geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Na medida preventiva, o superintendente geral ou o conselheiro-relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25 da lei nº 8.884/94, revogado pelo artigo 84 da lei 12.529/11. Da decisão do superintendente geral ou do conselheiro-relator do CADE que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao plenário do CADE, sem efeito suspensivo.

Ainda de acordo com Leonardo Vizeu, em qualquer fase do processo administrativo, no âmbito da autarquia judicante, poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas: obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido; valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94, revogado pelo art. 85 da lei 12.529/11; obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

Compete ao plenário do CADE aprovar o termo de compromisso de cessação, sendo de competência do presidente do CADE a assinatura do respectivo termo lavrado.

O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se

atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

Por fim, o compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita nos arts. 60 e seguintes da Lei nº 8.884/94, revogado pelos artigos 85 e seguintes da lei 12.529/11.²¹

Não cabe celebração do compromisso de cessação, nos seguintes casos: fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação serviços; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; e previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa (condutas previstas nos incisos, I, II, III e VIII do art. 21 da Lei nº 8.884/94, revogados pelo artigo 85 § 1º a § 15 da lei 12.529/11)²².

Via de regra, o Estado não intervirá na economia, somente o fazendo quando se configure estritamente necessário para garantir a observância dos princípios constitucionais que norteiam a ordem econômica, notadamente o princípio da liberdade de concorrência.

Somente haverá motivo para promover a regulação de algum setor da economia se existir uma das chamadas falhas de mercado, que se manifestam nas formas a seguir listadas, aliadas a uma insatisfação social e politicamente inaceitável (condição política). Por falhas de mercado entende-se toda a situação de anormalidade de efeito danoso, potencial ou efetivo, ao devido processo competitivo de determinado nicho de nossa economia, tendo resultados negativos para o bem-estar socioeconômico da população. Podem ocorrer das seguintes maneiras, sendo

²¹ Figueiredo, Leonardo Vizeu, Lições de Direito Econômico, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2010, pg.219-220.

²² Aguillar, Fernando Herren, Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional, 2 ed, São Paulo, Atlas, 2009, pg. 266.

o requisito econômico para a implementação da regulação: deficiência na concorrência, ocorre quando, no respectivo mercado, não há condições favoráveis para existência de uma disputa saudável e equilibrada entre os agentes econômicos envolvidos, fato que prejudica o ciclo econômico, uma vez que a produção e a comercialização ficam na mão de um só agente (monopólio) ou de poucos agentes (oligopólio), gerando prejuízo no que tange ao consumo, ante a sobreposição arbitrária e injustificável dos interesses privados dos agentes sobre os interesses coletivos (consumidores) e sobre o interesse público (Estado); deficiência na distribuição dos bens essenciais coletivos, ocorre quando o mercado não é capaz de promover o acesso da coletividade aos bens essenciais para satisfação mínima existencial, sendo incapaz de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana; externalidades, fatores produzidos pelos agentes que operam no mercado, na consecução de suas atividades, cujos efeitos se fazem presentes sobre terceiros não participantes do respectivo ciclo econômico (produção, circulação e consumo), indo além do respectivo nicho, tendo forte impacto no meio social, exemplo: poluição.

Instrumentos de regulação são os institutos jurídicos que materializam, no plano concreto, a atividade reguladora estatal, em caráter macro. Na prática, podemos definir a instrumentalização da regulação, condicionada a sua definição, quanto processo normativo, fiscalizador, incentivador, planejador e mediador da atividade econômica por parte do Estado, da seguinte forma: atos normativos, gerais e abstratos, porém de caráter setorial, para supervisão e regulamentação da atividade econômica; mediação entre os interesses dos setores públicos e privados, através de instrumentos jurídicos transnacionais de composição extrajudicial de conflitos; exercício de poder de polícia (fiscalização) sobre a atividade econômica, seja mediante expedição de regulamentos proibitivos próprios, seja através de aplicação de sanções administrativas nas infrações a serem apuradas no caso concreto, função judicante; fomento, estímulo e promoção a determinadas atividades, a fim de se alcançar os objetivos políticos estabelecidos pelo poder público.

A repressão a condutas anticoncorrenciais traduz-se na análise e verificação de condutas de empresas que podem configurar infração à ordem econômica, conforme será tratado adiante.

Vale citar, a título exemplificativo, as vendas casadas, os acordos de exclusividade e a prática de cartel (adoção de conduta concentrada entre empresas que atuam em um mesmo mercado, por meio de fixação de preços, de divisão de mercados ou de falseamento em licitações públicas). Nesses casos, a SEAE pode realizar processo administrativo e/ou a SDE pode promover averiguação preliminar ou, igualmente, instaurar processo administrativo, conforme o caso, para apurar os fatos.

O CADE, por fim, aprecia, após a oitiva do órgão jurídico (procuradoria federal), com base nas opiniões da SDE e da SEAE, se houve configuração de infração à ordem econômica, aplicando as medidas cabíveis. Na análise de condutas anticompetitivas, a manifestação da SEAE é facultativa.

No atual contexto socioeconômico, a repressão as condutas anticompetitivas representa o grande desafio à frente do SBDC. Tem-se priorizado os casos de condutas concentradas multilaterais (cartéis), tanto no plano nacional como no internacional. Nesse último caso, o propósito é verificar e identificar de que forma cartéis de empresas multinacionais afetaram a economia e o consumidor nacional. Universalmente reconhecidos como danosos a uma economia de mercado são um empecilho ao desenvolvimento econômico, razão pela qual não podem ser tolerados, devendo o Estado reprimir tal conduta.²³

A empresa Andrade Gutierrez teve o acordo de leniência homologado pelo juiz federal Sérgio Moro, em maio de 2016, a negociação para celebração do acordo começou em outubro de 2015 entre a empresa e o Ministério Público Federal, resta esclarecer que a empresa Andrade Gutierrez é uma das empreiteiras envolvidas no esquema de fraudes detectada pela operação "lava jato", a empresa terá que ressarcir ao erário o valor de R\$ 1 bilhão de reais valor este desviado no esquema de fraude que envolveu a Petrobras e as empreiteiras entre elas a Andrade Gutierrez, informação prestada pelo jornal O Estadão.

É difícil a obtenção de provas contra as empresas que cometem crimes contra a ordem econômica devido a liberdade de iniciativa privada, pois as pessoas

²³ Aguillar, Fernando Herren, *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*, 2ed, São Paulo, Atlas, 2009, pg. 272.

jurídicas e físicas no âmbito privado podem fazer tudo o que não seja proibido pela lei, enquanto que em relação a administração público somente pode fazer o que a lei manda.

Através desta liberdade empresarial podem ocorrer crimes contra a ordem econômica de difícil obtenção de provas e o acordo de leniência com os envolvidos é o meio para se chegar aos grandes líderes de empresas infradoras e fazer cessar a prática infratora.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão a que se chega é que o acordo de leniência (brandura, suavidade) é um mecanismo de combate aos crimes contra a ordem econômica na medida em que as empresas que cometem ilícitos econômicos firmam o acordo para reduzir a multa aplicada, e até obter a extinção da punibilidade no âmbito administrativo. O CADE por intermédio da Superintendência Geral poderá celebrar acordo de leniência, com extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos definidos em lei, com pessoas físicas ou jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: a identificação dos demais co-autores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Outrossim, o acordo de leniência não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infratora.

O acordo de leniência somente pode ser celebrado se forem obedecidos alguns requisitos: a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Cabe ressaltar que o acordo de leniência compete ao CADE aprová-lo e julgar o cumprimento do acordo, reduzir a penalidade aplicada de um a dois terços ou decretar a extinção da punibilidade ao final do processo administrativo.

O acordo de leniência com origem no direito norte americano, é um mecanismo de manutenção da concorrência, visa coibir as infrações contra a ordem econômica. A lei 8.884/94 no seu artigo 35-B, revogado pelo art. 86 da lei 12.529/11 trata que o CADE por intermédio da Superintendência Geral celebrará acordo de

leniência com extinção da punibilidade ou redução de dois terço da pena aplicada com pessoas físicas ou jurídicas que cometerem crimes contra a ordem econômica, desde que resulte na identificação dos líderes, e novas provas para a investigação que somente podem ser produzidas através do acordo de leniência.

A lei 12.529/11 (trata da defesa da concorrência) no seu art. 86 trata que o CADE pode celebrar acordo de leniência por intermédio da Superintendência Geral, com pessoas físicas ou jurídicas que cometem crimes contra a ordem econômica, a empresa que celebrar o acordo de leniência terá que cessar o envolvimento na prática da infração econômica e que seja a primeira a se qualificar nas investigações. Trata ainda a lei 12.529/11 que cabe ao judiciário aplicar os benefícios do acordo de leniência, como redução da pena ou extinção da punibilidade.

Já a lei 12.846/13 (lei anticorrupção), no seu art. 16 trata que o acordo de leniência poderá ser celebrado pela administração pública com empresas que praticam infrações contra a ordem econômica, desde que preenchidos os requisitos de que a pessoa jurídica seja a primeira a confessar a infração investigada, cesse imediatamente a infração, e trata ainda que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica de reparar o dano causado a ordem econômica.

O acordo de leniência pode ser celebrado com pessoas jurídicas que cometem ilícitos na celebração de licitações e contratos, com previsão na lei 8.666/93, pois a administração pública poderá firmar acordo de leniência com empresas que fraudam as licitações desde que preencham os requisitos de que a empresa seja a primeira a noticiar a prática criminosa, cesse imediatamente a infração contra as licitações e contratos e repare o dano causado ao erário.

Nos crimes contra a ordem tributária previsto na lei 8.137/90 o acordo de leniência poderá ser celebrado com a administração pública e as pessoas jurídicas que cometem crimes tributários, como sonegação fiscal. Ao celebrar o acordo a pessoa jurídica terá a redução de pena imposta de um a dois terços, embora seja um instituto pouco utilizado uma vez que poderá haver a denúncia espontânea ou a até o parcelamento e pagamento total do débito tributário o que acarretará a extinção da punibilidade no âmbito tributário.

As empresas que fraudam as licitações para conseguirem ganhar a concorrência e firmarem contrato com a administração pública, são descobertas através dos acordos de leniência.

E as empresas que sonegam tributos são também descobertas através dos acordos de leniência firmados com os demais envolvidos que em troca de redução na pena celebram o acordo de leniência.

A lei anticorrupção prevê a celebração do acordo de leniência como forma de combater a corrupção entre empresas e a administração pública, pois os envolvidos nos esquemas de corrupção para reduzirem a pena imposta fazem o acordo e conseguem os benefícios da celebração do acordo desde que seja o meio útil para se chegar aos líderes das pessoas jurídicas que cometem crimes contra a ordem econômica.

No Brasil, o acordo de leniência foi criado pela Medida Provisória nº 2.055 de 2000 (posteriormente convertida na Lei nº 10.149/00), que além de alterar acabou por criar novos dispositivos a já existente lei antitruste – Lei nº 8.884/94 – estabelecendo-se então um novo instrumento disponível aos órgãos de controle do sistema brasileiro de defesa da concorrência na repressão às infrações à ordem econômica.

O acordo de leniência, portanto, é um instrumento de política criminal que amplia os poderes de investigação dos órgãos responsáveis pela fiscalização do sistema brasileiro de defesa da concorrência, especialmente da Superintendência Geral do CADE, pois é a autoridade competente para a celebração do acordo de leniência, a fim de que se permita ao agente infrator (pessoa física e / ou pessoa jurídica) auxiliar na investigação de maneira a prevenir ou reparar o dano causado por determinada conduta lesiva à ordem econômica, e, assim, ter a penalidade atenuada ou até mesmo obter a extinção da ação punitiva (no âmbito administrativo) e ainda obter a decretação da extinção da punibilidade de crime contra a ordem econômica (no âmbito penal).

Embora em muito o acordo de leniência se assemelhe ao instituto da delação premiada (regido de acordo com os artigos 13, 14 e 15, da Lei nº 9.807/99), ambos os institutos não se confundem. A diferença encontra-se no fato de que a delação é, na maioria das vezes, apenas causa redutora da penalidade, enquanto em se tratando de acordo de leniência além de reduzir a penalidade é também

causa de extinção da ação punitiva (no âmbito administrativo) e de extinção automática da punibilidade (no âmbito penal).

A delação premiada encontra-se prevista na Lei nº 12.850/13, a lei das organizações criminosas, que consiste na colaboração eficaz do membro da organização criminosa para se chegar aos líderes das organizações criminosas, e como benefício é aplicada redução de pena ao delator.

Há diferença entre colaboração premiada e delação premiada. Na colaboração o criminoso assume a culpa sem incriminar os comparsas, apenas fornece informações sobre localização do produto do crime, é um mero colaborador. Já na delação premiada, o criminoso assume a culpa e delata terceiros envolvidos no crime. A colaboração premiada é gênero e a delação espécie. A primeira lei a tratar da colaboração premiada foi a lei dos crimes hediondos, que prevê no seu art. 8º, que o participante e o associado que denunciar a autoridade policial os demais envolvidos da quadrilha ou bando terá uma redução da pena de um a dois terços.

As coincidências entre o acordo de leniência e a delação premiada residem no fato de que ambos são espécie do gênero colaboração premiada e são meios de obtenção de provas seja no processo criminal como a delação premiada ou no processo administrativo como o acordo de leniência. A principal diferença é que o acordo de leniência se aplica aos crimes contra a ordem econômica sendo firmado com pessoas físicas ou jurídicas e é causa de extinção da punibilidade e do não oferecimento de denúncia podendo ser celebrado pelo CADE, enquanto a delação premiada é firmado apenas com pessoas físicas, nos crimes do Código Penal e na lei das organizações criminosas, são aplicadas redução de pena e não extinção da punibilidade e é celebrado apenas pelo delegado de polícia ou Ministério Público e homologado pelo juiz.

A efetividade do acordo de leniência contra os crimes econômicos consiste na descobertas das pessoas físicas e jurídicas que cometem os crimes contra a ordem econômica a exemplo da empresa que domina mercados fraudulentamente e que ao fazer o acordo de leniência contribui para a cessação da conduta criminosa e poderá ter benefícios de redução de pena e podendo ter a extinção da punibilidade.

O acordo de leniência tem um papel importante no combate aos crimes contra a ordem econômica, entre eles o cartel e o truste, pois permite a descoberta de provas pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e as

empresas que celebram o acordo com o CADE poderão ter redução de pena e até a extinção da punibilidade no âmbito administrativo, sem haver a instauração de processo judicial.

As empresas Setal Engenharia e Construções e a Setal Óleo e Gás envolvidas no esquema de fraude nas licitações da Petrobrás, cuja operação foi denominada “Lava Jato” firmaram acordo de leniência com o CADE para reduzir a pena aplicada. O acordo de leniência teve a participação do Ministério Público Federal.

A Lei nº 8.176/91, dispõe sobre os crimes contra a ordem econômica, que envolve combustíveis, há outros crimes previstos na Lei nº 8.137/90, dentre eles o cartel e o truste modalidades de fraudes que prejudicam a livre concorrência e iniciativa no mercado.

O acordo de leniência é um mecanismo de combate a corrupção, pois através dele a administração pública pode obter provas dos ilícitos contra a ordem econômica e novas práticas delituosas são coibidas e cessadas pois os líderes de empresas criminosas são descobertos e punidos.

A Lei nº 12.846/13, a lei anticorrupção, trata da responsabilização de pessoas físicas e jurídicas que cometem crime contra a administração pública e nos seu art. 16, cuida do acordo de leniência celebrado pela autoridade máxima de cada órgão do poder público com pessoas físicas ou jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações administrativas e que o acordo resulte em identificação dos demais envolvidos nos atos de corrupção e seja um meio de prova para as investigações, e ainda há requisitos de que a pessoa jurídica seja a primeira a denunciar a prática de corrupção, cesse imediatamente a atividade criminosa e colabore para a descoberta dos demais envolvidos e de novas provas para o processo e admita estar envolvida na prática criminosa.

Os parágrafos 2º e 3º, do artigo 16, da Lei nº 12.846/13, tratam da redução de pena de um a dois terços aplicados a pessoa jurídica e que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica de reparar o dano acusado ao erário.

Em caso de descumprimento do acordo de leniência a pessoa jurídica fica impedida de celebrar novo acordo no prazo de 3 (três) anos, conforme o § 8º, do art. 16 da referida lei.

Já o § 10º, da Lei nº 12.846/13, expressa que a Controladoria Geral da União é o órgão responsável para celebrar acordo de leniência no âmbito federal.

A Lei nº 12.846/13, dispõe ainda que o acordo de leniência pode ser firmado entre a administração pública e a pessoa jurídica que praticar crimes contra a administração pública previstos na Lei nº 8.666/93.

A corrupção no Brasil consiste em sua maior parte no desvio de dinheiro público que seria destinado a educação, saúde e segurança e vai direto para as contas bancárias dos agentes corruptos. Os maiores escândalos de corrupção do país envolvem empreiteiras que fraudaram contratos licitatórios com a Petrobras e, através do acordo de leniência que os envolvidos dessas empresas firmaram com o Ministério Público Federal, a corrupção foi descoberta e será ressarcido o dano ao erário, com o desvio do dinheiro público.

O acordo de leniência contribui para combater os crimes contra a ordem econômica uma vez que as práticas delituosas são desvendadas através das pessoas físicas ou jurídicas que firmam o acordo com a SDE e são julgadas pelo CADE a quem compete aplicar as penalidades no âmbito administrativo, estas penalidades podem ser revistas pelo poder judiciário.

Cabe ressaltar que o acordo de leniência é um meio de obtenção de provas assim como a delação premiada no âmbito da ação penal, ambos fazem parte do gênero colaboração premiada.

Ao contrário do que muitos pensam o acordo de leniência não contribui para a impunidade e sim para o descobrimento de crimes como a ordem econômica, como exemplo do cartel e trusts infrações a livre concorrência e a livre iniciativa.

Os crimes contra a ordem econômica são difíceis de serem descobertos pelo Estado visto que fazem parte da iniciativa privada, onde é permitido às pessoas físicas fazerem tudo o que a lei não proíbe.

A contribuição do acordo de leniência no combate aos crimes econômicos consiste no meio de obtenção de provas das infrações cometidas pelas empresas.

No Brasil, o acordo de leniência é um tema vigente pois grandes empreiteiras firmaram acordo de leniência com o poder público para que este pudesse obter novas provas para chegar aos grandes líderes de organizações criminosas que fraudavam o sistema econômico.

O acordo de leniência é também um meio eficaz contra os crimes contra a ordem tributária pouco utilizado, uma vez que no âmbito tributário há o instituto da denúncia espontânea e o parcelamento e pagamento total do débito tributário sendo causa de extinção da punibilidade. As empresas que sonegam tributos podem

celebrar acordo de leniência desde que essencial para descobrir provas contra os ilícitos tributários e não tenha a pessoa jurídica ou física realizado o pagamento total ou parcelamento do débito tributário. Cabe ressaltar que o parcelamento do tributo suspende a ação penal e o pagamento integral extingue a ação penal.

O acordo de leniência e a deleção premiada não se confundem pois no primeiro o acordo é celebrado no âmbito administrativo com pessoas jurídicas ou físicas para descobertas dos líderes das infrações a ordem econômica e o CADE que julga e aplica as penalidades, como redução de pena de um a dois terços, podendo chegar a extinção da punibilidade no âmbito administrativo, com previsão atualmente na Lei nº 12.529/11 que revogou a Lei nº 8.884/94.

Já a deleção premiada é aplicada nos crimes praticados pelas organizações criminosas, previstos na Lei nº 12.850/13, em que o delator confessa a prática do delito e delata os demais envolvidos, a deleção somente pode ser celebrada pelo delegado de polícia no âmbito investigativo ou pelo Ministério Público na fase de investigação ou da ação penal em curso, e é homologado pelo juiz, que poderá aplicar ao delator a redução de pena de um a dois terços da pena privativa de liberdade, ou substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ou até conceder o perdão judicial, desde que a deleção seja eficaz e contribua para a identificação dos demais envolvidos, dos líderes das organizações, a revelação da hierarquia criminosa, a prevenção de novas infrações, a recuperação total ou parcial do produto do crime, ou a localização de da vítima. Cabe ressaltar que estes objetivos mencionados podem ser um ou todos.

O juiz não participa das negociações do acordo de deleção premiada, apenas homologa se preenchidos os requisitos legais, e a deleção não pode ser o único meio de prova para condenação pois o delator poderá ter mentido aos delator os comparsas.

A diferença principal entre acordo de leniência e deleção premiada é que uma ocorre no âmbito administrativo, celebrado pela SDE com empresas e em casos de crimes contra a ordem econômica, e os benefícios são aplicados pelo CADE, enquanto a deleção premiada somente pode ser celebrada pelo MP ou delegado de polícia no inquérito policial com envolvidos em organizações criminosas, desde que seja eficaz para a desarticulação da organização.

Tanto o acordo de leniência quanto a deleção premiada são meios de obtenção de provas, um no âmbito administrativo em crimes contra a ordem

econômica e o outro no âmbito criminal para desarticulação de crimes cometidos por organizações criminosas.

O objetivo do trabalho é enfatizar a contribuição do acordo de leniência no combate aos crimes contra a ordem econômica, uma vez por ser um meio de prova para descoberta das empresas que fraudam o sistema econômico e fazer cessar as práticas danosas ao mercado, como exemplo do cartel e o truste que são articulações ilícitas de empresas para fraudar a ordem econômica que tem como princípios a liberdade de iniciativa e de concorrência.

Cabe maiores aprofundamentos sobre o tema do acordo de leniência que é um instituto de contribuição para descoberta de crimes contra a ordem econômica e, por consequente, contra a administração pública que dá liberdade de atuação no mercado econômico aos agentes privados desde que não lesem o erário com práticas delituosas que prejudicam o sadio funcionamento do mercado econômico e o direito dos consumidores que aos serem lesados através de crimes cometidos contra a ordem econômica têm seu poder aquisitivo de consumo reduzido.

Acordo de leniência é um meio de prova que vale a administração pública para desvendar os crimes contra a ordem econômica de difícil constatação pois estes crimes ocorrem no âmbito privado e de livre iniciativa dos agentes econômicos.

A população tem a impressão que o acordo de leniência contribui com a impunidade dos infratores a ordem econômica, realidade distorcida pelos meios de comunicação. Pelo contrário, o acordo contribui para a descoberta e cessação do cometimento dos crimes contra a ordem econômica, pois os líderes das empresas infratoras são descobertos e desta forma a prática delituosa cessa.

O acordo de leniência gera benefícios para as pessoas jurídicas ou físicas que colaboram na obtenção de provas para descoberta dos crimes contra a ordem econômica, entre eles redução da pena imposta e até a extinção da punibilidade no âmbito administrativo. E desta forma sendo resolvido o caso de infração a ordem econômica no âmbito administrativo não será proposta ação judicial.

Um dos mais importantes requisitos do acordo de leniência é que a pessoa jurídica ou física promova o ressarcimento do dano causado ao erário com a prática do crime econômico e também que o agente econômico não esteja a frente da conduta delituoso, ou seja, não exerça a liderança.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 2. ed. São Paulo: Althas 2009.

ALMEIDA NETO, Edmilson Machado de. **Combate à corrupção: Uma análise do acordo de leniência e do programa de compliance na lei 12.846/2013**. Disponível em:

http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10837/1/2015_EdmilsonMachadodeAlmeidaNeto.pdf. Acesso em: 11 out. 2016.

ANDRADE Gutierrez fecha acordo de leniência e se compromete a pagar indenização de R\$ 1 bi. Disponível em:

<<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral>> Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Dispõe sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em:

<<http://planalto.gov.br/ccivil03ato2011-2014/Lei/12.525.htm>> Acesso em: 02 mar. 2016a.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências..

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm. Acesso em: 18 de setembro de 2016b.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Dispõe sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em: 18 de setembro de 2016c.

_____. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 02 de julho de 2016d.

_____. Lei nº 8.176, de 08 de fevereiro de 1991. Dispõe sobre os crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis.. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8176.htm. Acesso em: 08 de agosto de 2016e.

BRASILEIRO, Renato, **Manual de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FRANCHESCHINI, José Inácio Gonzaga. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Direito Empresarial**. São Paulo: Singular, 2007.

INVESTIGADA da Lava jato, Camargo Corrêa fecha acordo de leniência. Disponível em: g1.globo.com/camargocorreafechaacordodeleniencia-comocade Acesso em: 01 fev. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito de Concorrência**. Bahia: Jus Podivm, 2008.

OLIVEIRA, Gesner. **Poder dos cartéis e poder burocrático**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 19 ago. 2000. RAMOS, Marcelo.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. **O acordo de leniência**: avanço ou precipitação. São Paulo: Revista do IBRAC, V. 8, 2001.

